ANAIS DO VI SEMINÁRIO INTERNACIONAL DE DIREITOS HUMANOS - SEMIDI

Unisal 2020

Desenvolvimento global e concretização dos direitos humanos na sociedade contemporânea: vulnerabilidade e sustentabilidade

UNISAL
Centro Universitário Salesiano de São Paulo

Jurismestre

CENTRO UNIVERSITÁRIO SALESIANO DE SÃO PAULO – UNISAL

ANAIS DO VI SEMINÁRIO INTERNACIONAL DE DIREITOS HUMANOS – SEMIDI

“Desenvolvimento global e concretização dos direitos humanos na sociedade contemporânea: vulnerabilidades e sustentabilidade”

2020
UNISAL

UNISAL
Reitor
Pe Eduardo Capucho

Pró-reitora de Ensino, Pesquisa e Pós-Graduação
Profa. Eliana Rodrigues

Pró-Reitor Administrativo
Prof. Me. Nilson Leis

Pró-Reitor de Extensão, Ação Comunitária e Pastoral
Prof. Dr. Antonio Wardison C. Silva

Diretora de Operações da Unidade de Lorena
Profa. Dra. Grasiele Augusta Ferreira Nascimento

Coordenadora Pedagógica
Regina Maria Matos

Secretária Geral
Valquíria Vieira de Souza

Comissão Organizadora
Prof. Dr. Tiago Cappi Janini
Profa. Dra. Grasiele Augusta Ferreira Nascimento
Prof. Dr. Pablo Jimenez Serrano
Profa. Me. Luiza Helena Lellis Andrade de Sá Sodero Toledo
Prof. Dr. Renato Kraide Soffner
Profa. Dra. Nuria Belloso Martin
Prof. Dr. Dirceu Pereira Siqueira
Prof. Dr. Fernando de Brito Alves
Prof. Dr. Jean Carlos Brito

EDITORA JURISMESTRE

CONSELHO EDITORIAL

***Presidente*:**
Pablo Jiménez Serrano. Doutor em Direito, UNISAL, Lorena-SP, Unifoa-RJ.

***Membros*:**
Prof. Dr. Celso Antonio Pacheco Fiorillo (**Academia de Direitos Humanos/Brasil**). Chanceler da Academia de Direitos Humanos é o primeiro professor Livre Docente em Direito Ambiental do Brasil bem como Doutor e Mestre em Direito das Relações Sociais (pela PUC/SP). Miembro colaborador del Grupo de Investigación Reconocido IUDICIUM: Grupo de Estudios Procesales de la Universidad de Salamanca (ESPAÑA) y Director Académico del Congreso de Derecho Ambiental Contemporáneo España/Brasil-Universidad de Salamanca (ESPAÑA). Professor convidado visitante da Escola Superior de Tecnologia do Instituto Politécnico de Tomar (PORTUGAL) e Professor Visitante/Pesquisador da Facoltà di Giurisprudenza della Seconda Università Degli Studi di Napoli (ITALIA).
Grasiele Augusta Ferreira Nascimento. Doutora em Direito, UNISAL, Lorena-SP.
Rolando Antonio Rios Ferrer. Doutor em Direito. Universidade Lusófona de Cabo Verde.
Mario González Arencibia. Doutor em Ciências Econômicas. Universidad de Habana, Cuba.
Lino Rampazzo. Doutor em Teologia pela Pontificia Università Lateranense (Roma).
Cláudia Ribeiro Pereira Nunes. PhD, PPGD/UVA, UBM-RJ
Ana Maria Viola. Doutora em Direito. UNISAL, Lorena-SP.
Daniele Mattoso Hammes. Doutora em Sociologia Política, UBM-RJ.

CONSELHO CIENTÍFICO-TÉCNICO

***Revisão Editorial*:** *Pablo Jiménez Serrano*. Diretor.
***Tradução*:** *José Alfredo Jiménez Serrano.* Professor de Língua Inglesa e Literatura Espanhola.
***Projeto gráfico da capa*:** *Pablo Eduardo Jiménez Rodríguez.* Editora Jurismestre.

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Seminário Internacional de Direitos Humanos (10.: 2020: Lorena, SP)
Anais do VI Seminário Internacional de Direitos Humanos: SEMIDI [livro eletrônico]: desenvolvimento global e concretização dos direitos humanos na sociedade contemporânea: vulnerabilidades e sustentabilidade. -- Volta Redonda, RJ: Editora Jurismestre, 2020.
Vários autores.

PDF
ISBN 978-65-86893-10-6

1. Direito constitucional 2. Direitos fundamentais 3. Direitos humanos 4. Direitos humanos - Congressos 5. Meio ambiente 6. Minorias - Brasil 7. Políticas públicas - Brasil 8. Sustentabilidade. I. Título.

20-53659 CDU-347.121.1

Índices para catálogo sistemático:
1. Direitos humanos: Direito civil 347.121.1
Cibele Maria Dias - Bibliotecária - CRB-8/9427

***Editoração e Acabamento*:**
Editora Jurismestre – Rua H, n. 173
Fone: (24) 99905-8200 – 27251-223 – Volta Redonda, RJ.
www.loja.jurismestre.com.br
contato@jurismestre.com.br

Sumário

APRESENTAÇÃO 11

GT 1 – 1 DESENVOLVIMENTO GLOBAL, DIREITOS HUMANOS, MINORIAS E GRUPOS VULNERÁVEIS I 12

A invisibilidade social e institucional da mulher com deficiência
Jerusa Gabriela Ferreira

A resposta punitiva à violência doméstica e familiar contra a mulher: apontamentos críticos ao mandado de criminalização internacional gerador da lei maria da penha
Lucas Bécsi Valiengo
Lara Ferreira Lorenzoni

Mulher indígena e discriminação étnico culturais: perspectivas dos meios de comunicação em massa
Thaís Janaina Wenczenovicz
Émelyn Linhares

O aborto nos questionamentos da bioética e no direito brasileiro
Karla Alexsandra Falcão Vieira Celestino
Lino Rampazzo

Os direitos dos índios em tempos de pandemia sob a ótica da corte interamericana de direitos humanos
Eduardo de Morais Mori
César Dallabrida Junior

A proteção da criança em tempos de pandemia
Denis Carvalho
Tereza Serrate de Campos

GT 1 – 2 DESENVOLVIMENTO GLOBAL, DIREITOS HUMANOS, MINORIAS E GRUPOS VULNERÁVEIS II 96

Longevidade, gerontofobia, discriminação e direitos da pessoa idosa na sociedade brasileira
Fábia de Oliveira Rodrigues Maruco
Roberto Bastos de Oliveira Júnior

Educação ao longo da vida no estatuto do idoso: uma questão de direitos humanos
Aline da Silva Freitas
Ana Maria Carvalho Castro Capucho

Evolução histórica da cidadania conferida ao doente mental historical evolution of citizenship conferred to the mental illness

Sandro Alex Saouza Simões
Marcela Augusto Toppino

A real efetividade do cumprimento das sentenças condenatórias pelo brasil nos casos julgados pela corte interamericana de direitos humanos: estudo de casoS
Rafael Pinto dos Santos
Stanley Frota da Silva

GT 1 – 3 DESENVOLVIMENTO GLOBAL, DIREITOS HUMANOS, MINORIAS E GRUPOS VULNERÁVEIS III 161

Deslocamentos forçados, refugiados venezuelanos e o direito humano de migrar
Thiago Augusto Lima Alves

O abraço imaginário de "FLICTS" e "MERSENE": uma visão poética sobre a proteção de crianças e adolescentes refugiados no Brasil
Luciana Gonçalves Dias
Regina Vera Villas Bôas

Os venezuelanos no brasil e o direito ao auxílio emergencial como medida protetiva à pandemia
Fernanda Cláudia Araújo da Silva

Direitos humanos na sociedade contemporânea: o humanismo jurídico a partir da hemernêutica-fenomenológica do "quem" de Paul Ricoeur
Marcius Tadeu Maciel Nahur

O estatuto da igualdade racial pela jurisprudência brasileira: panorama de decisões e matérias abordadas
Lucas Nogueira Rodrigues da Silva
Pedro Henrique Lenzi Pupulim

Protocolo 15 à CEDH: inclusão do princípio da subsidiariedade e da doutrina da margem de apreciação
Anair Isabel Schaefer

GT 2 – 1 CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS FUNDAMENTAIS, DIFUSOS E COLETIVOS NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA I 257

A (in) efetividade do direito humano à alimentação adequada à população vulnerável diante da privação do acesso à alimentação escolar em tempos de pandemia de covid-19
Regina Vera Villas Bôas
Durcelania da Silva Soares

Aspectos da judicialização do direito à saúde no brasil
Nathaly Gabriela Picoli

A dignidade humana e o direito a saúde dos cidadãos, especialmente os mais vulneráveis, como fundamento da república federativa do Brasil
Dr. José Marcos Miné Vanzella
Drª Grasiele Augusta Ferreira Nascimento

Educação na era digital: acesso e inclusão das pessoas com deficiência em tempo de pandemia

Ana Paula Lima Monteiro
Raimundo Wilson Gama Raiol

Processo estrutural e o controle judicial de políticas públicas: vistas a judicialização de direitos
Luiz Alberto Pereira Ribeiro
Lucas Mantovoni Chiquetti

Direito fundamental à assistência social e o posicionamento do stf com relação ao requisito da renda per capita
André dos Santos Gonzaga
Fernanda Resende Severino

O direito fundamental de acesso aos direitos fundamentais sociais, difusos e coletivos: desafios à sua plena concretização
Larissa Shubert Nascimento
Consuelo Yatsuda Moromizato Yosheda

A Adoção dos netos pelos avós á luz do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente
Lino Rampazzo
Fábia de Oliveira Rodrigues Maruco

GT 2 – 2 CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS FUNDAMENTAIS, DIFUSOS E COLETIVOS NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA II 393

A dignidade humana frente as novas tecnologias: uma análise centrada no futuro do trabalho
Helíssia Coimbra de Souza

Aspectos da proteção normativa ao trabalhador contra o assédio sexual
Gianfranco Silva Caruso
Lucas Naif Caluri

A nova lei de abuso de autoridade na atividade do policial militar
Rodrigo dos Santos Andrade
Marcelo Santos da Costa

A constitucionalidade da averbação pré-executória e o direito de propriedade no estado fiscal
Vicente Férrer de Albuquerque Júnior

Da necessidade de ampliação do rol de legitimados ativos da ação civil pública da lei 7.913/89
Luiz César Martins Loques
Milena Zampieri Sellmam

Rótulos e o direito à informação ambiental do consumidor
Tiago Cappi Janini
Fabiana Mancilha Bernardes

A percepção e a compreensibilidade dos símbolos têxteis e o seu impacto nos direitos difusos
Rita de Cássia Albino
Karla Cristina Bastos de Souza

GT 3 – 1 DESENVOLVIMENTO HUMANO, MEIO AMBIENTE, POLÍTICAS PÚBLICAS E SUSTENTABILIDADE I 500

A permissividade do envenenamento dos países do sul global com a utilização de agrotóxicos proibidos em seus países de origem: o caso da arguição de descumprimento de preceito fundamental n. 221/STF
Isabele Bruna Barbieri
Letícia Albuquerque

A utilização do tombamento para além da proteção do patrimônio cultural: uma análise acerca do tombamento como mecanismo de preservação ao patrimônio natural e sua aplicabilidade à Serra da Mantiqueira
Ariane Almeida Cró Brit
Paulo Rodolfo Kraft

Análise do caso "guerra dos pneus" e perspectivas da economia circular
Késia Rocha Narciso
Aline Albieri Francisco

A definição de superendividamento e a tutela do consumidor
Tiago Cappi Janini
Edson Camara de Drummond Alves Junior

A relevância do conflito socioambiental para a consolidação dos direitos humanos dos atores sociais de áreas de preservação ambiental no cerrado goiano
Carlos Alberto da Costa

Mediação e conciliação: considerações sobre a resolução adequada de conflitos socioambientais no ordenamento jurídico brasileiro
Camilla Martins Mendes Pereira

Os inconvenientes e as possibilidades da mediação no âmbito da gestão de conflitos ambientais
Cleiton Lixieski Sell
Jeano Corrêa Saraiva

GT 3 – 2 DESENVOLVIMENTO HUMANO, MEIO AMBIENTE, POLÍTICAS PÚBLICAS E SUSTENTABILIDADE II 615

A Imprescritibilidade da reparação dos danos ambientais sob a ótica jurisprudencial e do princípio da proibição da proteção deficiente
Paulo Henrique Fernandes Boverio

A ordem econômica constitucional e as bases para um desenvolvimento sustentável
Lia Verônica de Toledo Piza
Fabiana Mancilha Bernardes

Bem viver, gênero e sustentabilidade social: reflexões decoloniais
LOCATELI, Cláudia Cinara
WENCZENOVICZ, Thais Janaina

COVID-19 e o impacto no meio ambiente: o apelo do mundo por uma constituição global diante do ecocídio

Vanessa Saldanha de Lyra

Direito à educação ambiental como corolário da cidadania ecológica
Camila Queiroz de SOUZA

Direitos fundamentais: semiótica, cidadania, oficina de parentalidade, educação não-formal
Marcia de Fátima do Prado
Luci Mendes de Melo Bonini

GT 4 – 1 GLOBALIZAÇÃO, SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO, DEMOCRACIA, CIDADANIA E POLÍTICA I 702

A globalização como elemento transformador da soberania estatal: a sociedade em rede e a (in)capacidade estatal de controle dos fluxos de dados
Ana Cláudia Favarin Pinto
Bruna Andrade Obaldia

O direito à proteção de dados pessoais como um direito fundamental
Daniele de Andrade Malta

Análise dos direitos da personalidade e o alcance da lei geral de proteção de dados na administração pública
Cleide aparecida gomes rodrigues fermentão
Karyta Muniz de Paiva Lessa

Proteção de dados e análise preditiva, implicações na jurimetria
Fernanda Gonçales

Os contratos eletrônicos na sociedade de informação
Afonso Soares de Oliveira Sobrinho
Clarindo Ferreira Araújo Filho

A jurisprudência como fonte do direito na era da sociedade da informação
João Vieira Barros

A problemática presunção de veracidade das informações dos atos administrativos: a situação peculiar das sociedades de economia mista
Leandro Abdalla Ferrer
Luiz César Martins Loques

GT 4 – 2 GLOBALIZAÇÃO, SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO, DEMOCRACIA, CIDADANIA E POLÍTICA II 802

A democracia em Habermas: os caminhos para uma teoria procedimentalista
Amanda Querino dos Santos Barbosa
Luna Stipp

As exigências éticas e jurídicas a partir da abordagem personalista e do documento *caritas in veritate* no contexto da pandemia da *covid-19*
Dr. José Marcos Miné Vanzella
Amós Santiago de Carvalho Mendes

Crises políticas no sistema democrático atual
Thiago Fernandes Boverio

De/limitando o campo jurídico-político: seria o direito instrumentalizado para dominar?
Luciano Augusto de Oliveira Paz
Gabriel Maçalai

O uso das tics aplicado ao exercício do controle social: efetivação do direito de acesso à informação e consolidação da transparência pública
Anays Martins Finger
Bruna Andrade Obaldia

Reflexões sobre a interpretação dos negócios jurídicos e a lei de liberdade econômica
Lucas Naif Caluri
Gianfranco Silva Caruso

"Bacurau": estudo observacional das relações humanas a partir de elementos do filme vinculadas ao biopoder e à biopolítica
Clarissa de Souza Guerra
Francieli Iung Izolani

Previsão normativa internacional e nacional do direito à moradia e a gestão de regularização de conflitos
Rachel Lopes Queiroz Chacur

SOBRE A EDITORA 937

Apresentação

O Mestrado em Direito do Centro Universitário Salesiano de São Paulo-UNISAL de Lorena existe desde 2006, tendo sido responsável pela formação de muitos pesquisadores e docentes da região e de diversos Estados e Municípios.

A presente obra, que hoje se insere na comunidade acadêmica e científica, é um exemplo do trabalho de pesquisa desenvolvido neste importante programa, fundamentalmente, na área de concentração "Concretização dos Direitos Sociais Difusos e Coletivos" e que atualmente consta com um excelente corpo de professores e mestrandos empenhados em discutir e oferecer soluções para os problemas das sociedades brasileira e contemporânea.

A **EDITORA JURISMESTRE** ressalta o excelente trabalho desenvolvido pelos autores desta obra e de todos aqueles que se empenham em contribuir para uma *ciência de excelência*. Assim, agradecemos a participação dos organizadores, dos professores e alunos pesquisadores e demais colaboradores.

Lorena, SP, 20 de dezembro de 2020.

Pablo Jiménez Serrano
Doutor em Direito. Professor e Pesquisador do Curso de Mestrado em Direito do Centro Universitário Salesiano de São Paulo, Unisal. Professor e pesquisador do Centro Universitário de Volta Redonda, UniFOA.
Diretor/presidente da Editora Jurismestre.

GT 1 – 1
DESENVOLVIMENTO GLOBAL, DIREITOS HUMANOS, MINORIAS E GRUPOS VULNERÁVEIS I
Coordenadores:
Profa. Dra. Grasiele Augusta Ferreira Nascimento (UNISAL)
Profa. Dra. Regina Vera Villas Bôas (UNISAL/PUC)
Prof. Dr. Ivan Martins Motta (Egresso PUC)

A INVISIBILIDADE SOCIAL E INSTITUCIONAL DA MULHER COM DEFICIÊNCIA

Jerusa Gabriela Ferreira
Bacharel em Direito, pela Universidade Católica Dom Bosco, Campo Grande, MS (1991-1995). Pós-graduada em Direito Processual do Trabalho, Universidade Federal de Mato Grosso do Sul (2000). Aluna especial do Mestrado em Direitos Humanos, Universidade Federal de Mato Grosso do Sul (2020). Técnico Judiciário (1993-1996) e Analista Judiciário (1997 a 2000) do Tribunal Regional do Trabalho da 24ª Região. Advogada da União (desde fev. 2000-), Procurador-Chefe no Estado do Espírito Santo (2003-2005). Representante da Escola da Advocacia-Geral da União no Mato Grosso do Sul (2005-2006). Endereço: Avenida Afonso Pena, n. 6. 134, 2º andar, CEP 79040-010 – Campo Grande, Mato Grosso do Sul. E-mail: jerusa.gabriela@yahoo.com.br.

RESUMO: Este trabalho aborda a invisibilidade da mulher com deficiência em todos os aspectos da vida, trazendo à baila os óbices experimentados por este grupo, cuja condição feminina agregada à deficiência implica numa maior vulnerabilidade dessas mulheres. Analisa-se a trajetória histórica das pessoas com deficiência, a evolução legislativa de seus direitos constitucionais e internacionais, especialmente os voltados particularmente às mulheres com deficiência insculpidos na Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência da Organização das Nações Unidas e seu Protocolo Facultativo, ratificada como Emenda Constitucional pelo Decreto Legislativo n. 186, de 9 de julho de 2008, e promulgada pelo Decreto n. 6.949, de 25 de agosto de 2009. Este tema objetiva fomentar a discussão institucional e social relativa à criação de condições, mecanismos e políticas públicas voltadas à eliminação das barreiras vivenciadas pelas mulheres com deficiência, com a finalidade de assegurar efetivamente a igualdade de oportunidades, respeitando-se as necessidades de cada pessoa. Acredita-se que as reflexões aqui oportunizadas contribuirão para a identificação e a eliminação das barreiras enfrentadas por este segmento, com o descortínio de sua invisibilidade, no desiderato do cumprimento dos princípios da igualdade, da não-discriminação e do respeito à dignidade dessas mulheres, vítimas anônimas da violência doméstica e familiar.

PALAVRAS-CHAVE: Mulheres com deficiência. Invisibilidade. Discriminação. Violência doméstica.

ABSTRACT: This paper addresses the invisibility of women with disabilities in all aspects of life, it brings to light the obstacles faced by this group, whose female condition added to disability implies greater vulnerability of these women. It analyzes the historical path of people with disabilities, the legislative evolution of their constitutional and international rights, especially those aimed specifically at women with disabilities at the United Nations Convention on the Rights of People with Disabilities and its Optional Protocol, ratified as Constitutional Amendment by the Legislative Decree no. 186 of July 9th, 2008 and promulgated by Decree no. 6,949, of August 25th, 2009. This theme aims to foster institutional and social discussion regarding the creation of conditions, mechanisms and public policies aimed at the elimination of barriers faced by women with disabilities, in order to effectively ensure equal opportunities, while respecting the needs of each person. We believe that the reflections provided here will contribute to the identification and elimination of the barriers faced by this group, with the uncovering of their invisibility, in the fulfillment of the principles of equality, non-discrimination and respect for the dignity of these women, anonymous victims of domestic and family violence.
KEY WORDS: Women with disability. Invisibility. Discrimination. Domestic violence.

INTRODUÇÃO

Este trabalho tem como fundamento a convivência da autora com mulheres com deficiência, o que lhe proporciona um observatório ímpar de informações vivenciais relativas à sobrecarga de preconceitos e discriminações enfrentadas por este grupo social na busca da efetividade dos direitos humanos fundamentais, consagrados no ordenamento jurídico brasileiro.

É finalidade precípua deste trabalho, utilizando a metodologia da pesquisa qualitativa descritiva, ancorada na análise documental, investigar a invisibilidade social e institucional das mulheres com deficiência, os conflitos existentes entre o sistema jurídico e a existência ou não de políticas públicas específicas bem como as posturas da sociedade relacionadas ao tema, na busca da implementação dos direitos humanos fundamentais dessas pessoas.

Dessa forma, primeiramente, enfocar-se-á a evolução histórica dos direitos das pessoas com deficiência, as implicações do conceito social da deficiência trazidas pela Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, da Organização das Nações Unidas (ONU), abordando-se a seguir os preceitos deste diploma internacional relativos às mulheres e meninas com deficiência, enfatizando a vulnerabilidade maior a que estão sujeitas em decorrência da condição feminina agregada à deficiência.

Sequencialmente, analisar-se-ão os dispositivos da Lei Maria da Penha (Lei n. 11.340, de 7 de agosto de 2006) destinados à prevenção, combate e punição à violência doméstica e familiar contra as mulheres, especialmente os destinados a este segmento.

Por derradeiro, a autora apontará estratégias para identificar e eliminar as barreiras com as quais as mulheres com deficiência se deparam, cotidianamente, na implementação de seus direitos, demonstrando como a sua invisibilidade contribui para a sobremarginalização social do grupo.

1 HISTÓRICO

As pessoas com deficiência, por anos a fio, ficaram presas em instituições segregadoras, permanecendo isoladas em hospitais psiquiátricos, manicômios, ou mesmo, escondidas pelos parentes dentro das próprias casas. Essa concepção excludente originou o termo pessoas inválidas, ou seja, sem valor, nulas, incapazes de serem sujeitos de direitos e obrigações.

Importante mencionar nesse aspecto dois acontecimentos que impulsionaram o despertar da sociedade para os direitos das pessoas com deficiência: a reintegração social de ex-combatentes que adquiriram deficiências após a Segunda Guerra Mundial, motivando países europeus e os Estados Unidos da América na busca de soluções eficazes para os pleitos de um elevado número de cidadãos que apresentavam deficiências de diversas naturezas e a diferenciação estabelecida, por cientistas de diversas partes do mundo, entre deficiência mental e doença mental na década de 1960, o que permitiu a liberação de muitas pessoas com deficiência mental de hospícios e hospitais (TEPERINO, 2001).

Assim, por várias décadas, as conquistas coletivas desse grupo foram se sucedendo. Nas décadas de 1940 e de 1950, pais e profissionais promoveram lutas e movimentos objetivando iniciativas públicas na saúde, na reabilitação, na educação especial, no trabalho protegido e na assistência social. Em 1970, as próprias pessoas com deficiência tomaram as rédeas do seu destino, iniciando uma nova onda de conquistas de direitos, de equiparação de oportunidades e de autonomia.

Todos esses episódios redundaram na instituição do Ano Internacional das Pessoas Portadoras de Deficiência, em 1981, pela ONU, após a publicação da *Declaração de Princípios da Organização Não-Governamental* (em inglês *Disabled People International*).

Logo em seguida, entre 1982 e 1993, outro acontecimento marcou esse processo de construção da cidadania – a Década das Nações Unidas para as Pessoas Portadoras de Deficiência. Nessa década, e ainda atualmente, são discutidos, aprovados e publicados

documentos e declarações mundiais em torno da legitimação dos direitos das pessoas com deficiência.

Essa trajetória histórica tem buscado incessantemente formas e procedimentos viabilizadores da inclusão das pessoas com deficiência, como comprova a publicação da Resolução ONU n. 45/91, de 14 de dezembro de 1990, que introduziu o conceito de "sociedade inclusiva" ou "sociedade para todos" (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1990).

Retomam-se os predicados da cidadania, pois que os princípios da inclusão são os princípios da democracia.

A Constituição Federal brasileira de 1988 apresenta grandes avanços atinentes à consagração dos direitos de cidadania das pessoas com deficiência, erigindo o postulado da igualdade como um dos valores supremos em que o Estado se funda para garantir o exercício dos direitos individuais e coletivos do homem.

Seguindo esse vetor isonômico, o legislador constituinte consagrou na Constituição Federal a fusão da igualdade formal (perante a lei) com a igualdade material (concreta, real), cuja essência impede tratamento desigual aos iguais ou àqueles que se encontrem em uma mesma circunstância fática, como também impõe que sejam tomadas medidas compensatórias – ações afirmativas – objetivando a redução das desigualdades concretas.

Assim, determina-se ao Poder Público e à sociedade a obrigação de dispensar tratamento diferenciado às pessoas com deficiência, por intermédio de ações, direitos e deveres, princípios e diretrizes, instrumentalizados nos diversos preceitos constitucionais atinentes a este segmento.

Não obstante, um avanço significativo foi trazido ao nosso ordenamento jurídico com a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência da Organização das Nações Unidas e seu Protocolo Facultativo, ratificada como Emenda Constitucional pelo Decreto Legislativo n. 186, de 9 de julho de 2008, e promulgada pelo Decreto n. 6.949, de 25 de agosto de 2009, aprovada pelo Congresso Nacional brasileiro sob o rito do artigo 5º, § 3º, da Constituição da República de 1988, com a equivalência de emenda constitucional, que em seu artigo primeiro inseriu o novo conceito de pessoa com deficiência, transmudando o paradigma do modelo médico para o modelo social da deficiência (BRASIL, 1988, 2008, 2009).

No mesmo sentido, Feminella e Lopes (2016, p. 19) esclarecem que a Lei n. 13.146, de 6 de julho de 2015, Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência), também identificada como Lei Brasileira de Inclusão:

> O novo paradigma do modelo social da deficiência com base nos direitos humanos, determina que a deficiência não está na pessoa como um problema a ser curado, e sim na sociedade, que pode, por meio das barreiras que são impostas às pessoas, agravar uma determinada limitação funcional. Essa nova visão, resultante da luta das

> organizações da sociedade civil e dos movimentos sociais, significa uma revolução do modo de lidar com as pessoas com deficiência e de suas relações com a sociedade e, em decorrência disso, com os conceitos anteriormente estabelecidos.
> As transformações provocadas pela Convenção e que se somam as que a LBI [Lei Brasileira de Inclusão] passa a induzir, impactam a forma pela qual a deficiência é percebida [...].

A propósito, ensina Ramos (2017, p. 237) que [...] não se trata mais de exigir da pessoa com deficiência que esta se adapte, mas sim de exigir, com base na dignidade humana, que a sociedade trate seus diferentes de modo a assegurar a igualdade material, eliminando as barreiras à sua plena inclusão.

Com efeito, por esse conceito internacional, a pessoa com deficiência não é a única e exclusiva responsável por ultrapassar seus limites físicos, sensoriais, mentais ou intelectuais, essa incumbência também está a cargo do meio social em que vive, competindo a este, colocá-la num ambiente mais favorável, assegurando-lhe o seu desenvolvimento e expansão como pessoa, incluindo-se neste cenário social a mulher com deficiência, como se verificará no tópico seguinte.

2 A MULHER COM DEFICIÊNCIA E A CONVENÇÃO DA ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS

Historicamente, observa-se a exclusão da mulher com deficiência das lutas empreendidas pelos movimentos feministas como também em eventos que tratam da temática da mulher, deixando-as à margem da discussão e da postulação do acesso e exercício dos seus direitos fundamentais, denotando a invisibilidade deste segmento, tanto pelas demais mulheres, como pelo Poder Público e pela sociedade em geral.

Nessa linha, o adágio popular “em briga de marido e mulher, ninguém mete a colher” bem traduz a cultura machista e patriarcal de nossa sociedade, demonstrando ser um lugar comum o silêncio e a aceitação social da violência doméstica e familiar contra a mulher, situação que é também agravada pela própria parcela de contribuição da mulher, seja pela vergonha, seja pelo medo ou pela humilhação sofrida, gerando relações de gênero pautadas pelo desequilíbrio de poder.

Por seu turno, a condição feminina agregada à deficiência da mulher, confere uma sobrecarga discriminatória, impeditiva de sua inclusão social. Como bem pontua Paula (2008, 32), comentando o artigo 3 – Princípios gerais –, que o conceito de igualdade de oportunidades:

> [...] é contemporâneo ao Plano da Ação Mundial e está intimamente relacionado à questão das diferenças. É necessário eliminar os mecanismos de produção da desigualdade e os meios mais eficazes para fazê-lo são a politização da discussão e a busca da igualdade de oportunidades.

> Tornar as oportunidades iguais significa criar condições diversificadas, respeitando-se as necessidades de cada pessoa. A principal área onde a igualdade de oportunidades gera transformações sociais é a da educação. Se entendermos educação não como mero serviço, e sim como direito inerente a todo ser humano, aí sim, estaremos construindo as bases de uma sociedade inclusiva.

Com efeito, apesar da existência de um princípio constitucional que trata da igualdade entre o homem e a mulher é interessante explicitar que a condição feminina torna a mulher com deficiência particularmente vulnerável e em condições de desvantagem social, havendo uma sobremarginalização.

Nesse sentido, a mencionada Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência da ONU dispõe em seu artigo 6º – Mulheres com deficiência:

> 1. Os Estados Partes reconhecem que as Mulheres e meninas com deficiência estão sujeitas a múltiplas formas de discriminação e, portanto, tomarão medidas para assegurar às mulheres e meninas com deficiência o pleno e igual exercício de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais.
> 2. Os Estados Partes tomarão todas as medidas apropriadas para assegurar o pleno desenvolvimento, o avanço e o empoderamento das mulheres, a fim de garantir-lhes o exercício e o gozo dos direitos humanos e liberdades fundamentais estabelecidos na presente Convenção. (BRASIL, 2008).

Este Diploma Internacional reafirma que os Estados Partes se comprometem com a criação de medidas, de instrumentos e de ações eficazes para a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher com deficiência, vez que este grupo se encontra em condição singular de desvantagem no que se refere ao exercício de seus direitos fundamentais. Por esta razão, torna-se importante e necessária a instrumentalização de políticas públicas específicas voltadas a este segmento em todos os aspectos da vida, visto que seus direitos básicos lhes são negados.

Na área da saúde, exemplificativamente, não se verifica a prestação de serviço adequado ao atendimento das mulheres com deficiência auditiva, haja vista que são raros os profissionais nesse ramo que possuem conhecimento da Língua Brasileira de Sinais, o que, em várias situações, pode implicar em graves prejuízos à vida dessas pessoas.

As mulheres cadeirantes, por seu turno, necessitam de camas ginecológicas adequadas e informações atinentes à sexualidade e reprodução, no entanto, em muitas unidades de saúde de âmbito público ou privado tais recursos não lhes são disponibilizados.

Além disso, não raras vezes, muitas campanhas de combate à violência doméstica e familiar, cujos índices se elevaram durante o isolamento social decorrente da Covid-19, ainda

não observam o desenho universal, nos termos da Lei n. 13.146/2015, Lei Brasileira de Inclusão, o que evidencia a ausência de acessibilidade informacional nesse aspecto.

Com efeito, percebe-se ainda que em matéria de políticas públicas o lema da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência da ONU *Nada sobre Nós sem Nós* ainda vem

sendo negligenciado, posto que o segmento das mulheres com deficiência não tem sido previamente consultado quanto ao que melhor lhe atende nesse aspecto.

Nesse diapasão, Cintra (2008, p. 40), comentando o artigo 6 – Mulheres com deficiência –, esclarece que

> A discriminação e a violência contra a mulher com deficiência também acontecem no âmbito institucional, ou seja, quando os serviços públicos são prestados em condições inadequadas, provocando danos físicos e psicológicos para a mulher, como longas esperas para receber atendimento médico, maus tratos verbais, intimidação, ameaças e falta de medicamentos.

Registre-se que a mulher com deficiência, a exemplo das demais mulheres, também tem uma jornada dupla e às vezes até tripla de trabalho, é mãe, é dona-de-casa, é esposa, é avó e exerce uma profissão fora do lar, lutando sempre no anonimato.

O texto internacional é um valioso instrumento para a postulação de seus direitos, no entanto não é o bastante para promover o rompimento da cultura, do preconceito e das diversas barreiras existentes que vão desde a dificuldade de locomoção para acessar os serviços públicos e privados, a falta de adaptação dos respectivos espaços bem como a ausência de capacitação específica dos respectivos profissionais.

Por fim, é importante salientar que as meninas com deficiência estão mais sujeitas a múltiplas formas de violência tanto no seio familiar como no social, tais como estupros, maus tratos, abusos, *bullings*, e outros, perpetrados pelos próprios familiares, por colegas no contexto escolar, ou por outras pessoas que enxergam nelas um alvo fácil para o cometimento desses crimes, visto que, muitas vezes, as meninas e mulheres com deficiência são desacreditadas, têm dificuldade de se expressar e de relatar os fatos na delegacia e prestar seu depoimento no Poder Judiciário.

Em 2016 as mulheres e meninas com deficiência têm permanecido à margem da temática relativa à igualdade de gênero, não obstante muitas deficiências estejam relacionadas ao gênero, ou sejam oriundas uma negligência ligada a ele. Situações como preferência por filho, abandono da menina, alimentação discriminatória, casamento infantil, dote, crimes de honra, queima de ácido, acidentes de fogão muitas vezes empurram mulheres e meninas para a morte ou confinam-nas a deficiências permanentes, fatores que justificam a maior prevalência de deficiência entre as mulheres (19,2%) em comparação com os homens (12%) (PURI, 2016).

Diante disso, é importante e necessário trazer à baila esta discussão e a imprescindibilidade do planejamento, desenvolvimento e monitoramento de políticas públicas adequadas que agreguem a igualdade de gênero a esta parcela da população e, mais do que isto,

que promovam o empoderamento dessas mulheres para que denunciem os abusos e violências de que são vítimas, a fim de que se ultimem soluções para suas particularidades.

3 A LEI "MARIA DA PENHA" E A MULHER COM DEFICIÊNCIA

A Lei n. 11.340/2006 – Lei Maria da Penha – tornou-se um marco histórico na prevenção, combate e punição da violência contra as mulheres, inclusive, da mulher com deficiência, pois Maria da Penha adquiriu uma deficiência (paraplegia), em decorrência de violência doméstica por ela sofrida.

No artigo 12, inciso IV, do texto legal em apreço se constitui em verdadeiro microssistema de proteção à mulher e à família, com dispositivo endereçado às mulheres com deficiência:

> Art. 12. Em todos os casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, feito o registro da ocorrência, deverá a autoridade policial adotar, de imediato, os seguintes procedimentos, sem prejuízo daqueles previstos no Código de Processo Penal:
> IV - informação sobre a condição de a ofendida ser pessoa com deficiência e se da violência sofrida resultou deficiência ou agravamento de deficiência preexistente. (Incluído pela Lei nº 13.836, de 2019). (BRASIL, 2006).

No artigo 129, §§ 9º e 11, do Código Penal (Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940), por seu turno dispõe:

> § 9º- Se a lesão for praticada contra ascendente, descendente, irmão, cônjuge ou companheiro, ou com quem conviva ou tenha convivido, ou, ainda, prevalecendo-se o agente das relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade: (Redação dada pela Lei nº 11.340, de 2006)
> Pena - detenção, de 3 (três) meses a 3 (três) anos. (Redação dada pela Lei nº 11.340, de 2006)
> [...]
> § 11. Na hipótese do § 9º deste artigo, a pena será aumentada de um terço se o crime for cometido contra pessoa portadora de deficiência. (Incluído pela Lei nº 11.340, de 2006). (BRASIL, 1940).

Desta forma, verifica-se a necessidade de ampliação da proteção das situações que tem as mulheres e meninas com deficiência como vítimas, dado a sua condição de dupla vulnerabilidade, sendo premente, de igual forma, a qualificação dos servidores, policiais e demais pessoas que atuam nesse serviço, capacitando-os para dar àquelas tratamento digno, dado serem vítimas de toda a sorte de abusos e violência, inclusive, não raras vezes, por algozes integrantes de seu próprio núcleo familiar.

CONCLUSÃO

A trajetória histórico-jurídica das pessoas com deficiência demonstra a evolução da nomenclatura e do conceito, na busca incessante de formas e procedimentos viabilizadores da efetiva inclusão deste segmento.

Historicamente, constata-se a invisibilidade social e institucional da mulher com deficiência pela sua exclusão das lutas empreendidas pelos movimentos feministas como também em eventos que tratam da temática da mulher, posturas perpetradas pelas demais mulheres, que as deixam à margem da discussão e da postulação do acesso e exercício dos seus direitos fundamentais.

A condição feminina agregada à deficiência implica numa maior vulnerabilidade das mulheres com deficiência, impondo-lhes uma sobremarginalização social e institucional.

A dupla vulnerabilidade das mulheres e meninas com deficiência reconhecida pela Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência da ONU deve servir de base à criação de medidas, de instrumentos e de ações eficazes que se inter-relacionem com as políticas públicas para a eliminação de todas as formas de discriminação contra este grupo.

A Lei Maria da Penha tornou-se um marco histórico na prevenção, combate e punição da violência contra as mulheres, inclusive, da mulher com deficiência, pois Maria da Penha tornou-se uma pessoa com deficiência, vítima da violência doméstica. Todavia, esta legislação é insuficiente, sendo necessárias a ampliação da proteção relativa às situações que envolvem esse segmento bem como a capacitação de servidores, policiais e demais pessoas no atendimento das mulheres e meninas com deficiência, a fim de que saibam interpretar as denúncias e depoimentos, dando crédito às palavras dessas vítimas.

As políticas públicas devem acolher, interpretar e atender dignamente as mulheres com deficiência, as quais são socialmente vulneráveis, o que envolve a redução das barreiras por estas enfrentadas, a capacitação dos profissionais envolvidos nesse processo e o empoderamento e protagonismo dessas mulheres, conduzindo-as à autonomia emocional, financeira e à reabilitação social, política e profissional.

Nesse contexto, as políticas públicas não podem ser analisadas apenas sob o aspecto econômico, mas devem ter como foco o respeito à dignidade das mulheres com deficiência assim como devem atender precipuamente as suas peculiares necessidades.

Portanto, o Estado Brasileiro, consoante as obrigações assumidas no artigo 4º[1], da multicitada Convenção, tem o dever de atuar como verdadeiro promotor dos direitos que

[1] "Artigo 4. Obrigações gerais. 1. Os Estados Partes se comprometem a assegurar e promover o pleno exercício de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiência, sem qualquer tipo de discriminação por causa de sua deficiência. Para tanto, os Estados Partes se comprometem a: a) Adotar todas as

consagrou na legislação constitucional e infraconstitucional relativamente às mulheres com deficiência.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Presidência da República. Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial [da] União da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 31 dez. 1940. Não paginado. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 5 out. 2020.

BRASIL. Presidência da República. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial [da] União da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 5 out. 1988. Não paginado. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 5 out. 2020.

BRASIL. Presidência da República. Lei n. 11.340, de 7 de agosto de 2006. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência

---

medidas legislativas, administrativas e de qualquer outra natureza, necessárias para a realização dos direitos reconhecidos na presente Convenção; b) Adotar todas as medidas necessárias, inclusive legislativas, para modificar ou revogar leis, regulamentos, costumes e práticas vigentes, que constituírem discriminação contra pessoas com deficiência; c) Levar em conta, em todos os programas e políticas, a proteção e a promoção dos direitos humanos das pessoas com deficiência; d) Abster-se de participar em qualquer ato ou prática incompatível com a presente Convenção e assegurar que as autoridades públicas e instituições atuem em conformidade com a presente Convenção; e) Tomar todas as medidas apropriadas para eliminar a discriminação baseada em deficiência, por parte de qualquer pessoa, organização ou empresa privada; f) Realizar ou promover a pesquisa e o desenvolvimento de produtos, serviços, equipamentos e instalações com desenho universal, conforme definidos no Artigo 2 da presente Convenção, que exijam o mínimo possível de adaptação e cujo custo seja o mínimo possível, destinados a atender às necessidades específicas de pessoas com deficiência, a promover sua disponibilidade e seu uso e a promover o desenho universal quando da elaboração de normas e diretrizes; g) Realizar ou promover a pesquisa e o desenvolvimento, bem como a disponibilidade e o emprego de novas tecnologias, inclusive as tecnologias da informação e comunicação, ajudas técnicas para locomoção, dispositivos e tecnologias assistivas, adequados a pessoas com deficiência, dando prioridade a tecnologias de custo acessível; h) Propiciar informação acessível para as pessoas com deficiência a respeito de ajudas técnicas para locomoção, dispositivos e tecnologias assistivas, incluindo novas tecnologias bem como outras formas de assistência, serviços de apoio e instalações; i) Promover a capacitação em relação aos direitos reconhecidos pela presente Convenção dos profissionais e equipes que trabalham com pessoas com deficiência, de forma a melhorar a prestação de assistência e serviços garantidos por esses direitos. 2. Em relação aos direitos econômicos, sociais e culturais, cada Estado Parte se compromete a tomar medidas, tanto quanto permitirem os recursos disponíveis e, quando necessário, no âmbito da cooperação internacional, a fim de assegurar progressivamente o pleno exercício desses direitos, sem prejuízo das obrigações contidas na presente Convenção que forem imediatamente aplicáveis de acordo com o direito internacional. 3. Na elaboração e implementação de legislação e políticas para aplicar a presente Convenção e em outros processos de tomada de decisão relativos às pessoas com deficiência, os Estados Partes realizarão consultas estreitas e envolverão ativamente pessoas com deficiência, inclusive crianças com deficiência, por intermédio de suas organizações representativas. 4. Nenhum dispositivo da presente Convenção afetará quaisquer disposições mais propícias à realização dos direitos das pessoas com deficiência, as quais possam estar contidas na legislação do Estado Parte ou no direito internacional em vigor para esse Estado. Não haverá nenhuma restrição ou derrogação de qualquer dos direitos humanos e liberdades fundamentais reconhecidos ou vigentes em qualquer Estado Parte da presente Convenção, em conformidade com leis, convenções, regulamentos ou costumes, sob a alegação de que a presente Convenção não reconhece tais direitos e liberdades ou que os reconhece em menor grau. 5. As disposições da presente Convenção se aplicam, sem limitação ou exceção, a todas as unidades constitutivas dos Estados federativos." (BRASIL, 2006).

contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. **Diário Oficial [da] União da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 8 ago. 2006. Não paginado. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm. Acesso em: 5 out. 2020.

BRASIL. Congresso Nacional. Decreto Legislativo n. 186, de 9 de julho de 2008. Aprova o texto da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e de seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova Iorque, em 30 de março de 2007. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 10 jul. 2008. Não paginado. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Congresso/DLG/DLG-186-2008.htm. Acesso em: 5 out. 2020.

BRASIL. Presidência da República. Lei n. 8.112, de 11 de dezembro de 1990. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 19 abr. 1991. Não paginado. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8112cons.htm. Acesso em: 5 out. 2020.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução n. 230, de 22 de junho de 2016. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, 23 jun. 2016. Texto original. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/files/resolucao_230_22062016_23062016170949.pdf. Acesso em: 5 out. 2020.

BRASIL. Presidência da República. Decreto n. 6.949, de 25 de agosto de 2009. Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 28 de março de 2007. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 26 ago. 2009. Não paginado. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm. Acesso em: 5 out. 2020.

BRASIL. Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos. **Governo lança campanha de enfrentamento à violência contra a mulher**. Brasília, DF, 2019. Disponível em: https://www.mdh.gov.br/todas-as-noticias/2019/novembro/governo-lanca-campanha-de-enfrentamento-a-violencia-contra-a-mulher. Acesso em: 5 out. 2020.

CINTRA, F. Artigo 6 – mulheres com deficiência. *In*: RESENDE, A. P. C.; VITAL, F. M. P. (coord.). **A Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência**: comentada. Brasília, DF: Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2008. p. 38-40. Disponível em: https://www.oab.org.br/arquivos/a-convencao-sobre-os-direitos-das-pessoas-com-deficiencia-comentada-812070948.pdf. Acesso em: 5 out. 2020.

FEMINELLA, A. P.; LOPES, L. F. Disposições gerais: da igualdade e da não discriminação e cadastro-inclusão. *In*: SETUBAL, J. M.; FAYAN, R. A. C. (org.). **Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência:** comentada. Campinas: Fundação FEAC, 2016. p. 9-32.

Disponível em: https://www.feac.org.br/wp-content/uploads/2017/05/Lei-brasileira-de-inclusao-comentada.pdf. Acesso em: 5 out. 2020.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Resolução n. 45/91, de 14 de dezembro de 1990** [Propõe a execução do Programa de Ação Mundial para as Pessoas com Deficiência e da Década das Pessoas com Deficiência das Nações Unidas]. Nova York: Assembléia Geral das Nações Unidas, 68ª Sessão Plenária, 1990. Disponível em: http://www.faders.rs.gov.br/legislacao/6/38. Acesso em: 5 out. 2020.

PAULA, A. R. Artigo 3 – princípios gerais. *In*: RESENDE, A. P. C.; VITAL, F. M. P. (coord.). **A Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência**: comentada. Brasília, DF: Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2008. p. 31-33. Disponível em: https://www.oab.org.br/arquivos/a-convencao-sobre-os-direitos-das-pessoas-com-deficiencia-comentada-812070948.pdf. Acesso em: 5 out. 2020.

PURI, L. **Embrace empowering young women and girls with disabilities**. New York, NY: UN Women, 2016. Disponível em: https://www.unwomen.org/en/news/stories/2016/6/lakshmi-puri-at-crpd. Acesso em: 5 out. 2020.

RAMOS, A. C. **Curso de direitos humanos**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

TEPERINO, M. P. Apresentação. *In*: TEPERINO, M. P. (coord.). **Comentários à legislação federal aplicável às pessoas portadoras de deficiência**. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. ix-x.

A RESPOSTA PUNITIVA À VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER: APONTAMENTOS CRÍTICOS AO MANDADO DE CRIMINALIZAÇÃO INTERNACIONAL GERADOR DA LEI MARIA DA PENHA

Lucas Bécsi Valiengo
Pós graduando em Diretos Humanos pelo Círculo de Estudos pela Internet (CEI). Especialista em Direito Penal e Criminologia – ICPC. Bacharel em Direito – PUC-SP. Advogado. E-mail: lucas.valiengo@gmail.com

Lara Ferreira Lorenzoni
Doutoranda em Direitos e Garantias Fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória (bolsista FAPES). Mestre em Direito Processual pela Universidade Federal do Espírito Santo (bolsista FAPES). Especialista em Direito Penal e Direito Processual Penal pela Faculdade de Direito Professor Damásio de Jesus. Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo. Advogada. E-mail: laralorenzoni7@gmail.com

RESUMO: O objeto da presente pesquisa é o mandado internacional de criminalização da Comissão Interamericana de Direitos Humanos no tocante à violência contra a mulher no Brasil que culminou na elaboração da Lei Maria da Penha. O problema que se defronta é: seria o punitivismo penal a melhor resposta do direito internacional dos direitos humanos para resolver problemas sociais mundialmente complexos, aqui, especificamente, a violência de gênero? A hipótese é a de que o sistema penal liberal somente tende a agravar as mazelas da sociedade em se tratando de grupos historicamente oprimidos (como é o caso das mulheres), jamais solucionando-as. Nessa toada, os objetivos são: apresentar o que são os mandados de criminalização internacional; conceituar a criminologia crítica; analisar brevemente seu histórico e pressupostos; examinar o mandado de criminalização internacional que gerou a edição da Lei 11.340/2006; relacionar as pretensões iniciais desse mandado às lições da criminologia crítica elencadas; propor a compatibilidade ou não entre as motivações da Lei Maria da Penha e os postulados da criminologia crítica. Como metodologia, lançou-se mão da pesquisa bibliográfica para a análise dos conhecimentos primários, a partir da aplicação do método dedutivo, extraindo-se uma conclusão lógica a partir de premissas maior e menor. Foram eleitos como marcos teóricos os autores Nilo Batista, Marília Montenegro e Vera Regina Pereira de Andrade. Eventualmente, outros aportes aparecem para complementar as análises, como Vera Malaguti Batista, Caio Paiva, Thimotie Aragon Heeman, André de Carvalho Ramos e Flávia Piovesan. Na conclusão, entende-se que a hipótese inicial foi corroborada.

PALAVRAS-CHAVE: Mandado de criminalização; direito internacional dos direitos humanos; criminologia crítica; Lei Maria da Penha.

ABSTRACT: The object of this research is the international mandate of the Inter-American Commission on Human Rights to criminalize violence against women in Brazil, which culminated in the drafting of Maria da Penha Law. The problem it faces is: would criminal punitivism be the best response of international human rights law to solve complex social problems worldwide, here specifically gender violence? The hypothesis is that the liberal penal system only tends to aggravate the ills of society when dealing with historically oppressed groups (such as women), never solving them. In this regard, the objectives are: to present what international criminalization warrants are; to conceptualize critical criminology; to briefly analyze its history and assumptions; to examine the international criminalization warrant that generated the edition of Law 11.340/2006; to relate the initial pretensions of this warrant to the lessons of critical criminology listed; to propose the compatibility or not between the motivations of Maria da Penha Law and the postulates of critical criminology. As a methodology, the bibliographical research was used for the analysis of primary knowledge, based on the application of the deductive method, drawing a logical conclusion from major and minor premises. The authors Nilo Batista, Marília Montenegro and Vera Regina Pereira de Andrade were elected as theoretical landmarks. Eventually, other contributions appear to complement the analyses, such as Vera Malaguti Batista, Caio Paiva, Thimotie Aragon Heeman, André de Carvalho Ramos and Flávia Piovesan. In the conclusion, it is understood that the initial hypothesis was corroborated.
KEYWORDS: Warrant of criminalization; international human rights law; critical criminology; Maria da Penha Law.

INTRODUÇÃO

O *objeto* da presente pesquisa é o mandado internacional de criminalização advindo de uma recomendação pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos no tocante à violência contra a mulher no Brasil que culminou na elaboração e publicação da Lei Federal 11.340/2006, conhecida como Lei Maria da Penha. O *problema* que se defronta é: seria o punitivismo penal a melhor resposta do direito internacional dos direitos humanos para resolver problemas sociais mundialmente complexos, aqui, especificamente, a violência de gênero? A *hipótese* com que se trabalha, a partir dos axiomas da criminologia crítica, é a de que o sistema penal liberal somente tende a agravar as mazelas da sociedade em se tratando de grupos historicamente oprimidos (como é o caso das mulheres), jamais solucionando-as, pois idealizado, a partir do século XVIII - com a consagração das prisões enquanto penalidade por excelência no mundo capitalista em ascensão -, não para diminuir a criminalidade, e sim, para geri-la de modo eficaz à perpetuação das desigualdades estruturalmente postas.

Nessa toada, os *objetivos* do trabalho são: apresentar o que são os mandados de criminalização internacional; conceituar a criminologia crítica; analisar brevemente seu histórico e pressupostos; examinar o mandado de criminalização internacional determinado ao Brasil que gerou a edição da Lei 11.340/2006; relacionar as pretensões iniciais desse mandado às lições da criminologia crítica elencadas; propor a compatibilidade ou não entre as motivações da Lei Maria da Penha e os postulados da criminologia crítica.

Como *metodologia de pesquisa*, utilizou-se a pesquisa bibliográfica como fonte de conceitos essenciais para a construção de um conhecimento capaz de promover uma análise crítica acerca do tema proposto. Assim, buscaram-se fontes secundárias, especialmente publicações, como livros, estudos acadêmicos e artigos que abarquem a questão. Para tanto, foi utilizado o método dedutivo, o qual "[...] tem o propósito de explicar o conteúdo das premissas [...] os argumentos dedutivos ou estão corretos ou incorretos [...]" (LAKATOS & MARCONI, 2003, p. 74). Na metodologia adotada, extrai-se uma conclusão lógica a partir de uma premissa menor e de uma premissa maior. Ou seja, utiliza-se a dedução a fim de se chegar a uma conclusão por meio de premissas.

No primeiro capítulo, disserta-se brevemente sobre os mandados internacionais de criminalização na conjuntura do direito internacional dos direitos humanos, ressaltando-se a divergência doutrinária que lhes envolve; no segundo tópico, discorre-se sobre o que é criminologia, traçando-se resumidamente o caminho da criminologia positivista à criminologia crítica, de modo a colacionarem-se os preceitos basilares dessa última; finalmente, no terceiro nível, confronta-se o mandado de criminalização objeto desse estudo ao acúmulo de conhecimentos pertencente à criminologia crítica, numa ótica notadamente dialética material de base marxista.

Para isso, foram eleitos como *marcos teóricos* da criminologia os autores Nilo Batista, Marília Montenegro e Vera Regina Pereira de Andrade. Eventualmente, outros aportes aparecem para complementar as análises, como Vera Malaguti Batista, Caio Paiva, Thimotie Aragon Heeman, André de Carvalho Ramos e Flávia Piovesan, mas a pesquisa é modestamente limitada ao que os marcos principais colocam sobre o assunto trazido para cotejamento.

A título de considerações finais, entendeu-se que a opção punitivista pelo Direito Penal somente é eficaz para atingir aqueles na ponta mais fragilizada da equação social. Os mandados de criminalização internacionais são velhas soluções para novos problemas, e demonstram a limitação do direito penal internacional dos direitos humanos em criar e estabelecer métodos que não através da criminalização de atos para resolução de problemas sociais complexos.

1 OS MANDADOS INTERNACIONAIS DE CRIMINALIZAÇÃO: OPINIÕES DIVERGENTES NA DOUTRINA

Os mandados de criminalização, em sua essência, seriam as obrigações impostas aos Estados para tipificar uma ou outra conduta. Sua base pode ser tanto constitucional como advinda de tratados internacionais. Em relação aos mandados de criminalização constitucionais, nos ensina Antônio Carlos da Ponte (2015, p. 154) que apontam matérias, na própria Constituição, sobre as quais o poder legislativo de determinado país "não tem a faculdade de legislar, mas a obrigatoriedade de tratar, protegendo determinados bens ou interesses de forma adequada e, dentro do possível, integral".

Os mandados de criminalização internacionais seriam equivalentes aos mandados de criminalização constitucionais, com a diferença de que sua previsão legal advém dos tratados internacionais dos quais o país é signatário. Em relação aos primeiros, sua função e razão jurídica de ser gera controvérsias no âmbito do direito internacional dos direitos humanos.

Para o professor José Afonso da Silva (2009, p. 138), seria inviável a possibilidade de criminalização de condutas advindas de tratados internacionais. Leciona o professor que, em se tratando de incriminação de condutas, o princípio da reserva legal, previsto no inciso XXXIX, do artigo 5º da Lei Magna de 1988, adquire dimensão de destaque. Seu teor exige que a conduta, para ser crime, deve subsumir-se ao tipo legal definido por lei: "Mas ainda há que se perguntar: que lei? A resposta é: a lei formal, a lei produzida pelo Congresso Nacional segundo o procedimento constitucionalmente estabelecido" (SILVA, 2009, p. 138).

Também de maneia crítica, o professor Dimitiri Dimoulis (2005, p. 107-119) infere que a punição em nome dos Direitos Humanos e pela via do Direito Penal, ou seja, a resposta da violência pela violência, seria um modo equivocado para a tutela dos bens jurídicos.

Ainda, a Professora Maria Lúcia Karam (2009, p. 1), na apresentação de sua obra "Recuperar o desejo da liberdade e conter o poder punitivo", desenvolve a ideia de que

> O desejo da liberdade, a concretização dos direitos fundamentais de cada indivíduo, o aprofundamento dos ideais democráticos, na realidade, não se harmoniza com a existência de um poder punitivo, agigantado ou mais controlado.

De modo diametralmente oposto, pairam as posições de grandes juristas dos direitos humanos como o professor André de Carvalho Ramos e a professora Flávia Piovesan. Na visão de Ramos (2006, p. 24), referidos mandados seriam a utilização adequada dos meios necessários para que sejam respeitados e resguardados relevantes bens jurídicos, não se tratando de mera vingança. Já Piovesan (2006, p. 92), de maneira otimista, elabora que a reprodução de disposições de tratados internacionais de Direitos Humanos na ordem jurídica brasileira revela a

preocupação do legislador em ajustar o direito interno, com harmonia e consonância, às obrigações internacionalmente assumidas pelo Estado brasileiro. Nesse caso, conclui que os tratados servem para "reforçar o valor jurídico de direitos constitucionalmente assegurados, de forma que eventual violação de direito importará em responsabilização não apenas nacional, mas também internacional" (PIOVESAN, 2006, p. 92).

Com efeito, não existe um consenso por parte da doutrina quanto à adequabilidade ou não dos mandados de criminalização internacionais na qualidade de métodos para a garantia de determinados direitos fundamentais por meio da criminalização de condutas.

A título de ilustração, citam-se três tratados internacionais que preveem mandados de criminalização dos quais o Brasil faz parte. São eles: a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, incorporada pelo direito interno no Decreto nº 65.810/69, que obriga os estados partes a criminalizar condutas discriminatórias em razão de raça cor ou origem nacional ou étnica (BRASIL, acesso em: 1 out. 2020); a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (Convenção de Mérida), internalizada pelo Decreto nº 5.687/06, que determina a tipificação de diversos crimes relacionados ao tema da corrupção (BRASIL, acesso em: 30 set. 2020); a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (Convenção de Palermo), positivada interinamente via Decreto nº 5015/04, determinando a criminalização de diversas condutas relacionadas ao chamado crime organizado internacional (BRASIL, acesso em: 2 out. 2020).

Por fim, traz-se o exemplo, a ser melhor tratado em capítulo próprio, do mandado de criminalização internacional advindo de uma recomendação pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos no tocante à violência contra a mulher no Brasil. Foi esse mandado internacional que culminou na elaboração e publicação da Lei Federal 11.340/2006, conhecida como Lei Maria da Penha (BRASIL, Acesso em: 3 out. 2020). Dessarte, tem-se que o diploma legislativo pátrio responsável por criar mecanismos de coibição à violência doméstica e familiar contra a mulher adveio de fonte internacional do direito penal dos direitos humanos.

A seguir, passa-se à análise da criminologia crítica, enquanto escola teórica eleita à confrontação da problemática aqui proposta, para, após, retornar-se ao tema do mandado de criminalização referente à Lei Maria da Penha sob o prisma dos marcos teóricos escolhidos.

2 CRIMINALIZAÇÃO E CRIMINOLOGIA CRÍTICA: A CLIENTELA TÍPICA DO SISTEMA PENAL

Para que seja possível conceituar criminologia crítica, primeiramente, é preciso traçar a definição de criminologia. Segundo o Professor Sérgio Salomão Shecaira (2014, p. 35), criminologia é o estudo: da infração; dos meios formais e informais de que a sociedade se utiliza

para lidar com o crime e com os atos desviantes; do tipo de postura com que as vítimas desses crimes serão atendidas e, por fim, do autor do desvio.

Nilo Batista (2017, p. 27), citando Lola Aniyar de Castro, propõe que criminologia

> ‘é a atividade intelectual que estuda os processos de criação das normas penais e das normas sociais que estão relacionadas com o comportamento desviante; os processos de infração e de desvio destas normas; e a reação social, formalizada ou não, que aquelas infrações ou desvios tenham provocado; o seu processo de criação, a sua forma e conteúdo e os seus efeitos’.

Assim, a criminologia é o estudo que possui como objeto o delito, o criminoso, a vítima, o controle social do delito, ou alguma variação e simultaneidade entre esses objetos. Classicamente, os estudiosos do tema atribuem o nascimento da referida ciência a Cesare Lombroso, em sua obra intitulada “O Homem Delinquente”. Nela, o médico italiano examinava os crânios de condenados mortos, determinando quais tipos específicos de formação anatômica teriam caráter mais ou menos tendentes à criminalidade. Lombroso pertencia à chamada Escola Positivista (ANITUA, 2008, p. 302).

Ao lado da Escola Positivista, existiram, outrossim, a Escola Clássica e a Sociologia Criminal. A partir do século XX, a Sociologia Criminal buscou tentar explicar as razões do crime através do meio social, surgindo explicações sob a égide do funcionalismo e do consensualismo. As chamadas teorias do consenso partem de um pressuposto liberal, em que a sociedade é monolítica e seus valores são oriundos, como sinaliza a própria denominação, de um amplo acordo daqueles que a compõem (MOLINA, 2006, p. 265).

Entretanto, diante das diversas incongruências e falhas teóricas de tais formulações, emerge uma nova criminologia, que, em vez de direcionar sua atenção ao criminoso, ao crime ou às respostas sociais, focou seus estudos no processo de criminalização em si, questionando a própria definição de desvio. Coloca Alessandro Baratta (2002, p. 88) que, enquanto os criminólogos tradicionais examinavam problemas do tipo “‘quem é criminoso?’, ‘como se torna desviante?’, ‘em quais condições um condenado se torna reincidente?’, ‘com que meios se pode exercer controle sobre o criminoso?’”, de maneira diferente, os interacionistas, como em geral os autores que se inspiram no *labelling approach*, puseram em questão:

> [...] ‘quem é definido como desviante?’, ‘que efeito decorre desta definição sobre indivíduos?’, ‘em que condições este indivíduo pode se tornar objeto de uma definição?’ e, enfim, ‘quem define quem?’ (BARATTA, 2002, p. 88).

Assim, com a teoria do etiquetamento (ou *labelling approach*), foi verificada a presença de um duplo etiquetamento, por meio das chamadas criminalizações primárias e secundárias. A criminalização primária seria “o ato e o efeito de sancionar uma lei penal material que incrimina

ou permite a punição de certas pessoas", enquanto a criminalização secundária consistiria na "ação punitiva exercida sobre pessoas concretas, que acontece quando as agências do Estado detectam pessoas que se supõe tenham praticado certo ato criminalizável primariamente e as submetem ao processo de criminalização", correspondidos pela "investigação, prisão, judicialização, condenação e encarceramento" (BATISTA, ZAFFARONI, ALAGIA & SLOKAR, 2003, p. 7).

Acontece que a cifra negra mostrou-se mais do que evidente. Significa dizer, havia a existência de uma grande gama de pessoas que cometiam fatos típicos e, mesmo assim, não eram penalizadas. Isso mostra que o rótulo de "criminoso" não é o fruto natural da infração penal: apenas decorria de uma reação de repressão socialmente depositada sobre certos indivíduos que cometiam determinados desvios (ZAFFARONI, 2002, p. 7).

Esse entendimento foi inserido dentro das chamadas teorias do conflito, que, juntamente com a criminologia crítica, afirmavam que as verdadeiras variáveis do processo de definição e seleção das relações de poder dos grupos sociais são encontradas partindo-se do exame da estratificação social e dos conflitos de interesses (MOLINA, 2006, p. 343).

Nessa perspectiva, diversos trabalhos empíricos surgiram, correlacionando a pobreza e a marginalização de determinados grupos à sua posterior criminalização. Em sua clássica obra "Punir os Pobres", Loïc Wacquant (2018, p. 331-332) demonstra como a criminalização da negritude nos EUA teve diferentes mecanismos com o passar da história, mas o mesmo público: os afro-americanos. Nacionalmente, destaca-se o trabalho da Professora Vera Malaguti Batista, em "Difíceis Ganhos Fáceis: Drogas e Juventude Pobre no Rio de Janeiro". Pela análise de casos da justiça juvenil carioca referente ao tema das drogas entre 1968 e 1988, a autora comprova o tratamento diferenciado entre acusados ricos e pobres (BATISTA, 2016, p. 134-135). Bem por isso, na lição de Juarez Cirino dos Santos,

> O processo de criminalização, nos componentes de produção e de aplicação de normas penais, protege seletivamente os interesses das classes dominantes, pré- seleciona os indivíduos estigmatizáveis distribuídos pelas classes e categorias sociais subalternas e, portanto, administra a punição pela posição de classe do autor, a variável independente que determina a imunidade das elites de poder econômico e político e a repressão das massas miserabilizadas e sem poder das periferias urbanas [...] (2018, p. 123).

Em resumo, para a criminologia crítica, toda a e qualquer produção legislativa que aumente o poder repressivo penal do Estado capitalista terá como principal clientela, inevitavelmente, as classes dominadas, em especial aquelas marginalizadas e historicamente reprimidas pela via de políticas supostamente neutras de proteção da ordem jurídica. Sintetiza Vera Malaguti Batista: "Enfim, a prisão é uma máquina de infligir dor para *certos*

comportamentos entre certas classes sociais e também entre os resistentes de cada *ordem social*, como diria Rosa del Olmo" (2014, p. 91, grifos da autora).

Fundamentando essa visão, existem os diversos estudos empíricos que demonstram como o sistema penal atual brasileiro, qualquer que seja a legislação penal que o mova, possui alvos nítidos e específicos, quais sejam: jovens negros e periféricos (BORGES, 2018, p. 14), o que revela a instrumentalização desse aparato jurídico à manutenção do *status quo*.

3 O MANDADO DE CRIMINALIZAÇÃO INTERNACIONAL QUANTO À LEI MARIA DA PENHA: O OLHAR DA CRIMINOLOGIA CRÍTICA

Por tudo o que foi dito até aqui, pode-se apreender que toda e qualquer criminalização, dentro de um sistema capitalista, sob o enfoque da criminologia crítica, serviria para a persecução e aprisionamento posterior da classe dominada. Diante disso, faz-se necessário analisar um mandado de criminalização internacional determinado ao Brasil à luz dos criminólogos críticos. É nesse ponto que será apreciada a questão da Lei nº 11.340/06, a chamada Lei Maria da Penha.

O histórico da Lei Maria da Penha já fora descrito em várias obras e ocasiões, utilizando-se, aqui, o relato dos professores Caio Paiva e Thimotie Aragon Heeman (2020, p. 537-539):

> Maria da Penha Maia Fernandes foi vítima, em 1983, em seu domicílio na cidade de Fortaleza/CE, de tentativa de homicídio por parte de seu então marido, o senhor Marco Antônio Heredias Viveiros, que, além de ter disparado contra ela um revólver enquanto ela dormia, causando-lhe paraplegia irreversível e outros traumas físicos e psicológicos, ainda tentou eletrocutá-la enquanto se banhava, logo que havia regressado do hospital.

Tais atos foram o ápice de uma série de agressões sofridas durante toda a vida matrimonial do casal. Após a última violência perpetrada, a vítima decidiu separar-se judicialmente de seu então esposo e denunciá-lo às autoridades competentes. Em 1984, o Ministério Público ofereceu denúncia contra Marco Antônio. Passados mais de 15 anos a contar da data dos fatos, ainda não se havia alcançado a condenação definitiva do réu, que se mantivera em liberdade durante todo o interregno, "[...] apesar da gravidade da acusação e do substancioso conjunto probatório contra ele" (PAIVA & HEEMAN, 2020, p. 537-539).

Em 1998, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos recebeu a denúncia apresentada pela vítima e por entidades não governamentais de proteção dos direitos humanos. Diante de tudo o que se relatou, em 2001, a CIDH declarou o Estado brasileiro um violador do direito da vítima à proteção judicial (PAIVA & HEEMAN, 2020, p. 537-539).

Em virtude de tal condenação, foram realizadas diversas recomendações ao Estado brasileiro. Entre elas, destaca-se "o estabelecimento de formas alternativas às judiciais, rápidas e efetivas de solução de conflitos intrafamiliares, bem como de sensibilização com respeito à gravidade e às consequências penais que gera" (PAIVA & HEEMAN, 2020, p. 537-539). Ademais, houve a recomendação da criação de uma lei específica que tratasse do tema da violência familiar contra a mulher. Assim, inspirada na Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher - Convenção de Belém do Pará - e fruto do trabalho de um consórcio de organizações não governamentais feministas (BANDEIRA, 2009, p. 418), em 2006, foi promulgada a Lei nº 11.340, popularmente conhecida como Lei Maria da Penha, que, consoante seu próprio texto, "Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher" (BRASIL, acesso em: 3 out. 2020).

Em suma, verifica-se que, apesar de não possuir como base normativa um tratado internacional, a Lei Maria da Penha teve como principal foco irradiador de sua criação um mandado de criminalização internacional advindo de uma recomendação pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Ou seja, o tratamento criminal mais grave resultante da Lei Maria da Penha em termos de violência de gênero emanou de fonte internacional do direito penal dos direitos humanos.

Nota-se que, apesar de a base fática (violência contra a mulher) que deu origem às recomendações da Comissão Interamericana de Direitos Humanos - e, com isso, à Lei Maria da Penha -, ser altamente relevante, bem como as tentativas de resolução do problema nesse sentido serem louváveis, tal lei penal não é imune a críticas.

A Professora Marília Montenegro, em sua obra fruto de minuciosa pesquisa de campo, "Lei Maria da Penha: uma análise criminológica-crítica", traz interessantes reflexões. Obtempera a autora que, embora ostente grandes méritos no que diz respeito às medidas de proteção à mulher, a Lei 11.340/06 apresenta graves problemas no campo penal:

> Infelizmente, a lei se tornou mais conhecida pelos seus aspectos penais com o *slogan* midiático 'homem que bate em mulher agora é preso', e como sempre, as medidas de caráter penal, por serem simbólicas e extremamente seletivas, são mais facilmente aplicadas do que as medidas de caráter preventivo e educativo (MONTENEGRO, 2020, p. 197).

Dessa forma, por ter um discurso exclusivamente punitivo, buscando alguém sobre quem depositar o signo da culpa, o Direito Penal ignora por completo a violência estrutural e seus condicionamentos. Consequentemente, reduz-se a um mecanismo de estigmatização dos sujeitos envolvidos, oferecendo falsas soluções. Mais do que isso, não é capaz de satisfazer aquela que deveria ser o centro das preocupações: a vítima. Essa, muitas vezes, "pode deixar a Justiça com

o rótulo de que ‘gosta de apanhar’” (MONTENEGRO, 2020, p. 197), o que é, de fato, incondizível com o propósito inicial da lei em questão.

Dessarte, apesar de se reconhecer que os conflitos oriundos de relações domésticas são um sério problema de ordem pública, logo, devem ter atenção por parte do Estado, é razoável admitir que “Sua minoração deve passar, antes, pelo diálogo e pela tentativa de conciliação e, jamais, iniciar-se pelas mãos do Direito Penal” (MONTENEGRO, 2020, p. 198).

Nessa linha, Nilo Batista (acesso em: 3 out. 2020) compreende que a Lei nº 11.340 tem como principal característica político-criminal exprimir uma demanda por sofrimento físico. Ou seja, ao vedar a aplicação do que, no linguajar comum, se apresenta como “penas de cesta básica”, ou de “prestação pecuniária” e de multa, afastando-se a incidência da Lei nº 9.099/1995 (mesmo em se tratando de lesão corporal leve ou de simples injúria), o diploma faz uma opção retributivista que retira a possibilidade de conciliação ou de solução penal de ordem moral ou patrimonial na sanção dirigida ao autor de delito. Dessa forma, uma vez descumprindo a restrição imposta na pena que substituiu a privativa de liberdade, “as prisões dramaticamente superlotadas passam a constituir o destino dos agressores domésticos contra a mulher” (BATISTA, acesso em: 3 out. 2020).

É preciso, pois, questionar se essa é a melhor solução. Como coloca Nilo,

> [...] a opção retributivista-aflitiva da lei representa uma contribuição para o grande encarceramento em curso. Como o sistema penal opera seletivamente, guiando-se as agências policiais pelos preconceitos que produzem e regem o uso do estereótipo criminal, é previsível que agressores negros e pobres tenham muito mais possibilidades de serem efetivamente presos do que agressores brancos de classe média. Dessa forma, a nova lei contribuiria para o processo estrutural de criminalização da pobreza ao qual o empreendimento neoliberal conduz, para o controle das massas humanas por ele economicamente marginalizadas, sob os olhos e sob a indiferença de grande parte dos operadores que nele intervêm.

Vera Pereira de Andrade (1999, p. 108-109) evidencia que, no Brasil, a partir dos anos 1970, o tema da violência contra as mulheres passou a requerer centralidade do debate público, de maneira que o movimento feminista reemergido em tal época inscreveu-se numa ambiguidade: ao mesmo tempo em que demandava a descriminalização de condutas tradicionalmente consideradas criminosas – aborto, sedução, adultério etc -, passou a reivindicar tratamento penal mais rigoroso de outros fatos, como violência doméstica e assédio sexual. Inicia-se, por conseguinte, um processo de “publicização-penalização do privado”, no qual “o que se busca é o castigo” (ANDRADE, 1999, p. 110-112). Tudo isso, na opinião da autora, conduz a uma situação paradoxal:

> Essa demanda pelo sistema acaba por reunir o movimento de mulheres, que é um dos movimentos mais progressistas do país, com um dos movimentos mais conservadores e

> reacionários, que é o movimento de 'Lei e Ordem'. Ambos acabam paradoxalmente unidos por um elo, que é mais repressão, mais castigo, mais punição e, com isso, fortalecem as fileiras da panaceia geral que vivemos hoje em matéria de política criminal (ANDRADE, 1999, p. 112).

Não fosse o suficiente, ainda resta a questão de que o sistema penal, em vez de proteger as mulheres vítimas de violência, está muito mais apto a fazer o contrário, isto é, a duplicar seu sofrimento. Isso porque, desenhado por e para os interesses dos homens brancos detentores do poder, dentro de uma perspectiva patriarcal capitalista, faz da mulher vítima de sua violência institucional plurifacetada, que expressa e reproduz dois grandes tipos de violência estrutural da sociedade: "a violência estrutural das relações sociais capitalistas (que é a desigualdade de classe) e a violência das relações patriarcais (traduzidas na desigualdade de gênero)" (ANDRADE, 1999, p. 113). Ademais, é preciso lembrar a preciosa lição de Angela Davis, ao denunciar que a prisão tem um trabalho ideológico muito bem orquestrado: "ela nos livra da responsabilidade de nos envolver seriamente com os problemas de nossa sociedade" (2018, p. 17).

O Estado capitalista, em vez de realizar sólidas políticas públicas de longo prazo a fim de enfrentar questões sociais que se lhe apresentam, constantemente desobriga-se de tal tarefa presenteando a sociedade com mais punição e mais encarceramento - uma verdadeira não solução. É o que explica Vera Malaguti Batista (2014, p. 94): "Como a revolução industrial foi um colossal *moinho de gastar gente*, o sistema penal foi concebido não para suprimir ilegalidades (como muitos incautos ainda acreditam), mas para geri-las diferencialmente" (grifo da autora).

Nessa eterna prescrição de receitas penais para o fracasso, há uma "dependência crescente desse sistema para resolver problemas sociais que na verdade são exacerbados pelo encarceramento em massa" (DAVIS, 2018, p. 20). Assim, é que, numa lógica extraordinariamente circular, o movimento feminista, ao buscar converter um problema privativo em problema sócio-penal, encontra-se imerso na reprodução da mesma matriz (patriarcal e jurídica) da qual faz a crítica, recorrendo à balaustrada de um sistema marcadamente classista e sexista. Nesse contexto, é de se questionar:

> [...] de que adianta correr dos braços violentos do homem (seja marido, chefe ou estranhos) para cair nos braços do Estado, institucionalizado no sistema penal, se nesta corrida, do controle social informal ao controle formal, as fêmeas reencontram a mesma resposta discriminatória em outra linguagem? (ANDRADE, 1999, p. 116).

Enfim, pode-se considerar que, mesmo um mandado de criminalização "bem intencionado", como o que deu origem à Lei Maria da Penha, com base numa inquietação social legítima, merece algumas considerações quando colocado sob a lente da criminológica-crítica.

O direito internacional, se quer, de fato, ser um aliado dos direitos humanos, precisa desligar-se da não resolução penal. Isso porque, conforme já abordado, as leis penais criadas dentro de uma sociedade capitalista com alto índices de desigualdade social e dominação de classe somente irão afetar as classes dominadas e nelas incluem-se o próprio público que supostamente se quer proteger: as mulheres submetidas à violência doméstica.

CONCLUSÃO

Conforme exposto no tópico 1, os mandados internacionais de criminalização são as obrigações impostas aos Estados para tipificar uma ou outra conduta. Sua base pode ser tanto constitucional como advinda de tratados internacionais. No caso da Lei 11.340/2006 (Lei Maria da Penha), essa foi elaborada a partir de instrumento internacional advindo de uma recomendação pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos no tocante à violência contra a mulher no Brasil.

No segundo tópico, tratou-se brevemente acerca da história da criminologia, até a definição da chamada criminologia crítica. Tal escola entende que a seletividade do sistema de justiça criminal decorre principalmente das dominações resultantes do modo de produção capitalista nas suas estruturas excludentes. Ou seja, inevitavelmente, a classe dominada será o principal cliente das agências de persecução penal, que exercem a chamada criminalização secundária, também abordada.

Diante das diversas obras e verificações empíricas que correlacionavam a criminalização secundária com a pobreza, surge a criminologia crítica ou criminologia radical, dentro da teoria do conflito, que sustenta que a dominação capitalista dos mais pobres é a função primordial do sistema de persecução penal.

Nessa esteira, mesmo um mandado internacional de criminalização “bem intencionado”, como o que deu origem à Lei Maria da Penha, instrumento que nasceu de uma inquietação social legítima, merece algumas considerações. Isso porque as leis penais criadas dentro de uma sociedade capitalista com alto índices de desigualdade social e dominação de classe somente irão afetar as classes dominadas e, dentre elas, encontram-se as mulheres. É uma verdadeira armadilha punitiva sair dos braços do homem agressor para recorrer ao classista e sexista Estado Penal.

A opção punitivista para a resolução dos conflitos sociais já fora demonstrada, tanto empírica quanto teoricamente, como amplamente ineficaz, se a finalidade é outra que não atingir aqueles na ponta mais fragilizada da equação social. Os mandados de criminalização internacionais são velhas soluções para novos problemas, e demonstram a limitação do direito

penal internacional dos direitos humanos em criar e estabelecer métodos que não por meio da criminalização de atos para resolução de problemas sociais.

Conforme demonstrando, os oprimidos serão sempre aqueles que sofrerão os efeitos deletérios do Direito Penal, independentemente das intenções iniciais quando do processo de criminalização primária. Nesse sentido, a necessidade de tornar público um problema privado não significa que fazê-lo pela via penal seja o melhor caminho. Na verdade, esse movimento repetitivo, um eterno retorno punitivo, impede que minorias representadas por militâncias antissistema organizadas como o movimento feminista enxerguem soluções criativas, "fora da caixa", alheias às instituições oficiais perpetradas pela eterna burguesia patriarcal que invariavelmente oferecerá as mesmas respostas simples para problemas complexos: pena e prisão.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Vera Pereira de. **Criminologia e feminismo: da mulher como vítima à mulher como sujeito.** In: CAMPOS, Carmen Hein de (org). Criminologia e feminismo. Porto Alegre: Sulina, 1999, p. 105-117.

ANITUA, Gabriel Ignacio. **História dos pensamentos criminológicos**. Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, Instituto Carioca de Criminologia, 2008.

ARAS, Vladimir. **Corrupção e direitos humanos no sistema interamericano**. Disponível em: https://vladimiraras.blog/2018/11/22/corrupcao-e-direitos-humanos-no-sistema-interamericano/. Acesso em: 24 de setembro de 2020.

BANDEIRA, Lourdes. Três décadas de resistência feminista contra o sexismo e a violência feminina no Brasil: 1976 a 2006. **Sociedade & Estado**, Rio de Janeiro, v. 24, n. 2, p. 401- 438, 2009.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal:** introdução a sociologia do Direito Penal. Tradução Juarez Cirino dos Santos. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2002.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 2017.

BATISTA, Nilo. **Só Carolina não viu**. Disponível em: <http://www.crprj.org.br/site/wp- c ontent/uploads/2016/05/jornal17-nilobatista.pdf>. Acesso em: 3 out. 2020.

BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, Eugenio Raul; ALAGIA, Alejandro e SLOKAR, Alejandro. 2 ed. **Direito Penal Brasileiro**. Primeiro Volume – Teoria Geral do Direito Penal. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

BATISTA, Vera Malaguti. **Difíceis ganhos fáceis** – droga e juventude pobre no Rio de Janeiro. – Rio de Janeiro: Revan, 2016.

BATISTA, Vera Malaguti. **Introdução crítica à criminologia brasileira**. Rio de Janeiro: Revan, 2014.

BORGES, Juliana. **O que é encarceramento em massa?**. Belo Horizonte: Letramento: Justificando, 2018.

BRASIL. **Decreto nº 5.015, de 12 de março 2004**. Brasília, 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5015.htm>. Acesso em: 2 out. 2020.

BRASIL. **Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006.** Brasília, 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Decreto/D5687.htm>. Acesso em: 30 set. 2020.

BRASIL. **Decreto nº 65.810, de 8 de dezembro de 1969**. Brasília, 1969. Disponível em: h ttps://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1960-1969/decreto-65810-8-dezembro-1969-407323-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 1 out. 2020.

BRASIL. **Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006**. Brasília, 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm>. Acesso em: 3 out. 2020.

BRASIL. **Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006**. Brasília, 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm>. Acesso em: 1 out. 2020.
COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Resolução nº 01/2018**.

Corrupção de Direitos Humanos. Disponível Em: https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/Resolucion-1-18-es.pdf. Acesso em: 28 set. 2020.
COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Resolução nº 01/2018**.

Corrupção de Direitos Humanos. Disponível em: https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/Resolucion-1-18-es.pdf. Acesso em: 28 set. 2020.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso *Ramirez Escobar y otros vs. Guatemala***. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_351_esp.pdf. Acesso em: 29 set. 2020.

DAVIS, Angela. **Estarão as prisões obsoletas?**. Tradução de Marina Vargas. Rio de Janeiro: Difel, 2018.

DIMOULIS, Dimitri. O art. 5º, §4º, da CF: dois retrocessos políticos e um fracasso normativo. In: TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro; ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. **Reforma do Judiciário:** Emenda Constitucional 45/2004, analisada e comentada. São Paulo: Método, 2005 .
KARAM, Maria Lúcia. **Recuperar o desejo da liberdade e conter o poder punitivo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

LAKATOS, Eva Maria. MARCONI, Marina de Andrade Marconi. **Fundamentos de metodologia científica**. 5. ed. São Paulo: Atlas 2003.

MOLINA, Antonio García-Pablos de. **Criminologia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MONTENEGRO, Marília. **Lei Maria da Penha**: uma análise criminológico-crítica. Rio de Janeiro: Revan, 2020.

PAIVA, Caio. HEMMAN, Thimotie Aragon. **Jurisprudência Internacional de Direitos Humanos**. 3ª Ed. Belo Horizonte: CEI, 2020.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

PONTE, Antonio Carlos da. **Crimes eleitorais**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

RAMOS, André de Carvalho. Mandados de criminalização no Direito Internacional dos Direitos Humanos: novos paradigmas da proteção das vítimas de violações de Direitos Humanos. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 14, n. 62, p. 9-55, 2006.
SANTOS, Juarez Cirino. **A criminologia radical**. – 4. Ed. – Florianópolis [SC]: Tirant Lo Blanch, 2018.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. 6ª Ed. rev. e atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

SILVA, José Afonso. **Comentário contextual à Constituição**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

WACQUANT, Loïc. **Punir os pobres:** a nova gestão da miséria dos Estados Unidos [A onda punitiva]. Tradução de Sérgio Lamarão – Rio de Janeiro: Revan, 2003, 3ª edição, revista e ampliada, agosto de 2007. 3ª reimpressão, fevereiro de 2018, pp. 331-332.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl; ALAGIA, Alejandro Solokar. **Derecho Penal:** parte general. Buenos Aires: Ediar, 2002.

MULHER INDÍGENA E DISCRIMINAÇÃO ÉTNICO CULTURAIS: PERSPECTIVAS DOS MEIOS DE COMUNICAÇÃO EM MASSA

Thaís Janaina Wenczenovicz
Docente adjunta/pesquisador sênior da Universidade Estadual do Rio Grande do Sul/UERGS. Professora Titular no Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito/UNOESC. Professora Colaboradora no Programa de Pós-graduação Stricto Sensu em Educação da Universidade Estadual do Paraná- UNIOESTE. Avaliadora do INEP - BNI ENADE/MEC. Membro do Comitê Internacional Global Alliance on Media and Gender (GAMAG) - UNESCO. Líder da Linha de Pesquisa Cidadania e Direitos Humanos: perspectivas decoloniais/PPGD UNOESC.

Émelyn Linhares
Discente no Módulo I da Escola Superior da Magistratura do Estado de Santa Catarina (ESMESC); Pós-graduada em Direito Penal e Processo Penal - Fac. Santa Rita; Graduada em Direito - Facisa/Funoesc.

RESUMO: Os povos indígenas, ao reivindicarem a demarcação de seus territórios, tornaram-se, no decorrer dos últimos anos, inimigos da nação. Os discursos e posicionamentos de autoridades contrários à demarcação das terras indígenas e preservação da natureza no Brasil impulsionou invasões a essas áreas tradicionalmente ocupadas. O contexto de violência estende-se a outros segmentos e consolida-se também nos aspectos artísticos, culturais, étnicos e de memórias. Nos meios de comunicação em massa, os estereótipos aparecem como uma dimensão de representações unilaterais e homogêneas da realidade, apresentadas como sendo a "própria realidade", ou seja, a mídia, muitas vezes, naturalizados estereótipos, confirmando cotidianamente determinadas visões de mundo, em detrimento de outras. Neste assente, o estudo busca refletir sobre os processos de discriminação étnico culturais nas mulheres indígenas através dos meios de comunicação em massa. Utiliza-se como procedimento metodológico o biobliográfico-investigativo.
PALAVRAS-CHAVE: Brasil; Discriminação étnico culturais; meios de comunicação; mulher indígena.

RESUMEN: Los pueblos indígenas, al reclamar la demarcación de sus territorios, se han convertido en los últimos años en enemigos de la nación. Los discursos y posiciones de las autoridades contra la demarcación de las tierras indígenas y la preservación de la naturaleza en Brasil llevaron a invasiones de estas áreas tradicionalmente ocupadas. El contexto de violencia se extiende a otros segmentos y también se consolida en aspectos

artísticos, culturales, étnicos y de memoria. En los medios de comunicación, los estereotipos aparecen como una dimensión de representaciones unilaterales y homogéneas de la realidad, presentada como la "realidad misma", es decir, los medios, muchas veces, estereotipos naturalizados, confirmando diariamente determinadas visiones del mundo, en en detrimento de los demás. En este contexto, el estudio busca reflexionar sobre los procesos de discriminación étnico- cultural en mujeres indígenas a través de los medios de comunicación. Se utiliza como procedimiento metodológico el método bibliográfico-investigativo.
PALABRAS LLAVE: Brasil; Discriminación étnico cultural, médios de comunicacióm; mujer indígena.

INTRODUÇÃO

É sabido que a liberdade de expressão é princípio constitucional no rol de garantias fundamentais da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, digno da tutela especial no meio jurídico. Ocorre que, a cultura do lucro, difundida pelos meios de comunicação, criada e propagada por valores patriarcais, apresenta a figura damulher como mercadoria à sociedade, isso evidencia a grandeza da discriminação e opressão ao gênero da mulher.

Durante muito tempo, do ponto de vista histórico, a discriminação étnico culturais e o preconceito contra a mulher é mais arraigado, definidor e incidente frente aos muitos preconceitos da espécie humana. As primeiras referências femininas, desde os primórdios, foram delineadas por homens criando a desigualdade de gênero, impondo à sociedade a doutrina patriarcalista firmada no ideário colonial.

A elite exerce o poder das instituições, inclusive as de comunicação e difusão de informações, as quais são previamente selecionadas por intermédio de sujeitos parciais submetidos a cultura colonial.

A condição subalterna da mulher é propagandeada pela colonialidade, o que constitui a prática da ideologia hegemônica na indústria, nas instituições e na sociedade. Inegável a disseminação da invisibilidade feminina no protagonismo, aliás, o apequenamento das vozes das mulheres ocasiona a baixa participação feminista na sociedade, havendo grande reprodução de notícias e narrações com estereótipo feminino subalterno.

A trajetória da mulher é marcada pela colonização do corpo e a minimização de sua identidade, sendo socialmente aceita como propriedade do homem, inexistindo ideia diversificada. Outrossim, o *status* de poder e negócios tem características masculinas na mídia e sociedade, sendo a mulher vista como sexo frágil e o homem o ‘’chefe de família’’, visão essa fortemente sustentada pelos meios de comunicação.

Tudo isso se aplica à mulher indígena, que sofre desigualdade no tratamento, nas leis e nos costumes, aquela se sujeita a injustiça institucional e baixa representatividade política e econômica, sendo vítima do racismo estrutural pela sociedade e, inclusive, por sua própria comunidade, o que é alimentado diariamente nas mídias digitais influenciando a expansão da discriminação.

O artigo busca refletir sobre a mulher indígena e os meios de comunicação em massa em face às ações de discrimação étnico culturais. Utiliza-se como procedimento metodológico o biobliográfico-investigativo. O artigo divide-se em três partes. A primeira intitula-se diversidade cultural e mulheres indígenas; a segunda aborda questões relacionadas à mídia, preconceitos e marcadores de exclusão nas mulheres indígena. A terceira e última parte traz elementos de identidade da mulher na mídia.

1 DIVERSIDADE CULTURAL E MULHERES INDÍGENAS

A diversidade cultural do Brasil permite com que se realizem recortes de pesquisa assentados nos processos de reconhecimento a interculturalidade. O Censo Demográfico 2010 contabilizou a população indígena com base nas pessoas que se declararam indígenas no quesito cor ou raça e para os residentes em Terras Indígenas que não se declararam, mas se consideraram indígenas. Com essa base de dados constata-se que 896 mil pessoas que se declaravam ou se consideravam indígenas, 572 mil ou 63,8 %, viviam na área rural e 517 mil, ou 57,5 %, moravam em Terras Indígenas oficialmente reconhecidas.

Segundo o relatório 'Os indígenas no mundo' (2015), estima-se que existam uma totalidade de pelo menos 5 mil povos indígenas, somando mais de 370 milhões de pessoas. No Brasil, até meados dos anos 70, em razão do processo contínuo dos Povos Indígenas acreditava-se que o desaparecimento destes seria algo inevitável. Nos anos 80, verificou-se uma tendência de reversão da curva demográfica e, desde então, a população indígena no país manteve-se em crescimento, sinalizando uma espécie de retomada demográfica por parte da maioria desses povos, embora povos específicos tenham diminuído demograficamente e alguns estejam até ameaçados de extinção.

Na listagem de povos indígenas no Brasil elaborada pelo ISA[1], sete deles têm populações entre 5 e 40 indivíduos. Dos 256 povos listados pelo ISA, 48 têm parte de sua

[1] O Instituto Socioambiental (ISA) é uma organização da sociedade civil brasileira, sem fins lucrativos, fundada em 1994, para propor soluções de forma integrada a questões sociais e ambientais com foco central na defesa de bens e direitos sociais, coletivos e difusos relativos ao meio ambiente, ao patrimônio cultural, aos direitos humanos e dos povos.
Desde 2001, o ISA é uma Oscip – organização da sociedade civil de interesse público – com sede em São Paulo (SP) e subsedes em Brasília (DF), Manaus (AM), Boa Vista (RR), São Gabriel da Cachoeira (AM), Canarana (MT), Eldorado (SP) e Altamira (PA).

população residindo em outro(s) país(es). Quando há informações demográficas a respeito, essas parcelas são contabilizadas e apresentadas separadamente, segundo a fonte da informação, e não contam na estimativa global para o Brasil (ISA, 2020).

A listagem da Funai (2017) é a principal fonte de informações para os registros da presença de povos indígenas isolados, contudo, outras fontes são utilizadas. Há décadas, o Instituto Socioambiental (ISA) realiza um monitoramento permanente dos registros de povos indígenas isolados. Há 115 registros de povos indígenas vivendo em isolamento, sendo 28 confirmados, outros 86 permanecem em investigação[2]. Entre esses grupos dos quais se tem evidências, apenas um, os Avá-Canoeiro, encontra-se fora da Amazônia Legal. Dos Avá-Canoeiro fala-se que são quatro pessoas, em fuga permanente, evitando o contato, pelo norte de Minas Gerais, Bahia e Goiás. Além desse pequeno grupo, outros indivíduos Avá-Canoeiro vivem na TI homônima e mais algumas pessoas desse grupo e seus descendentes vivem no Parque Indígena do Araguaia (ISA, 2020).

Em se tratando de mulher indígena a situação torna-se ainda mais complexa devido sua designação na teia das relações sócio-culturais desenvolvidas no decorrer da trajetória histórica. As mulheres estão entre as principais vítimas da violência praticada contra a população indígena no mundo. As indígenas são citadas pelas estatísticas como aquelas que têm mais chance de serem violentadas fisicamente do que outras mulheres, em diversos bancos de dados e estatísticas de organismos nacionais e internacionais. A exemplo pode-se citar o relatório da Organização das Nações Unidas (ONU), dados da CEPALSTAT, Comissão Nacional de Direitos Humanos, Comissão de Estatística das Nações Unidas (United Nations Statistical Commission) que organizou o Conjunto Mínimo de Indicadores de Gênero - CMIG (Minimum Set of Gender Indicators - MSGI), dentre outros.

A Comissão de Estatística das Nações organizou o Conjunto Mínimo de Indicadores de Gênero - CMIG (Minimum Set of Gender Indicators - MSGI), constituído por 63 indicadores (52 quantitativos e 11 qualitativos) que apresentam de forma sistematizada informações destinadas à produção nacional e à harmonização internacional de estatísticas de países e regiões relativamente à igualdade de gênero e ao empoderamento feminino. Com esta publicação, o IBGE apresentou os resultados de grande parte desses indicadores para o Brasil, contribuindo, assim, para o preenchimento de importante lacuna na produção de estatísticas de gênero. As

[2] Compete à Funai, através da CGIIRC/FPEs, garantir aos povos isolados o pleno exercício de sua liberdade e de seus modos de vida tradicionais sem que seja necessário contatá-los (art.2o, inciso II, alínea "d", Decreto no 7778/2012). A política do não contato tem como premissa não ir ao encontro dos povos isolados e agir apenas em casos pontuais, quando o grupo isolado estiver em uma situação de risco, sofrendo alguma ameaça concreta. O reconhecimento dos direitos originários dos povos indígenas sobre as terras que tradicionalmente ocupam está garantido nos artigos 231 da Constituição Federal, e o direito dos indígenas às terras que ocupam independentemente da sua demarcação deve ser assegurado pela Funai, segundo já determinava o artigo 25 da Lei n° 6.001/1973 e demais atos legais: Lei n° 5.371/1967; Decreto no 1.775/1996 e Decreto no 9.010/2017.

informações estão organizadas segundo os cinco domínios estabelecidos no CMIG – Estruturas econômicas, participação em atividades produtivas e acesso a recursos; Educação; Saúde e serviços relacionados; Vida pública e tomada de decisão; e Direitos humanos das mulheres e meninas – e fornecem um panorama, ainda que sucinto, das desigualdades de gênero no País, com importantes elementos para reflexão de estudiosos e formuladores de políticas públicas.

Para a construção dos 38 indicadores divulgados e de domínio público, foram utilizados dados provenientes do IBGE, como a Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua - PNAD Contínua, a Pesquisa Nacional por Amostra deDomicílios

- PNAD, as Projeções da População por Sexo e Idade, as Estatísticas do Registro Civil, a Pesquisa Nacional de Saúde - PNS e a Pesquisa de Informações Básicas Estaduais - Estadic, bem como dados de fontes externas oriundas do Ministério da Saúde, da Presidência da República, do Congresso Nacional, do Tribunal Superior Eleitoral - TSE e do Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira - INEP. Destaca-se que todos os indicadores, estão em consonância com a metodologia recomendada pelas Nações Unidas.

Também enquanto estatísticas é possível encontrar dados nos Relatórios do Conselho Indigenista Missionário, Conselho Nacional de Justiça (CNJ), banco de repositório de Universidades (Dissertações e teses), espaços aos quais estão disponíveis estudos com alusão ao acesso à Justiça pelos povos indígenas, doenças, territorialidade etc. Nessa direção pode-se apontar também as políticas e as práticas relacionadas à Educação em Direitos Humanos, ao acesso ao direito à educação e a tecnologia, a terra e aos recursos econômicos.

2 A MÍDIA COMO EDIFICADORA DA REALIDADE: MARCADORES SOCIAIS DE EXCLUSÃO E IDENTIDADE DA MULHER INDÍGENA

Durante muito tempo, disseminou-se a ideia de que a sociedade brasileira era uma democracia racial, ou seja, que no país inexistia forma de preconceito nas relações entre as pessoas brancas, indígenas e negras. A partir da pressão de ativistas do movimento indígena e com a colaboração de estudos e pesquisas que identificaram claramente a existência das desigualdades étnicas e raciais no Brasil, vêm sendo construídas estratégias de políticas públicas para enfrentar essas desigualdades. As políticas afirmativas que garantem um maior acesso de pessoas pretas, de pardas e indígenas à escolarização e o acesso às tecnologias é um exemplo dessas políticas.

Sabe-se que a mídia é movida por interesses diversificados, sempre buscando auferir a finalidade estabelecida pelo padrão colonial do poder. Nesse contexto, Mignolo explica:

> Na sua formulação original por Quijano, o "patrón colonial de poder" (matriz colonial de poder) foi descrito como quatro domínios inter-relacionados: controle da economia, da autoridade, do gênero e da sexualidade, e do conhecimento e da subjetividade. Os eventos se desdobraram em duas direções paralelas. Uma foi a luta entre Estados imperiais europeus, e a outra foi entre esses Estados e os seus sujeitos coloniais africanos e indígenas, que foram escravizados e explorados. (MIGNOLO, 2017)

Conforme o entendimento de Budó a indústria faz uso da estereotipização que organiza e prenuncia as experiências da realidade social:

> Quanto mais incompreensível é a realidade, mais ocorre o apego a clichês e estereótipos que facilitam a ordenação do mundo, mas que enfraquecem a experiência da vida. Percebendo os efeitos de dominação nos indivíduos decorrentes dos meios de comunicação de massa, a teoria crítica, apesar de suas importantes contribuições quanto às análises socioeconômicas, aproximou-se das teorias mais rudimentares que detectavam a onipotência dos meios, desconsiderando a autonomia do público e todos os fatores que podem implicar no consumo de mensagens. (BUDÓ, 2013)

Os efeitos dos Meios de Comunicação em Massa (MCM) intervêm na consciência que os receptores têm da realidade, possuindo aqueles a função de influenciar no processo de significação do mundo, edificando na sociedade uma certa realidade.

Os MCM transmitem as informações aos indivíduos com certas intervenções, fragmentando a realidade. Conquanto, não conseguem acompanhar a evolução da sociedade, justamente por isso que os acontecimentos informados, muitas vezes, não condizem com a realidade, e sim, apenas a criação de uma informação parcial a respeito do mundo, transformando a visão em opinião e até mesmo em julgamentos sociais pautados nos costumes sexistas onde os fatos ocorrem. A mulher se faz representada pela mídia quando negra como objeto de prazer ou serviço, a mulher branca é padronizada como responsável pelos afazeres do lar e cuidados com os filhos, da mesma forma a mulher indígena não é considerada como sujeito de qualquer tipo de direito, tudo isso dentro de uma ideologia estritamente delineada pelo berço colonial, suportando todo tipo de violência e desigualdade.

> La rapiña que se desata sobre lo femenino se manifiesta tanto en formas de destrucción corporal, sin precedentes, como en las formas de tratar y comercialización de lo que estos cuerpos puedan ofrecer, hasta el último límite. A pesar de todas las victorias en el campo del Estado y de la multiplicación de leyes y políticas públicas de protección para las mujeres, su vulnerabilidad frente a la violencia ha aumentado, especialmente la ocupación depredadora de los cuerpos femeninos o feminizados en el contexto de las nuevas guerras. (SEGATO, 2016)

Ou seja, as temáticas podem ser vistas de diferentes perspectivas, porém na mídia ganha apenas uma interpretação. A memória e o imaginário são constituídos através do meio que se contempla a realidade e, a partir desta premissa é possível reputar a existência de uma memória fixada pela interferência dos *media* na coletividade. (BORGES, 2006)

Não se pode desprezar o fato de que as mídias digitais atuam como agentes primordiais na estruturação das identidades sociais, revelando-se o seu papel formador de opinião, sendo primordial adoção de teorias que não apenas ocidentais, burguesas, capitalista. Conforme disciplina Ballestrin:

> O papel e a importância da teoria repousam não somente na sua capacidade explicativa, mas também no seu potencial normativo. Se toda teoria serve para algo ou para alguém, é razoável partir do princípio de que ela reproduz relações de colonialidade do próprio poder. Historicamente, a teoria e a filosofia política foram predominantemente pensadas no Norte e para o Norte. Por um lado, ela serviu como pilar fundamental para a arquitetura da exploração, dominação e colonização dos povos não situados no Ocidente exemplar. Por outro, o Ocidente foi capaz de reagir desde dentro, improvisando teorias outras, críticas e contra-hegemônicas. Essa marginalidade teórica dialoga com as versões periféricas e subalternas produzidas fora do Norte. Dessa perspectiva, decolonizar a teoria, em especial a teoria política, é um dos passos para decolonização do próprio poder. (BALLESTRIN, 2013)

A cultura hegemônica, o niilismo e o consumo desenfreado divide classes e reproduz uma economia capitalista mercantil que envolve as mais variadas categoriais sociais. Esse modelo assentado no ideário do colonialismo e da colonialidade formou no país e na mídia marcas de dominação que perduram na atualidade, motivo pelo qual o gênero torna-se um conceito para exploração.

> Historicamente, isso significou uma nova maneira de legitimar as já antigas ideias e práticas de relações de superioridade/inferioridade entre dominantes e dominados. Desde então demonstrou ser o mais eficaz e durável instrumento de dominação social universal, pois dele passou a depender outro igualmente universal, no entanto mais antigo, o intersexual ou de gênero: os povos conquistados e dominados foram postos numa situação natural de inferioridade, e consequentemente também seus traços fenotípicos, bem como suas descobertas mentais e culturais. (QUIJANO, 2005)

O colonialismo buscou auxílio nos meios de comunicação a fim de disseminar a ideia de territorialização do corpo feminino, obrigando a uma delimitação física e uma ‘’identidade negacionista’’ determinada às mulheres indígenas. Isso realimentado diariamente nas televisões, revistas; jornais escritos; redes sociais e demais meios de comunicação em massa.

Tupinambá afirma que o discurso da mídia é constituído no saber colonizado, ridicularizando as mulheres indígenas, permanecendo afastado da representação de viver das mulheres indígenas no século XXI:

> Eu acho muito vergonhosa a forma como muitas dessas novelas retratam a mulher indígena, uma imagem deturpada ligada ao atraso, ridículo, exótico, erótico, com muitas coisas pejorativas. E mesmo assim muita gente ainda pensa que não existe preconceito contra indígenas no Brasil, são estereótipos tão presentes na sociedade que acabam sendo aceitos e vistos como algo natural para algumas pessoas. E o que dizer sobre o recente comercial de bebida alcoólica, com “mulheres indígenas”, no caso atrizes vestidas de índias, com roupas inspiradas na de indígenas americanos, não-brasileiros, que aparecem para apagar a “fumaça” do churrasco de não-indígenas? O não- respeito às culturas indígenas. O grande desafio sem dúvida é a descolonização desse “saber colonizado. (TUPINAMBÁ, 2012).

As mulheres indígenas enfrentam maiores adversidades em comparação com os homens indígenas, no âmbito social, especialmente fora das Terras Indígenas, tornam- se mais vulneráveis em razão do preconceito e racismo exercido constantemente contra as mulheres indígenas.

A luta pela descolonização dos pensamentos vai além da esfera jurídica, infiltrando-se especialmente nos meios de comunicação digital, lugar em que não há, na maioria das vezes, respeito e compreensão ao próximo pela própria falta de impunidade em um ambiente de muitas vozes.

Com a disseminação dos ideais colonizadores, criou-se o estereótipo negativo dos povos originários, desmascarando um sistema seletivista e branqueador, com amplo desrespeito à história, crenças, costumes e a ancestarlidade dos povos indígenas.

Já o sexismo é implantado na sociedade pelo Estado com convicções patriarcais, o que é reproduzido na mídia e na comunicação digital, gerando discursos de ódio em face da mulher indígena.

3 IDENTIDADE MULHER INDÍGENA NA INTERNET

Foucault considera que o papel da escrita é ‘’constituir, com tudo o que a leitura constitui, um ’corpo’’’ (FOUCAULT, 2009). Em vista disso, a escrita de si proporciona à mulher indígena ‘’mostrar-se’’, bem como fazer referência à militância e uma escritura literária de mulheres indígenas que possuem como natureza de existência o ser mulher indígena.

Hodiernamente, as mulheres indígenas visando quebrar os paradigmas e ampliar possibilidades, têm buscado diversos modos de inserção no movimento indígena, inclusive, por meio das redes sociais, lutando contra o machismo existente no próprio movimento e o sistema machista vivente no país.

Estão entre as lideranças do movimento indígena no país Eliane Potiguara, Azelene Kaingang e Sônia Guajajara que atuam como porta voz do movimento feminista, criticando a invisibilidade das mulheres indígenas e ampliando a participação destas na história e tempo.

> Quanto à questão de gênero, a luta tem sido dobrada pelo preconceito, pelo desconhecimento e pelo desinteresse dos envolvidos, o que contribui para tornar invisível a situação das mulheres indígenas no Brasil. (POTIGUARA, 2002)

A figura da mulher indígena é estabelecida pela ótica de outrem que esboça e reproduz estereótipos ancorados por uma imagem performática que não condiz com a real identidade da mulher indígena. Desta forma, a cultura popular do índio seja esse entre- lugar de sobrevivência

e resistência do discurso desse excluído que, assim, reconstrói sua identidade social em confronto com o discurso hegemônico que tenta reduzi-lo a um lugar subalterno'' (GUERRA, 2012).

A mulher indígena tem sua voz minimizada e silenciada e sua identidade remoldada e reprimida com base em ideologias colonialistas e patriarcais. Em detrimento da cultura do branco ainda são forçadas a abdicar de sua cultura e valores por serem considerados bárbaros e inaceitáveis por uma mídia que é caracterizada pela hiperbolização da vida e história, onde tudo adquire um tom exagerado.

É na luta contra o discurso excludente que as mulheres indígenas dignificam o seu ''eu'', sua humanidade e liberdade. Tupinambá reverencia a mulher indígena como a ''força de um povo, todo seu coração e identidade'' e traz palavras de alento ao movimento indígena feminista:

> Eu diria para minhas parentas de todas as etnias para não esquecerem quem elas são e não desistirem dos seus sonhos, mesmo que os rios, mares e lagoas fiquem salgados com nossas lágrimas. Não deixem ninguém as desrespeitar ou dizer o que podem fazer (TUPINAMBÁ, 2012).

Estas mulheres delatam a invisibilidade da mulher indígena na história e sociedade atual, bem como desvelam as contendas dentro da comunidade indígena além dos preconceitos dos homens indígenas e da sociedade englobante. É certo que a vivência destas mulheres ainda será muito explorada nos estudos históricos acerca da perspectiva de gênero.

Submetidas a um processo de dupla-vitimização em suas próprias sociedades, vítimas das ações violentas de estranhos e pessoas de sua convivência, as mulheres indígenas viram as formas e sujeitos violentadores aumentar com o passar dos anos. As ações de violência acompanham a trajetória histórica das mulheres indígenas, já que desde o processo de ocupação e povoamento essas são expostas a processos coletivos de desumanização de toda ordem. Acrescenta-se também o fato de reproduzirem a inferioridade social e política das mulheres na conjuntura local, bem como a ação constante do ideário do patriarcado nas áreas coloniais e neocoloniais, onde continuam a vitimá-las.

Apesar do contexto peculiar das sociedades indígenas, a situação da mulher em relação à violência não é muito distinta da situação da mulher não-indígena, porém é possível afirmar que no caso das mulheres indígenas a opressão e a violência relacionada ao gênero encontram fatores potencializadores. Como gênero compreende-se a construção psicossocial do masculino e do feminino que pode ser concebido em vários aspectos: como aparelho semiótico; como símbolos culturais evocadores de representações, conceitos normativos com grande interpretação de significados, organizações e instituições sociais, identidade subjetiva; como divisões e atribuições assimétricas de características e potencialidades. (SAFFIOTI, 2004).

CONCLUSÃO

A percepção do cidadão sobre a tecnologia e as mídias que lhe são propostas é influenciada por fatores como cultura, princípios e experiências. Sua aceitação ou refutação depende ainda da forma que estas experiências lhe são propostas. Nesse contexto, a comunicação assume cada vez mais importante papel na ressignificação social por meio da tecnologia e das mídias. O processo de aceitação e transferência de tecnologia para diferentes atores é um desafio, considerando que delas são requeridas estratégias de comunicação adequadas, pois exercem a função de agentes sociais no processo de desenvolvimento.

Em se tratando de Povos Indígenas e especialmente as mulheres indígenas, insta assinalar que anteriormente aos processos emancipatórios os coletivos necessitam enfrentrar e combater o preconceito e as violências exercidas contra as mesmas.

De acordo com o Relatório contra a violência Indígena (CIMI, 2018), foram registrados 17 casos de racismo e discriminação étnico culturais nos estados do Acre (1), Alagoas (1), Amazonas (4), Maranhão (2), Mato Grosso (1), Mato Grosso do Sul (1),

Paraná (1), Rio Grande do Sul (1), Roraima (2), Santa Catarina (1), São Paulo (1) e Tocantins (1). Outros dois casos referem-se a manifestações racistas contra os povos indígenas de modo generalizado.

As expressões de racismo manifestam-se por diversos meios, especialmente os virtuais, e alimentam hostilidades de populações das cidades, grupos sociais, e categorias como dos professores nas escolas oficiais. Costumeiramente as matrizes dessa mazela histórica assenta-se na negação dos direitos indígenas, sobretudo o direito à terra, à preservação do *habitat* próprio de cada terra indígena e do modo de vida tradicional. Ou seja, o preconceito e o racismo estão ancorados na falta de respeito e no desconhecimento/a negligência sobre a diversidade cultural brasileira e sobre a possibilidade de haver modos de vida baseados em sólidos conhecimentos que priorizam o Bem Viver de todos.

O movimento indígena e muitas pesquisas realizadas no campo da antropologia têm mostrado que a pluralidade cultural e racial entre povos indígenas e não indígenas também são historicamente marcadas por relações conflitantes e de desrespeito às populações indígenas. Mais de 220 povos indígenas diferentes estão presentes no território nacional, falantes de, aproximadamente, 180 línguas diferentes. Apesar das várias mudanças já constatadas, basta dar uma olhada, por exemplo, nos indicadores de mortalidade materna, de expectativa de vida e de mortalidade infantil para perceber que, em pleno século 21, o racismo e a discriminação étnico culturais e racial ainda impedem que negras e negros, índios e índias tenham a mesma oportunidade que brancas e brancos e, nessa seara os meios de comunicação em massa reforçam

os estigmas quando ‘anunciam’ informações que minimizam os processos históricos e legais de diversidade cultural do Brasil.

REFERÊNCIAS

BALLESTRIN, Luciana. **América Latina e o giro decolonial**. Revista Brasileira de Ciência Política, n. 11, 2013, p. 89/117. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rbcpol/n11/04.pdf>. Acesso em: 11 Jan. 2020. p. 109.

BORGES, Wilson Couto. **Criminalidade no Rio de Janeiro: a imprensa e a (in)formação da realidade.** – Rio de Janeiro: Revan, 2006, p. 148.

BUDÓ, Marília De Nardin. **Mídia e controle social: da construção da criminalidade dos movimentos sociais à reprodução da violência estrutural**. 1 ed. – Rio de Janeiro: Revan, 2013, p. 81.

CIMI. Conselho Indigenista Missionário. **RELATÓRIO-Violência contra os Povos Indígenas no Brasil (Dados de 2018)**. Disponível em: https://cimi.org.br/wp-content/uploads/2019/09/relatorio-violencia-contra-os-povos-indigenas-brasil-2018.pdf. Acesso em: 04 Out. 2020.

FOUCAULT, Michel. A escrita de si. In:_. **Ditos e escritos III**. Estética: literatura e pintura, música e cinema. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009, p. 143.

GUERRA, Vânia M. L. **Indígenas e identidades: um olhar discursivo sobre a luta pela terra.** In: ROSA, A. M; MARQUES, C. N.; SOUZA, C. C. De; DURIGAN, M. (org.). Povos indígenas: reflexões interdisciplinares. São Carlos: Pedro & João Editores, 2012, pgs. 43-68.

ISA. Instituto Socioambiental. **Povos Indígenas**. São Paulo, 2020. Disponível em: https://www.socioambiental.org/pt-br. Acesso em: 04 Out. 2020.

MIGNOLO, Walter D. **Colonialidade: O lado mais escuro da modernidade.** Walter D. Mignolo Tradução de Marco Oliveira Duke University, Durham, NC, EUA. 2017. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro - PUC/Rio, Rio de Janeiro/RJ, Brasil. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rbcsoc/v32n94/0102-6909-rbcsoc- 3294022017.pdf.> Acesso em: 26 Dez. 2019. p. 5.

MIKKELSEN**,** Caecilie. **The Indigenous World 2015.** Copenhagen, 2015. Disponível em: https://www.iwgia.org/images/publications/0716_THE_INDIGENOUS_ORLD_2015_e b.pdf. Acesso em: 04 Out. 2020.

POTIGUARA, Eliane. **Participação dos povos indígenas na Conferência em Durban.** Rev. Estud. Fem., Florianópolis, v. 10, n. 01, jan. 2002. Disponível em: <https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-26X2002000100016&lang=pt> Acesso em 12 de set. 2020.

QUIJANO, Aníbal. **Colonialidade do poder, eurocentrismo e América Latina**. Buenos Aires: CLACSO, 2005. Disponível em: <file:///C:/Users/Usuario/Desktop/Artigo%20GPS%20CH/Colonialidade%20do%20Po der%20Eurocentrismo%20e%20América%20Latina.pdf>. Acesso em 24 Dez.2019. p. 118.

SAFFIOTI, Heleieth Iara Bongiovani. **Gênero, patriarcado, violência.** São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2004.

SEGATO, Rita Laura. **La guerra contra las mujeres**. 1 Ed. Traficantes de Sueños- Móstoles, Madrid. 2016. Disponível em: <https://www.traficantes.net/sites/default/files/pdfs/map45_segato_web.pdf>. Acesso em: 06 Jan. 2020. p. 58.

TUPINAMBÁ, Aracy. **Aracy Tupinambá fala sobre o contexto das mulheres indígenas na mídia brasileira**. Publicada em 24 de julho de 2012. Entrevista concedida a Cinema Artes. Disponível em: <https://acervo.racismoambiental.net.br/2012/01/23/aracy-tupinamba-fala-sobre- mulheres-indigenas-na-midia-brasileira/>. Acesso em 12 de setembro de 2020.

O ABORTO NOS QUESTIONAMENTOS DA BIOÉTICA E NO DIREITO BRASILEIRO

Karla Alexsandra Falcão Vieira Celestino
Mestre em Direito pelo Centro Universitário Salesiano de São Paulo (UNISAL). E-mail: karlafalcao2013@yahoo.com.br

Lino Rampazzo
Doutor em Teologia pela Pontificia Università Lateranense (Roma). Pós-Doutor em Democracia e Direitos Humanos pela Universidade de Coimbra. Professor e Pesquisador no Programa de Mestrado Acadêmico em Direito do Centro Universitário Salesiano de São Paulo (UNISAL). E-mail: lino.rampazzo@uol.com.br

RESUMO: Este artigo, articulado com o Grupo de Trabalho que diz respeito a Desenvolvimento global, direitos humanos, minorias e grupos vulneráveis, pretende analisar a temática do aborto através de uma metodologia interdisciplinar e com uma pesquisa documental e bibliográfica. Trata-se de um tema muito polêmico, tendo como base, em cada postura, os diferentes posicionamentos sobre o início da vida humana. Ressalta-se a importância da bioética, cuja metodologia considera, antes, o dado científico, sublinhando, porém, suas implicações num plano antropológico, ético e até jurídico. Salienta-se a diferença, aplicada à pessoa humana, entre ser potencial e ser em potência. Por fim, a partir do Código Penal vigente e da jurisprudência, apresentam-se situações de exclusão de ilicitude do aborto.
PALAVRAS-CHAVE: Início da vida humana. Aborto. Bioética. Código Penal. Jurisprudência.

ABSTRACT: This article, articulated with the Working Group on Global Development, Human Rights, Minorities and Vulnerable Groups, aims to analyze the issue of abortion through an interdisciplinary methodology and with documentary and bibliographic research. It is a very controversial topic, based on the different positions on the beginning of human life, in each posture. The importance of bioethics is emphasized, whose methodology considers, before, the scientific data, emphasizing, however, its implications in an anthropological, ethical and even legal plane. It emphasizes the difference, applied to the human person, between being potential and being in potential. Finally, based on the current Penal Code and jurisprudence, situations of exclusion of illegal abortion are presented.
KEYWORDS: Beginning of human life. Abortion. Bioethics. Penal Code. Jurisprudence.

INTRODUÇÃO

O tema escolhido está articulado com as temáticas do GT “Desenvolvimento global, direitos humanos, minorias e grupos vulneráveis”**.** Considera-se, pois, que a problemática do aborto diz respeito, antes de tudo, ao primeiro dos direitos humanos, que é o direito à vida de seres extremamente vulneráveis, que não têm nenhuma possibilidade de se autodefender. Trata-se de um tema muito polêmico, complexo, tendo como base, em cada postura, os diferentes posicionamentos sobre o início da vida humana. Procura-se apresentar, a respeito disso, algumas considerações bioéticas sobre o início da vida humana e verificar, na área especificamente jurídica, a questão do aborto, seja no Código Penal vigente, como na jurisprudência.

Fato é que há uma discussão muito centrada no direito à liberdade da mulher, no direito à indisponibilidade do seu corpo, uma discussão bastante ideológica voltada ao papel da mulher no direito e na sociedade. Acontece que há, nessa discussão do aborto, um direito a ser considerado e protegido, que é o direito à vida, especialmente levando em conta o fato de que o feto não tem voz própria. Então é imprescindível que seja representado pela sociedade e resguardado pelo poder judicial em caso de ameaça.

O direito à vida na ordem constitucional é um direito inviolável, garantido pela ordem constitucional pátria. Esse artigo visa, pois, analisar as questões sociológicas e de direito a respeito das possibilidades do aborto no Brasil, trazendo ao debate a bioética, a dignidade humana do nascituro, o início da sua personalidade, e, sobretudo, o equívoco linguístico do significado do aborto, realizando uma abordagem legal e jurisprudencial sobre o tema, além das discussões sociais que o envolvem.

A pesquisa deste estudo é documental e bibliográfica.

1 ABORTO: TEMA POLÊMICO

O assunto “aborto” traz consigo a mácula da polêmica que o torna banalizado, tanto na esfera jurídica, quanto nos meios políticos, culturais e socioeconômicos. Fato é que, no Brasil, embora criminalizado pelo Código Penal em vigor, a sanção não é deveras rigorosa quando comparada à pena de outros crimes que, em tese, violam bens jurídicos cujos valores são menores do que a vida, pois a existência destes pressupõe, ao menos, uma vida sobrevivente.

De início, destaca-se que o diálogo sobre o aborto vai muito além dos aspectos meramente penalistas, já que recaem também, e talvez com maior proporção, nas normas típicas de Direito Civil (SILVA, 2018). Além disso, abarcam com vigor as regras do Biodireito e da Bioética, bem como as convicções técnicas da área médica e de ordem moral, que apesar de

aparentemente subjetivas, em algum ponto conseguem manter convergência, como explica Betioli (2015, p. 32):

> O ser humano é um ser moral. Essa moralidade constitutiva concretiza-se de mil e uma maneiras nas diversas culturas e nas condições históricas nas quais os seres humanos vivem. O pluralismo moral é inevitável atualmente. Porém isso não significa que a moralidade seja algo totalmente arbitrário ou subjetivo, dependendo dos gostos e preferências de cada um. Mesmo no pluralismo dos conteúdos morais, não é raro encontrar uma certa unidade subjacente. Algumas exigências morais vão além das preferências pessoais e dos padrões culturais. Por isso, nos sentimos no direito de reclamar quando alguém nos engana ou não cumpre o que nos prometeu, ou de censurar os horrores morais do passado como o holocausto nazista. (BETIOLI, 2015, p. 32)

Essa dificuldade com a moral é crescente em meio ao pluralismo referido pelo autor, sobretudo quando advém o "relativismo doentio", que impõe a crença no sentido de "a suposição cultural é de que todas as opiniões são igualmente válidas" (D'ANCONA, 2018, p. 79). Esse "relativismo doentio" acaba por debilitar o "pluralismo cultural" e, consequentemente, relativiza a moral, colocando em pauta uma sociedade com raízes suplantadas.

É oportuno trazer à tona que, numa perfunctória análise da peça vestibular na ADPF 54, observa-se a equivocada definição de Aborto, a *prima ratio* – como sinônimo de saúde reprodutiva, de saúde sexual, de planejamento familiar, quando linguisticamente, sequer, podem ser definidas como tal. A CNTS – Confederação Nacional dos Trabalhadores da Saúde requereu a descriminalização do aborto nas 12[doze] semanas primeiras da gestação, considerando o fato de que criminalizar a interrupção da gravidez viola a dignidade humana das gestantes.

Observe-se que não há uma preocupação com a vida do feto e com a sua impossibilidade de expressão. No mérito, o peticionante requereu que o STF declarasse a não recepção parcial dos artigos 124 e 126 do Código Penal pela Constituição de 1988 para esses casos de gravidez até o terceiro mês, indiferente ao direito à vida do feto. De fato, a ausência da ética, ao olhar ao nascituro, viola a Constituição em sua base principiológica, no próprio direito à dignidade.

Considera-se que os princípios éticos não se baseiam no que pensa "a maioria". Eles têm seu valor, independentemente de sua maior ou menor aceitação. E, a respeito do aborto, a ética impõe os seguintes questionamentos. Que sentido pode ter um Estado que declara ser o aborto um assunto privado ou até um direito de seus cidadãos? Não é, porventura, a primeira função de um Estado e de uma sociedade a de proteger todos os seres humanos em seu direito básico de viver e de se desenvolver e, sobretudo, de dar proteção aos mais fracos?

Uma decisão individual de fazer um aborto, numa situação complexa e angustiada, constitui um acontecimento trágico. Mas, fazer do aborto parte integrante do planejamento básico de cada um e transformá-lo em um direito dos cidadãos, inclusive apoiado pela profissão médica e por verbas públicas, equivale a uma atitude que modifica todo o relacionamento

humano. Nesta situação, a mulher vai tornar-se muito mais um objeto de exploração sexual, os adolescentes podem sentir-se inclinados a perguntar por que não foram abortados e os médicos vão se colocar a serviço da morte.

Voltando "ao que pensa a maioria", não pode ser aceita, do ponto de vista ético, a "idolatria do número" (MARITAIN, 2006), ainda mais considerando o poder de ‘persuasão’ dos atuais meios de comunicação.

Tanto abortistas como antiabortistas dão a impressão de que o aborto é simplesmente, ou acima de tudo, uma questão a ser solucionada por uma lei específica de um tipo ou de outro. Essa atitude representa um enfoque reducionista do problema. A *dimensão legal* tem a sua importância, mas é somente um aspecto, talvez não o mais importante: a *raiz social* do aborto exige soluções bem mais profundas e difíceis, como algumas medidas de política familiar, habitacional, sanitária e trabalhista.

O ponto de partida para qualquer questionamento sobre o aborto corresponde à seguinte pergunta: quando começa a vida?

2 DIFERENTES POSICIONAMENTOS SOBRE O INÍCIO DA VIDA HUMANA

São várias as teorias existentes com a finalidade de tentar fixar um começo para o início da vida humana, as quais diferem entre si em razão do desenvolvimento embrionário e do tempo decorrido a contar da fecundação.

Para explicar o início da vida humana, Goldim (2007) destaca 20 teorias. São elas: (a) critério celular, em que há vida quando da fusão de gametas (0 minutos); (b) critério genotípico estrutural, em que há vida a partir da fusão dos pró-núcleos (12 a 24 horas); (c) critério divisional, cuja vida começa da primeira divisão celular (2 dias); (d) critério genotípico funcional, em que a vida se dá quando da expressão do novo genótipo (3 a 6 dias); (e) critério do suporte materno, em que a vida começa da implantação uterina (6 a 7 dias); (f) critério da individualização, em que a vida se inicia com as células do indivíduo diferenciadas das células dos anexos (14 dias); (g) critério neural, cujo início da vida se tem com a formação da notocorda maciça (20 dias); (h) critério cardíaco, em que a vida começa com o início dos batimentos cardíacos (3 a 4 semanas); (i) critério fenotípico, que entende como início da vida quando houver aparência humana e rudimento de todos os órgãos (6 semanas); (j) critério da sensciência, que entende como início da vida a partir da capacidade de dar respostas reflexas à dor e à pressão (7 semanas); (k) critério encefálico, em que o começo da vida é fixado pelo registro de ondas eletroencefalográficas do tronco cerebral (8 semanas); (l) critério da atividade, cujos movimentos espontâneos têm como marco o começo da vida (10 semanas); (m) critério

neocortical, que entende que a vida se inicia com a formação da estrutura cerebral completa (12 semanas); (n) critério da animação, quando a vida se inicia com a percepção dos movimentos do feto pela mãe (12 a 16 semanas); (o) critério da viabilidade extra-uterina, em que a vida se inicia com base na probabilidade de 10% para sobrevida fora do útero (20 semanas); (p) critério respiratório, fundamentado na viabilidade pulmonar (24 a 28 semanas); (q) critério da autoconsciência, baseado no padrão sono-vigília (28 semanas); (r) critério perceptivo visual, que tem como orientação a reabertura dos olhos (28 a 30 semanas); (s) critério do nascimento, em que a vida é considerada a partir da gestação a termo ou parto em outro período (40 semanas); (t) critério da linguagem para comunicar vontades, que se fundamenta no "ser moral" (2 anos após o nascimento).

Percebe-se as distinções existentes entre essas diversas teorias e a discrepância dos critérios adotados, visto que existe aquele que entende como início da vida o momento de encontro entre os gametas (critério celular), enquanto outro compreende como o começo da vida apenas quando da formação do "ser moral", em que há linguagem para comunicar vontades. Nota-se, ainda, a desproporção desses critérios, pois nem sempre consideram as possíveis patologias existentes como, por exemplo, a falta de acuidade visual.

Para fins jurídicos, observa-se que também existem divergências e, quase sempre, se apela a seguir caminhos com falta de técnica biológica para tanto. Confunde-se a formação da vida com a formação da pessoa humana. No Direito Civil, a Teoria Natalista é defendida por Caio Mário da Silva Pereira (2017), Sílvio Rodrigues (2016) e Sílvio de Salvo Venosa (2006), no sentido de o nascituro não ser considerado pessoa, pois esta se forma a partir do nascimento com vida, embora a lei ponha a salvo alguns direitos, como os alimentos gravídicos. Já Miguel Maria de Serpa Lopes (1962), Clóvis Bevilácqua (apud DINIZ, 2010), Washington de Barros Monteiro (1991) e Arnaldo Rizzardo (2015) defendem a Teoria da Personalidade Condicionada, pois os direitos do nascituro estão condicionados ao nascimento com vida. De outra baila, Silmara Juny Chinelatto (2010), Pontes de Miranda (apud DINIZ, 2010), Rubens Limongi França (1999), Maria Helena Diniz (2010), Flávio Tartuce (2012), Gustavo René Nicolau (apud DINIZ, 2010) e Renan Lotufo (2016) adotam a Teoria Concepcionista, com base na interpretação do artigo 2º do Código Civil, de modo que o nascimento com vida apenas consolida o direito patrimonial, não sendo o marco inicial para o alcance destes. Atualmente, a Teoria Concepcionista vem ganhando adeptos diante dos estudos de Bioética. A título de exemplo, a I Jornada de Direito Civil aprovou como interpretação do mencionado artigo 2º que "a proteção que o Código defere ao nascituro alcança o natimorto no que concerne aos direitos da personalidade, tais como: nome, imagem e sepultura".

No Direito Penal, as controvérsias também são evidentes, destacando-se os posicionamentos em relação ao marco inicial da vida tutelável pelo crime de aborto. Ao que aparenta, o entendimento majoritário é de que a vida começa a partir da nidação, ou seja, da implantação do ovo no útero materno, como argumentam Heleno Cláudio Fragoso (1977), Celso Delmanto (1991) e Rogério Greco (2009). No entanto, há outros posicionamentos, como o de Nélson Hungria (1947), que defende o início da vida a partir da fecundação, e o de Damásio Evangelista de Jesus (1999), que estipula a constituição do ovo como o começo da vida.

3 CONSIDERAÇÕES BIOÉTICAS SOBRE O INÍCIO DA VIDA

Desde 1971, quando apareceu o vocábulo *bioética* no artigo escrito pelo oncólogo Van Rensselaer Potter, da Universidade de Wisconsin (E.U.A.), com o título *The science of survival*, e no ano seguinte, no volume do mesmo autor com o título *Bioethics: bridge to the future*, esse nome teve um rápido e grande sucesso.

A origem da palavra bioética está ligada ao diagnóstico dramático que ele apresentou. Nos seus escritos apontou para o perigo que representa para a sobrevivência de todo o ecossistema a separação entre duas áreas do saber, o saber científico e o saber humanista. A clara distinção entre os valores éticos (*ethical values*), que fazem parte da cultura humanista em sentido lato, e os fatos biológicos (*biological facts*) está na raiz daquele processo científico-tecnológico indiscriminado que, segundo Potter, põe em perigo a própria humanidade e a própria sobrevivência sobre a terra. O único caminho possível de solução para essa iminente catástrofe é a constituição de uma "ponte" entre as duas culturas: a científica e a humanístico-moral.

É interessante sublinhar o núcleo conceitual que Potter situa na raiz do nascimento da bioética: a necessidade de que a ciência biológica se faça perguntas éticas, de que o homem se interrogue a respeito da relevância moral de sua intervenção na vida. Trata-se de superar a tendência tecnológico-pragmática do mundo moderno, que aplica imediatamente o saber sem uma mediação racional e, muito menos, moral: a aplicação de todo conhecimento científico pode ter, de fato, consequências imprevisíveis sobre a humanidade, até por efeito da concentração do poder biotecnológico nas mãos de poucos.

As finalidades da bioética consistem na análise racional dos problemas morais ligados à biomedicina e de sua conexão com as áreas do direito e das ciências humanas. Implicam elas a elaboração de linhas éticas fundamentais sobre os valores da pessoa e sobre os direitos do homem, respeitadoras de todas as confissões religiosas, com fundação racional e metodológica cientificamente adequada. Essas linhas éticas têm também finalidade aplicativa, pela orientação

que poderá ser dada, mais que à conduta pessoal, também ao direito *condendo*, quer dizer, relativo à preparação das futuras leis, e aos códigos deontológicos profissionais atuais e futuros.

Os instrumentos de estudo da bioética resultam da metodologia interdisciplinar específica que se propõe examinar de modo aprofundado e atualizado a natureza do fato biomédico (momento epistemológico), ressaltar suas implicações num plano antropológico (momento antropológico) e identificar as 'soluções' éticas e as justificativas de ordem racional que sustentam essas soluções, inclusive na área jurídica (momento aplicativo).

O valor fundamental da vida, o valor transcendente da pessoa, a concepção integral da pessoa (síntese unitária de valores físicos, psicológicos e espirituais), a relação de prioridade e de complementaridade entre pessoa e sociedade são pontos de referência para a bioética, não menos que para toda a ética humana e social.

A análise interdisciplinar, característica da bioética tem, como ponto de partida, os dados da ciência. A esse respeito, é interessante a citação do Procurador-Geral da República Claudio Fonteles na Ação Direta de Inconstitucionalidade nr. 3510, nestes termos:

> A Dra. Elizabeth Kipman Cerqueira, perita em sexualidade humana e especialista em logoterapia escreve, verbis: "O zigoto, constituído por uma única célula produz imediatamente proteinas e enzimas humanas e não de outra espécie. É biologicamente um indivíduo único e irrepetível, um organismo vivo pertencente à espécie humana. b) "O tipo genético – as características herdadas de um ser humano individualizado - é estabelecido no processo da concepção e permanecerá em vigor por toda a vida daquele indivíduo" ... "O desenvolvimento humano se inicia na fertilização, o processo durante o qual um gameta masculino ou espermatozóide [...] se une a um gameta feminino ou ovócito [...] para formar uma célula única chamado zigoto. Esta célula altamente especializada e totipotente marca o início de cada um de nós, como indivíduo. (MPF, 2005).

Afinal, em cada estágio evolutivo, o embrião mantém a unidade dita ontológica, isto é, do seu ser como tal, sem solução de continuidade. Depois da concepção, em cada fase de desenvolvimento ele é sempre o mesmo ser humano. Há apenas uma continuidade do mesmo ser.

Do fato de se reconhecerem o ser e a dignidade do embrião humano como valores absolutos, independentemente da influência cultural, nasce o pleno respeito à sua inviolabilidade.

Dessa forma, a destruição e o uso de embriões humanos para a pesquisa científica, bem como a sua crioconservação, violam o mais fundamental de todos os direitos, o direito à vida e à indissociável dignidade do ser humano, expresso nos artigos 1º, inciso III, e 5º, *caput*, da Constituição Federal.

Essa afirmação encontra sua plena correspondência nos direitos essenciais dos próprios indivíduos, reconhecidos na Declaração Universal dos Direitos Humanos, quando assegura que "todo ser humano tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal" (Art. 3º).

O Código Civil Brasileiro de 2002 (art. 2º) resguarda todos os direitos do nascituro desde a concepção. O mais fundamental dos quais, e pressuposto de exercício dos demais, é o direito à vida.

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos, assinada na Costa Rica, em 22 de novembro de 1969, da qual o Brasil é signatário desde 1992, no art. 4º, inciso 1, afirma que: "Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente".

Desde a concepção, o novo ser já tem seu genoma definido, individualizado, e goza de direitos como todo indivíduo da espécie humana, cuja proteção não depende de seu exercício. São direitos pelo fato de ser pessoa, independentemente da sua forma física, bem formada ou não, sadia ou doente, direitos que devem ser tutelados, garantindo-se que a dignidade desse ser seja igualmente reconhecida e protegida. O fim, qualquer que seja, não justifica a destruição ou morte voluntária do embrião humano, inclusive daquele obtido *in vitro* e considerado excedente (BENTO, 2010).

Encontra-se em tudo isso, o conceito de "pessoa potencial". A esse respeito, existe uma profunda diferença entre esta expressão e aquela de "pessoa em potência". Esta última indica quem ainda não é pessoa. E a outra, "pessoa potencial", pelo contrário, refere-se a alguém que é pessoa, com as possibilidades, as "potencialidades", de se desenvolver sempre mais.

Quando as duas expressões são aplicadas ao embrião, apontam para posicionamentos opostos. Afirmar, pois, que o feto é uma "pessoa em potência" significa sustentar que pertence ao mundo não-humano. Na realidade, porém, do ponto de vista científico é inquestionável que o zigoto é distinto da pessoa da mãe, não é uma parte dela, pelo programa genético original que possui. A partir da fecundação, inicia-se o processo constitutivo autônomo de um novo indivíduo vivo, ainda que dependente do organismo materno; assim se dá na primeira, na segunda infância, até chegar à fase juvenil e adulta, quando a independência filial é quase total (DUARTE, 2010, p. 19).

Começou-se, então, com o momento epistemológico, colocando os dados científicos sobre o início da vida humana. Passou-se, em seguida para o plano antropológico, com a devida distinção entre 'pessoa potencial' e 'pessoa em potência'. A partir destas premissas chega o momento aplicativo: é parte da ética e do direito, que exige o respeito da pessoa desde o primeiro momento da sua existência biológica., inclusive através de leis que garantam tal respeito na vida social. Passa-se, então, da bioética para o biodireito.

5 O ABORTO NO CÓDIGO PENAL VIGENTE

Pessini e Barchifontaine (2005, p. 260) traz a clássica definição de “aborto”, conforme a Organização Mundial de Saúde (OMS):

> A expulsão ou a extração de toda e qualquer parte da placenta ou das membranas, sem um feto identificável, ou com um recém-nascido vivo ou morto que pese menos de 500g. Na ausência do conhecimento do peso, uma estimativa da duração da gestação de menos de 20 semanas completas, contando desde o primeiro dia do último período menstrual normal, pode ser utilizada. (PESSINI; BARCHIFONTAINE, 2005, p. 260)

Ao contrário desta definição genérica da OMS, para a Medicina Legal, o aborto traz em seu bojo a ideia de infração, pois é entendido como a “interrupção ilícita da prenhez com a morte do produto, haja ou não expulsão, qualquer que seja seu estado evolutivo” (GOMES, 2004, p. 312). Para tanto, este fato é tipificado pelo Código Penal em vigor, nos artigos 124 a 128.

Desse modo, via de regra, pune-se o aborto, exceto nas hipóteses de aborto espontâneo ou natural e quando houver causa de exclusão de ilicitude, se o aborto for provocado. O julgamento é da competência do Tribunal do Júri, por se tratar de crime doloso contra a vida, nos termos do artigo 5º, inciso XXXVIII, alínea d, da Constituição Federal.

O artigo 124 do Código Penal prevê pena de detenção de 1 a 3 anos quando ocorrer o autoaborto, isto é, quando a própria gestante o pratica. Também faz menção ao aborto provocado por terceiro com o consentimento desta, que, contudo, responderá no artigo 126 do Código Penal, com pena de reclusão de 1 a 4 anos, em decorrência da Teoria Monista Temperada (HUNGRIA, 1947).

Entretanto, se o aborto for provocado por terceiro e sem o consentimento da gestante, o rigor da sanção é maior porque a pena, embora também seja de reclusão, variará de 3 a 10 anos, consoante o artigo 125 do Código Penal. Esta mesma penalidade será aplicada na hipótese de aborto provocado por terceiro com o consentimento da gestante apenas se esta for menor de 14 anos, ou alienada, ou débil mental, ou se o consentimento é obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência, conforme estabelece o parágrafo único do artigo 126 do Código Penal.

Em ambos os casos, ou seja, nos artigos 125 e 126 haverá a forma qualificada e, por isso, as penas cominadas serão aumentadas de um terço se a gestante, em decorrência do aborto, sofrer lesão corporal de natureza grave, e as penas serão duplicadas se sobrevier a morte, como se depreende do artigo 127 do Código Penal.

Em relação ao artigo 127, discute-se na doutrina a respeito da situação em que o agente não consegue provocar o aborto pretendido, mas ainda assim a gestante sofre lesão corporal grave ou morre. Nessa hipótese, a posição majoritária afirma que haverá tentativa de aborto

qualificado (MIRABETE, 2011, p. 98). Contudo, Capez (2010, p. 122) pondera pelo reconhecimento do aborto qualificado consumados, diante das ponderações quanto à proteção dos bens jurídicos e de não se admitir tentativa em crime preterdoloso. Noronha (1990, p. 58) e Mirabete (2011, p. 98) defendem que a lesão corporal grave pode ser absorvida excepcionalmente, se comprovar que foram necessárias para a prática do aborto. Já Greco (2009, p. 260), expõe que haverá lesão corporal qualificada pelo resultado aborto (artigo 129, § 2º, inciso V, do Código Penal) e a circunstância agravante de praticar crime contra mulher grávida, prevista no artigo 61, inciso II, alínea h, do Código Penal.

Por fim, o artigo 128 do Código Penal elenca duas causas de exclusão da ilicitude: o aborto necessário, terapêutico ou profilático (inciso I) e o aborto sentimental, piedoso, humanitário, moral ou ético (inciso II). Vale conferir o dispositivo:

> Código Penal, art. 128 - Não se pune o aborto praticado por médico:
> Aborto necessário
> I - se não há outro meio de salvar a vida da gestante;
> Aborto no caso de gravidez resultante de estupro
> II - se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.

Nota-se que o *caput*, acima transcrito, faz a menção ao "aborto praticado por *médico*" (grifo nosso), tratando-se, pois, de crime próprio. Debate-se na doutrina sobre a possibilidade de aborto legal (aborto necessário e aborto sentimental) quando praticado por pessoa que não goza da qualidade de médico, de forma que Greco (2009, p. 256) e Cabette (2012, p. 39) defendem que sim na hipótese de aborto necessário, ao passo que a situação concreta configura o estado de necessidade, previsto no artigo 24 do Código Penal. Já em relação ao aborto sentimental, os posicionamentos são mais discordantes, sendo que José Frederico Marques (1999), Luiz Régis Prado e Cabette argumentam que não, com base no princípio da legalidade, e, a *contrario sensu*, isto é, defendem que sim, encontra-se Greco (2009, p. 257), por aplicação de analogia *in bonam partem*.

A controvérsia também se dá quando se tem a mulher como sujeito ativo do crime de estupro, conforme mudança acrescentada pela Lei nº 12.015/2009, ou seja, questiona-se: caso a mulher venha a estuprar um homem e, deste estupro, a gravidez seja uma consequência, estar-se-ia diante de exclusão de ilicitude, autorizando o aborto legal (aborto sentimental)?

Marino (2011) expõe a possibilidade de duas interpretações. A primeira de ordem literal, permitindo-se o aborto legal, já que o dispositivo faz apenas menção à gravidez "resultante de estupro", não delimitando o sujeito ativo. E, a segunda, de ordem axiológica, posição defendida pela autora, isto é, o aborto sentimental tem a exclusão de ilicitude restrita aos casos em que o homem é sujeito ativo, com base nos princípios da legalidade (impossibilidade de aplicação

analógica), da humanidade das penas (vedação às penas cruéis) e da intranscedência (a pena não pode passar da pessoa infratora). Também é justificável a restrição ao se verificar que a vontade legislativa é contrária à interpretação extensiva, que a mulher assumiu o risco de produzir o resultado e que a pena possui caráter socioeducativo, não podendo punir um crime com a prática de outro crime.

Digna de apreço a nota quanto à paternidade nesses casos de aborto legal, em que os dispositivos da legislação brasileira específicos sobre o "aborto" são omissos. Nesse sentido, Cabette (2014), com base nas lições dos teóricos lusitanos, em especial Jorge Martins Ribeiro, traz à baila o princípio da igualdade nas trevas da consciência, tendo como parâmetro o direito à igualdade da opção de procriar, de modo que o genitor biológico poderia afastar a gravidez nas hipóteses em que o aborto legal é autorizado e, consequentemente, afastar os deveres jurídicos decorrentes da paternidade. Entretanto, Cabette (2014, p. 168) faz essas ponderações:

> Sabe-se que o reconhecimento do direito do homem à negativa da paternidade jurídica constitui um claro e evidente incentivo ou eventualmente certo constrangimento da mulher à prática abortiva em algumas circunstâncias. Afinal, ao saber que o homem não vai assumir a paternidade e tendo diante de si a opção abortiva, pode acontecer em muitos casos que isso seja para algumas mulheres menos independentes um incentivo ao aborto. Contudo, esse é um efeito deletério que somente não era esperado por aqueles que se movem num mundo de relativismos, no bojo do qual fatos da natureza, direitos inalienáveis e respectivos deveres são subjugados por meros atos de vontade ou caprichos. [...] (CABETTE, 2014, p. 168)

Anota-se, neste ínterim, como a mera legislação é esvaziada de sentido ao não trazer as previsões em consonância com os valores que se dizem perpetuadores da "dignidade humana". Nesse aspecto, dentro do contexto do aborto legal, Nélson Hungria (1947, p. 312) reflete que:

> [...] O problema da legitimidade do aborto, na espécie, foi objeto de vivo e extenso debate por ocasião da Primeira Grande Guerra (1914-1918), dada a multiplicidade de mulheres violentadas pelos invasores. Oetcker, Radbruch e Lang, entre outros, impugnaram a autorização legal: a origem criminosa de uma vida não pode legitimar, do ponto de vista ético, seu aniquilamento, cabendo ao Estado cuidar dos filhos cuja criação não pode ser imposta à mulher; e, além disso, haveria o perigo dos abusos ensejados pela impunidade, pois nem sempre é fácil a prova da violência alegada, de modo que toda gravidez indesejada seria atribuída à violência. A opinião prevalente, porém, foi no sentido de não incriminação. [...]." (HUNGRIA, 1947, p. 312)

Ainda no que se refere à exclusão da ilicitude, cabe acrescentar o posicionamento minoritário construído por Ives Gandra da Silva Martins (2005) e por José Frederico Marques (1999). Ambos os autores fazem interpretação teleológica, examinando que o aborto sentimental foi posto em lei no contexto da Primeira Guerra Mundial, em que o estupro era algo corriqueiro. Segunda Martins (2005) e Marques (1999), essa exclusão da ilicitude não mais se justifica por fatores históricos, além de que há evidente desproporção em eliminar a vida humana em troca de

fatores psicológicos da gestante, de modo que a norma do artigo 128, inciso II, do Código Penal não foi recepcionada pela Constituição da República do Brasil de 1988.

6 O ABORTO NA JURISPRUDÊNCIA

É notório que o legislador, por mais esforço que venha a fazer, não positive todos os fatos, cabendo ao operador do Direito a interpretação, considerando o caso concreto. Assim, cabe a análise de algumas situações práticas que geraram controvérsias nos Tribunais, a exemplo do aborto de anencéfalos, assunto já pacificado no âmbito do Supremo Tribunal Federal (STF), e da recepção ou não recepção dos artigos 124 e 126 do Código Penal, referente à ação recentemente ajuizada perante a Corte Máxima. Vejamos alguns detalhes.

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 54 foi proposta pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS), em 2004, com a finalidade de não tipificar como crime o aborto de fetos anencefálicos, caracterizado como aborto eugênico. Essa ADPF, que teve como relator o ministro Marco Aurélio, foi julgada em 2013 e, por maioria, votou-se pela procedência do pedido, ou seja, de acordo com a maioria dos Ministros, é inconstitucional a interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencéfalo é conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, I e II, todos do Código Penal. Trata-se, pois, de um exemplo de estado de necessidade (causa de exclusão de ilicitude), pois, neste caso, a antecipação do parto advém como medida terapêutica, no intuito de não oferecer riscos à gestante e ao feto.

A decisão em comento trouxe uma grande vitória ao direito das gestantes, a sua liberdade, ao seu corpo, ainda que isso comprometa o direito à vida dos nascituros. O fato é que essa lamentável decisão forneceu subsídios valorativos favoráveis ao aborto no Brasil e para a sua legalização foi um incontestável progresso.

Na época, o então ministro Barroso subscreveu a ação sob os argumentos da dignidade da gestante, do princípio geral da liberdade, do direito à saúde mental da mãe, enfatizando o direito da gestante, como se o feto não existisse, sendo dispensável a sua morte ou vida a depender da vontade da mãe, apesar de não haver comprovação nos autos de que a permanência da gestação causaria danos a sua saúde.

O ministro Marco Aurélio em sua decisão julgou procedente a ação alegando que não há conflito de direito fundamental, mas uma mero “conflito aparente”, em vista da inviolabilidade da vida, e que na época da elaboração do código penal a anencefalia não havia sido diagnosticada, daí não constar como excludente de ilicitude. Além disso, trouxe o frágil argumento de laicidade do Estado e da necessidade da preservação da saúde mental da mulher,

considerando este pretexto válido para suspensão da gestação. Note-se, no entanto, que não há nos autos qualquer comprovação cientifica deste argumento, sendo absolutamente valorativo, o que não é de se estranhar vindo do STF.

A anencefalia é uma doença letal em que há má formação no fechamento da parte anterior do tubo neural. Uma das causas apontadas pela literatura médica é de que decorre da deficiência na ingestão de ácido fólico, nutriente encontrado nas farinhas. Não há consenso em relação à formação da consciência do anencéfalo, assunto que demanda mais estudos.

Entre as controvérsias abordadas, encontra-se os conflitos entre o direito à vida do feto, o direito à saúde da gestante, a dignidade da pessoa humana, o direito à autonomia da vontade, o direito à liberdade sexual e reprodutiva e a garantia do Estado laico.

A importância da discussão vai além dos conflitos de direito e engloba também alguns números relevantes que foram divulgados pelo Min. Marco Aurélio, Relator da ADPF nº 54, como o fato de o Brasil ser o 4º país do mundo com maior número de casos de fetos anencefálicos, se considerarmos os dados colhidos entre 1993/1998, bem como as peculiaridades da capacitação do Sistema Único de Sáude (SUS), ressaltadas pelo ex-Ministro da Saúde José Gomes Temporão, em uma das Audiências Públicas, procedimento utilizado em sede de ADPF para ouvir especialistas na condição de amicus curiae.

Além da anencefalia, situação curiosa é a de outras doenças que, igualmente, também são letais, como a Síndrome de Body-Stalk, em que há "uma malformação fetal grave decorrente da falha da formação das dobras cefálica, caudal e laterais do corpo embrionário" (FACHIN, 2016). Por isso, o feto não possui cordão umbilical e tem o abdômen aberto.

A respeito disso, é válido analisar o Recurso Especial nº 1.467.888 - GO, de Relatoria da Ministra Nancy Andrighi, julgado em 2016, posteriormente à decisão da ADPF nº 54. Trata-se de um caso em que o padre Luiz Carlos Lodi da Cruz impetrou habeas corpus (HC) com pedido liminar em favor de nascituro portador da Síndrome de Body-Stalk, contra decisão judicial que deferiu a interrupção da gestação. A decisão em sede de HC foi favorável ao padre impetrante e, assim, a gestação deu continuidade, com todo o sofrimento. Tendo em vista essas circunstâncias, o casal ingressou com Ação Indenizatória por Danos Morais, com base no abuso do direito de ação e por violação aos direitos à intimidade e à vida privada. A ação foi procedente no julgamento de Recurso Especial, que fixou a indenização por danos morais em R$ 60.000,00 (sessenta mil reais).

Além disso, acrescenta-se que o Anteprojeto do Código Penal (Projeto de Lei do Senado nº 236/2012) traz nova redação ao artigo 128 do Código Penal, ampliando as causas de exclusão da ilicitude, acrescentando, entre elas, a anencefalia e, genericamente, quando houver anomalia que inviabilize a vida extrauterina. Vale conferir a redação prevista:

> Exclusão do crime
> Art. 128. Não há crime de aborto:
> I - se houver risco à vida ou à saúde da gestante;
> II - se a gravidez resulta de violação da dignidade sexual, ou do emprego não consentido de técnica de reprodução assistida;
> III - se comprovada a anencefalia ou quando o feto padecer de graves e incuráveis anomalias que inviabilizem a vida extra-uterina, em ambos os casos atestado por dois médicos; ou
> IV - se por vontade da gestante, até a décima segunda semana da gestação, quando o médico ou psicólogo constatar que a mulher não apresenta condições psicológicas de arcar com a maternidade.
> Parágrafo único. Nos casos dos incisos II e III e da segunda parte do inciso I deste artigo, o aborto deve ser precedido de consentimento da gestante, ou, quando menor, incapaz ou impossibilitada de consentir, de seu representante legal, do cônjuge ou de seu companheiro.
> (PLS nº 236/2012)

Outra ADPF que merece comentários é a de nº 442, ajuizada pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), em março de 2017 e que, atualmente, encontra-se em fase de habilitação em audiência pública de amicus curiae. Pleiteia-se a não recepção dos artigos 124 e 126 do Código Penal pela Constituição Federal de 1988, advogando a ideia e que os dispositivos que criminalizam o aborto provocado pela gestante ou realizado com sua autorização violam o pluralismo advindo com o Estado laico, compromete a dignidade humana, sobretudo a de mulheres negras, indígenas e pobres, que não dispõem de métodos seguros para a realização do aborto, infringe o direito à saúde, à integridade física e psicológica, à vida e à segurança das mulheres.

O PSOL ainda fez pedidos liminares para suspender quaisquer procedimentos baseados nos artigos 124 e 126 do Código Penal a casos de interrupção da gestação induzida e voluntária nas primeiras 12 semanas de gravidez.

A ADPF nº 442 ainda se encontra na fase inicial de seu trâmite. Contudo, já é objeto de críticas no sentido de se apelar para o ativismo judicial, violador da tripartição de poderes, já que o STF não pode atuar como legislador positivo. O fato é que a abordagem do tema vai além do direito, invade uma esfera cultural, sociológica, ideológica e, nesse sentido, verifica-se que o papel do Supremo Tribunal Federal não é de criar o direito, propriamente dito, não é legislar. Por isso a concessão do aborto pela via judicial ameaça a independência dos poderes e põe em xeque a estabilidade da República Federativa do Brasil.

O aborto, portanto, deve ser discutido no âmbito do poder legislativo, definindo todas as suas possibilidades em vista da vontade popular, e em observância dos princípios do direito à vida, do direito à dignidade humana, da Legalidade, da sua indisponibilidade no Estado democrático de direito, não sendo aceitável por meio de uma Corte Constitucional que não tem competência para legislar. E, acima disso, a ética deve ser sempre respeitada, começando com a preservação do direito à vida.

CONCLUSÃO

Procurou-se, neste artigo, uma leitura interdisciplinar sobre a temática do aborto, que traz consigo a mácula da polêmica que o torna banalizado, tanto na esfera jurídica, quanto nos meios políticos, culturais e socioeconômicos

Destacou-se que o diálogo sobre o aborto vai muito além dos aspectos meramente penalistas e abarca com vigor as regras do Biodireito e da Bioética, bem como as convicções técnicas da área médica e de ordem moral, que apesar de aparentemente subjetivas, podem apresentar, mesmo no pluralismo dos conteúdos morais, uma certa unidade subjacente. Ressaltou-se, porém, que os princípios éticos não se baseiam no que pensa 'a maioria', o que resultaria numa 'idolatria do número'.

Quanto aos diferentes posicionamentos sobre o início da vida humana lembrou-se da existência de vinte teorias sobre isso, devido a múltiplos entendimentos em razão do desenvolvimento embrionário e do tempo decorrido a contar da fecundação.

Nas sucessivas considerações bioéticas sobre o início da vida, seguiu-se metodologia interdisciplinar, a partir do momento epistemológico, ressaltando, porém, suas implicações num plano antropológico, ético e até jurídico.

Os últimos itens apresentaram dados sobre o aborto no Código Penal vigente e na Jurisprudência, ressaltando, em ambas, situações de exclusão de ilicitude.

Espera-se, dessa maneira, ter mostrado a complexidade deste problema, ressaltando o valor fundamental do direito à vida de seres extremamente vulneráveis e sem nenhuma possibilidade de se autodefender.

REFERÊNCIAS

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **Jornadas de Direito Civil I, III, IV e V**: enunciados aprovados. Brasília: Conselho da Justiça Federal; Centro de Estudos Judiciários, 2012. Disponível em: https://bit.ly/2RHYDtD. Acesso em: 02 ago. 2020.

BENTO, Luiz Antonio. O Evangelho da vida. *In*: CNBB. **Questões de Bioética**. São Paulo: Paulus, 2010. p. 41-51.

BETIOLI, Antonio Bento. **Bioética, a Ética da Vida**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2015.

BRASIL. **Código Civil**. Disponível em: https://bit.ly/2rUJrdR. Acesso em: 02 ago. 2020.

BRASIL. **Código Penal**. Disponível em: https://bit.ly/18kAH0G. Acesso em: Acesso em: 02 ago. 2020.

BRASIL. **Projeto de Lei do Senado nº 236, de 2012**. Disponível em: https://bit.ly/2frSF9b. Acesso em: 02 ago. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.467.888 - GO**. Relatora Min. Nancy Andrighi, j. 20 out. 2016. Disponível em: https://bit.ly/2Wbsucx. Acesso em: 02 ago. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 54**. Relator Min. Marco Aurélio, 10 maio 2013. Disponível em: https://bit.ly/2FdDiSN. Acesso em: 02 ago. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 442**. Relator Min. Rosa Weber. Petição Inicial. Disponível em: https://bit.ly/2B5hmoq. Acesso em: 02 ago. 2020.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. **Direito Penal**: parte especial I. Coleção Saberes do Direito. São Paulo: Saraiva, 2012.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. **Aborto Legal e direito de não ser pai**: uma abordagem à luz do Princípio da Igualdade nas Trevas da Consciência. Porto Alegre: Núria Fabris, 2014.

CANOTILHO, José Gomes. **Direito Constitucional e Teoria Constitucional**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**: parte especial. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 2

CHINELLATO, Silmara Juny. **Código Civil Interpretado**. 3. ed. São Paulo: Manole, 2010.

D'ANCONA, Matthew. **Pós-Verdade**: a nova guerra contra os fatos em tempo de "Fake News". Barueri: Faro Editorial, 2018.

DELMANTO, Celso; DELMANTO, Roberto; DELMANTO JÚNIOR, Roberto. **Código Penal Comentado**. São Paulo: Saraiva, 1991.

DINIZ, Maria Helena. **Código Civil Anotado**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

DUARTE, Antônio Augusto Dias. A Bioética à luz dos argumentos da Igreja. *In*: CNBB. **Questões de Bioética**. São Paulo: Paulus, 2010. p. 9-22.

FACHIN, Melina Girardi. Leitura constitucional da tutela penal: dignidade e body stalk. **Migalhas**, 28 out. 2016. Disponível em: https://bit.ly/2Sb1Cdg. Acesso em: 02 ago. 2020.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal**. Parte especial. 3. ed. São Paulo: José Bushatsky, 1977. v. 1.

FRANÇA, Rubens Limongi. **Instituições de Direito Civil**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

GOLDIM, José Roberto. **Início da vida de uma pessoa humana**. Bioética. UFRGS, abr. 2007. Disponível em: https://bit.ly/2sIqb2S. Acesso em: 02 ago. 2020.

GOMES, Hélio. **Medicina Legal**. 33. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2004.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**: Parte Especial. 6. ed. Niterói: Impetus, 2009. v. II.

HABERMAS, Jürgen. **O Futuro da Natureza Humana**. Tradução de Karina Jannini. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

HUNGRIA, Nélson. **Comentários ao Código Penal**.: artigos 121 a 136. Rio de Janeiro: Forense, 1947. v. V.

JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 1999. v. 2.

LOPES, Miguel Maria de Serpa. **Curso de Direito Civil**. Parte Geral. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1962. v. I.

LOTUFO, Renan. **Código Civil Comentado**. Parte Geral. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. v. I.

MARINO, Aline Marques. **A mulher como sujeito ativo do crime de estupro e a consequente gravidez resultante de tais atos libidinosos**. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito). Lorena: Centro Universitário Salesiano de São Paulo, 2011.

MARITAIN, Jacques. **Tres reformadores**: Lutero, Descartes, Rousseau. Traducción de Angel Alvarez de Miranda. Madrid: Encuentro, 2006.

MARQUES, José Frederico. **Tratado de Direito Penal**. Campinas: Millenium, 1999. v. II.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. **O Direito à Vida no Código Civil à luz da Constituição**: Direito à Privacidade. São Paulo: Ideias e Letras, 2005.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL (MPF). **Ação Direta de Inconstitucionalidade: ADI. 3510 DF**. 14 nov. 2005. Disponível em: http://www.mpf.mp.br/pgr/copy_of_pdfs/ADI_3510%20parecer.pdf. Aceso em: 02 ago. 2020.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**: Parte Especial. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2011. v. 2.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**. Parte Geral. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 1991. v. I.

NORONHA, Edgard Magalhães. **Direito Penal**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1990. v. 2.

OLIVEIRA, James Eduardo. **Constituição Federal Anotada e Comentada**. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. v. I.

PESSINI, Léo; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. **Problemas Atuais de Bioética**. 7 ed. São Paulo: Loyola, 2005.

PRADO, Luiz Regis. **Comentários ao Código Penal**. 2. ed. São Paulo: RT, 2003.

RIZZARDO, Arnaldo. **Introdução ao Direito e Parte Geral do Código Civil**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil**. Parte Geral. São Paulo: Saraiva, 2016. v. I.

SANDEL, Michael J. **Justiça**: O que é Fazer a Coisa Certa. 6. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012

SILVA, Julio Cesar Ballerini. O aborto numa abordagem de Direito Civil. **Jusbrasil**, set. 2018. Disponível em: https://bit.ly/2TcryCA. Acesso em: 02 ago. 2020.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. 2. ed. São Paulo: Método, 2012.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**. Parte Geral. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006. v. I.

OS DIREITOS DOS ÍNDIOS EM TEMPOS DE PANDEMIA SOB A ÓTICA DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

Eduardo de Morais Mori
Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Filadélfia (2011-2015). Especialista em Direito Civil e Processo Civil pela Universidade Estadual de Londrina-UEL (2016-2017). Especialista em Direito Eleitoral e Processo Eleitoral pela Universidade Cândido Mendes (2017-2019). Advogado inscrito na OAB/PR sob nº 79.064.

César Dallabrida Junior
Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Integrado de Campo Mourão (2012-2016). Especialista em Direito na Internet pela FAEL (2017-2018). Mestre em Ciências Jurídicas pela UniCesumar (2017-2018). Possui MBA em Gestão de Pessoas pelo Centro Universitário Integrado de Campo Mourão (2019). Advogado inscrito na OAB/PR sob nº 86.197. Conciliador no Juizado Especial da Comarca de Campo Mourão/PR. Professor de Direito no Centro Universitário Integrado de Campo Mourão/PR.

RESUMO: O covid-19 trouxe diversas mudanças no sistema de vida e ordenamento jurídico brasileiro. Nesse sentido, é imperioso registrar que os índios também sofreram diante da pandemia, sendo necessária proteção aos mesmos pela própria República Federativa do Brasil, ante aos preceitos constitucionais. Dessa forma, o presente artigo busca verificar os direitos dos índios diante da situação mundial do coronavírus, com foco no aspecto de direitos humanos, analisando-se, especialmente, o posicionamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos e a vinculação de suas decisões e orientações aos Estados-membro. A pesquisa é de caráter qualitativo, do tipo bibliográfico e o artigo fundamenta-se em posicionamentos atualizados, bem como nos artigos e pesquisas bibliográficas que abarcam o tema em análise.
PALAVRAS-CHAVE: Corte Interamericana de Direitos Humanos; Covid-19; Direitos dos Índios.

ABSTRACT: Covid-19 brought several changes in the Brazilian legal system and life system. In this sense, it is imperative to note that the Indians also suffered in the face of the pandemic, requiring protection by the Federative Republic of Brazil itself, in view of the constitutional precepts. Thus, this article seeks to verify the rights of Indians in the face of the global situation of the coronavirus, focusing on the aspect of human rights, analyzing, in particular, the positioning of the Inter-American Court of Human Rights and the binding of its decisions and guidelines to Member States. The research is of a qualitative nature, of a bibliographic type and the article is based on updated positions, as well as on the articles and bibliographic research that cover the subject under analysis.

KEYWORDS: Inter-American Court of Human Rights; Covid-19; Indian rights.

INTRODUÇÃO

Com a flexibilização da quarentena, a pandemia pode provocar no Brasil uma situação alarmante, levando em consideração o alto índice de casos e de mortes em decorrência da falta de um plano de ação de enfrentamento ao Corona Vírus. Diante desse contexto, os grupos em situação de vulnerabilidade, como os povos indígenas, são os mais afetados com a contaminação devido à falta de políticas públicas que os amparem.

As proteções à saúde dos povos indígenas não estão garantidas apenas pela Constituição Federal de 1988. O Sistema Interamericano de proteção aos direitos humanos também visa proporcionar esses direitos à saúde no âmbito internacional. A proteção dos direitos sociais, então, não está ligada somente ao dever do Estado, de modo interno, mas também na esfera internacional, por meio da Corte Interamericana de Direitos Humanos, conforme previsto pelo artigo 26 da Convenção Americana de Direitos Humanos. É nessa perspectiva que o presente artigo se estrutura.

O artigo busca analisar em que medida os direitos sociais, em especial, o direito à saúde dos povos indígenas, estão sendo garantidos pelo Estado brasileiro no intuito de respeitar as garantias fundamentais prevista na Convenção Americana de Direitos Humanos. Por meio da metodologia bibliográfica e documental, o artigo se preocupa em (i) demonstrar as gerações dos direitos humanos, especificando a saúde como uma garantia de todos, em especial aos povos indígenas, (ii) explanar sobre o papel da Corte Interamericana de Direitos Humanos acerca dos direitos dos povos indígenas em tempos de pandemia e, por fim, (iii) realiza alguns apontamentos do descaso do poder público, em especial com a secretaria da saúde e da cultura, apontando para a necessidade de efetivação dos direitos sociais para a população indígena.

1 DAS GERAÇÕES DOS DIREITOS HUMANOS

Os direitos humanos são as prerrogativas (direitos e garantias) inscritas em tratados e costumes no âmbito internacional, elevando-se à tipificação no Direito Internacional Público (FILHO, 2009). No sentido material, os direitos humanos podem ser definidos como um conjunto de faculdade e instituições que, em cada momento histórico, concretiza as exigências de dignidade, liberdade e igualdade humanas, as quais devem ser reconhecidas positivamente pelos ordenamentos jurídicos nacional e internacional. Em sentido formal, restrito e normativo,

os direitos humanos seriam direitos que o Direito vigente qualifica como tais (ALMEIDA; APOLINÁRIO, 2009, p.58)

Nesse contexto, para Bobbio (2004) os direitos humanos são direitos históricos derivados de lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nasceram de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas. Ou seja, a determinação dos direitos humanos foram surgindo na sociedade conforme esta se encaminhava para uma construção histórica.

O surgimento dos direitos fundamentais possui ligação direta com os ideais revolucionários do século XIII, quais sejam, liberdade, igualdade e fraternidade. Tais convicções evoluíram conforme sua sequência temporal, estando a liberdade diretamente ligada com o direito de primeira geração, a igualdade com os direitos de segunda e a fraternidade com os direitos de terceira geração (NOVELINO, 2008). Os direitos civis ou de liberdades individuais são aqueles direitos do homem que garantem uma integridade física e moral, que possam assegurar a personalidade de cada um.

Já os direitos de Segunda Geração nasceram no início do século XX, oriundos das más condições de trabalho exercidas pelos trabalhadores nas fábricas. É estampado que nos direitos de segunda geração estão mais do que presentes o processo de industrialização e os graves impasses socioeconômicos sofridos pela sociedade ocidental por volta da segunda metade do século XIX e início do século XX. (WOLKMER, 2013). Esses direitos são compostos pelos direitos de igualdade *lato sensu*, a saber, os direitos econômicos, sociais e culturais e, também, os direitos da coletividade, introduzido no constitucionalismo do Estado social, depois que germinaram de obra de ideologia e da reflexão antiliberal do século XX.

Paulo Bonavides (2006), ao se posicionar sobre os direitos de terceira geração, cita os seguintes termos:

> Com efeito, um novo polo jurídico de alforria do homem se acrescenta historicamente aos da liberdade e da igualdade. Dotados de altíssimo teor de humanismo e universalidade, os direitos da terceira geração tendem a cristalizar-se no fim do século XX enquanto direitos que não se destinam especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo ou de um determinado Estado. Tem primeiro por destinatário o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta.

Nesse viés de desenvolvimento e avanço tecnológico, Sampaio (2010) demonstra que existem pensadores que preferem restringir os direitos da terceira geração em apenas um, qual seja, o direito ao desenvolvimento cujo objetivo é criar uma ordem internacional mais justa. O entendimento de Bonavides (2006), ao se posicionar sobre os direitos de terceira geração, nos direciona para o seguinte:

> Com efeito, um novo polo jurídico de alforria do homem se acrescenta historicamente aos da liberdade e da igualdade. Dotados de altíssimo teor de humanismo e

> universalidade, os direitos da terceira geração tendem a cristalizar-se no fim do século XX enquanto direitos que não se destinam especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo ou de um determinado Estado. Tem primeiro por destinatário o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta.

Ao definir esses direitos, Wolkmer (2013) vai ao encontro da ideia de Bonavides, afirmando serem considerados os direitos metaindividuais. Diz ainda que o titular desses direitos não é mais voltado para a centralização do homem, mas sim na proteção de uma categoria ou grupos de pessoas (família, povo, nação, etc.) os quais não se enquadram, nem na esfera pública, nem na privada. Na mesma direção, Mazzuoli (2014) destaca os direitos pautados no princípio da fraternidade e os exemplifica com o direito ao desenvolvimento, ao meio ambiente, à comunicação, ao patrimônio comum da humanidade e à paz.

Foi nessa perspectiva que os Direitos de Quarta Geração foi surgindo no contexto jurídico onde Paulo Bonavides nos ensina que eles correspondem uma institucionalização do Estado social, podendo ser entendidos como os direitos à democracia, o direito à informação, e o direito ao pluralismo" (BONAVIDES, 2000, p. 525).

A Corte Interamericana de Direitos Humanos visa proteger todas as dimensões dos direitos humanos pactuados pelos países do continente Americano na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos em San José, na Costa Rica, em 22 de novembro de 1969. Nesse sentido, quando há a ratificação dos tratados de direitos humanos, o Estado passa a reconhecer os princípios de direitos humanos passando a se comprometer com a implementação e com a proteção dos direitos fundamentais. Os tratados internacionais de direitos humanos consubstanciam mecanismos de interpretação da lei nacional, onde atêm seu status constitucional, de acordo com a Emenda Constitucional 45, quando passam a incorporar o ordenamento jurídico doméstico (YAMADA, 2020).

O Estado brasileiro ratificou à Declaração da ONU sobre Direitos dos Povos Indígenas, seguindo posicionamentos anteriores (em âmbito nacional e internacional) em matéria de direitos humanos e povos indígenas. No plano nacional, estes instrumentos internacionais têm sido interpretados e aplicados para proteger os direitos dos povos indígenas às suas terras e aos recursos naturais nelas encontrados, tal como dispõe o artigo 231 da Constituição Federal Brasileira YAMADA, 2020).

É nessa perspectiva que os direitos dos povos indígenas estão centrados, mais especificamente, no que se refere à saúde pública e direitos humanos. Questões relacionadas com essas vertentes devem ser adotadas com cuidado, ao ponto de examinar "em que medida as políticas e programas de saúde pública podem promover ou violar os direitos humanos"

(JUNIOR; AYRES, 2004, p. 67). É justamente nesse aspecto que se ressalta o papel do Estado brasileiro frente à garantia dos direitos humanos no momento de pandemia.

2 CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS E A VINCULAÇÃO DE SUAS DECISÕES NOS ESTADOS-MEMBROS DA OEA EM TEMPOS DE PANDEMIA: UM BREVE OLHAR SOBRE OS ÍNDIOS

O novo coronavírus foi descoberto em meados de dezembro de 2019, após casos registrados na China. Nesse sentido, vale registrar que os primeiros coronavírus humanos foram isolados pela primeira vez no ano de 1937. Todavia, o mesmo foi descrito com este nome apenas em 1965, diante da análise de perfil de microscopia, uma vez que o vírus se assemelha a uma coroa. Cabe frisar que grande parte dos indivíduos se infecta, ao menos uma vez na vida, com algum tipo de coronavírus, sendo que as crianças são as mais propensas nos casos do alpha coronavírus 229E e NL63 e beta coronavírus OC43, HKU1 (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2020). O COVID-19 é uma nova modalidade da família do coronavírus. Seus sintomas podem variar de um simples resfriado até uma pneumonia mais severa, registrando- se na maioria: tosse, febre, coriza, dor de garganta e dificuldade para respirar.

Com a constatação da alta disseminação do COVID-19, diversas medidas foram tomadas pelas autoridades públicas, destacando-se o isolamento social e o fechamento do comércio. Com isso, foi necessária uma adaptação em todos os setores da comunidade, salientando-se uma grande procura no comércio eletrônico, aulas remotas, edição de várias medidas provisórias, alterações legislativas e também alternativas para continuidade nos diálogos de acordo no Poder Judiciário e demais Cortes supremas.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos é uma organização judicial autônoma que possui sede em San José, Costa Rica. Seu propósito é aplicar e interpretar a Convenção Americana de Direitos Humanos, bem como outros Tratados Internacionais que disponham sobre Direitos Humanos. Em suma, os sistemas regionais de proteção internacional dos direitos humanos são esquemas de produção da dignidade humana que reúnem determinados países, localizadas em certas regiões do planeta.

Esta Corte Interamericana é composta por sete juízes, sendo que este sistema é administrado pela Organização dos Estados Americanos (OEA). Resumidamente, trata-se de um Tribunal atípico que julga casos contenciosos que envolvem indivíduos e Estados, bem como supervisiona a aplicação de suas sentenças, além de contribuir com a finalidade consultiva. Por ora, a Corte é composta por vinte países que englobam aproximadamente 560 milhões de cidadãos (CNJ, 2020).

Dentro desse contexto, também é considerada sua finalidade monitorar e exigir o cumprimento de compromissos firmados à promoção da dignidade humana. O principal tratado do sistema interamericano é a Convenção Americana de Direitos Humanos, também conhecida como Pacto de São José ou Pacto de São José da Costa Rica de 1969. Registra-se, no entanto, que seus fundamentos também encontram base na Carta da Organização dos Estados Americanos e na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem.

Vale salientar que a Corte exerce competência contenciosa e consultiva. Com relação a competência contenciosa, registra-se que este Tribunal pode conhecer, analisar, processar e julgar conflitos que tangem sobre aplicação das disposições da Convenção Americana de Direitos Humanos. Dessa forma, qualquer alegação de violação, por parte de um de seus Estados-membro, de direitos humanos ou liberdade protegida pela Convenção mencionada, cabe apreciação pela Corte Interamericana. Nesse sentido, os indivíduos, grupos ou entidades que não sejam o Estado não possuem legitimidade para impetrar casos perante esta Corte, todavia, podem recorrer à Comissão Interamericana de Direitos Humanos.

Por conseguinte, esta Comissão pode levar os assuntos adiante, de modo que a Corte proferirá uma sentença judicial motivada, obrigatória, definitiva e inapelável. Cabe acrescentar que a Comissão é uma das entidades do sistema interamericano de proteção e promoção dos direitos humanos e possui sede em Washington, Estados Unidos da América. Não obstante, no que cerne à competência consultiva, registra-se que os Estados-membros da Organização dos Estados Americanos podem realizar consultas à Corte a respeito da Convenção Americana de Direitos Humanos, ou mesmo de outros tratados que dizem respeito ao tema de sua competência.

No que concerne ao papel da CIDH em relação aos índios, cabe destacar que recentemente o Brasil já foi condenando pela referida Corte, quando foram constatadas diversas violações de direitos humanos. Na sentença, um dos pontos foi a condenação do país ao pagamento do montante de R$ 1 milhão à Associação Xukuru (CONSELHO INDIGENISTA MISSIONÁRIO, 2020).

Não obstante, é válido mencionar que em 8 de julho de 2020, o Ministro Luís Roberto Barroso do Supremo Tribunal Federal determinou, em liminar, que o Governo Federal adote uma série de ações para proteger os povos indígenas do novo coronavírus. Dentre os pontos da decisão, destacam-se: criação de barreiras sanitárias, planejamento com a participação das comunidades em plano contra o vírus, ações para contenção de invasores em reservas e acesso de todos os indígenas ao Subsistema Indígena de Saúde (MIGALHAS, 2020).

Além disso, pela referida Corte foi publicada a Resolução nº 01/2020 com definição de padrões e recomendações aos países que fazem parte da Organização dos Estados Americanos, com a finalidade de garantir que as medidas de enfrentamento à pandemia sejam tomadas.

Nesse sentido, houve no Brasil uma preocupação das autoridades públicas com as questões legislativas, considerando o notório conhecimento de que o COVID-19 também traria efeitos sociais, econômicos e, especialmente, jurídicos. Vale destacar, inclusive, que foram editadas diversas medidas provisórias para trazer um arcabouço jurídico para a situação, bem como registrar que existem diversos projetos de lei tramitando para criar um regime jurídico especial para o momento. Em verdade, sabe-se que a melhor saída, neste momento, para resolução de problemas judiciais, seria a negociação e a composição amigável, considerando o cenário caótico atual.

No aspecto indígena, há uma grande preocupação, tendo em vista que o vírus supracitado pode causar um grande genocídio, o que não pode ser permitido, tendo em vista que a União deve garantir o bem-estar e, sobretudo, a vida da população, em especial da comunidade de índios. Dentro desse contexto, a Corte Interamericana de Direitos Humanos está em constante observação do Brasil, diante inúmeros relatos de violação de Direitos Humanos. Nesse sentido, destaca-se que, em semelhança ao Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, a Corte vem firmando posicionamento de jurisprudências impositivas no controle da Convenção Americana dos Direitos Humanos pelos magistrados nacionais dos países membros da Organização dos Estados Americanos.

A Corte já explicitou em outros julgados que todos os tribunais dos Estados-membros estão obrigados a cumprir a Convenção, bem como as decisões da Corte. Dessa forma, cumpre trazer à baila o disposto em um parágrafo desta decisão:

> A Corte está ciente de que os juízes e os tribunais estão sujeitos ao império da lei e, portanto, são obrigados a aplicar as disposições vigentes no ordenamento jurídico. Mas quando um Estado ratifica um tratado internacional, como a Convenção Americana, seus juízes, como parte do aparelho do Estado, também estão sujeitos a ela, o que os obriga a garantir que os efeitos das disposições da Convenção não sejam prejudicados pela aplicação de leis contrárias a seu objeto e finalidade, que desde o início carecem de efeito jurídico. Em outras palavras, o Poder Judiciário deve exercer uma espécie de "controle de convencionalidade" entre as normas jurídicas nacionais aplicáveis aos casos concretos e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Nesta tarefa, o Poder Judiciário deve levar em conta não só o tratado, mas também a interpretação dada pela Corte Interamericana, intérprete última da Convenção Americana.

Isso considerado, percebe-se que todas as nações vinculadas são obrigadas a cumprir as decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanas, sob pena de aplicação de penalidades previstas na Convenção supracitada. Obviamente que se faz necessário o controle de convencionalidade por cada nação, no entanto, isso não exime o Estado de cumprir o que se

encontra decidido e sedimentado por esta Corte Superior, salientando-se, pois, que suas decisões possuem caráter vinculante. Registra-se, no entanto, que há entendimento doutrinário conflitante sobre o tema, no Brasil, o que deve ser afastado imediatamente, considerando que necessariamente esta República Federativa deve cumprir fielmente o que for decidido em seu favor ou desfavor na Corte Interamericana.

Diante do exposto, percebe-se que o mundo está vivendo em um momento de plena exceção. Como visto, inúmeras alterações e adaptações legislativas estão sendo realizadas com o intuito de abarcar situações advindas da pandemia. Com relação aos direitos humanos, também não foi diferente, conforme demonstrado. Todavia, possivelmente, a Corte Interamericana de Direitos Humanos será acionada algumas vezes com denúncias de violação dos direitos fundamentais, oportunidade em que, julgá-las-á, obrigando aos Estados-membros o seu fiel cumprimento.

3 DA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS DOS ÍNDIOS EM ÉPOCA DE PANDEMIA

Diante da atual conjuntura marcada pela pandemia do coronavírus, é indiscutível a necessidade de atuação planejada, no intuito de alcançar um objetivo comum que beneficie a todos os envolvidos, em especial, aos povos indígenas, reconhecidos pela Secretaria Especial de Saúde Indígena (SESAI) como grupos vulneráveis e que vêm apresentando altos índices de contaminação e mortalidade. (CIMI, 2020).

A Constituição Federal de 1988 instituiu uma nova conjectura para o reconhecimento da diversidade étnica e dos direitos indígenas no Brasil, dentro do fundamento da República, quer seja, a cidadania. Ademais, o Texto Maior ampliou a responsabilidade estatal no que tange aos direitos sociais, sobretudo, a saúde pública da população, o que permitiu a criação do Sistema Único de Saúde (SUS), através da Lei nº 8080/90. (FIOCRUZ, 2020).

Os direitos sociais são imprescindíveis à vida digna de todo indivíduo, impondo ao Estado, não somente a obrigação de respeitá-los e protegê-los, mas garantir a realização de prestações fáticas destinadas a promover o acesso aos bens econômicos, sociais ou culturais a quem não dispõe de recursos próprios para alcançá-los. A prestação dos direitos fundamentais sociais tem um custo, pressupondo um dever de ação do Estado. (NOVAIS, 2010).

Mesmo no pós-constituinte de 1988, quando se reconheceu, no artigo 231 da Carta, o direito consuetudinário para os povos tradicionais, além da sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, ainda é evidente o descaso das elites políticas em relação aos povos indígenas, sobretudo, na ineficiência de políticas públicas que assegurem os direitos sociais

antes e pós-pandemia. Não se trata de um poder emanado do povo, mas um poder das elites para o povo, fruto da teoria elitista da democracia. (CANOTILHO, 2002).

Nesse espeque, uma das razões para tal descaso, deriva do próprio Poder Legislativo, isto é, o direito ordinário é fruto de uma construção típica de um legislador que não é indígena e/ou desconhece a natureza transdisciplinar que permeia o direito indigenista e a complexidade da cultura nativa brasileira. (SUNAKOZAWA; MARTINS; MARQUES, 2019). Ademais, o Estado se sustenta na reserva do possível como matéria de defesa, ante sua omissão e vícios de prestação, como justificativa para não efetivação das políticas públicas. (NATAL; PAMPLONA, 2014). Leonardo Duarte (2008) alerta para a excessiva utilização do argumento, como "desculpa genérica" para a não efetivação de boa parte dos direitos fundamentais sociais, ainda que plenamente realizáveis.

Por isso, a necessidade de os Direitos Humanos serem devidamente invocados torna-se medida primacial na atual crise pandêmica. Esses direitos são de ordem pública internacional (*jus cogens)* e possibilitam o norteamento e a consolidação do desenvolvimento local, com o pleno exercício dos Direitos Fundamentais, notadamente, os direitos sociais. (SUNAKOZAWA; MARTINS; MARQUES, 2019).

Assim, a cláusula da reserva do possível não pode ser avocada de modo deturpado pelo Poder Público, com desvios de finalidade e propósitos de inviabilizar a efetivação dos direitos sociais. Além do mais, encontra-se insuperável limitação na garantia constitucional do mínimo existencial, que representa, no contexto do ordenamento positivo, emanação direta do postulado da essencial dignidade da pessoa humana. (RABELO, 2014).

Torna-se cada vez mais incerta a efetivação dos diretos sociais, principalmente, tratando-se do aumento das necessidades da população indígena. Nesse sentido, Duarte (2008) acrescenta que essa conjuntura de crise acaba por exigir que a escolha quanto à destinação das receitas públicas se dê segundo todas as especificidades próprias das variações econômicas, sociais e culturais.

Tais fatores tornam-se evidentes diante do enorme desafio que as equipes do Subsistema de Atenção à Saúde Indígena (SASISUS) enfrentam corriqueiramente, tais quais: a inviabilidade de equipamentos de proteção individual, insuficiência de medicamentos, infraestrutura inadequada, dificuldades logísticas devido ao isolamento geográfico, bem como a insalubridade das Casas de Saúde do Índio (CASAI). (SBMFC, 2020). Inúmeras organizações têm demonstrado preocupação em relação impacto que a COVID-19 tem causado aos povos indígenas, anunciada como um possível genocídio ou mesmo como um projeto necropolítico.

Cabe registrar que em São Gabriel da Cachoeira, município do estado do Amazonas, com maior quantidade de indígenas do país (aproximadamente 90% da população), registrava

929 casos e 21 mortes em 26 de maio. O elevado número de casos se deve aos fatores anteriormente mencionados, além do fato de a cidade possuir apenas um hospital, sem uma unidade de tratamento intensivo.

Nessa perspectiva, a Câmara dos Deputados aprovou o Projeto de Lei (PL) 1.142/2020, que visava a criação de um plano estratégico, no sentido de adotar medidas de apoio aos povos indígenas. Não obstante, o movimento indígena demonstrou insatisfação com o Projeto, tendo em vista a alteração do parágrafo único do artigo 13, que autorizava a entrada e permanência de missionários religiosos em áreas com grande quantidade de indígenas em isolamento voluntário. (COIAB. 2020).

Diante dos possíveis agravamentos, o Grupo de Interesse Especial de Saúde Indígena da Sociedade Brasileira de Medicina de Família e Comunidade (2020) recomenda como medidas urgentes:

> Cuidados de prevenção particularizados para cada realidade local, tendo em vista as diferenças entre os povos [...]; Ampliação de insumos em áreas indígenas de difícil acesso como: suporte de medicamentos sintomáticos, broncodilatadores e ventilação não-invasiva que não gerem aerossóis, assim como regularidade e supervisão no abastecimento desses produtos; Pactuação com as lideranças, com mediação da FUNAI, de medidas comunitárias para isolamento de pacientes suspeitos, como a construção de casas [...]; Incentivo para a criação de equipes de investigação de surto e óbitos, e fortalecimento das já existentes, para monitoramento de óbitos de causa não identificadas, síndromes gripais e síndromes respiratórias agudas graves, com a possibilidade de uso de teste rápido nas comunidades para monitoramento da circulação do vírus; Articulação com redes de saúde locais para regulação de vagas de internação hospitalar para indígenas. (SBMFC, 2020).

Além do mais, o Conselho Indigenista Missionário apresentou inúmeras críticas ao Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas ante a ineficácia das medidas adotadas pelo Governo no enfrentamento à pandemia entre os povos indígenas do país. (CIMI, 2020).

Para o Conselho Indigenista, falta um plano de contingência para evitar ao máximo o contágio das comunidades indígenas, além da criação de categorias inexistentes na legislação, como a distinção entre “aldeados” e “não aldeados”, já que o Ministério da Saúde somente tem contabilizado casos de indígenas “aldeados”, ou seja, aqueles considerados “não aldeados” ficam de fora das estatísticas. (CIMI, 2020).

Sendo assim, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, como órgão que tutela os direitos humanos, consciente dos problemas e desafios extraordinários que os Estados americanos enfrentam em razão da pandemia global, emitiu uma Declaração, para assegurar a implementação de medidas, com pleno respeito aos instrumentos interamericanos de proteção dos direitos humanos e aos padrões desenvolvidos na jurisprudência da Corte. (CIDH, 2020).

Portanto, essas medidas devem ser integralmente adotadas pelos Estados como forma de planejamento estratégico e inteligente no combate à pandemia, de acordo com critérios científicos e razoáveis. Deve-se também incentivar a maior participação da sociedade nos

debates públicos, além de reinvindicações em prol dos grupos indígenas, a fim de que se tenha projetos de lei que entendam a natureza transdisciplinar que permeia o direito indigenista, bem como seja devidamente efetivado todos os direitos sociais relativos às diretrizes emanadas pela Corte Interamericana e em conformidade com a Constituição Federal de 1988.

CONCLUSÃO

Em consideração a crise econômica, social e sanitária marcada pela pandemia do Novo Coronavírus (COVID-19) analisaram-se medidas tomadas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos na efetivação dos direitos fundamentais sociais dos índios, estruturando-se como eixo central do presente texto. Tal abordagem de estudo abriu possibilidades para compreender como a Corte Interamericana de Direitos Humanos busca resguardar todas as dimensões dos direitos indígenas, a fim de que se cumpra todos os compromissos pactuados pelos Estados, almejando-se no multilateralismo e no cooperativismo, à promoção da dignidade humana.

Percebe-se que começaram a surgir questões dicotômicas em razão da pandemia, qual seja, o enorme desafio de resguardar o direito à vida, mormente, à preservação da vida do índio, e, simultaneamente, preservar a economia dos países envolvidos, na medida em que suas políticas públicas de saúde possam amparar ou infringir os direitos humanos. Evidente que a tutela à vida é medida primacial devendo ser substancialmente protegida, por se tratar de um direito inviolável e inderrogável. Todavia, em razão da efetividade de tal garantia fundamental, analisou-se que os diretos sociais têm sido suprimidos, como verificado nos vários casos registrados de comunidades indígenas contaminadas e sem qualquer condição de atendimentos adequados, pela falta de infraestrutura.

Nessa etapa, é imperioso destacar o teor do artigo 27, item “2” da Convenção Americana de Direitos Humanos dispondo que não há autorização para suspender o direito à vida, tampouco as garantias indispensáveis à sua proteção. É por isso que se torna imprescindível a cooperação mútua entre as nações objetivando solucionar e suprir eventuais necessidades materiais, de modo que sejam devidamente resguardados os direitos fundamentais, sobretudo, o direito à vida.

É essencial o respeito aos tratados de direitos humanos, às garantias do Estado de Democrático de Direito e ao princípio da cooperação, notadamente, nos cenários transnacionais de maior periculosidade para a saúde pública e para a vida dos seres humanos, levando em consideração, também, a natureza transdisciplinar que permeia o direito indigenista e a complexidade da cultura nativa brasileira.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos e sua Relatoria Especial sobre Direitos Econômicos, Sociais, Culturais e Ambientais (REDESCA) reconhecem o grau de complexidade que os Estados e a sociedade enfrentam diante dos desafios extraordinários vivenciados. Ademais, vale salientar que no aspecto indígena, a Corte Interamericana de Direitos Humanos vem demonstrado atenção aos casos de violação dos direitos fundamentais. Destarte, tendo em vista o quadro dramático exposto, os países devem ater-se às recomendações relativas aos direitos humanos pela Corte Interamericana, às diretrizes e aos instrumentos interamericanos e internacionais de direitos humanos, especialmente, no aspecto econômico e social, como garantia e efetividade aos direitos fundamentais da comunidade indígena, sem qualquer forma de discriminação, priorizando-se, nesse momento, o respeito aos direitos fundamentais dos povos indígenas, qual seja, a vida.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Guilherme de Assis. APOLINÁRIO, Silvia Menicuccio de Oliveira Selmi. **Direitos Humanos**. São Paulo: Atlhas,2009.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 19. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2006, p. 569.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CIDH. Corte Interamericana de Direitos Humanos. **COVID-19 E DIREITOS HUMANOS:** OS PROBLEMAS E DESAFIOS DEVEM SER ABORDADOS A PARTIR DE UMA PERSPECTIVA DE DIREITOS HUMANOS E COM RESPEITO ÀS OBRIGAÇÕES

INTERNACIONAIS. Tradução Nossa. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/tablas/alerta/comunicado/cp-27-2020.html. Acesso em: 08 jul. 2020.
COIAB. **INFORMATIVO COIAB 2020**. Disponível em: https://coiab.org.br/conteudo/1590180547141x644810924324552700. Acesso em: 01 de jul. 2020.

CONSELHO INDIGENISTA MISSIONÁRIO. **A pandemia do novo coronavírus e os povos indígenas**. Disponível em: https://cimi.org.br/pandemiaeospovos/. Acesso em: 04 de jul. 2020.

CONSELHO INDIGENISTA MISSIONÁRIO. **Em Reunião Da Onu Sobre A Pandemia, Cimi Denuncia A Ineficiência Do Governo Brasileiro E O Descaso Com Indígenas**. Disponível em: https://cimi.org.br/2020/04/em-reuniao-da-onu-sobre-a-pandemia-cimi-denuncia-ineficiencia-do-governo-brasileiro-e-descaso-com-indigenas/. Acesso em: 04 jul. 2020.

DUARTE, Leonardo de Farias. **Obstáculos econômicos a efetivação dos direitos fundamentais sociais**. Coimbra, 2008.

ESTATUTO DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **CIDH**, 1979. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/corte-interamericana-de-direitos-humanos-corte-idh/. Acesso em 10 de jul. 2020.

FIOCRUZ. **Saúde mental e atenção psicossocial na pandemia COVID-19:** povos indígenas no contexto da COVID-19. Disponível em: https://www.arca.fiocruz.br/handle/icict/41437. Acesso em: 03 de jul. 2020.

FILHO, Nestor Sampaio Penteado. **Direitos Humanos**. Doutrina – Legislação. 3. ed. São Paulo: Método, 2009.

INSTITUTO SOCIOAMBIENTAL. **Rio Negro: pandemia de Covid-19 se agrava e chega à Terra Indígena Yanomami**. Disponível em: https://www.socioambiental.org/ptbr/noticiassocioambientais/rio-negro-pandemia-de-covid- 19-se-agrava-e-chegaa-terraindigena-yanomami. Acesso em: 01. jul. 2020.

JUNIOR, Ivan França; AYRES, José Ricard de Carvalho Mesquita. **Saúde Pública e Direitos Humanos**. In: FORTES, Paulo Antônio de Carvalho; ZOBOLI, Elma Lourdes Campos Pavone (org.). Bioética e Saúde Pública. 2ª ed. São Paulo: Centro Universitário São Camilo, 2004.

LOBATO, Anderson Cavalcante. **O reconhecimento e as garantias constitucionais dos direitos fundamentais**. Cadernos de direito constitucional e ciência política. v. 6, n. 22, p. 141–159, jan./mar, 1998.

MACKLEM, Patrick. **Human Rights in International Law**: Three Generations or One? London Review of International Law. Volume 3, Issue 1, 1 March 2015, Pages 61–92.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de Direitos Humanos**. São Paulo: Ed. Método, 2014.

MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio; BRANCO, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2006.
NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Método, 2008.
SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direitos fundamentais**. 2ª edição. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10 ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2009.

SBMFC. **AVALIAÇÃO DO GRUPO DE INTERESSE EM SAÚDE INDÍGENA DA SBMFC SOBRE A SITUAÇÃO DA ATENÇÃO AOS POVOS INDÍGENAS FRENTE A PANDEMIA DE COVID-19.** Disponível em: https://www.sbmfc.org.br/wp-content/uploads/2020/06/Avaliacao-GIE-SBMFC-sobre-situac%CC%A7a%CC%83o-povos-indigenas-na-Covid-19.pdf. Acesso em: 01. jul. 2020.

Ministro Barroso determina que Bolsonaro adote medidas para proteger indígenas da covid-19. Migalhas, 2020. Disponível em:

https://www.migalhas.com.br/quentes/330393/ministro-barroso-determina-que-bolsonaro-adote-medidas-para-proteger-indigenas-da-covid-19. Acesso em 10. jul.2020.

NATAL, Mariane; PAMPLONA, Danielle Anne. **Reserva do possível e a atuação do poder judiciário na implementação de políticas públicas**. Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/artigo/?cod=cb5e167492be00a8. Acesso em: 01. jul. 2020.

NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Sociais. Teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais.** Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

Povo Xukuru recebe indenização do governo após sentença da CIDH que condenou o Estado por violações de direitos humanos. Conselho Indigenista Missionário, 2020. Disponível em: https://cimi.org.br/2020/02/povo-xukuru-recebe-indenizacao-do-governo-federal-como-sentenca-da-cidh-que-condenou-o-estado-por-violacoes-de-direitos-humanos/. Acesso em 10. jul. 2020.

RABELO, Janaína da Silva**. A cláusula da reserva do possível e a efetivação dos direitos sociais no ordenamento jurídico brasileiro**: o papel do poder judiciário na defesa de direitos fundamentais. Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=1b12189170921fa4. Acesso em: 01. jul. 2020.

SUNAKOZAWA, Lucio Flavio Joichi; MARTINS, Murillo Araujo; MARQUES, Heitor Romero. Direito indígena x direito indigenista: no limiar do desenvolvimento local e contexto de territorialidades. **Revista Brazilian Journal of Development**. v. 5, n. 7, p. 10804-10806. 01 de jul. 2020.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Introdução aos fundamentos de uma teoria geral dos "novos" direitos**. Revista Jurídica – Unicuritiba. v. 2, n.31. 2013.

YAMADA, Érika M. **Povos indígenas e os direitos humanos**. In: Povos Indígenas no Brasil. 2020. Disponível em: https://pib.socioambiental.org/pt/P%C3%A1gina_principal. Acesso em: 09.jul.2020.

A PROTEÇÃO DA CRIANÇA EM TEMPOS DE PANDEMIA

Denis Carvalho
Mestrando Acadêmico em Direito pelo Centro Universitário Salesiano de São Paulo – Lorena/SP, graduado em Direito pela mesma Instituição.

Tereza Serrate de Campos
Mesntranda Acadêmica em Direito pelo Centro Universitário Salesiano de São Paulo – Lorena/SP, graduada em Direito pela Universidade de Taubaté/SP

RESUMO: Este trabalho tem como objetivo analisar a importância que a família exerce para com a criança, bem como as normas internacionais e nacionais de proteção a criança e ao adolescente. E as implicações causadas no desenvolvimento da criança e do adolescente em tempos de pandemia. Trata-se de tema relevante e atual, pois a sociedade vive atualmente uma pandemia causada pelo coronavírus, pandemia essa que modificou a vida de muitas pessoas pelo mundo. Destacam-se como pontos relevantes abordados o trabalho infantil e o dever de proteção para com a prole. Para tanto, foram utilizados como método de pesquisa, bibliográfica e documental. A contribuição desse estudo consiste em demonstrar para a sociedade a situação a qual muitas famílias enfrentam diariamente.
PALAVRAS-CHAVE: proteção à criança; covid-19; trabalho infantil;

ABSTRACT: This work aims to analyze the importance that the family has for the child, as well as the international and national standards of protection for children and adolescents. And the implications for the development of children and adolescents in times of pandemic. This is a relevant and current topic, as society is currently experiencing a pandemic caused by the coronavirus, a pandemic that has changed the lives of many people around the world. Child labor and the duty to protect offspring stand out as relevant points. To this end, they were used as a research, bibliographic and documentary method. The contribution of this study is to demonstrate to society the situation that many families face on a daily basis.
KEYWORDS: child protection; Covid-19; Child labor.

INTRODUÇÃO

A criança e o adolescente necessitam de proteção em qualquer lugar onde eles se encontrem no mundo, afinal, se trata de indivíduos em desenvolvimento, assim, quanto mais proteção tiverem garantido à eles, maior e melhor será o seu desenvolvimento.

Assim, em primeiro momento será analisado nesse estudo as normas internacionais e nacionais que visam proteger as crianças e os adolescentes, elencando a Convenção sobre os Direitos da Criança e a Declaração Universal dos Direitos Humanos.

No Segundo capítulo será verificado a importância da família para que haja o desenvolvimento de forma sadia para a criança e o adolescente, analisando os direitos e os deveres dos genitores para com seus filhos.

No terceiro capítulo será verificado a questão da pandemia causada pelo COVID-19 e a interferência que ela causa na vida de várias famílias, inclusive para com as crianças que em muitos casos são utilizadas como forma de renda extra para suas famílias.

1 PROTEÇÃO A CRIANÇA E AO ADOLESCENTE

Será analisado primeiramente as normas internacionais e posteriormente as normas nacionais que protegem à criança e ao adolescente, pois a sua proteção deve ser integral, independentemente do local onde ela se encontre.

1.1 Amparo no âmbito internacional

Tanto a criança quanto o adolescente necessitam de regulamentos capazes de garantir a eles o mínimo de proteção e segurança, independente do local onde eles se encontrem no mundo.

Porém, isso nem sempre é respeitado, afinal são inúmeros os casos de exploração a criança e ao adolescente no mundo todo, fato esse que desrespeita o artigo 1º da Declaração Universal dos Direitos Humanos.

“Artigo 1° Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. Dotados de razão e de consciência, devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade”.

Menciona o artigo 1º da Declaração, que todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e em direitos, ou seja, não deve haver diferença no tratamento entre as pessoas, muito menos com relação as crianças e adolescentes, afinal, elas são indivíduos mais vulneráveis, e em desenvolvimento.

“Logo no artigo I, a Declaração proclama os três princípios axiológicos fundamentais em matéria de direitos humanos: a liberdade, a igualdade e a fraternidade”. (COMPARATO, 2013, p. 240)

Percebe-se que a essência no tratamento entre as pessoas deveria ser essa, o respeito pela liberdade, igualdade e fraternidade, para que assim, haja uma sociedade justa para todas as pessoas.

“Lamentavelmente na sociedade liquida, esquece-se da responsabilidade de fazer a diferença na vida do outro, de ser solidário e fraterno”. (SILVA, 2014, p. 35)

E esse tratamento fraterno deveria ser ainda mais forte em relação a criança e ao adolescente, pois estes necessitam de total atenção por parte de todos da sociedade. Afinal, o ser humano é um ser social.

> O ser humano, mesmo solicitado pelos múltiplos dinamismos que percebe existentes dentro de si, sente-se, de certo modo, dono de si próprio, capaz de se relacionar e de solicitar outras forças para a realização de um projeto comum. Quando os grupos humanos se reúnem ao redor de valores, eles acabam tendo uma mesma maneira de pensar, sentir, agir. Tudo isso se torna o mundo do grupo, o *ethos*, a maneira de entender a vida. (RAMPAZZO; VANZELLA. 2015, p. 132)

“Ajuda mútua, cooperação, associação, união são componentes inerentes à fraternidade humana. Tal fraternidade os engloba, os envolve em um calor afetivo”. (MORIN, 2019, p.27)

É o sentimento de fraternidade que deveria ser o elo entre todas as pessoas no mundo, afinal, uns dependem dos outros para que assim se tenha uma existência digna na sociedade, em qualquer lugar do mundo.

Assim, outra importante legislação internacional, que diz respeito a proteção da criança e do adolescente é a Convenção Sobre os Direitos da Criança, que em seu artigo 6º, já menciona a respeito do direito a vida e o desenvolvimento delas.

“Artigo 6 - Os Estados Partes reconhecem que toda criança tem o direito inerente à vida. Os Estados Partes devem assegurar ao máximo a sobrevivência e o desenvolvimento da criança”.

“O direito à vida é, sem dúvidas, o mais importante de todos, uma vez que, perecendo ela, não há de cogitar de outros direitos, pela falta de titular”. (ELIAS, 2008, p. 09)

Percebe-se que o direito à vida das crianças é reconhecido perante os Estados Parte da Convenção sobre os Direitos da Criança, portanto, deve-se ao máximo, buscar a proteção tanto da criança quanto do adolescente.

Muitas crianças passam grande parte da infância sendo exploradas por adultos, como por exemplo, na execução de trabalhos, que em muitos casos interferem no desenvolvimento deles.

“A exploração de crianças e de adolescentes no trabalho é marcante em todo o mundo, sobretudo nos países subdesenvolvidos ou em desenvolvimento, marcados pela pobreza, baixo índice de escolaridade, entre outros problemas sociais”. (NASCIMENTO, 2004, p. 29)

Se faz, portanto, fundamental que haja normas que visem a proteção desses indivíduos que em muitos casos ficam expostos a muitas praticas que não condizem com a real obrigação que eles tem, ou seja, ficam sujeitos a exploração no trabalho, quando na realidade deveriam estar estudando para que assim pudessem ter um desenvolvimento sadio.

Percebe-se que várias são as normas internacionais de proteção à criança e ao adolescente, como verificasse as recomendações da OIT.

“Diante disso, citamos a Recomendação n. 4 que propõe a proibição de atividades ligadas à fusão ou à manipulação com chumbo, que podem ocasionar saturnismo”. (NASCIMENTO, 2004, p. 33)

Ainda no âmbito internacional, convém ressaltar outra norma da OIT “Convenção n. 127, que exige que o peso máximo no transporte manual de cargas, realizado por adolescentes seja consideravelmente inferior ao permitido ao homem adulto”. (NASCIMENTO, 2004, p. 33)

Ou seja, há preocupação para com a proteção da criança e do adolescente, e isso se verifica nas normas internacionais que visam dar amparo a eles.

1.2 Amparo no Âmbito Nacional

Do mesmo modo que no âmbito internacional, há no âmbito nacional a preocupação em proteger as crianças e os adolescentes, afinal, percebe-se a importância em amparar esses indivíduos vulneráveis.

Assim, é mencionado na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em seu artigo 227, assegurando a criança e ao adolescente, direitos essenciais ao seu pleno desenvolvimentos.

> Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Verifica-se a preocupação a qual o legislador menciona no artigo 227 da Constituição Federal de 1988 para com a criança e o adolescente, destacando que eles devem ser tratados com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à

profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

Outro instrumento normativo nacional que visa a proteção da criança e do adolescente, se trata da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, qual seja, o Estatuto da Criança e do Adolescente.

> Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

O artigo 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente menciona o texto Constitucional em seu artigo 227, onde traz o dever da família para com a criança, mas não apenas a família, mas toda a comunidade e do poder público.

O artigo 3º também menciona a respeito do desenvolvimento que deva ser garantido a criança e ao adolescente.

> Art. 3º A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

Se faz importante ressaltar que a garantia de proteção para a criança e ao adolescente é visando proprocionar um desenvolvimento pleno, tanto de ordem física, moral, mental, spiritual e social, assim será assegurado a conservação plena de sua dignidade humana.

2 O PAPEL DA FAMÍLIA PARA A CRIANÇA

Foi verificado no capítulo anterior à existência de normas internacionais e nacionais para a proteção tanto da criança quanto dos adolescentes. Dessa forma percebeu-se que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, bem como o Estatuto da Criança e do Adolescente, são instrumentos normativos que visam garantir essa proteção em âmbito nacional.

Dessa forma, foi demonstrado no artigo 227 da Constituição Federal, e no artigo 4º do Estatuto, que a família tem como dever assegurar o desenvolvimento sadio e seguro tanto da criança quanto do adolescente.

Ou seja, a família exerce muita importância para com esses indivíduos vulneráveis, sendo, importante não apenas para as crianças e adolescentes, mas para toda a sociedade, conforme menciona a Constituição Federal em seu artigo 226 “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”.

> De acordo com o artigo 226 da Constituição Federal, a família é a base da sociedade e por isto tem especial proteção do Estado. A convivência humana está estruturada a partir de cada uma das diversas células familiares que compõem a comunidade social e política do Estado, que assim se encarrega de amparar e aprimorar a família, como forma de fortalecer a sua própria instituição política. (MADALENO, 2020, p. 35)

"Constitui a família no Brasil a base de toda estrutura da sociedade, pois nela constituem raízes morais da organização social, bem como as colunas econômicas que a sustentam". (SOUSA, 2011, p. 160)

Percebe-se a importância da família para toda a sociedade, sendo aquela considerada base para esta. Como também a importância para com a criança, afinal, ela depende dos pais para que receba condições suficientes para contribuir com seu desenvolvimento.

Portanto, cabe a ambos os genitores os direitos e deveres para com seus filhos, de forma a contribuir para com seu crescimento. Porém, há bem pouco tempo atrás não era esse o mandamento legal.

Pois no Código Civil de 1916 somente o marido era considerado chefe da sociedade conjugal, como também era apenas ele quem exercia o pátrio poder, como menciona o artigo 233 do Código Civil de 1916 "O marido é o chefe da sociedade conjugal; como também o artigo 380 "Durante o casamento, exerce o pátrio poder o marido, como chefe da família (art. 233), e, na falta ou impedimento seu, a mulher".

Ou seja, a mulher não era vista como detentoras de direitos na sociedade conjugal, onde apenas poderia exercer poderes na falta ou impedimento de seu marido.

Atualmente não mais se utiliza esse pensamento, pois o atual Código Civil o qual entrou em vigor em 2002, colocou ambos os genitores em grau de igualdade.

Nesse sentido menciona o artigo 1.631 do Código Civil de 2002, "Durante o casamento e a união estável, compete o poder familiar aos pais; na falta ou impedimento de um deles, o outro o exercerá com exclusividade".

A respeito do poder familiar, também menciona o artigo 1.634 do Código Civil de 2002, a respeito do poder familiar.

> Art. 1.634. Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos
> I - dirigir-lhes a criação e a educação;
> II - exercer a guarda unilateral ou compartilhada nos termos do art. 1.584 III - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem;
> IV - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para viajarem ao exterior
> V - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para mudarem sua residência permanente para outro Município;
> VI - nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivo não puder exercer o poder familiar;
> VII - representá-los judicial e extrajudicialmente até os 16 (dezesseis) anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-

> lhes o consentimento;
> VIII - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha;
> IX - exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.

Em 2002 o Código Civil deixou bem claro que ambos os genitores tem direitos ao exercício do poder familiar, extinguindo assim o que dizia o Código Civil de 1916, onde apenas o marido era responsável, e não se falava em poder familiar, e sim em pátrio poder. Atualmente, ambos têm direitos e deveres para com a prole.

> O Código Civil brasileiro trata sobre o tema nos seus arts. 1.630 até 1.638 e estipula que compete a ambos os pais, qualquer que seja a situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, e na falta ou impedimento de um dos genitores, o poder familiar deverá ser exercido com exclusividade pelo outro ascendente. (MADALENO; MADALENO, 2019, p. 21)

Outra questão importante é com relação a situação conjugal dos genitores, pois o exercício do poder familiar, independe de haver ou não a união dos genitores da criança pelo casamento.

> O poder familiar não resulta do casamento ou da união estável, ele é inerente ao estado de filiação desde o Nascimento do filho, e decorre da paternidade natural, sendo um atributo irrenunciável, intransferível, inalienável e imprescritível, ademais qualquer tentativa de renúncia ao poder familiar é obrigatoriamente nula, e as obrigações decorrentes deste vínculo são personalíssimas. (MADALENO; MADALENO, 2019, p. 21)

Percebe-se que é dever de ambos os genitores os cuidados para com a criança, devendo, portanto, sempre agir visando amparar as necessidades dos filhos.

Porém, é certo que nem sempre as uniões entre as pessoas prevalecerão por muito tempo, e em determinados casos acontece a separação do casal, e referida separação interfere diretamente na vida dos filhos.

"É muito melhor para a criança conviver com o conflito durante algum tempo do que perder a presença amorosa de um pai ou uma mãe. O enfraquecimento do laço afetivo entre pais e filhos causa graves traumas às crianças; esse laço dificilmente se refaz mais tarde". (PERISSINI DA SILVA, 2011, p. 06)

Ou seja, mesmo em meio ao conflito a criança necessita da presença de ambos os genitores, afinal, assim ela irá receber de cada um deles o carinho e o afeto que necessita para o seu desenvolvimento como pessoa. "A criança sempre precisa dos pais, em convívio equilibrado, mesmo quando os pais estão separados" (PERISSINI DA SILVA, 2011, p. 06)

Ambos os genitores precisam estar presentes na vida de seus filhos, ainda mais na infância, pois é a época em que elas estão se descobrindo, descobrindo o mundo ao redor delas,

se desenvolvendo, e o apoio de ambos os genitores nessa fase de suas vidas, certamente irá influenciar e muito na vida delas.

3 COVID-19 E A CRIANÇA

Foi verificado no capítulo anterior que ambos os genitores são responsáveis pelo exercício do poder familiar, bem como que esse poder é essencial para a criança, afinal, ela precisa da presença de ambos os genitores para o seu desenvolvimento.

Porém, nem sempre as relações de união entre o casal irão durar para sempre, e em algumas ocasiões irá acontecer a separação e a dissolução da sociedade familiar.

E é nesse aspecto que se encontra o problema, pois com a dissolução da sociedade conjugal, as obrigações para com os filhos permanecem entre os genitores, mesmo para com aquele que não detêm a guarda da criança, porém em muitos casos, esse compromisso não vem sendo respeitado.

Outra questão importante é a respeito da atual situação que o país se encontra, situação essa que ocasionou em prejuízo a grande parte dos empregados e empregadores nas relações laborais, causadas pelo COVID-19.

> A COVID-19 é uma doença causada pelo coronavírus, denominado SARS-CoV-2, que apresenta um espectro clínico variando de infecções assintomáticas a quadros graves. De acordo com a Organização Mundial de Saúde, a maioria (cerca de 80%) dos pacientes com COVID-19 podem ser assintomáticos ou oligossintomáticos (poucos sintomas), e aproximadamente 20% dos casos detectados requer atendimento hospitalar por apresentarem dificuldade respiratória, dos quais aproximadamente 5% podem necessitar de suporte ventilatório. (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2020)

A pandemia causada pelo COVID-19, interferiu diretamente na vida de muitas pessoas, pois algumas recomendações[1] deveriam ser respeitadas para que assim o vírus fosse controlado

[1] As recomendações de prevenção à COVID-19 são as seguintes:
Lave com frequência as mãos até a altura dos punhos, com água e sabão, ou então higienize com álcool em gel 70%. Essa frequência deve ser ampliada quando estiver em algum ambiente público (ambientes de trabalho, prédios e instalações comerciais etc.), quando utilizar estrutura de transporte público ou tocar superfícies e objetos de uso compartilhado.
Ao tossir ou espirrar, cubra nariz e boca com lenço ou com a parte interna do cotovelo. Não tocar olhos, nariz, boca ou a máscara de proteção fácil com as mãos não higienizadas. Se tocar olhos, nariz, boca ou a máscara, higienize sempre as mãos como já indicado.
Mantenha distância mínima de 1 (um) metro entre pessoas em lugares públicos e de convívio social. Evite abraços, beijos e apertos de mãos. Adote um comportamento amigável sem contato físico, mas sempre com um sorriso no rosto.
Higienize com frequência o celular, brinquedos das crianças e outros objetos que são utilizados com frequência.
Não compartilhe objetos de uso pessoal como talheres, toalhas, pratos e copos. Mantenha os ambientes limpos e bem ventilados.
Evite circulação desnecessária nas ruas, estádios, teatros, shoppings, shows, cinemas e igrejas. (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2020)

causando diminuição do salário e até mesmo o desemprego para muitos trabalhadores, prejudicando assim suas famílias.

Consequentemente, muitas crianças que necessitavam de pensão alimentícia, ficaram prejudicadas, bem como os genitores que necessitam fazer os depósitos dos valores a título de pensão.

> A redução dos salários e até mesmo a perda do emprego por causa da pandemia do novo coronavírus (Covid-19) preocupa quem precisa fazer o pagamento de pensões alimentícias. Com o orçamento reduzido, manter as contas e compromissos em dia pode ser uma dificuldade. (G1, 2020)

O prejuízo causado na atividade laboral dos pais irá interferir na vida de seus filhos, pois estes dependem da colaboração de ambos os genitores para conseguirem o melhor desenvolvimento possível, porém com a perda do emprego de seus pais, ou a diminuição de salário, o filho sofre diretamente[2].

E em muitos casos, crianças realizam trabalhos para ajudar no sustento de suas casas, pois muitas mães abandonadas e sem amparo do marido, não tem condições de custear as despesas da casa sozinhas.

Se estiver doente, evite contato próximo com outras pessoas, principalmente idosos e doentes crônicos, busque orientação pelos canais on-line disponibilizados pelo SUS ou atendimento nos serviços de saúde e siga as recomendações do profissional de saúde.
Durma bem e tenha uma alimentação saudável.
Recomenda-se a utilização de máscaras em todos os ambientes. As máscaras de tecido (caseiras/artesanais), não são Equipamentos de Proteção Individual (EPI), mas podem funcionar como uma barreira física, em especial contra a saída de gotículas potencialmente contaminadas.

[2] As recomendações de prevenção à COVID-19 são as seguintes:
Lave com frequência as mãos até a altura dos punhos, com água e sabão, ou então higienize com álcool em gel 70%. Essa frequência deve ser ampliada quando estiver em algum ambiente público (ambientes de trabalho, prédios e instalações comerciais etc.), quando utilizar estrutura de transporte público ou tocar superfícies e objetos de uso compartilhado.
Ao tossir ou espirrar, cubra nariz e boca com lenço ou com a parte interna do cotovelo. Não tocar olhos, nariz, boca ou a máscara de proteção fácil com as mãos não higienizadas. Se tocar olhos, nariz, boca ou a máscara, higienize sempre as mãos como já indicado.
Mantenha distância mínima de 1 (um) metro entre pessoas em lugares públicos e de convívio social. Evite abraços, beijos e apertos de mãos. Adote um comportamento amigável sem contato físico, mas sempre com um sorriso no rosto.
Higienize com frequência o celular, brinquedos das crianças e outros objetos que são utilizados com frequência.
Não compartilhe objetos de uso pessoal como talheres, toalhas, pratos e copos. Mantenha os ambientes limpos e bem ventilados.
Evite circulação desnecessária nas ruas, estádios, teatros, shoppings, shows, cinemas e igrejas. (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2020)
Se estiver doente, evite contato próximo com outras pessoas, principalmente idosos e doentes crônicos, busque orientação pelos canais on-line disponibilizados pelo SUS ou atendimento nos serviços de saúde e siga as recomendações do profissional de saúde.
Durma bem e tenha uma alimentação saudável.
Recomenda-se a utilização de máscaras em todos os ambientes. As máscaras de tecido (caseiras/artesanais), não são Equipamentos de Proteção Individual (EPI), mas podem funcionar como uma barreira física, em especial contra a saída de gotículas potencialmente contaminadas.

> A exploração de crianças e de adolescentes no trabalho é marcante em todo o mundo, sobretudo nos países subdesenvolvidos ou em desenvolvimento, marcados pela pobreza, baixo índice de escolaridade, entre outros problemas sociais.
> Entre as consequências do trabalho infantil estão a dificuldade de crescimento, problemas de saúde, a exclusão educacional, a perda da própria vida, sendo muitas vezes vítimas de abusos morais e sexuais. (NASCIMENTO, 2004, p. 29)

É fato que o trabalho infantil é prejudicial a criança e ao adolescente, pois colocam em risco as suas vidas, causando a elas problemas de saúde, exclusão nas escolas e também podem ser vítimas de abusos, conforme mencionado acima. E esse trabalho infantil pode ser aumentado em virtude da pandemia.

> A pandemia da Covid-19 traz, como efeito secundário, o risco de aumento do trabalho infantil no Brasil. Com as escolas fechadas para prevenir a transmissão do vírus e a pobreza se acentuando, o trabalho pode parecer, equivocadamente, uma forma de meninas e meninos ajudarem suas famílias. (UNICEF BRASIL, 2020)

A pandemia fez acentuar os números de crianças e adolescentes vítimas do trabalho infantil, pois elas carregam o fardo de ter que ajudar no sustento da família, ajudando a colocar o alimento na mesa de casa, pois seus pais, vítimas do desemprego, não encontram outra saída para que a família sobreviva a pandemia.

> A situação foi se agravando e o impacto entre crianças e adolescentes piorando", ressalta Adriana a respeito da pressão sobre essas famílias. Além da perda de trabalho, são pessoas que enfrentam empecilhos até para serem beneficiadas pelos programas governamentais. "50% não estavam tendo acesso a auxílio emergencial ou qualquer outro auxílio do governo, destaca a coordenadora do Unicef. (DANIEL MELO, AGÊNCIA BRASIL, 20 AGO. 2020)

O auxílio emergencial foi uma medida criada pelo governo para minimizar os impactos causados pelo COVID-19 que ocasionaram em desemprego para muitas pessoas, porém muitas delas não conseguiram receber referido benefício do governo, fato esse que ocasiona em maiores dificuldades financeiras das famílias e consequentemente aumento do trabalho das crianças.

> Segundo o primeiro relatório de acompanhamento de dados, relacionados às ações de combate à Covid-19, feito pelo Tribunal de Contas da União, caso esses pagamentos indevidos não sejam interrompidos, podem gerar um prejuízo de mais R$ 1 bilhão aos cofres públicos.
> O benefício é destinado apenas para quem está enfrentando dificuldades financeiras durante a pandemia, mas o relatório mostra que até milionários receberam. (GI, GRIZOTTI, 2020)

Percebe-se que muitas pessoas que não têm necessidade de receber o auxílio emergencial acabam recebendo enquanto outras famílias necessitam colocar os filhos para trabalhar visando contribuir para colocar alimento na mesa de casa.

Ou seja, aqueles que deveriam se preocupar em proteger as crianças, garantindo o pleno desenvolvimento delas, acabam por ter que colocar seus filhos para ajudar no sustento do lar.

CONCLUSÃO

Ao longo desse estudo foram analisadas Leis tanto na ordem internacional quanto na nacional, as quais, visam unicamente a proteção da criança e do adolescente, por se tratarem se seres em desenvolvimento.

Verificou-se que ambos os genitores devem exercer o dever de proteção e cuidado para com a sua prole, afinal, a criança necessita de contato com ambos os país, e eles tem direito e deveres para com seus filhos.

Porém, mesmo com tantas leis visando a proteção da criança, muitas delas sofrem com a sua exploração, ainda mais em tempos de pandemia, onde muitas famílias utilizam a criança para realizar trabalhos, para ajudar no sustento de casa.

De nada adianta haver leis que visam a proteção da criança e do adolescente se a própria família colabora para a exploração do trabalho infantil, utilizando da crise do coronavírus como forma de se amparar, mesmo que seja um pensamento errôneo, para a utilização do próprio filho no trabalho.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA BRASIL**. 20 ago. 2020. Daniel Melo.** Aumenta incidência de trabalho infantil em São Paulo durante pandemia, Levantamento é do Unicef**. Disponível em: https://agenciabrasil.ebc.com.br/direitos-humanos/noticia/2020-08/aumenta-incidencia-de-trabalho-infantil-durante-pandemia-em-sao. Acesso em: 01 out. 2020**

BRASIL, Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para assuntos Jurídicos. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil.** Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm#art233. Acesso em: 30 set. 2020

BRASIL, Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para assuntos Jurídicos. **Código Civil.** Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 30 set. 2020

BRASIL, Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para assuntos Jurídicos. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 29 set. 2020

BRASIL, Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para assuntos Jurídicos. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 29 set. 2020.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 8. ed. – São Paulo: Saraiva, 2013.

ELIAS, Roberto João. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente**. (Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. 3. Ed. São Paulo: Saraiva, 2008

G1, 18 maio 2020. **Crise provocada pelo novo coronavírus pode afetar pagamento de pensão alimentícia; juiz explica como recorre**r. Disponível em: https://g1.globo.com/sp/mogi-das-cruzes-suzano/noticia/2020/05/18/crise-provocada-pelo- novo-coronavirus-pode-afetar-pagamento-de-pensao-alimenticia-juiz-explica-como- recorrer.ghtml. Acesso em: 01 out. 2020

G1. GRIZOTTI, Giovani. 28 jun. 2020. **Relatório do TCU mostra que 620 mil pessoas receberam auxílio emergencial sem ter direito**. Disponível em: https://g1.globo.com/rs/rio-grande-do-sul/noticia/2020/06/28/relatorio-do-tcu-mostra-que-620-mil-pessoas-receberam-auxilio-emergencial-sem-ter-direito.ghtml. Acesso em: 01 out. 2020.

MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020 ISBN 978-85-309-8758-9

MADALENO, Rafael. MADALENO, Rolf. **Guarda compartilhada**: física e jurídica. 4. Ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2019. ISBN 978-85-5321-811-0

MINISTÉRIO DA SAÚDE. 2020. **O que é COVID-19**. Disponível em: https://coronavirus.saude.gov.br/sobre-a-doenca. Acesso em: 01 out. 2020

MORIN, Edgar. **Fraternidade**: para resistir à crueldade do mundo. São Paulo: Palas Athena, 2019, ISBN 978-85-60804-52-8

NASCIMENTO, Grasiele Augusta Ferreira. **Direito das Minorias**: proteção e discriminação no trabalho. Campinas, SP: Editora Alínea, 2004, ISBN 85-7516-084-2

ONU. **Convenção sobre os Direitos da Criança**. Disponível em: https://www.unicef.org/brazil/convencao-sobre-os-direitos-da-crianca. Acesso em: 29 set. 2020

ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948**. Disponível em: https://www.ohchr.org/en/udhr/documents/udhr_translations/por.pdf. Acesso em: 28 set. 2020

PERISSINI DA SILVA, Denise Maria. **Guarda compartilhada e síndrome de alienação parental**: o que é isso? 2 ed. Campinas, SP: Armazém do Ipê, 2011. ISBN 978-85-62019-02- 9

RAMPAZZO, Lino. VANZELLA, Marcos Miné. **A dialética entre valores e forma jurídica**. Marcos Miné Vanzella, organizador. Campinas, SP: Editora Alínea, 2015. ISBN 978-85-7516-732-8

SILVA, Daisy Rafaela da. **O consumo na pós-modernidade**: efeitos nas classes D & E. Campinas, SP: Editora Alínea, 2014. ISBN 978-85-7516-677-2

SOUSA, Ana Maria Viola de. **Tutela jurídica do idoso**: a assistência e a convivência familiar. Campinas, SP. Editora Alínea, 2011. 2 ed. ISBN 978-85-7516-492-1

UNICEF BRASIL, 12 jun. 2020. **UNICEF alerta para o risco de aumento do trabalho infantil durante e após a pandemia**. Disponível em:

https://www.unicef.org/brazil/comunicados-de-imprensa/unicef-alerta-para-o-risco-de-aumento-do-trabalho-infantil-durante-e-apos. Acesso em: 01 out. 2020

GT 1 - 2
DESENVOLVIMENTO GLOBAL, DIREITOS HUMANOS, MINORIAS E GRUPOS VULNERÁVEIS II
Coordenadores:
Profa. Dra. Maria Aparecida Alkimim (UNISAL)
Prof. Ms. Rafael Meira Seniw (UniLasalle)
Prof. Dr. Dorival de Freitas Júnior (UNISAL)

LONGEVIDADE, GERONTOFOBIA, DISCRIMINAÇÃO E DIREITOS DA PESSOA IDOSA NA SOCIEDADE BRASILEIRA

Fábia de Oliveira Rodrigues Maruco
Advogada. Mestre em Direitos Difusos e Coletivos pelo Centro Universitário Salesiano de São Paulo –
U.E. Lorena – SP. E-mail: maruco.fabia@gmail.com

Roberto Bastos de Oliveira Júnior
Advogado. Mestre em Direito, Biodireito, Ética e Cidadania pelo Centro Universitário Salesiano de São Paulo – U. E. Lorena-SP. Membro do Conselho Municipal das Pessoas Idosas de Lorena – SP. E-mail: totonofacebook@gmail.com

RESUMO: O envelhecimento é fenômeno complexo que requer diferentes tipos de políticas públicas e representa um desafio para as sociedades no Século XXI. A Constituição Federal de 1988 garante direitos e proteção à dignidade do idoso no Brasil, porém a realidade é outra. A Gerontofobia, medo de envelhecer, é potencializada pela fragilidade que a sociedade impôs às pessoas idosas, rotulando-as como incapazes, para esta que é uma etapa natural da vida. O presente estudo se vale do método documental de pesquisa, com a utilização de doutrina e legislação pertinentes para demonstrar alguns problemas do nosso tempo que precisam ser enfrentados e solucionados imediatamente visando a qualidade de vida da população, especialmente, 60+.
PALAVRAS-CHAVE: Pessoa Idosa; Envelhecimento; Dignidade; Gerontofobia; Políticas Públicas.

ABSTRACT: Aging is a complex phenomenon that requires diferent types of public policis and represent a challenge for societies in the 21st century. The 1988 Federal Constitution guarantees rights and protection of the dignity. Gerontophobia, fera of aging, is enhanced by the fragility that society has imposed on elderly people, labeling them as incapable, for this which is a natural stage of life. The present study uses the documentary research method, with the use of

pertinent doctrine and legislation to demonstrate some problems of our time that need to be faced and solved immediately aiming at the quality of life of the population, especially 60+.
KEYWORDS: Elderly; Aging; Dignity; Gerontophobia; Public Policy

INTRODUÇÃO

A temática escolhida está em consonância com o proposto pelo GT Desenvolvimento global, direitos humanos, minorias e grupos vulneráveis, onde se enquadram as pessoas idosas.

O envelhecimento da população é um desafio para governos, para a iniciativa privada, para a sociedade e para a sustentabilidade da Terra quanto à promoção de saúde, ao uso dos recursos, às mudanças no mercado de trabalho e à economia. Há mudanças com relação a pensões e aposentadorias, alterações nas dinâmicas familiares e uma necessidade de manter os idosos na sociedade e no mercado de trabalho (GLOBO, 2019, p.2).

Respeitar os limites físicos e valorizar a experiência: uma questão socioambiental. É necessário entender as limitações físicas e de conhecimentos práticos ou acadêmicos dos idosos, que muitas vezes não acompanham a velocidade como as coisas mudam nos dias de hoje, e valorizar a experiência e a sabedoria adquiridas ao longo dos anos, dando oportunidade para que utilizem essas qualidades e criando meios para que participem efetivamente dessas mudanças (GLOBO, 2019, p.1).

A Constituição Federal de 1988 em seu artigo 230 dispõe que: “A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida” (BRASIL, 1988). E o Estatuto do Idoso (BRASIL, 2003), veio para priorizar ainda mais esses direitos.

Envelhecer no Brasil significa enfrentar muitos desafios, principalmente para as pessoas com baixo poder aquisitivo que não conseguem suprir suas necessidades básicas, pois o país não está preparado para essa nova realidade que está posta, trabalhando com uma política pública que não consegue atender essa população com qualidade e atenção (CARVALHO, 2019, p.1).

A responsabilidade por esse cuidado aos idosos recai sobre as políticas públicas. Embora seja comum atribuir maior responsabilidade ao Estado, o certo é que a própria Constituição Federal dispõe que é da família, Estado e sociedade a responsabilidade pelo cuidado dirigido aos idosos. Mesmo porque, a responsabilidade pela construção e melhoria da própria sociedade é de todos que nela vivem e inclui atitudes fundamentais como o respeito, a solidariedade e a justiça: o respeito se funda na dignidade da pessoa humana; a solidariedade supõe o cuidado nas necessidades pessoais e sociais através da compreensão, cooperação e confiança; a justiça

objetiva combater desigualdades, reduzir barreiras, incentivar o exercício da cidadania e criar ambientes capazes de produzir uma vida saudável, principalmente no grupo de idosos (OLIVEIRA JR; SOUSA, 2017 p. 5).

Ao comentar a arte e o ofício de ser velho no Brasil, a Professora e Pesquisadora da área de Serviço Social da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Ursula Karsch, é enfática (MARCONI; BICUDO, 2014, p.1):

> Para ser velho no Brasil é preciso enfrentar muitas situações. O idoso aqui é um sobrevivente, sob vários pontos de vista. Essa pessoa teve de enfrentar um atendimento à saúde precário, uma educação que não prepara para o mundo, um mercado de trabalho que paga mal e não permite acumular para a velhice. A pessoa enfrentou a violência dos serviços públicos, a violência urbana e até a violência da família.

Políticas públicas de envelhecimento, proteção integral aos direitos das pessoas idosas ingressaram nas pautas dos governos, possuem legislação avançada a respeito, mas a efetivação ainda está longe de ocorrer.

A falta de uma política educacional para o envelhecimento e o seu planejamento direcionado às pessoas idosas gera o medo de ficar velho, a Gerontofobia,

As consequências são várias, na grande maioria dos casos de pessoas idosas, as mesmas apresentam quadros depressivos, ansiedade, baixa autoestima, isolamento, negativismo e ira. O que desenvolve problemas de saúde e doenças crônicas (EM FAMILIA, 2016, p.1).

A Gerontofobia aliada à discriminação social da pessoa idosa representa riscos às pessoas idosas, consideradas vulneráveis por sua própria condição, através do estudo documental e bibliográfico a seguir.

1 O ENVELHECIMENTO COMO FENÔMENO COMPLEXO

O Brasil está envelhecendo e no ano de 2020, teremos 30 milhões de pessoas idosas no país. E este, sem dúvida, será o mais desafio da sociedade, pois será necessária a execução de políticas públicas voltadas ao bem-estar da pessoa idosa (IBGE, 2020).

As pessoas idosas no Brasil esperam ser tratadas como qualquer adulto com capacidade de discernimento e poder de decisão, e ficam incomodadas quando são tratadas como crianças, tomam decisões sem as consultar ou ignoram a sua própria vontade.

Mas nem sempre os filhos têm a opção de dar total autonomia para os pais. Dados da Pesquisa Nacional de Saúde, realizada em 2015 pelo IBGE, indicam que 17,3% das pessoas acima de 60 anos apresentam limitações para exercer atividades diárias como utilizar meios de transporte, cuidar do próprio dinheiro ou fazer compras. Nesse estágio, a família que não se preparou para assumir a responsabilidade de ajudar na manutenção de vida do idoso, é pega de

surpresa. E mesmo cuidados simples como levar para fazer compras no supermercado ou acompanhar em uma consulta médica podem se transformar em uma tarefa complicada para os filhos, devido ao excesso de trabalho e a vida agitada das grandes cidades (IBGE, 2015).

Para que as pessoas idosas de hoje e das próximas gerações tenham qualidade de vida, é preciso garantir direitos em questões como saúde, trabalho, assistência social, educação, cultura, esporte, habitação e meios de transportes.

No Brasil, esses direitos são regulamentados pela Política Nacional do Idoso criada em 1994 – Lei 8842, bem como o Estatuto do Idoso, Lei 10.741/03. Ambos os documentos servem de balizamento para políticas públicas e de inclusão social tendo sido estabelecidos:

1- Direito à vida: viver com dignidade, com acesso aos bens e serviços socialmente produzidos;

2- Direito à informação: ter conhecimento, trocar ideias, perguntar, questionar, compreender, garantir direitos, como funciona a gestão pública e como o Poder Público emprega o dinheiro na área do envelhecimento.

3- Direito à vida familiar, à convivência social e comunitária: receber apoio e apoiar a família, preservar laços e vínculos familiares, trocar experiência de vida; receber suporte social, psicológico e emocional.

4- Direito ao respeito: às diferenças, às limitações, ao modo de entender o mundo, ao modo de viver neste mundo.

5- Direito à preservação da autonomia: ter preservada a capacidade de realizar algumas tarefas sozinho ou com auxílio; ter preservada a privacidade; ter preservada a capacidade de realizar as atividades de vida diária e de vida prática.

6- Direito de acessar serviços que garantam condições de vida: acesso aos serviços de saúde, educação, moradia, lazer, entre outros.

7- Direito de participar, opinar e decidir sobre sua própria vida: conhecer e participar dos conselhos, de atividades recreativas e de convivência.

A inclusão social é temática, bastante ampla e complexa. Relaciona-se à questão da proteção social e do lugar social ocupado pela população em nosso país. Vive-se em uma sociedade onde os direitos sociais são identificados como favor, como tutela, como um benefício e não prerrogativa para o estabelecimento de uma vida social digna e de qualidade. Mesmo estabelecidos em lei, a direção dada pelos responsáveis pela garantia dos direitos nem sempre é direcionada para sua efetivação. O caminho da inclusão social corre paralelo à discussão do direito e da proteção social - prevenção de riscos e reduzir impactos maléficos na vida das pessoas (TORRES; SÁ, 2008, p. 4-5).

O principal meio de inclusão da pessoa idosa na atualidade são os grupos de convivência, que são espaços de inclusão social, promovendo sua participação, por meio de diversas atividades desenvolvidas, refletindo sobre o processo de envelhecimento, a qualidade de vida, e a valorização da própria vida (KURZ, & MORGAN, 2012).

As políticas públicas garantidas pela Constituição e pelo Estatuto do Idoso, muitas vezes, não são viabilizadas adequadamente, são políticas focalizadas, e fragmentadas – com atendimentos precarizados de forma que os idosos na maioria das vezes se sentem excluídos ao invés de incluídos nesses programas – quando deveria ser universalizada.

> Diante desse quadro que já está desenhado sobre o envelhecimento de pessoas no país, a pergunta que muito se faz hoje é como o Estado vai trabalhar com essa nova realidade. O que fazer com essa população envelhecida e como fazer com que sejam criadas novas políticas que contemplem esses novos atores sociais e também como tornar eficientes as políticas públicas e sociais já existentes. Esse é o grande desafio[...] (CARVALHO, 2019, p.1).

O Estatuto do Idoso, artigo 3º, estabelece que "é obrigação da família, comunidade, da sociedade e do poder público assegurar ao idoso, com absoluta prioridade, a efetivação do direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária" (BRASIL, 2003).

Buscando a proteção integral da pessoa idosa, abalizada doutrina tem proclamado o princípio da prioridade do idoso, que lhe assegura o atendimento em primeiro plano dos direitos fundamentais, dada a sua condição de vulnerabilidade existencial intrínseca. Tal orientação é extraída da cláusula geral de proteção da pessoa humana inscrita no texto constitucional, bem como da garantia de prioridade assegurada no art. 3º do Estatuto do Idoso. Reconhece-se, portanto, como implícito no preceito constitucional o princípio do melhor interesse do idoso, como expressão da proteção integral que lhe é devida com absoluta prioridade (BARBOZA; ALMEIDA, 2020, p.1).

Ante a intrínseca vulnerabilidade da pessoa idosa potencializada pelas contingências existenciais naturais do processo de senescência, o direito prioritário à saúde emerge como instrumento indispensável para a promoção integral e do melhor interesse à luz do princípio da dignidade da pessoa humana. Desse modo há de ser cumprido o disposto no artigo 15 de Estatuto do Idoso que assegura o direito à saúde integral, incluindo, inclusive, a atenção especial às doenças que afetam preferencialmente os idosos [...] além de provocar solidão e aprofundar suas vulnerabilidades (NERI, 2020, p.1).

O princípio do melhor interesse concretiza o direito personalíssimo ao envelhecimento, conforme consagrado no art. 8º do Estatuto do Idoso. Tal direito assegura, a rigor, o chamado "envelhecimento ativo", definido como "o processo de otimização das oportunidades de saúde,

participação e segurança, com o objetivo de melhorar a qualidade de vida à medida que as pessoas ficam mais velhas" (BARBOZA; ALMEIDA, 2020, p.1).

Com essa população de idosos longevos e também com os que estão se aproximando da idade onde são considerados velhos é preciso que eles sejam tratados com toda importância e com urgência por essa política pública que existe no país. É preciso priorizar todos os temas relacionados ao envelhecimento, porque essa é uma realidade que se apresenta e que precisa ser enfrentada o mais rápido possível, pois não se sabe até onde esse "problema" pode chegar (CARVALHO, 2019, p.1).

Envelhecer no Brasil aparenta ser um problema sem solução. A pessoa idosa não é um fardo social, apenas possui inúmeras situações negligenciadas e que tem que ser resolvidas imediatamente para garantir sua qualidade de vida e preservar seus direitos como cidadãos.

2 ESTERIÓTIPOS SOBRE AS PESSOAS IDOSAS: UMA REPRESENTAÇÃO GERONTOFÓBICA

A noção de velhice, como etapa diferenciada da vida, surgiu no período de transição entre os séculos XIX e XX, sendo dois fatores determinantes: o estudo do corpo velho e a institucionalização das aposentadorias (SILVA, 2008, p.2).

O Estatuto do Idoso trouxe muitos avanços, mas ainda apresenta falhas, das quais destacamos (MARUCO, 2020, p.1):

> 1) Não estimula os mais jovens e as pessoas idosas a melhorar a percepção sobre o envelhecimento, pois não há a educação e a cultura de valorização do idoso como no Japão, por exemplo.
> 2) O idoso não se reconhece como velho/velha. Simone de Beauvoir, na sua obra A velhice, já assinalava nos anos 70 que: "Não reconhecemos a velhice em nós, nem sequer paramos para observá-la, somente a vemos nos outros, mesmo que estes possuam a mesma idade que nós" (BEAUVOIR, 1976, p.20).
> 3) A falta de execução pelo Poder Público de políticas voltadas às pessoas idosas. No último dia 15 de junho, comemorou-se o dia do combate à violência contra a pessoa idosa.

O discurso sobre a senescência desbancou as concepções renascentistas acerca da morte, dos limites da longevidade e da velhice. A morte era entendida como um obstáculo a ser superado e a longevidade, principalmente nos casos excepcionais de centenários, como um evento tanto fantástico e mágico quanto revelador da racionalidade própria do corpo humano. A velhice, a longevidade e a morte eram estudadas a partir de questionamentos médico-filosóficos. A partir do surgimento da medicina moderna, tende- se a estudar a velhice e o processo de envelhecimento como problemas clínicos, certezas biológicas e processos invariáveis. A morte passou a ser vista, então, como resultado de doenças específicas da velhice; a longevidade

possui limites biológicos insuperáveis; a velhice é a etapa necessária da vida na qual o corpo se degenera (SILVA, 2008, p.1).

A geriatria não só distingue a velhice das outras etapas da vida, mas também a define como decadência física.

> Laslett considera o aumento da longevidade e qualidade de vida – resultantes do avanço das tecnologias médicas – e o surgimento das aposentadorias como os dois principais fatores que, em conjunto, garantem o ingresso dos sujeitos na terceira idade. No entanto, se a nossa intenção se dirige ao entendimento da terceira idade como uma categoria social historicamente construída, cuja inserção no espaço público dá ensejo a novas formações identitárias, parece necessário identificar os fatores que permitiram, influenciaram ou favoreceram sua origem e sua legitimidade no imaginário cultural. Destaco como hipótese para o surgimento da terceira idade a generalização e a reorganização dos sistemas de aposentadoria, a substituição dos termos de tratamento da velhice, o discurso da gerontologia social e os interesses da cultura do consumo (SILVA apud LASLETT, 2008, p.1).

Até a metade do século XX as instituições e os discursos destinados ao cuidado da velhice encontravam-se fragmentados e desorganizados. No período que tem início por volta de 1945 e culmina na década de 60, discursos e práticas que tomam a velhice como objeto passam por aperfeiçoamento e unificação, com a elaboração de uma 'política da velhice', o desenvolvimento da gerontologia e a aparição da noção de terceira idade.

Os sistemas de aposentadoria se estendem a todas as classes de trabalhadores, reorganizando os agentes de gestão da velhice, o que corresponde à ampliação do tema como problema social e à substituição gradativa de assistência e asilo pelas caixas de aposentadoria e pelos centros de geriatria. A associação entre velhice e indigência é desfeita e surge uma nova categoria, a 'terceira idade' (SILVA, 2008, p.2).

Peixoto (1998, p.69) analisa a passagem do uso de 'velho' para 'idoso', tanto na França como no Brasil, e mostra a transformação do uso público das expressões relacionadas ao envelhecimento. O termo 'velho' estava fortemente associado aos sinais de decadência física e incapacidade produtiva, sendo utilizado para designar de modo pejorativo sobretudo os velhos pobres. A partir da década de 60 o termo começa a desaparecer da redação dos documentos oficiais franceses, que passam a substituí-lo por 'idoso', menos estereotipado. Ao mesmo tempo, o estilo de vida das camadas médias começa a se disseminar para todas as classes de aposentados, que passam a assimilar as imagens de uma velhice associada à arte do bem viver. Surge o termo 'terceira idade' que torna pública, estabiliza e legitima a nova sensibilidade investida sobre os jovens e respeitados aposentados. Parece claro a contribuição decisiva dessa nova denominação para criação e difusão de uma nova e positiva imagem da velhice (SILVA apud PEIXOTO, 2008, p.1).

A hipótese sobre a relação entre discurso gerontológico e noção de terceira idade poderia ser contraposta a uma série de estudos que indicam a adoção, por parte da gerontologia, das

metáforas depreciativas da velhice como argumento para reivindicações políticas (SILVA, 2008, p.1).

Não é preciso depreciar o processo de envelhecimento da pessoa idosa, transformando-o num sujeito digno de pena, para que lhe sejam direitos e benefícios. O perfil atual da pessoa idosa mudou. Está muito diferente de anos atrás. Hoje, por conta dos avanços da medicina e do aumento da expectativa de vida, são pessoas ativas, participativas. O que lhes deve ser dado é maior oportunidade de inclusão social esclarecendo a sociedade da importância da pessoa idosa e o quanto ela ainda tem para contribuir para a formação das gerações futuras.

3 GERONTOFOBIA: O TERRÍVEL MEDO DE ENVELHECER

O processo de envelhecimento faz parte do desenvolvimento do ser humano. Para alguns, estar perto de pessoas idosas ou mesmo identificar as marcas do tempo, como rugas, é assustador.

A gerontofobia nada mais é do que o medo excessivo de envelhecer e ter aversão a tudo o que tiver relação à terceira idade. Pessoas que tem esse problema, geralmente buscam métodos e terapias antienvelhecimento de forma compulsiva a fim de alterar os aspectos biológicos e retardar o processo. Em alguns casos, quando a pessoa já é idosa, ela simplesmente se recusa a usufruir de direitos direcionados aos idosos, como o transporte gratuito, fila preferencial e consulta com especialistas em saúde dos idosos, além disso, evita amizades com pessoas da mesma faixa etária e acredita que somente os outros envelhecem (EM FAMILIA, 2016, p.1).

Marcos Paulo Betinardi, psiquiatra do Instituto Abuchaim, em Porto Alegre, afirma que um dos motivos para a recusa em se ver velho está justamente na forma em que o indivíduo foi criado e as informações a ele passadas durante sua vida (DINIZ, 2014, p.1).

A gerontofobia não é considerada doença e não está cadastrada no CID-10 (Classificação Internacional de Doenças). Também é difícil de ser constatada.

> Chamamos de fobia porque é um medo excessivo e desproporcional ao risco oferecido por tal coisa. No caso, o envelhecimento. Pessoas que discriminam idosos, que estão preocupadas demais com a aparência, adultos que se comportam como jovens são exemplos. É claro que não podemos generalizar, pois um conjunto de fatores é que vai determinar se o que você tem é gerontofobia ou não (DINIZ apud ARKEMAN, 2014, p.1).

A sociedade brasileira comumente enaltece os jovens e a velhice perde o seu valor social, passando a ser excluída e estigmatizada. A preocupação com o corpo jovem e fisicamente atraente vem sendo cultuado de forma exagerada, chegando a ser patológica, ocasionando preocupações exageradas, fobias, sofrimento e constantes pensamentos negativos. [...] o processo de envelhecimento é complexo e tem que ser vivido diariamente (SILVA; MENDES, 2019, p. 66).

Envelhecer não é adoecer, portanto é urgente uma política educacional que esclareça os jovens de hoje e futuros idosos de amanhã de que é possível um planejamento para a velhice, com qualidade de vida, com dignidade, sem traumas.

As pessoas estão envelhecendo de forma diferente e isso é motivo para comemorar!

CONCLUSÃO

O envelhecimento constitui uma etapa da vida do indivíduo. A sociedade não está preparada para garantir bem-estar a população idosa que cresce a cada dia ante o aumento da expectativa de vida e do avanço da medicina.

Políticas públicas educacionais não preparam o indivíduo para a velhice, apenas enaltecem a juventude. Falta efetividade na execução da Constituição Federal de 1988 e do Estatuto do Idoso que garante proteção e direitos às pessoas idosas.

É preciso que o idoso se reconheça em tal condição, uma vez que a maioria não se aceita velho. Corroborando com isso, há o preconceito da sociedade que desconsidera a capacidade do indivíduo que atingiu a terceira idade.

A pessoa idosa de hoje é diferente daquela de décadas atrás. Ela é mais atuante, fisicamente mais saudável e pode contribuir e muito para a sociedade.

O estudo abordou a gerontofobia, que, embora ainda não seja considerada uma doença classificada pelo CID-10 – Cadastro Internacional de Doenças, acomete muitas pessoas idosas e representa o medo de envelhecer. Associada ao preconceito social contra a pessoa idosa representa riscos para a saúde física e mental.

É preciso ressaltar que envelhecer está longe de adoecer. Temos muito a aprender com as pessoas idosas e os problemas identificados em tempos hodiernos precisam ser enfrentados e solucionados imediatamente visando a qualidade de vida da população, especialmente, 60+. Todos merecem bem viver, merecem a felicidade.

REFERÊNCIAS

ASSEMBLEIA GERAL DA ONU. (1948). **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: http://www.un.org/en/universal-declaration-human- rights/>. Acesso em: 20 out.2020.

_____. (1982). **Plano de Ação Internacional de Viena sobre o envelhecimento**. Disponível em: https://nacoesunidas.org/acao/pessoas-idosas/>. Acesso em 17 jun.2020.

_____. (1991). **Princípios das Nações Unidas em favor das pessoas idosas**. Disponível em: https://nacoesunidas.org/acao/pessoas-idosas/#:~:text=Em%201991%2C%20a%20Assembleia%20Geral,%2C%20cuidado%2

C%20autorrealiza% C3%A7%C3%A3o%20e%20dignidade>. Acesso em: 17 set.2020.

_____.(1999). **Decretação do ano internacional do idoso**. Disponível em: https://nacoesunidas.org/acao/pessoas idosas/>. Acesso em: 17 set.2020.

BARBOSA, Heloisa Helena; ALMEIDA, Vitor. **A proteção das pessoas idosas e a pandemia do covid-19:** risco de uma política de "limpa velhos". Disponível em: https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-de-vulnerabilidade/324904/a-protecao- das-pessoas-idosas-e-a-pandemia-do-covid-19--os-riscos-de-uma-politica-de--limpa- velhos>. Acesso em: 02 out.2020.

BARRUCHO, Luis. **A pandemia de coronavírus evidencia a "velhofobia" no Brasil, diz antropóloga.** Disponível em: https://www.bbc.com/portuguese/brasil- 52425735>. Acesso em 17 set.2020.

BATALHA, José Carlos. **Envelhecimento, desafio para a sociedade.** Disponível em: https://www.portaldoenvelhecimento.com.br/envelhecimento-desafio-para-sociedade/>. Acesso em 20 set.2020.

BEAUVOIR, Simone de. **A velhice**: realidade incômoda. (2a ed.). São Paulo: DIFEL, 1976.

BRANCO, Mariana. Pandemia revelou que os idosos são esquecidos pela sociedade, diz sobrevivente da COVID-19. Disponível em: https://www.sabado.pt/mundo/detalhe/pandemia-revelou-que-os-idosos-sao-esquecidos- pela-sociedade-diz sobrevivente-da-covid-19>. Acesso em: 20 out..2020.

BRASIL. Planalto. **Política Nacional do Idoso.** Lei 8842/94. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8842.htm>. Acesso em: 20 set.2020.

_____. Planalto. **Estatuto do Idoso.** Lei 10.741/03. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.741.htm. Acesso em: 20 set.2020.

CARVALHO, Dilma Maria de. **Os desafios de envelhecer no Brasil.** Disponível em: https://www.portaldoenvelhecimento.com.br/os-desafios-de-envelhecer-no-brasil/>. Acesso em 02 out.2020.

DINIZ, Thais Carvalho. **Medo de envelhecer pode ser um problema;** entenda a gerontofobia. Universa Uol. Disponível em: https://www.uol.com.br/universa/noticias/redacao/2014/10/03/medo-de-envelhecer- pode-ser-um-problema-entenda-a-gerontofobia.htm>. Acesso em 02 out.2020.

EM FAMILIA. **Gerontofobia, você tem?** Disponível em: https://www.casaderepousoemfamilia.com.br/noticias/gerontofobia-voce-tem/>. Acesso em 01 out.2020.

GLOBO. **Promover a integração social de pessoas idosas é um desafio.** Disponível em:https://g1.globo.com/sc/santa-catarina/especial-publicitario/falando-de-sustentabilidade/noticia/2019/01/10/promover-a-integracao-social-de-pessoas-idosas-e- um-desafio-para-os-proximos-anos.ghtml>. Acesso em 20 set. 2020.

IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Idosos indicam caminho para a melhor idade.** Censo 2020. Disponível em: https://censo2020.ibge.gov.br/2012-agencia- de-noticias/noticias/24036-idosos-indicam-caminhos-para-uma-melhor-idade.html>. Acesso em 03 out.2020.

_____. **Pesquisa Nacional de Saúde.** Disponível em: https://www.ibge.gov.br/estatisticas/sociais/saude/9160-pesquisa-nacional-de- saude.html>. Acesso em: 04 ago.2020.

_____. **População brasileira envelhece em ritmo acelerado**. Disponível em: https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/13577-asi-ibge-populacao-brasileira-envelhece-em-ritmo-acelerado>. Acesso em: 20 set.2020.

KURZ, M. L. B., & MORGAN, M. I. O. (2012). **Proteção social básica e grupos de convivência**: garantia de inclusão social da pessoa idosa. XVII Seminário Interinstitucional de Ensino, Pesquisa e Extensão. UNICRUZ. Anais, Ciência, Reflexividade e (In) certezas. Disponível em: http://www.unicruz.edu.br/seminario/anaisArtigos.php>. Acesso 04 ago.2020.

MARCONI, Elisa; BICUDO, Francisco. **A arte e ofício de ser velho no Brasil.** Disponível em: http://revistagiz.sinprosp.org.br/?p=5423>. Acesso em 01 out.2020.

MARUCO, Fábia de Oliveira Rodrigues. **Prioridade de direitos da pessoa idosa**: o atendimento médico em tempos de pandemia da Covid-19 e exemplos ocorridos em Portugal e na Espanha. Disponível em: http://www.rededeconselhos.com/blog/2020/06/22/2773/>. Acesso em 03 out.2020.

NERI, Marcelo. Onde estão os idosos? Conhecimento contra o covid-19. FGV Social. Centro de Políticas Sociais. Disponível em: https://cps.fgv.br/destaques/fgv-social- lanca-pesquisa-onde-estao-os-idosos-conhecimento-contra-o-covid-19>. Acesso em 15 set. 2020.

OLIVEIRA JR, Roberto Bastos. **Instituições de Ensino Superior abertas à terceira idade:** direito do idoso, espaço diferenciado de aprendizagem e inclusão social. Lorena: Instituto Santa Teresa, 2016.

_____; SOUSA, Ana Maria Viola de. **Universidades abertas à terceira idade**: cartilha de direitos humanos e aula para idosos como experiências diferenciadas. Disponível em: http://www.editorarealize.com.br/editora/anais/cieh/2017/TRABALHO_EV075_MD2_ SA12_ID1367_04092017214908.pdf>. Acesso em 15 set.2020.

PEIXOTO, Clarice. **Entre o estigma e a compaixão e os termos classificatórios**: velho, velhote, idosos, terceira idade... In: Barros, Myriam Moraes Lins de (Org.). Velhice ou terceira idade? Rio de Janeiro: FGV, 1998.

SILVA, Daiane Alves; MENDES, Delza Ferreira. Da gerontofobia ao envelhecimento consciente e saudável. **Psicologia e Saúde em debate**, v. 5, n. Suppl.2, p. 66, 10 dez. 2019.

SILVA, Luna Rodrigues Freitas. **Da velhice à terceira idade:** o percurso histórico das identidades atreladas ao processo de envelhecimento. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104 59702008000100009&lng=pt&tlng=pt&gt>. Acesso em: 02 out.2020.

TORRES, Mabel Mascarenhas; SÁ, Maria Auxiliadora Ávila dos Santos. **Revista Ciências Humanas – Universidade de Taubaté** (Unitau) – Brasil – vol. 1, n. 2, 2008. Disponível em: http://www.unitau.br/revistahumanas>. Acesso em 03 out.2020.

EDUCAÇÃO AO LONGO DA VIDA NO ESTATUTO DO IDOSO: UMA QUESTÃO DE DIREITOS HUMANOS

O conceito de educação ao longo da vida aparece, portanto, como uma das chaves de acesso ao século XXI. (Jacques Delors)

Aline da Silva Freitas
Doutoranda em Direitos Humanos pela Universidade de São Paulo (2018-atual). Aluna do MBA em Psicologia Positiva, Ciência do Bem-Estar e Autorrealização pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (2019-atual). Bacharel em Direito (2007) e Mestre em Direito Político e Econômico (2009) pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Professora da Graduação em Direito na Universidade Presbiteriana Mackenzie (2017- atual). Professora e Colaboradora da Escola de Governo de São Paulo (2011-2017). Membro do Conselho Deliberativo desta Associação (2016-2017). Professora da Graduação e da Pós-Graduação em Direito da Universidade Anhanguera de São Paulo (2012-2015). Coordenadora do Núcleo de Prática Jurídica desta Instituição (2015-2015). Pesquisadora na área de Direitos Humanos, com ênfase em felicidade. Advogada. Currículo *lattes* disponível em: http://lattes.cnpq.br/3548499403337589.

Ana Maria Carvalho Castro Capucho
Doutoranda em Direitos Humanos pela Universidade de São Paulo (2020-atual). Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Salesiano São Paulo (2004). Pós-graduação em Processo Civil pela Universidade de Taubaté (2006). Mestre em Direito pelo Centro Universitário Salesiano de São Paulo (2016). Pesquisadora na área de Direitos Humanos, com ênfase em envelhecimento humano. Currículo *lattes* disponível em: http://lattes.cnpq.br/8662533608118667.

Resumo: Este artigo realiza estudo de caso acerca do advento da Lei 13.535/2017 que alterou o Estatuto do Idoso (Lei 10.741/2003), impondo que as instituições de educação superior ofertem cursos e programas de extensão, presenciais ou a distância, constituídos por atividades formais e não formais para os idosos. O objetivo geral é responder como e porque adveio a Lei, ou seja, qual foi seu caminho no Congresso Nacional e quais suas possíveis justificativas. O Congresso Nacional não pôde se ausentar do reconhecimento dessa realidade e, portanto, buscou a melhor técnica legislativa para aprimorar o fomento às políticas públicas nesta seara. Do conjunto da pesquisa, conclui-se que a educação ao longo da vida é fundamental para todos e pode representar excelentes perspectivas ao idosos.

Palavras-chave: Estatuto do Idoso. Educação ao longo da vida. Políticas Públicas.

Abstract: This article presents a case study about the advent of Law 13.535 / 2017, which amended the Statute of the Elderly (Law 10.741 / 2003), requiring that higher education

institutions offer courses and extension programs, either in person or at a distance, made up of formal activities and not formal for the elderly. The general objective is to answer how and why the Law came, that is, what was its path in the National Congress and what its possible justifications. The National Congress could not absent itself from recognizing this reality and, therefore, sought the best legislative technique to improve the promotion of public policies in this field. From the survey, it is concluded that lifelong education is fundamental for all and may represent excellent perspectives for the elderly.
KEYWORDS: Statute of the Elderly. Lifelong education. Public policy.

INTRODUÇÃO

A educação ao longo da vida é característica inata ao ser humano, que uma vez estimulado, poderá perpassar por toda sua existência em contínuo processo educacional, sem que esgote, aliás, o universo de conhecimento e a capacidade de seu intelecto. Por outro lado, no decorrer da história houve maior destaque para a educação voltada para as gerações mais jovens, nas idades consideradas como adequadas, quedando para o idoso a educação informal e recreativa.

Porém, essa realidade vive especial transformação, a mercê do cenário que se desenha a partir do envelhecimento real da população brasileira, que coloca em novo patamar a necessidade de políticas públicas educacionais para a população idosa, bem como do limite que a questão da suposta ideia correta para estudos pode engendrar.

Neste sentido, a partir de metodologia consistente em levantamento bibliográfico analítico, somado à estudo de caso, este artigo versa sobre o advento da Lei 13.535/2017, que alterou o Estatuto do Idoso (Lei 10.741/2003). Por meio desta Lei houve imposição para que as instituições de educação superior ofertem cursos e programas de extensão, presenciais ou a distância, constituídos por atividades formais e não formais.

O artigo irá contextualizar, portanto, o advento da Lei e, a partir disso, abordar sua tramitação no Congresso Nacional, demonstrando-se o como e o porquê de sua existência. Acerca da tramitação, buscar-se-á verificar de quem foi a iniciativa, qual a justificativa apresentada, sua tramitação nas duas casas e possíveis impactos, sendo possível após reflexão crítica sobre seus possíveis impactos.

1 ENVELHECIMENTO ATIVO E O DIREITO À EDUCAÇÃO

A população brasileira está passando por uma acelerada modificação demográfica e, nos últimos anos, houve um crescimento significativo do número de idosos. Conforme o artigo 1º do

Estatuto do Idoso, Lei n. 10.741 de 1º de outubro de 2003, considera-se idoso, no Brasil, todo indivíduo com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos de idade (BRASIL, 2003).

É curioso observar que a Organização Mundial da Saúde (OMS) apresenta o conceito de pessoa idosa relacionando-o ao desenvolvimento socioeconômico do país. Nos países desenvolvidos, por exemplo, a pessoa é considerada idosa aos 65 anos ou mais. Porém, nos países em desenvolvimento é considerado idoso todo indivíduo que tem 60 anos ou mais de idade (BRASIL, 2010, p. 19).

O conceito de Envelhecimento Ativo da Organização Mundial da Saúde (OMS) é aplicado a indivíduos e sociedades. Anteriormente, era definido como o processo de otimização das oportunidades de saúde, participação e segurança, com o escopo de melhorar a qualidade de vida à medida que as pessoas envelhecessem. Todavia, cumpre ressaltar que o conceito foi reformulado e acrescentou-se a aprendizagem ao longo da vida como outro componente, segundo promulgado pela Conferência Internacional de Envelhecimento Ativo em 2010 (CENTRO INTERNACIONAL DE LONGEVIDADE BRASIL, 2015, p. 44).

Para Sousa (2011, p. 8), o aumento célere do público idoso evidencia a necessidade, por parte do legislador, em elaborar Leis que observem a realidade do país reivindicada pela sociedade, esta que mostra que muitos idosos ainda são discriminados e estão em uma situação de vulnerabilidade socioeconômica.

A educação desempenha um papel de suma importância na dinâmica social e contribui de forma efetiva – e pode contribuir ainda mais – para combater qualquer forma de exclusão do público idoso. De outro lado, os dados indicam que os idosos brasileiros ainda estão em uma situação de profunda desigualdade no tocante ao nível de escolaridade em relação aos outros grupos etários.

O analfabetismo no Brasil está intrinsecamente relacionado à idade. Logo, quanto mais velho o grupo populacional, maior a proporção de analfabetos. Conforme dados do IBGE, em 2016, a taxa de analfabetismo para o grupo etário com 60 anos ou mais era de 20,4%. Houve uma diminuição para 18% em 2019. Ressalte-se que há uma diferença entre homens e mulheres. Em 2016, a taxa de analfabetismo entre as mulheres era de 20,9% e entre os homens de 19,7%. No ano de 2019, a taxa de analfabetismo de ambos foi de 18%. No tocante à raça, nota-se uma distinção acentuada entre brancos e negros (pretos e pardos) com 60 anos ou mais de idade. Em 2016, a taxa de analfabetismo entre a população branca era de 11,6% e de 9,5% em 2019. Para a população negra, em 2016, a taxa de analfabetismo foi de 30,7% e 27,1% em 2019 (IBGE, 2020). Certamente, o racismo estrutural contribui para a desigualdade desses números.

O fato de os idosos apresentarem a menor média de anos de estudo da população contribui para o *status* mais vulnerável desse público (IBGE, 2016). Os resultados demonstram

que os idosos ainda possuem um nível de escolaridade insuficiente, especialmente, em comparação aos demais grupos etários. Vale ressaltar que muitos idosos não tiveram acesso à escola ou profissionalização e não possuem estabilidade econômica, sendo que o valor recebido pela aposentadoria é destinado à própria subsistência (SOUSA, 2016, p. 91).

De outro lado, o desenvolvimento dos indicadores educacionais dos idosos está relacionado à garantia de direitos em diversas fases da vida, como o acesso à educação e o combate ao trabalho infantil. Dessarte, a implantação de políticas públicas específicas para o público idoso faz-se imprescindível para que se viva mais e melhor (IBGE, 2016).

1.1 Legislação que tutela o direito à educação dos idosos

A educação é um instrumento efetivo de inclusão social e o direito à educação do idoso é uma preocupação crescente nas últimas décadas, sobretudo, em virtude do envelhecimento populacional mundial.

Na agenda internacional, adveio, por exemplo, o Plano de Ação Internacional sobre o Envelhecimento, elaborado na primeira Assembleia Mundial sobre o Envelhecimento realizada, em 1982, em Viena, com recomendações para ações voltadas para habitação, saúde, educação, nutrição, proteção ao idoso, família, trabalho, meio ambiente, entre outras, visando atender as necessidades específicas dessa parcela da população.

Após 20 anos, em 2002, foi realizada a Segunda Assembleia Mundial das Nações Unidas sobre o Envelhecimento, em Madrid, que resultou em uma Declaração Política e novo Plano de Ação Internacional sobre o Envelhecimento. O artigo 12 da Declaração Política afirma que os idosos devem ter a oportunidade de continuar a ter acesso à educação e aos programas de capacitação ao longo de suas vidas. Neste sentido, observa-se o interesse em proporcionar aos idosos uma educação permanente. Inclusive, destaca a questão da imprescindibilidade do acesso e atualização tecnológica das pessoas idosas (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2003).

Ainda no âmbito internacional, a Convenção Interamericana sobre a Proteção dos Direitos Humanos dos Idosos, em seu artigo 20, afirma que a pessoa idosa tem direito à educação em igualdade de condições com outros setores da população e sem discriminação, nas modalidades estabelecidas por cada um dos Estados Partes, a participar de programas educativos existentes em todos os níveis e a compartilhar seus conhecimentos e experiências com todas as gerações (CONVENÇÃO INTERAMERICANA SOBRE A PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS DOS IDOSOS, 2015). Contudo, a citada Convenção ainda não foi ratificada pelo Brasil.

No Brasil, consolidou-se uma nova ordem para os direitos sociais com o advento da Constituição da República Federativa de 1988. O direito à educação foi previsto no artigo 6º da Constituição Cidadã como um direito social, sendo uma garantia constitucional de todos os indivíduos. Tanto assim que, como dispõe a Constituição, em seu artigo 205, "a educação é direito de todos e dever do Estado e da família. Será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho" (BRASIL, 1988).

Um dos princípios constitucionais do ensino é a igualdade de condições para o acesso e permanência na escola, conforme proclama o artigo 206, I, da Constituição Federal. Todas as "pessoas, independentemente de qualquer característica, devem podem frequentar e sentirem-se incluídas no ambiente escolar, o qual, por sua vez, deve proporcionar educação de qualidade." (FREITAS; JESUS, 2017, p. 16).

A Lei n. 8.842, de 4 de janeiro de 1994, denominada Política Nacional do Idoso, em seu artigo 10, III, aborda a implementação da política nacional do idoso na área de educação (BRASIL, 1994).

Em consonância com a Constituição Federal, a Lei n. 9.394, de 20 de dezembro de 1996 (BRASIL, 1996), que estabelece as Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDB), afirma que o dever do Estado com educação escolar pública será concretizado mediante a garantia de acesso público e gratuito aos ensinos fundamental e médio para todos os que não os concluíram na idade própria (art. 4º, IV, redação dada pela Lei n. 12.796, de 2013).

Observa-se que o legislador nacional, mais uma vez, se preocupou em garantir a oferta gratuita de escolarização para todas as pessoas que não conseguiram frequentar os bancos escolares na idade adequada, inclusive, os idosos. Dessa forma, o legislador buscou proporcionar uma maior igualdade de condições para o acesso ao direito à educação e. proporcionar educação permanente.

O artigo 37 da LDB também merece destaque, eis que trata a questão da Educação de Jovens e Adultos (EJA) e determina que a educação destes sujeitos será destinada àqueles que não tiveram acesso ou continuidade de estudos nos ensinos fundamental e médio na idade própria e constituirá instrumento para a educação e a aprendizagem ao longo da vida, consoante redação dada pela Lei n. 13.632, de 2018.

Para Cachioni e Todaro (2016, p. 176) a educação de jovens e adultos (EJA), modalidade de ensino do âmbito da educação formal, direcionada às pessoas analfabetas ou com pouca escolarização, atende ao idoso, porém, não pode ser considerada como um programa educacional destinado exclusivamente a este segmento, já que não contempla todas as suas necessidades educacionais.

Segundo as Diretrizes Curriculares Nacionais para a EJA - Parecer da Câmara de Educação Básica (CEB) n. 11/2000:

> A educação, como uma chave indispensável para o exercício da cidadania na sociedade contemporânea, vai se impondo cada vez mais nestes tempos de grandes mudanças e inovações nos processos produtivos. [...] Nesta linha, a educação de jovens e adultos representa uma promessa de efetivar um caminho de desenvolvimento de todas as pessoas, de todas as idades. Nela, adolescentes, jovens, adultos e idosos poderão atualizar conhecimentos, mostrar habilidades, trocar experiências e ter acesso a novas regiões do trabalho e da cultura [...] A EJA é uma promessa de qualificação de vida para todos, inclusive para os idosos, que muito têm a ensinar para as novas gerações. (BRASIL, 2000, p. 10).

Essa menção ao idoso no parecer é importante, porém reduz o idoso ao aluno integrante da EJA, sendo que isto acaba caracterizando o idoso como adulto e, por sua vez, não permite que sejam atendidas as suas necessidades educacionais específicas (CACHIONI; TODARO, 2016, p. 176). Cada fase da vida possui suas especificidades e demandas.

Muitos idosos podem precisar, por exemplo, de um suporte específico e atenção diferenciada, uma vez que podem apresentar alguma dificuldade de locomoção, problemas auditivos e de visão. Decerto que o mesmo material didático disponibilizado a um adulto e a um idoso pode não gerar a mesma efetividade. Por exemplo, livros pesados, com letras pequenas, salas de aulas de difícil acesso e escolas distantes são alguns dos elementos que podem prejudicar o acesso à educação deste segmento.

De acordo com o Censo Escolar de 2012, aproximadamente 3% das matrículas na EJA foram realizadas pelo público idoso. Os idosos matriculados fazem parte de uma parcela da população que não teve oportunidade de frequentar a sala de aula na idade considerada apropriada (CACHIONI; TODARO, 2016, p. 176). De qualquer forma, os números demonstram que embora acima tenha sido apontada conexão entre a EJA e idosos, a participação destes naquela ainda é, de qualquer forma, inexpressiva, justificando-se ainda mais pensar-se em alternativas.

A Lei n. 13.005, de 25 de junho de 2014, aprovou o Plano Nacional de Educação (PNE), com vigência de 10 (dez) anos a contar da publicação da lei. O PNE estabeleceu diretrizes, metas e estratégias para a política educacional por dez anos, em concordância com o disposto no artigo 214 da Constituição Federal (BRASIL, 2014).

De acordo com a Meta 9 do PNE era preciso elevar a taxa de alfabetização da população com 15 (quinze) anos ou mais para 93,5% até 2015. Até o final da vigência do PNE, 2024, era necessário erradicar o analfabetismo absoluto, diminuindo em 50% a taxa de analfabetismo funcional (BRASIL, 2014).

Dessa forma, foi determinada a redução da taxa de analfabetismo de pessoas de 15 anos ou mais para 6,5%, em 2015, e a erradicação do analfabetismo ao final da vigência do Plano, em 2024. Destaca-se que desde 2016, as Regiões Sudeste, Sul e Centro-Oeste alcançaram a meta intermediária. Entretanto, em 2019, as Regiões Nordeste e Norte ainda se deparavam com taxas acima da meta intermediária de 2015. Para que ocorra a erradicação do analfabetismo até 2024, é preciso enfrentar os diferentes desafios regionais, já que há uma tendência de estabilização das taxas no Centro-Sul do Brasil e um nível mais elevado das taxas no Nordeste e no Norte (IBGE, 2020).

Merece destaque a estratégia 9.12 do PNE que exige que se considere nas políticas públicas de jovens e adultos, as necessidades dos idosos, com vistas à promoção de políticas de erradicação do analfabetismo, ao acesso às tecnologias educacionais e atividades recreativas, culturais e esportivas, à implementação de programas de valorização e compartilhamento dos conhecimentos e experiência dos idosos e à inclusão dos temas do envelhecimento e da velhice nas escolas (BRASIL, 2014).

O Estatuto do Idoso de 2003 trata de forma especial o direito à educação para o idoso. Nas disposições preliminares, o artigo 3º afirma que é obrigação da família, da comunidade, da sociedade e do Poder Público assegurar ao idoso, com absoluta prioridade, a efetivação do direito à educação (BRASIL, 2003).

O capítulo V aborda diretamente o direito à educação do idoso. Observa-se a preocupação do legislador em proteger as pessoas idosas em suas necessidades e especificidades, uma vez que determina que o idoso tem direito à educação e que é preciso respeitar a sua peculiar condição de idade. À vista disso, o Poder Público é orientado a criar oportunidades de acesso do idoso à educação, adequando currículos, metodologias e material didático aos programas educacionais a ele destinados (art. 21).

Por fim, cabe citar o Decreto n. 9.921, de 18 de julho de 2019, que consolida atos normativos editados pelo Poder Executivo federal que dispõem sobre a temática da pessoa idosa. O decreto estabelece em seu artigo 10 que compete ao Ministério da Educação e ao Ministério da Cidadania, em articulação com órgãos e entidades da administração pública federal, estadual, distrital e municipal de educação: (i) viabilizar programa educacional destinado à pessoa idosa; (ii) incentivar a inclusão da pessoa idosa nos programas educacionais de conteúdos sobre o processo de envelhecimento; (iii) estimular e apoiar a admissão da pessoa idosa na universidade, com integração intergeracional; (iv) incentivar o desenvolvimento de programas educativos destinados à comunidade, à pessoa idosa e à sua família, através de meios de comunicação de massa; e (v) incentivar a inclusão de disciplinas de Gerontologia e Geriatria nos cursos superiores (BRASIL, 2019).

Assim, percebia-se boa tendência legislativa à proteção da educação aos idosos, sendo, entretanto, fundamental buscar formas de tornar tais normas mais efetivas e criar mecanismos para coibir as discriminações e o preconceito, por meio das ações afirmativas, com a criação de políticas públicas e programas para a terceira idade, sobretudo, na área da educação, primando pelo envelhecimento ativo.

2 A NECESSIDADE DE POLÍTICAS PÚBLICAS EDUCACIONAIS

Uma vez realizado o levantamento anterior, observa-se a premente necessidade de constatar o idoso como sujeito de direitos e, portanto, destinatário de políticas públicas que venham a atender suas particularidades. Em outras palavras, o marco legislativo para o enfrentamento dessas está posto, sendo certa a necessidade de políticas públicas.

> Para ser considerada legítima, uma política pública deve derivar, necessariamente, de obrigações juridicamente vinculantes, previstas seja na Constituição, nos documentos internacionais de projeção dos direitos humanos ratificados pelo Brasil ou, até mesmo, nas leis infraconstitucionais. Eis aí o seu fundamento de validade, como poderia deixar de ser no contexto de um Estado de Direito. (DUARTE, 2013, p. 19).

Neste contexto, por exemplo, decorre a força do Estatuto do Idoso como ferramenta capaz de oportunizar e exigir do Estado as mencionadas políticas públicas para essa significativa parcela da população. E o que essas políticas devem levar em consideração? Que percepção se tem sobre o idoso? Nota-se que em o Tempo da Memória, Norberto Bobbio (1997, p. 17-18) demonstra sua visão sobre o perfil do idoso:

> Hoje um sexagenário está velho apenas no sentido burocrático, porque chegou à idade em que geralmente tem direito a uma pensão. O octagenário, salvo exceções, era considerado um velho decrépito, de quem não valia a pena se ocupar. Hoje, ao contrário, a velhice, não burocrática, mas fisiológica, começa quando nos aproximamos dos oitenta, que é afinal a idade média de vida. (BOBBIO, 1997, p.17-18).

Logo, o marco cronológico da terceira idade não é limitador de características da população idosa. Muito pelo contrário, há uma pluralidade destas que, entretanto, ainda não afastam alguns dos aspectos que mais assolam a vida dos idosos, isto é, "o isolamento e a falta de interação com amigos, família ou comunidade trazem sérias consequências para o envelhecimento saudável" (ABRAMOFF, 2017, p. 184). Ainda para Bobbio, reconhecendo em si mesmo a idade:

> Os pensamentos de um ancião tendem ao enrijecimento. Depois de certa idade, desistimos de mudar de opinião. Tornamo-nos cada vez mais obstinados em nossas convicções e mais indiferentes às dos outros. Os inovadores são vistos com desconfiança. Ficamos cada vez mais apegados às velhas ideias e, ao mesmo tempo, cada vez mais desconfiados das novas. (BOBBIO, 1997, p. 11).

Todavia, a opinião de Bobbio não é, com todo respeito, confirmada por José Carlos Ferrigno (2003, p. 71-72), para o qual "parece claro que se os idosos estiverem informados e integrados à vida social, serão capazes de acompanhar as transformações da sociedade" (FERRIGNO, 2003). Certamente, portanto, o espaço à educação, especialmente quando considerada a partir da expressão "educação ao longo da vida", pode, e muito, ajudar no enfrentamento desses problemas:

> Talvez uma das melhores maneiras de conceituar a educação seja dizer que ela não pode tudo, mas pode muita coisa. Ou seja, o nosso problema, de educadores e de educadoras, é nos perguntarmos se é possível viabilizar o que às vezes não parece possível [...] eu diria que só a possibilidade de dizer que é impossível torna possível o impossível. (FREIRE, 2001, p. 168).

A educação libertária e libertadora, é capaz de tantas coisas, como oportunizar a felicidade objetiva, "que é justamente a felicidade social, a que se apresenta quando a coletividade vivencia direitos que lhes permitem a vida com qualidade. Em outras palavras, trata-se da existência de sociedade em que a dignidade da pessoa humana é resguardada em seus aspectos mais elementares" (FREITAS; QUEIROZ, 2017, p. 47).

3 ESTUDO DE CASO: O ADVENTO DA LEI 13.535/2017 E A OFERTA OBRIGATÓRIA DE EDUCAÇÃO AO LONGO DA VIDA PARA OS IDOSOS

Em dezembro de 2017 entrou em vigor a Lei n. 13.535 que apresentou a oferta obrigatória de educação ao longo da vida para idosos. Não se trata da primeira vez que o Congresso se debruçou sobre o tema. Em 2008, o Congresso Nacional, por exemplo, debateu de maneira focada a expressão "Educação ao Longo da Vida" e, curiosamente, já naquela época o atrelou ao envelhecimento populacional. Neste sentido, o Deputado Carlos Abicalil afirmou na época que:

> [...] o conceito de educação ao longo da vida poderá efetivamente transitar na condição dos protocolos de intenção e das formulações oficiais a política pública absolutamente realizável dentro do nosso território. Ademais, tornar-se-á cada vez mais abrangente, tendo em vista o feliz alcance de maior longevidade por parcelas maiores de população que não só demandam a escolaridade formal nos termos do que a lei prevê de escolaridade obrigatória nos seus diversos níveis de modalidade de ensino, mas, em particular, esse conceito mais abrangente de educação que percorre toda a vida humana em qualquer uma de suas etapas. (BRASIL, 2008, p. 19).

O Deputado Carlos Abicalil ainda apontou que:

> Quando falamos em educação ao longo da vida, entendo a educação no sentido de necessidade social humana, o reconhecimento por parte da sociedade de que essa

> aprendizagem, que faz parte naturalmente da vida, em certos momentos, precisa ser sistematizada e assumida como função da sociedade. (BRASIL, 2008, p. 37).

A aludida expressão é amplamente abordada entre educadores. Moacir Gadotti sustenta, por exemplo que:

> No processo de pesquisa que fiz para meu doutorado, constatei que o conceito de 'educação ao longo da vida' apareceu pela primeira vez, num documento oficial, na Inglaterra, em 1919 (*Lifelong Education, Education for Life*), associado à formação profissional ('vocacional') dos trabalhadores. A expressão *Lifelong Education* foi traduzida, na França, por '*Éducation permanente*'. É assim que ela aparece nos anos 50 e 60 na literatura pedagógica e foi consagrado no Relatório Edgar Faure, da UNESCO, Aprender a ser, em 1972, como 'pedra angular' da 'cidade educadora' e 'ideia mestra' das futuras políticas educativas. A matriz fundadora da Educação ao Longo da Vida é a Educação Permanente. Há total coerência entre essas duas expressões. Uma pode ser substituída pela outra sem qualquer perda de significado. (GADOTTI, p. 2).

Observa ainda o autor que a expressão ora é tomada com visão humanista e ora com visão instrumental e mercantilista, neste caso ligada a ideia de aprendizagem. Só que para a proteção maior da primeira, deve-se resgatar que reduzir a educação permanente é um equívoco, pois não se pode atribuir à educação apenas capacidade para a formação profissional.

O Congresso, ao analisar os Projetos de Lei que deram ensejo à lei em estudo, por meio da Comissão de Defesa dos Direitos da Pessoa Idosa, observou que em muitos países o tema da educação permanente se fez presente, reconhecida como importante para a própria democracia e para a cidadania, exigindo responsabilidade social e refletir-se sobre emancipação. (LIMA, 2007, p. 18-19). Assim, necessária à sobrevivência e ao desenvolvimento (MOTTA, 1997, p. 18-19).

A educação ao longo da vida também se diferencia da expressão educação de jovens e adultos, como decorre do já acima apresentado. Esta é "um direito de todos os que não tiveram acesso à escolaridade e de todos que tiveram este acesso, mas não puderam completá-lo" (CURY, 2004)[1].

Em resumo, "contra visões tecnicistas de educação, hoje tão dominantes quanto esgotadas, é necessário insistir na revalorização ética da vida ao longo da educação, da formação e da aprendizagem, por referência a um conceito de aprendizagem socialmente responsável e sustentável" (LIMA, 2007, p. 34-35). Em outras palavras, como aponta o Relatório Jacques Delors, a conjunção das quatro aprendizagens fundamentais - aprender a fazer, aprender a

[1] Para o educador: "Por isso, a educação de jovens e adultos é um direito tão importante. Ela é tão valiosa que é uma condição prévia a muitas outras coisas de nossa sociedade: ler livros, entender cartazes, escrever cartas, sentar-se ao computador, navegar na rede mundial de computadores, votar com consciência, assinar o nome em registros, ler um manual de instruções, participar mais conscientemente de associações, partidos e desenvolver o poeta, ou o músico, ou o artista que reside em cada pessoa. Estes últimos aspectos, uma vez reparada a falta social de que tantos foram vítimas, devem ser encarados como o caminho mais qualificado para se falar em educação de jovens e adultos. Trata-se do desenvolvimento das capacidades de cada um e o usufruto prazeroso delas." (CURY, 2004).

conhecer, aprender a ser e aprender a conviver juntos - compõe o pilar da educação ao longo da vida no século XXI (DELORS, 2010).

a) A Lei 13.535/2017: seu objetivo

Toda evolução de processo educacional exige a compreensão de seu contexto. Assim, "[...] a evolução do sistema educacional, a expansão do ensino e os rumos que esta tomou só podem ser compreendidos a partir da realidade concreta criada pela nossa herança cultural, evolução econômica e estruturação do poder político" (ROMANELLI, 2006, p. 19).

Aos 15 de dezembro de 2017 entrou em vigor a Lei n. 13.535, a qual alterou a redação do artigo 25 do Estatuto do Idoso, Lei 10.741/2003. O dispositivo está no Capítulo que versa sobre educação, cultura, esporte e lazer para o idoso e possuía a seguinte redação: "Art. 25. O Poder Público apoiará a criação de universidade aberta para as pessoas idosas e incentivará a publicação de livros e periódicos, de conteúdo e padrão editorial adequados ao idoso, que facilitem a leitura, considerada a natural redução da capacidade visual."

E passa a ter a presente redação:

> Art. 25. As instituições de educação superior ofertarão às pessoas idosas, na perspectiva da educação ao longo da vida, cursos e programas de extensão, presenciais ou a distância, constituídos por atividades formais e não formais. Parágrafo único. O poder público apoiará a criação de universidade aberta para as pessoas idosas e incentivará a publicação de livros e periódicos, de conteúdo e padrão editorial adequados ao idoso, que facilitem a leitura, considerada a natural redução da capacidade visual. (BRASIL, 2017b).

Percebe-se notoriamente o intuito de tornar o conteúdo impositivo, além de trazer maior clareza ao se especificar que ao idoso devem ser assegurados cursos e programas de extensão, em processos de educação formal e informal, presencial ou à distância. Assim, torna-se concreto o que poderia estar contido na antiga expressão "universidade aberta" ou ainda na "escola aberta para a terceira idade", que, no Brasil, teve sua pioneira apenas em 1977.

Conforme ensina José Carlos Ferrigno, este modelo de escola tem inspiração europeia e norte-americana, que na década de 70 articularam ações voltadas para aprendizagem de pessoas idosas, sendo que a Universidade Aberta em si traduz a concretude da ideia de educação permanente (FERRIGNO, 2003, p. 88).

Ainda acerca das oportunidades que podem ser geradas à população idosa, importa também a questão da tecnologia da informação e comunicação, sendo que conforme expõe Sergio Abromoff:

> Uma ferramenta valiosa, mas pouco utilizada, em favor da população idosa é a tecnologia da informação e comunicação (TIC). Com educação supervisionada para o

> desenvolvimento do uso confortável do computador, torna-se viável não só uma preciosa terapia ocupacional como atividades que facilmente superam as barreiras espaciais e sociais vivenciadas pelo aluno idoso. (ABROMOFF, 2017, p. 186).

Fato é que há "[...] certeza de que o compartilhamento das experiências de velhos e moços, ao combater o preconceito etário, pode efetivamente contribuir para a edificação de uma sociedade mais justa, tolerante, democrática e solidária" (FERRIGNO, 2003, p. 31). Segundo Dalmo de Abreu Dallari, o idoso tem direito e dever de participar na vida social, sem qualquer discriminação e na plenitude de suas capacidades, sendo certo que pode "dar uma relevante contribuição no sentido de criar, no Brasil, uma sociedade justa e solidária, na qual todas as pessoas serão igualmente respeitadas e poderão viver em paz." (DALLARI, 1991, p. 18-21).

Em suma, ao determinar que as instituições de ensino superior ofereçam cursos e programas de extensão para idosos determina-se o repensar destas: "As instituições de ensino necessitam, assim, de uma reflexão sobre suas práticas para que possam gerar modelos e princípios de atuação a serem fundamentados, aperfeiçoados e aplicados, dentro de um estilo próprio de educar os idosos brasileiros" (ARRUDA, 2010, p. 9).

b) Lei 13.535/2015: seu caminho no Congresso Nacional

Em 12 de setembro de 2012, o Senador Cristovam Buarque (PDT/DF) apresentou Projeto de Lei do Senado, n. 344/2012 que tinha por ementa "Altera a Lei n. 9.394, de 20 de dezembro de 1996, que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional, para garantir programas de educação para idosos em nível superior." A explicação da ementa prestigiou a ideia de educação permanente:

> Altera a Lei nº 9394/96 – que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional – para determinar que sejam oferecidos no âmbito das instituições de ensino superior e obrigatórios nas universidades públicas, por meio de ações presenciais e a distância, cursos e programas de extensão para atendimento das pessoas idosas, por meio de atividades formais e não formais, na perspectiva da educação permanente. (BRASIL, 2012a).

Na justificativa do próprio Senador:

> Em outras palavras: a universidade, além de povoada pelos adultos em seus cursos de graduação e pós-graduação, também se vê pressionada a abrir-se em programas de extensão para uma clientela cada vez mais idosa. Não por acaso se multiplicam as experiências de "Universidades Abertas à Terceira Idade" e outras congêneres. Está, pois, mais que na hora de acolher no texto da LDB um dispositivo para articular as demandas dos idosos por educação com as atividades das instituições de educação superior, exatamente o que pretende este projeto de lei, para o qual solicito a atenção e o apoio dos nobres Senadores. (BRASIL, 2012b).

O projeto sofreu emendas e culminou no Projeto de Lei n. 6.350/2013 (BRASIL, 2013a). Este, por sua vez, foi transformado na Lei Ordinária em comento. Detalhando este percurso, o Projeto de Lei 344/2012 apresentou em sua justificativa o crescimento do número de idosos no Brasil e a diminuição da demanda da EJA, já que muitas pessoas concluíram as etapas da Educação Básica, sendo crescente o número de demanda por outras formas de educação pelos idosos.

O Projeto de Lei 344/2012 passou pelo Parecer da Comissão de Direitos Humanos e Legislativos, em 11 de dezembro de 2012, que o aprovou, destacando que o é louvável ao buscar adequar a LDB à realidade social brasileira. Segundo parecer da Comissão de Educação, Cultura e Esporte em 20 de agosto de 2013, o intuito do Projeto decorria do aumento quantitativo da população idosa, do nível de escolaridade destes e de sua demanda por educação por esta.

A Comissão compreendeu que, segundo o Regimento Interno do Senado Federal, deveria opinar sobre o assunto, tendo a matéria sob análise atendido os critérios da constitucionalidade e juridicidade. No mérito, destacou que o texto original do artigo 25 do Estatuto do Idoso ao usar o verbo "apoiará" deixava as políticas públicas de educação sujeitas à discricionariedade e boa vontade de gestores públicos. Nas palavras do relator, o Senador Paulo Paim:

> A nosso juízo, o efeito dessa norma, além de limitado a um apoio que dependerá da discricionariedade e boa vontade dos gestores públicos, não atende à nova configuração de uma realidade onde a presença de idosos é cada vez mais significativa, inclusive no mundo do trabalho. Em consequência, as condições de saúde e as questões de ordem física, aliadas às necessidades de inserção social dos integrantes do segmento, suscitam ações de educação que respeitem essas peculiaridades e atendam necessidades específicas. Essa constatação, sozinha, empresta legitimidade à iniciativa. Contudo, hoje, o atendimento de idosos na educação vai além da mera criação de oportunidades de inserção social e da oferta de atividades afeitas à sua condição de pessoa de idade avançada. Há situações em que a qualificação e a especialização constituem requisito crucial para oportunizar trabalho remunerado a essas pessoas. Dessa forma, evidencia-se lacuna na Lei nº 10.741, de 2003, que, em nosso entendimento, também deveria ser modificada, de modo a compreender algum tipo de comando que imprima efetividade ao direito de acesso das pessoas idosas a programas de educação superior. (BRASIL, 2013b).

A Comissão entendeu, portanto, que talvez a nova redação do artigo pudesse trazer efetividade ao intento da norma e, pelo mesmo motivo, sugeriu que a determinação de oferta obrigatória de cursos e programas de extensão devesse estar previsto no Estatuto do Idoso e não na Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional.

Neste momento observou-se que a LDB se ocupa da escolarização formal, sendo que a "boa técnica legislativa" determinaria que medidas de caráter determinante viessem constar do Estatuto do Idoso. Dessa forma, a Comissão apresentou parecer favorável, com Emenda substitutiva.

A partir dessas perspectivas, o Projeto foi encaminhado à Câmara dos Deputados, em 13 de setembro de 2013, recebendo o número 6350/2013. Na Câmara, foi encaminhado pela Coordenação de Comissões Permanentes para a Comissão de Seguridade Social e Família, onde permaneceu de 26 de setembro de 2013 até 30 de setembro de 2015, quando teve parecer aprovado por unanimidade; Comissão de Educação, onde permaneceu de 09 de outubro de 2015 até 20 de junho de 2016; Comissão de Defesa dos Direitos da Pessoa Idosa, de 22 de junho de 2016 até 30 de novembro de 2016; novamente à Comissão de Educação, até 28 de junho de 2017; e Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania, desde 05 de julho de 2017 até 10 de novembro de 2017. Neste momento, seguiu à Mesa Diretora da Câmara dos Deputados, sancionando-se o Projeto de Lei.

Na Comissão de Defesa dos Direitos da Pessoa Idosa, com relatoria da Deputada Leandre houve menção a dados estatísticos do IBGE acerca do envelhecimento da população brasileira, comparando-se que em 1940 o Brasil contava com 42% de sua população na categoria de jovens e 2,5% como idosos, enquanto em 2010, 24% da população era jovem e 10,8% idosa. Além disso, houve grande preocupação com conceitos e definições, destacando-se que educação formal é atrelada ao treinamento e desenvolvimento humanos, enquanto que a informal é socioeducativa, de lazer e estímulo das capacidades cognitivas, sendo esta a que deve se voltar a educação ao longo da vida (BRASIL, 2016).

Na Comissão de Educação, com relatoria da Deputada Pollyana Gama e depois de Damião Feliciano, ocorreu destaque ao uso da expressão “educação ao longo da vida” e relevância do projeto como capaz de aprimorar o Estatuto do Idoso. Na Comissão de Seguridade Social e Família, com relatoria do Deputado Mario Heringer e também do Dr. Rosinha, considerou-se a iniciativa do projeto “meritória”, pois ao lado da educação em si, justifica-se pela demanda cada vez maior de idosos na seara trabalhista, cultural e social, destacando:

> [...] a importância de garantir por meio da proposição apresentada, prioridade na formulação e na execução de políticas sociais que contemplam a capacitação, a reciclagem e o aperfeiçoamento dos idosos em todas as instituições de educação superior pública, corroborando os direitos previstos nos instrumentos legais e na Constituição Federal (BRASIL, 2015).

Na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania, de relatoria do Deputado Pedro Cunha Lima, o projeto teve sua constitucionalidade, juridicidade e técnica aprovados. Essa, assim como as demais Comissões, rejeitou dois Projetos que tinham sido apensados, o Projeto de Lei 5.112/2013, que tinha por intento privilegiar o preenchimento de vagas remanescentes, nas universidades federais e nas instituições federais de ensino técnico do nível médio, por pessoas com mais de cinquenta anos; e o Projeto de Lei 7.850/2014, que versava sobre a inserção de alguns dispositivos referentes à educação do idoso na Lei de Diretrizes e Bases da

Educação. O primeiro Projeto foi rejeitado por divergir do Estatuto do Idoso, já que versava sobre pessoas com mais de cinquenta anos e não as de sessenta anos. O segundo, por sua vez, rejeitado porque as matérias nele apresentadas já estavam contempladas na LDB (BRASIL, 2017a).

É interessante notar que no decorrer dos pareceres sempre se fez presente a menção à obrigatoriedade do oferecimento de cursos e programas por instituições públicas, porém, no texto do projeto de lei e mesmo na redação final da lei não houve distinção, sendo correto afirmar que a obrigação é de todas as instituições públicas e privadas[2].

Assim como apontado pela Comissão de Seguridade Social e Família:

> [...] entendemos que as demandas atuais evidenciadas na maior participação social dos idosos nos campos trabalhistas, culturais e sociais; e na necessidade de qualificação e de especialização como requisito para a sobrevivência das pessoas com idade mais avançada, o atendimento educacional deve se sobrepor à simples criação de oportunidades e de atividades específicas à terceira idade (BRASIL, 2015).

De maneira assertiva, o Congresso entendeu por bem aprimorar o Estatuto do Idoso, agregando maior força à educação ao longo da vida para a população idosa, em quantidade e qualidade. Afinal, como Norberto Bobbio apresenta "a velhice não está separada do resto da vida que a precede: é a continuação de nossa adolescência, juventude, maturidade" (BOBBIO, 1997, p. 29), sendo, deste modo, de rigor, o cuidado para com ela e todas as fases da existência.

CONCLUSÃO

A visão holística da vida permite aguçar a percepção de que estimular o desenvolvimento infanto-juvenil é importante para a velhice, cuidar da vida adulta também o é, como também da própria velhice. Isso implica em que os direitos humanos fundamentais sejam assegurados em todas as etapas da vida, sendo a educação direito de extrema relevância ao acesso de outros direitos.

Fato é, portanto, que o idoso é sujeito de direitos, sendo-lhe importante assegurar-lhe, entre outros o direito à educação, por meio de realização de políticas públicas específicas, adaptadas, inclusivas e não discriminatórias. Os resultados esperados serão os melhores, eis que o acesso e permanência em cursos e programas educacionais permitirá, entre outros, a integração e

[2] "Por sua vez, a educação escolar regular, enquanto gênero, divide-se em suas grandes 'espécies': as públicas e as privadas. A Constituição Federal, como posto no artigo 206, inciso III, reconhece a 'coexistência' entre estabelecimentos de ensino públicos e privados. Esse termo – coexistência -, como se verão, implica uma alteração significativa em nossa evolução histórica. A coexistência deve esta sob a lei, sob a regra (em latim *regula*), daí a denominação de regulares. E a regra é tanto a Constituição, enquanto Lei Maior, quanto as leis específicas da educação, como é o caso, entre outras, da LDB, da Lei do Plano Nacional de Educação (nº 10.172/01) e até mesmo dos pareceres e resoluções dos órgãos normativos dos sistemas (Conselhos de Educação)." (CURY, 2006).

participação social, além de oportunizar constante transpassar de memória cultural e de valores éticos entre as gerações.

Em suma, a melhoria do nível de escolaridade é que vai propiciar ao idoso mais qualidade de vida e o exercício de sua cidadania de forma plena, favorecendo um envelhecimento ativo e digno. Nesta toada, importa muito o advento de Lei 13.535/2017 que vinculou as instituições de ensino públicas e privadas na oferta obrigatória de cursos e programas educacionais aos idosos. Passou-se de um conteúdo declaratório para um conteúdo de efetividade de direitos, devendo ocorrer estímulos à implementação desses e efetivo estímulo aos idosos para que frequentem formações, sem o que a Lei não atingirá seu objetivo.

Observou-se que a Lei teve tramitação não tão rápida no Congresso Nacional, mas com muita assertividade, pois os parlamentares foram reconhecendo a realidade social de aumento de demanda dessas formas de educação e o envelhecimento da população como uma tendência. A sociedade precisa se apropriar também destas e cotidianamente atuar pela implementação da educação ao longo da vida, respeitando-se as particularidades da terceira e, por que não dizer, da quarta idade, posto que se espera que as pessoas vivam mais e melhor.

Que em breve seja possível colher dados com resultados significativos de acesso e permanência de idosos em instituições de ensino, bem como de uma percepção da velhice cada vez mais ativa e positiva, capaz de auxiliar a enfrentar os desafios econômicos e sociais que costumam se fazer presentes na busca da concretização de direitos. A ação deverá ser conjunta com a visão integral da educação em todas as idades e em suas múltiplas dimensões. Trata-se de algo fundamental ao desenvolvimento global e à própria efetividade dos direitos humanos.

REFERÊNCIAS

ABRAMOFF, S. **Rejuvelhecer**: a saúde como prioridade. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2017.

ARRUDA, I. E. A. O perfil das universidades da terceira idade no Estado de São Paulo. **A terceira idade**: estudos sobre o envelhecimento. São Paulo, v. 21, n. 47, p. 7-19, mar. 2010. Disponível em: <https://www.sescsp.org.br/files/edicao_revista/cde270d8-9008-43f5-9706-2749a1add84c.pdf>. Acesso em: 02 ago. 2016.

BOBBIO, N. **O Tempo da Memória**. Rio de Janeiro: Campus, 1997.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 03 out. 2020.

BRASIL. Lei n. 8.842, de 04 de janeiro de 1994. Política Nacional do Idoso. Dispõe sobre a política nacional do idoso, cria o Conselho Nacional do Idoso e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 05 jan. 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8842.htm>. Acesso em: 03 out. 2020.

BRASIL. Lei n. 9.394, de 20 de dezembro de 1996. Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. **Diário Oficial da União**, Brasília, 23 dez. 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9394.htm>. Acesso em: 03 out. 2020.

BRASIL. Ministério da Educação. Conselho Nacional de Educação. **Parecer CNE/CEB n. 11/2000**. Dispõe sobre as Diretrizes Curriculares Nacionais para a Educação de Jovens e Adultos. 10 maio 2000. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/cne/arquivos/pdf/PCB11_2000.pdf>. Acesso em: 03 out. 2020.

BRASIL. Lei n. 10.741, de 1º de outubro de 2003. Estatuto do Idoso. Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 03 out. 2003. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.741.htm>. Acesso em: 03 out. 2020.

BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. Comissão de Educação e Cultura. **Educação ao longo da vida**. Brasília: Câmara dos Deputados, Coordenação de Publicações. 2008. Disponível em: <http://bd.camara.gov.br>. Acesso em 03 out. 2020.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Atenção à saúde da pessoa idosa e envelhecimento**. Brasília, 2010. Disponível em: <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/atencao_saude_pessoa_idosa_envelhecimento_v12.pdf>. Acesso em: 03 out. 2020.

BRASIL. **Projeto de Lei n. 344/2012**. Altera a Lei n. 9.394, de 20 de dezembro de 1996, que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional, para garantir programas de educação para idosos em nível superior. 2012a. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/107338>. Acesso em 03 out. 2020.

BRASIL. **Projeto de Lei n. 344/2012**. Altera a Lei n. 9.394, de 20 de dezembro de 1996, que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional, para garantir programas de educação para idosos em nível superior. 2012b. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4192631&ts=1594011495568&disposition=inline >. Acesso em 03 out. 2020.

BRASIL. **Projeto de Lei n. 6.350/2013**. Altera o art. 25 da Lei n. 10.741, de 1º de outubro de 2003 (Estatuto do Idoso), para garantir aos idosos a oferta de cursos e programas de extensão pelas instituições de educação superior. 2013a. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=591932>. Acesso em: 03 out. 2020.

BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. **Parecer da Comissão de Educação, Cultura e Esporte, em decisão terminativa**, sobre o Projeto de Lei do Senado n. 344, de 2012, do Senador Cristovam Buarque, que altera a Lei n. 9.394, de 20 de dezembro de 1996, que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional, para garantir programas de educação para idosos em nível superior. Relator: Senador Paulo Paim. 2013b. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4192676&disposition=inline>. Acesso em: 03 out. 2020.

BRASIL. Lei n. 13.005, de 25 de junho de 2014. Aprova o Plano Nacional de Educação - PNE e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 26 jun. 2014. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l13005.htm>. Acesso em: 03 out. 2020.

BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. Comissão de Seguridade Social e Família. Relator: Deputado Mario Heringer. 08 jul. 2015. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=1BA84716F6F32179F43A177DB919AA7E.proposicoesWebExterno1?codteor=1576283&filename=Avulso+-PL+6350/2013 >. Acesso em: 03 out. 2020.

BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. Comissão de Defesa dos Direitos da Pessoa Idosa. Relatora: Deputada Leandre. 30 nov. 2016. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=1BA84716F6F32179F43A177DB919AA7E.proposicoesWebExterno1?codteor=1576283&filename=Avulso+-PL+6350/2013 >. Acesso em 03 out. 2020.

BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. Comissão de Educação. Relatora: Pollyana Gama. 10 maio 2017. 2017a. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=1BA84716F6F32179F43A177DB919AA7E.proposicoesWebExterno1?codteor=1576283&filename=Avulso+-PL+6350/2013 >. Acesso em: 03 out. 2020.

BRASIL. Lei n. 13.535, de 15 de dezembro de 2017. Altera o art. 25 da Lei n. 10.741, de 1º de outubro de 2003 (Estatuto do Idoso), para garantir aos idosos a oferta de cursos e programas de extensão pelas instituições de educação superior. 2017b. **Diário Oficial da União**, Brasília, 18 dez. 2017.

BRASIL. Decreto n. 9.921, de 18 de julho de 2019. Consolida atos normativos editados pelo Poder Executivo federal que dispõem sobre a temática da pessoa idosa. **Diário Oficial da União**, Brasília, 19 jul. 2019.

CACHIONI, M.; TODARO, M. A. Política Nacional do Idoso: reflexão acerca das intenções direcionadas à educação formal. In: ALCÂNTARA, A. O.; CAMARANO, A. A.; GIACOMIN, K. C. (Orgs.). **Política nacional do idoso**: velhas e novas questões. Rio de Janeiro: Ipea, 2016. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/livros/livros/161006_livro_politica_nacional_idosos.PDF>. Acesso em: 03 out. 2020.

CENTRO INTERNACIONAL DE LONGEVIDADE BRASIL (ILC-Brasil). **Envelhecimento ativo: um marco político em reposta à revolução da longevidade.** Rio de Janeiro: ILC-Brasil, 2015.

CONVENÇÃO INTERAMERICANA SOBRE A PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS DOS IDOSOS. 2015. Disponível em: <https://idoso.mppr.mp.br/arquivos/File/convencoea.pdf>. Acesso em: 03 out. 2020.

CURY, C. R. J. Por uma nova Educação de Jovens e Adultos. In: TV Escola, Salto para o Futuro. Educação de Jovens e Adultos: continuar... e aprender por toda a vida. **Boletim,** 20 a 29 set. 2004. Disponível em: <HTTP://www.tvebrasil.com.br/salto/boletins2004/eja/indez.htm>. Acesso em 25 mai. 2018.

CURY, C. R. J. A educação escolar no Brasil: o público e o privado. **Trab. educ. saúde**, Rio de Janeiro, v. 4, n. 1, p. 143-158, mar. 2006.

DALLARI, D. A. O destino dos velhos em nossa sociedade. In: SESC. **A Terceira Idade**, ano 4, n. 4, jul. 1991.

DELORS, J. **Educação**: um tesouro a descobrir. Brasil: UNESCO, 2010. Disponível em: <http://unesdoc.unesco.org/images/0010/001095/109590por.pdf>. Acesso em 03 out. 2020.

DUARTE, C. S. O Ciclo das Políticas Públicas. In: SMANIO, G. P.; BERTOLIN, P. T. M. **O direito e as políticas públicas no Brasil.** São Paulo: Atlas, 2013.

FERRIGNO, J. C. **Co-Educação entre Gerações**. São Paulo: Vozes, 2003. FREIRE, P. **Pedagogia dos Sonhos Possíveis.** São Paulo: UNESP, 2001.
FREITAS, A. S.; JESUS, E. Z. A Educação formal: focar em seus princípios para atender suas finalidades. In: FREITAS, A. S.; RODRIGUES, I.; JESUS, E. Z. **Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional**: estudos em virtude dos 20 anos da Lei 9394/1996. São Paulo: LTr, 2017.

FREITAS, A. S.; QUEIROZ, D. P. N. **Felicidade é Opção de Vida**: noções acadêmicas aplicadas ao cotidiano. São Paulo: Alexa, 2017.

GADOTTI, M. **Educação Popular e Educação ao Longo da Vida.** Disponível em: <https://www.paulofreire.org/images/pdfs/Educacao_Popular_e_ELV_Gadotti.pdf>. Acesso em: 03 out. 2020.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). Síntese de indicadores sociais: uma análise das condições de vida da população brasileira: 2016. **Estudos & Pesquisas**: Informação Demográfica e Socioeconômica, n. 36. Rio de Janeiro: IBGE, 2016. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv98965.pdf>. Acesso em: 07 jun. 2018.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua (PNAD contínua). **Educação 2019.** 2020. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101736_informativo.pdf>. Acesso em: 03 out. 2020.

LIMA, L. C. **Educação ao Longo da Vida**: entre a mão direita e a mão esquerda de Miró. São Paulo: Cortez, 2007.

MOTTA, E. O. **Direito Educacional e Educação no Século XXI**. Brasília: Unesco, 1997.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Plano de ação internacional contra o envelhecimento, 2002**. Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2003. Disponível em: <http://www.observatorionacionaldoidoso.fiocruz.br/biblioteca/_manual/5.pdf>. Acesso em: 03 out. 2020.

ROMANELLI, O. O. **História da Educação no Brasil**. Petrópolis: Vozes, 2006.

SOUSA, A. M. V. **Tutela jurídica do idoso**: a assistência e a convivência familiar. Campinas: Alínea, 2011.

SOUSA, A. M. V. **Direito ao Envelhecimento**. São Paulo: Chiado, 2016.

EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA CIDADANIA CONFERIDA AO DOENTE MENTAL

Sandro Alex Saouza Simões
Doutor (Dottore di Ricerca) pela Università Del Salento/Lecce (2009). Possui mestrado em Direito pela Universidade Federal do Pará (2004) e graduação em Direito pela Universidade Federal do Pará (1995). É especialista em Bioética pela Università Del Sacro Cuore -Roma (2006). É professor efetivo de História do Direito e do Pensamento Jurídico (Gradução) desde agosto de 2000 e de História do Direito Público (mestrado) do Centro Universitário do Estado do Pará- CESUPA, no qual foi Coordenador do curso de graduação em direito (2002-2006 e 2009-2016). É Professor assistente convidado da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa nas disciplinas de Direito Romano e História do Direito Português. Investigador do Centro de Investigação em Teoria e História do Direito -THD- da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa desde 2016. É sócio fundador e foi Vice-Presidente do Centro de Bioética da Amazônia-CBAm (2011-2012), membro fundador e ex-diretor da Associação Brasileira de Ensino do Direito-ABEDI (2006-2010) e ex- membro da Comissão de Especialistas de Supervisão dos cursos de Direito -MEC/SESu/DESUP/CGSUP (2007-2010). Tem experiência na área de Direito, com ênfase em História do Direito e do Pensamento Jurídico, filosofia do direito e bioética, atuando principalmente nos seguintes temas: História do Pensamento jurídico; Escola Ibérica no século XVI, filosofia do direito e história do Direito Romano.

Marcela Augusto Toppino
Possui graduação em Direito pela Universidade Federal do Pará (2011). É analista jurídica do Ministério Público do Estado do Pará e está realizando curso de mestrado em Direito, Políticas Públicas e Desenvolvimento Regional no Centro Universitário do Estado do Pará (CESUPA).

RESUMO: O trabalho aborda a evolução histórica do conceito de cidadania e sua relação com o entendimento da doença mental e a posição sociopolítica dos sujeitos que dela sofrem através do tempo; demonstrando e explicando, a partir de pesquisa bibliográfica, a relação de interdependência entre os conceitos, a fim de apresentar uma análise crítica e realista sobre o tema. Discorre, portanto, acerca dos diversos conceitos de cidadania formulados ao longo do tempo e de como os doentes mentais relacionavam-se com o conceito e com a sociedade em diferentes períodos, sem pretender esgotar o tema, pois ele é bastante abrangente e, para o tratar de forma integral, ter-se-ia, talvez que dissertar sobre a história da humanidade.

PALAVRAS-CHAVE: cidadania, doença mental, diversidade, Direitos Humanos e evolução histórica.

ABSTRACT: This work deals with the historical evolution of the concept of citizenship and its relationship with the understanding of mental illness and the sociopolitical position of the subjects who suffer through it; demonstrating and explaining, from bibliographic research, the relationship of interdependence between concepts, in order to present a critical and realistic analysis on the subject. It discusses, therefore, the various concepts of citizenship formulated over time and how the mentally ill related to the concept and society in different periods, without intending to exhaust the theme, since it is quite comprehensive and, for the to treat in an integral way, one would perhaps have to lecture on the history of mankind.
KEY WORDS: citizenship, mental illness, diversity, human rights and historical evolution.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa verificar por meio de pesquisa básica estratégica, que utiliza abordagem qualitativa e de caráter exploratório como se deram as alterações do conceito de cidadania da antiguidade até o desenvolvimento do Estado Social, relacionando as alterações e forma de constituição do instituto com a abordagem da doença mental através do tempo e das alterações históricas por que passava a humanidade.

Trata-se de tema extremamente complexo e extenso, pelo que não se pretende esgotar o assunto, mas contribuir academicamente com um estudo acerca de tema pouquíssimo abordado no âmbito do Direito: a cidadania dos doentes mentais e sua evolução histórica.

O artigo dividiu-se, para a melhor compreensão, em quatro grandes períodos históricos: antiguidade (de 4.000 a.C. a 476 d.C.), idade média (séculos V a XV), estado liberal (séculos XVI a XIX) e estado social (do século XX aos dias atuais) e, em cada um deles, trata-se, primeiro, do conceito de cidadania concebido no referido período e como ele refletia na concepção e enquadramento social dos doentes mentais.

É claro que as concepções e ideias particulares a cada período entremeiam-se, porque as grandes mudanças dificilmente ocorrem em datas específicas, elas alteram-se aos poucos até que se tornam inegáveis, mas – a fim de facilitar a exposição do assunto – serão utilizados os referidos marcos temporais e históricos.

1 CIDADANIA NA ANTIGUIDADE

A cidadania, na Grécia Antiga, era um privilégio concedido apenas aos homens livres; dela estavam excluídos os escravos, as mulheres, os estrangeiros, artesãos e comerciantes, que

não gozavam de direitos políticos. A participação dava-se de forma direta, principalmente, por meio de votações de leis e da ocupação de cargos públicos (COMPARATO, 1993).

Aristóteles entende que, para que o homem possa se dedicar à vida pública, necessita de tempo e de liberdade para tal, liberdade principalmente da necessidade, ou seja, ele deve ter meios para se prover, que não tomem o seu tempo, pelo que precisa possuir escravos que desempenhem o trabalho por ele e deixar os cuidados da casa a cargo da mulher, para exercer, livremente, a sua cidadania na polis (ARISTÓTELES). É como se os cidadãos atenienses tivessem duas vidas, a vida privada e o *bio politikos,* encontrando-se a liberdade apenas fora da vida privada, onde se exercia o poder do chefe da família e se satisfaziam as necessidades humanas, era na vida pública, que o homem era livre para promover a ação e o discurso, por meio da persuasão, a fim de influenciar nas coisas e ações do Estado (ARENDT; 2007).

O exercício dos direitos políticos garantia igual direito a todos os homens livres de se pronunciar na eclesia (isegoria), mas não o direito à igualdade como hoje é entendido. Em Roma, a democracia era exercida, em regra, por meio da representação, mas eram feitos, também, plebiscitos, que tinham de ser cumpridos por todos, inclusive pelos patrícios e os cargos judiciários eram acessíveis a todos. O status de cidadão greco-romano confere poderes e responsabilidades mais do que direitos (COMPARATO, 1993). No dizer de ARISTOTELES: "*Sendo, portanto, o cidadão caracterizado pelo atributo do poder (pois é pela participação no poder público que o definimos), nada impede de contar entre os cidadãos as criaturas de Clístenes*".

O conceito de cidadania em Roma altera o enfoque do ideal grego para o real romano; Gaio, que desenvolveu sua teoria cinco séculos depois de Aristóteles em Roma, entende a cidadania como um estatuto jurídico, que confere direitos a pessoas pertencentes a uma mesma comunidade e regidas pelas mesmas normas, podendo ou não haver a previsão de participação política nesse conceito. Ou seja, o cidadão deixa de ser considerado o *zoon politikon* para ser entendido como o *legalis homo* e sua relação jurídica com as coisas (propriedade ou posse) é o que, nesse contexto, confere liberdade ao cidadão romano, uma vez que da propriedade necessita para ter o *status* de cidadão (POCOCK, 2013).

2 DOENÇA MENTAL NA ANTIGUIDADE E O EXERCÍCIO DA CIDADANIA

As manifestações da loucura na antiguidade greco-romana são vistas principalmente como relacionadas a entidades sobrenaturais como demônios e deuses (MILLANI, VALENTE, 2008). O enfermo, para Homero (928-898 a.C.), não era visto como responsável pelos seus atos, que eram reflexo da vontade dos deuses; não eram estigmatizados ou considerados doentes, não

havia, por conseguinte, tratamento a ser conferido, o que se fazia era tentar agradar aos deuses, para que eles não mais se manifestassem daquela forma (DI TILIO, 2007).

Eurípedes (485-406 a.C.) traz a ideia de que a desrazão, apesar de ser reflexo da manifestação de divindades, afeta os sentimentos, ânimo e paixões dos indivíduos, o que fica bastante claro, por exemplo, em sua peça "Medéia", em que a personagem principal, filha de Apolo ou Helios (nomes grego e romano respectivamente do Deus do Sol), tem seu ânimo, angústia, amor e ciúme alterados pela vontade dos deuses e acaba por assassinar os próprios filhos e a noiva de seu amor por vingança e ciúmes (DI TILIO, 2007).

Apenas com Hipócrates (460-377 a.C.), começa-se a considerar que as enfermidades mentais podem estar relacionadas com fenômenos fisiológicos e passaram a ser ministrados tratamentos para os enfermos, como imersões, dietas equilibradas e até o uso de laxantes, com vistas a que o enfermo voltasse ao equilíbrio (DI TILIO, 2007).

A desrazão era, portanto, valorizada na Grécia antiga, que entendia os doentes mentais como os escolhidos pelos deuses para expressar a sua vontade; utilizava-se, inclusive, a mesma palavra: *manikê* para designar tanto delirante, quanto divinatório. A loucura era considerada portadora da verdade e um privilégio, mas os loucos não eram tratados como iguais, acabavam por ser mantidos a uma distância do restante da população, que não os compreendia (SILVEIRA, BRAGA, 2005).

Os doentes mentais, nesse contexto, não exercem direitos políticos, não votam, nem são votados para ocupar cargos públicos; apesar de não serem estigmatizados, considerados doentes ou sofrerem preconceitos, são diferentes demais para estarem plenamente incluídos na sociedade; não são cidadãos, porque não têm o poder de participar das decisões políticas.

3 CIDADANIA NA IDADE MEDIA

Na Idade Média, houve uma grande alteração nas práticas relacionadas à cidadania com o advento do feudalismo, que dividiu os núcleos de poder em demasia, por meio da constituição de feudos após a queda do império romano. Nesses feudos, impera a vontade soberana do senhor feudal, que como o chefe de família na antiguidade, tem o poder de decidir sobre a vida de seus servos, das famílias deles e da sua própria, como explica COMPARATO (1993): "*Com a decadência e o desaparecimento da civilização greco-romana, o mundo ocidental atravessou vários séculos de supressão da cidadania. O status civitatis foi substituído por um complexo de relações hierárquicas de dominação privada*".

Ocorre um "alargamento" da esfera da necessidade – que, na antiguidade, era representada pela família – ela passa a corresponder aos feudos, esses novos núcleos de poder despóticos, que

são voltados para suprir as necessidades dos homens, como produção de alimentos e renda, a fim de que se possa obter os bens necessários para a vida cotidiana absorvem funções antes relegadas à esfera pública, como a manutenção da segurança e a aplicação da justiça dentro de seu espaço (ARENDT, 2007).

Os senhores feudais eram submetidos a outros senhores (suseranos), por meio da vassalagem; estavam, portanto, submetidos a outro núcleo de poder também determinado pela necessidade de proteção e obtenção de meios para prover sua sobrevivência, uma vez que as guerras eram constantes, sendo necessária a proteção de um senhor que detivesse exército suficientemente forte para evitar invasões.

Nesse contexto, não havia espaço para a vida política e a liberdade da necessidade, antes encontrada na polis, passa a ser prerrogativa da religião cristã, que prega a existência de uma vida extraterrena livre das necessidades e do julgo de outros homens; é a religião, portanto, o novo lugar de liberdade da necessidade encontrado na idade média (ARENDT, 2007).

4 DOENÇA MENTAL NA IDADE MEDIA

As enfermidades mentais, na idade média, continuaram a ser vistas como manifestações do mundo extraterreno, mas – diferente do que ocorria durante a antiguidade, que não estigmatizava e até admirava o fato de o doente mental portar a verdade concedida pelos deuses – o enfermo passa a ser estigmatizado, sua doença é relacionada a possessões demoníacas, bruxaria e heresia, ele é perseguido, principalmente pela inquisição, punido e excluído, podendo até ser morto por sua condição (MILLANI, VALENTE, 2008).

Os doentes e deficientes mentais eram “marcados”, assim como outros excluídos (leprosos, prostitutas, mouros e judeus, por exemplo) para que as pessoas, consideradas puras, pudessem deles se proteger, o que gerava grande humilhação, pois os considerados “normais” excluíam-nos e deles zombavam (MATIAS, 2015).

Trata-se de uma exclusão complexa, na qual vigora um jogo de integração e afastamento, uma vez que eles não podem participar da vida social como os outros, mas são objetos da caridade cristã e devem ser mantidos, como os outros excluídos à vista da sociedade que precisa ver o que e como não se deve ser. O “tratamento” a eles ministrado é espiritual, visa retirar a influência de maus espíritos e demônios de seus corpos, onde ocorre uma batalha divina entre o bem e o mal (MATIAS, 2015).

Nesse contexto, pode-se depreender que os doentes e deficientes mentais, diferente dos homens considerados puros e/ou normais não encontravam nem mesmo na religião esse

ambiente de liberdade da necessidade. Pelo contrário, encontravam julgamentos, exclusão, escárnio e, às vezes, caridade.

5 CIDADANIA NO ESTADO LIBERAL

Depois de passar por vários séculos de supressão da cidadania, em que o *status civitatis* foi sobreposto por uma gama de relações privadas de dominação (em especial por meio da servidão e da vassalagem); a partir do século XI, a vida política embasada no ideal de liberdade renasce em algumas cidades-estados da península itálica com características bastante semelhantes às da cidadania da Grécia antiga, uma vez que os direitos políticos eram exercidos por uma minoria burguesa, enquanto os trabalhadores braçais deles não dispunham. Esses espaços são, contudo, suprimidos pela expansão do absolutismo monárquico (COMPARATO, 1993).

E é contra esse sistema, a ausência de liberdades e igualdade nele existentes que as revoluções burguesas do século XIX eclodem, com base em ideias relacionadas visão cristã de que o indivíduo, independente de sua cor, credo e/ou nacionalidade é titular direitos, que independem da nação ou grupo social a que ele pertence, nas palavras de COMPARATO (1993):

> Tratava-se, no fundo, de uma velha idéia cristã, exposta anacronicamente em época histórica incapaz de compreendê-la e vivê-la. Ao mostrar a seus discípulos gentios que "não há judeu nem grego, não há escravo nem homem livre, não há homem nem mulher, pois todos vós sois um só em Cristo Jesus" (Ga 3, 28), o Apóstolo Paulo dava início à destruição dos fundamentos do mundo antigo, feitos de submissão do indivíduo ao grupo social, como parte em relação ao todo5. Ao mesmo tempo, lançava as bases para a ereção do sistema dos direitos humanos, que presupõem a iguladade de todos os indivíduos na comum dignidade de pessoa humana.

É reconhecida, portanto, a existência de direitos inerentes à toda pessoa, comungados por todos, por que todo ser humano é dotado de dignidade, independente de seu local de nascimento, classe social, cor ou etnia, dando ensejo à formação de bases para o nascimento dos direitos humanos e de sua universalidade. Os indivíduos passam a ser titulares de proteção jurídica universal no que tange a seus direitos naturais, mas só gozam de direitos políticos em seu país de origem.

Essa nova forma de cidadania não surge, contudo, de uma vez, ela se forma de maneira progressiva. Primeiro ocorre a separação das instituições judiciárias, legislativas e executivas, que na antiguidade e idade média encontravam-se ligadas, como explica MARSHAL (1967, p.64):

> Nos velhos tempos, esses três direitos estavam fundidos num só. Os direitos se confundiam porque as instituições estavam amalgamadas. Como Maitland disse: “Quanto mais revemos nossa história, tanto mais impossível se torna tragarmos uma

> linha de demarcação rigorosa entre as várias funções do Estado — a mesma instituição é uma assembleia legislativa, um conselho governamental e um tribunal de justiça... Em toda parte, à medida que passamos do antigo para o moderno, vemos o que a Filosofia da moda chama de diferenciação".

Assim, os direitos: a) civis, que representam as liberdades individuais (direito de ir e vir e igual acesso à justiça por exemplo), garantidos, na atualidade, principalmente pelas instituições judiciárias; b) os políticos, que correspondem ao direito de participar das decisões políticas (votar e ser votado por exemplo) e são representados, hoje, pelo poder legislativo e executivo e c) os sociais, que correspondem às prestações positivas realizadas pelo Estado com o fim de garantir o acesso aos bens da vida a todos de forma que os indivíduos possam desfrutar de qualidade de vida suficiente para que se viva com dignidade (educação, saúde e assistência social por exemplo); todos esses direitos eram, até o fim da idade média interligados e garantidos pelas mesmas instituições, permanecendo nas mãos das classes mais abastadas, que restringiam o acesso a eles, mantendo uma minoria no poder.

Havia, portanto, uma desigual distribuição de poderes e direitos (MARSHAL, 1967, p.64): "*Na sociedade feudal, o status era a marca distintiva de classe e a medida de desigualdade. Não havia nenhum código uniforme de direitos e deveres com os quais todos os homens — nobres e plebeus, livres e servos — eram investidos em virtude da sua participação na sociedade*".

Somente quando essas três esferas de direitos, hoje, constituidoras da cidadania e as instituições a elas correspondentes dissociaram-se, elas puderam se desenvolver com maior liberdade, a separação foi tão forte, que é possível atribuir a cada esfera de direito um século: aos civis o séc. XVIII, aos políticos o séc. XIX e aos sociais o século XX (MARSHAL, 1967). Pelo que – como o presente tópico têm como escopo analisar a cidadania no Estado Liberal – vamos nos ater aos séculos XVIII e XIX e deixar para discutir o século XX e os direitos sociais no seguinte.

Foi no século XVIII que as liberdades individuais passaram a ser, de fato, reconhecidas e protegidas, em especial, pela atuação dos Tribunais. Diversos direitos, como a liberdade de imprensa e o direito de ir e vir (*garantido pelo habeas corpus*) foram implementados nesse período, trata-se de direitos a prestações negativa por parte dos Estados, que tem, nesse caso de deixar de intervir; são, portanto, muitas vezes direitos contrários ao Estado, ou seja, a desvinculação das instituições possibilitou que o Estado fosse julgado pelo judiciário e o indivíduo pode fazer vales suas liberdades individuais.

Trata-se de conceito de liberdade bastante diverso do utilizado na antiguidade pelos gregos e romanos, que entendiam a participação na política como exercício de liberdade, enquanto a vida privada era altamente regulada e marcada por relações de poder e submissão; já, a partir do

século XVIII, a liberdade significa a não atuação estatal na vida privada como regra e é representada pela não intervenção abusiva do Estado na vida privada dos indivíduos (COMPARATO, 1993).

O século XIX foi da promoção dos direitos políticos, esses já eram previstos desde meados do século XVIII, a deficiência não era de conteúdo, mas de distribuição de direitos políticos, que eram exercidos apenas por proprietários de terras até que, por meio da Lei de 1832, foi garantido o direito de voto a todos que comprovassem sucesso econômico. Entendia-se que a cidadania, compreendida como o exercício universal de direitos civis e políticos existia nesse contexto, pois era garantida, desde o século XVIII, a igual liberdade para que todos trabalhassem, auferissem renda e bens, sendo, portanto, os direitos políticos acessíveis a todos que trabalhassem o suficiente para alcançar o sucesso econômico. Tratava-se por conseguinte de capacidade para o exercício da cidadania plena garantido pelas liberdades individuais, principalmente de comércio e trabalho (MARSHAL,1967).

Nesse diapasão, entendia-se que a cidadania não era restringida pelo status pessoal, podendo qualquer homem são esforçar-se para obter sucesso econômico suficiente para exercer plenamente a cidadania. Existiam, portanto, cidadãos ativos e passivos, os ativos eram os que podiam exercer tanto os direitos civis quanto os políticos, enquanto os passivos eram os que exerciam apenas os direitos civis, como explica SILVA (2009, p. 548):

> Cidadãos activos (ou apenas cidadãos, quando a contraposição era entre nacionais e cidadãos) eram todos os que, por reunirem condições psicológicas para a formação de uma vontade livre e autónoma, podiam intervir na formação dos poderes públicos por meio do voto e ser eleitos. Cidadãos passivos (ou apenas nacionais) eram todos os que tinham direito à protecção dos seus direitos naturais-civis (a sua pessoa, liberdade e propriedade), mas não exerciam o direito de voto e não podiam ser eleitos. Os critérios com os quais se aferiu a independência da vontade foram o critério censitário e/ou o grau de instrução. Por um lado, se a propriedade era sinal de racionalidade, da ausência dela presumia-se a incapacidade (ou o "desinteresse", já que, no horizonte, estava a ideia lockeana de que o fim da sociedade era a protecção da propriedade). (sem grifos no original)

Essa diferenciação entre os nacionais que detinham, mas não exerciam direitos políticos causava desconforto e, para camuflar essa contradição, eram formuladas teorias no sentido de alegar que a própria evolução histórica chegaria a proporcionar a tão sonhada igualdade de direitos e que esses direitos políticos não eram negados, estavam apenas suspensos, uma vez que a parcela da sociedade que não detinha os meios necessários de se prover não era racional e, por isso, não poderia ser detentora de poder político (SILVA, 2009).

Mas essas contradições sempre ficaram latentes até que, depois de muitas lutas e reivindicações, conseguiu-se implementar o sufrágio "universal", que considerava apto a participar do poder político toda pessoa racional, como explica COMPARATO (1993):

> A admissão do chamado sufrágio universal, com a extensão do direito de voto às mulheres e aos analfabetos, não alterou, substancialmente, o esquema. No terreno político, os cidadãos do Estado liberal são condenados à passividade, não podendo intervir, de modo direto e oficial, no funcionamento das instituições públicas. A soberania — quer seja ela atribuída à nação, quer ao povo — tem o seu exercício monopolizado pelos representantes eleitos. Foi este o preço, como bem salientou Benjamin Constant, que o cidadão da era moderna teve que pagar para resgatar a sua liberdade privada.

Apesar de não ser perfeita e universal de fato a cidadania existente até o início do século XX, ela representou um grande progresso no que tange à participação política e, principalmente, às liberdades individuais, que vão possibilitar a exigência de novos direitos, principalmente, sociais durante o século XX e uma consequente revisão do conceito de cidadania.

6 DOENTES MENTAIS E A CIDADANIA NO ESTADO LIBERAL

O conceito de loucura foi socialmente construído a partir de meados do século XVII, com base em ideais liberais, que viam o doente mental como uma pessoa não produtiva, pecadora e descontrolada, que devia ficar apartada da sociedade, por que com ela não contribui, não trabalha e não gera riqueza. Deve ser contida e colocada sob o poder do médico, que, como estudioso, detém o poder sobre seu objeto de estudo e sabe o que é melhor para ele (FOUCAULT, 1978, p. 56-57): "*Essa tarefa é confiada a diretores nomeados por toda a vida, e que exercem seus poderes não apenas nos prédios do Hospital como também em toda a cidade de Paris sobre todos aqueles que dependem de sua jurisdição*".

O autor trata a perda da autodeterminação do doente mental como consequência da "Grande Internação", momento em que os loucos perderam a voz diante da violência acarretada pela segregação a eles imposta (FOUCAULT, 1978, p. 52): "*A loucura, cujas vozes a Renascença acabam de libertar, cuja violência porém ela já dominou, vai ser reduzida ao silêncio pela era clássica através de um estranho golpe de força*".

Com base na ideologia liberal da época, entendia-se que o doente mental devia ser internado junto com os "vagabundos", os portadores de doenças venéreas, os pobres, ou seja, com todos que não eram "capazes" de produzir riqueza e/ou trabalhar e – como consequência da segregação imposta a todos os que, por um motivo ou outro, não estavam aptos a contribuir para o progresso da sociedade – na cidade de Paris, mais de 1% da população foi internada pelo menos por algum período (FOUCAULT, 1978, p. 55):

> E sabido que o século XVII criou vastas casas de internamento; não é muito sabido que mais de um habitante em cada cem da cidade de Paris viu-se fechado numa delas, por alguns meses. É bem sabido que o poder absoluto fez uso das cartas régias e de

> medidas de prisão arbitrárias; é menos sabido qual a consciência jurídica que poderia animar essas práticas. A partir de Pinel, Tuke, Wagnitz, sabe-se que os loucos, durante um século e meio, foram postos sob o regime desse internamento, e que um dia serão descobertos nas salas do Hospital Geral, nas celas das "casas de força"; percebe-se também que estavam misturados com a população das Workhouses ou Zuchthdusern. Mas nunca aconteceu de seu estatuto nelas ser claramente determinado, nem qual sentido tinha essa vizinhança que parecia atribuir uma mesma pátria aos pobres, aos desempregados, aos correcionários e aos insanos. E entre os muros do internamento que Pinel e a psiquiatria do século XIX encontrarão os loucos; é lá — não nos esqueçamos — que eles os deixarão, não sem antes se vangloriarem por terem-nos "libertado". A partir da metade do século XVII, a loucura esteve ligada a essa terra de internamentos, e ao gesto que lhe designava essa terra como seu local natural. (grifos nossos)

Nesse contexto, a religião cristã, que – durante a idade média entendia a ajuda fornecida aos como caridade e atitude cristã – assume um papel diferenciado do antes desempenhado em relação aos que, por qualquer motivo, não conseguiam prover seu sustento. Fortemente influenciada pelas ideias de Lutero, ela passa a ver a pobreza como castigo divino e, por conseguinte, motivo para vergonha e segregação (FOUCAULT, 1978).

O cristianismo que, antes, via nos pobres e doentes, pessoas dignas de ajuda e uma oportunidade para exercer a caridade, passa a os entender como um problema do Estado e este, por sua vez, os trata como fonte de desordem, que deve ser contida e apartada da vida social (FOUCAULT, 1978, p. 72):

> A loucura só terá hospitalidade doravante entre os muros do hospital, ao lado de todos os pobres. É lá que a encontraremos ainda ao final do século XVIII. Com respeito a ela, nasceu uma nova sensibilidade: não mais religiosa, porém moral. Se o louco aparecia de modo familiar na paisagem humana da Idade Média, era como que vindo de um outro mundo. Agora, ele vai destacar-se sobre um fundo formado por um problema de "polícia", referente à ordem dos indivíduos na cidade. Outrora ele era acolhido porque vinha de outro lugar; agora, será excluído porque vem daqui mesmo, e porque seu lugar é entre os pobres, os miseráveis, os vagabundos. A hospitalidade que o acolhe se tornará, num novo equívoco, a medida de saneamento que o põe fora do caminho. De fato, ele continua a vagar, porém não mais no caminho de uma estranha peregrinação: ele perturba a ordem do espaço social. Despojada dos direitos da miséria e de sua glória, a loucura, com a pobreza e a ociosidade, doravante surge, de modo seco, na dialética imanente dos Estados. (grifos nossos)

O fenômeno da internação constitui uma resposta aos problemas sociais trazidos pela ordem liberal instituída a partir de meados do século XVII, em que que não há emprego para todos, os salários são baixos, o trabalho extenuante e a pobreza, por conseguinte, aumentam considerável e rapidamente (FOUCAULT, 1978, p. 75): “Em toda a Europa o internamento tem o mesmo sentido, se for considerado pelo menos em suas origens. Constitui uma das respostas dadas pelo século XVII a uma crise econômica que afeta o mundo ocidental em sua totalidade [...]”.

A resposta do governo liberal à doença mental é o enclausuramento, o Estado Liberal a vê como fonte de desordem e causa para que o louco torne – se impossibilitado de produzir

riqueza para si e para sociedade; devendo, por conseguinte, ser colocado “fora” do convívio social, uma vez que se torna uma mazela para o Estado e para o restante da população produtiva.

Resta claro, portanto, que, no contexto liberal de meados do século XVII a meados do XIX, os doentes e deficientes mentais são estigmatizados, isolados e internados sem consentimento, a eles não são concedidos poderes/direitos políticos, como ocorre com a população pobre do período; mas deles são retiradas ainda as liberdades individuais, negando-se aos mesmos até os direitos civis e naturais a eles correspondentes, o que inviabiliza qualquer tipo de exercício de cidadania, por que são colocados à margem do corpo social.

7 CIDADANIA NO ESTADO SOCIAL

Os séculos XVIII e XIX, responsáveis pelo nascimento de uma concepção liberal de cidadania, que a via como composta por direitos civis (liberdades individuais) e políticos (participação direta e indireta na política) possibilitaram o nascimento da ideia e reivindicação de direitos sociais no século XX, por meio de pleitos que visavam o acesso de todos aos bens da vida fundamentais à promoção da dignidade humana, acesso mais democrático a herança social e, por fim, uma menor desigualdade entre as classes.

Esse maior acesso aos bens da vida é viabilizado no século XX por meio do interesse das industrias em vender para as massas, que passaram a ter maior acesso aos bens materiais, a qualificação do trabalhador possibilitou que ele fosse mais bem remunerado, a instituição de mais impostos diretos e progressivos – fazendo com que os mais abastados contribuíssem com mais para o custeio do Estado e de seus serviços – promoveu a diminuição das desigualdades. Ou seja, os direitos sociais, em especial, o direito a uma renda real que não seja limitada ao valor de mercado do trabalhador, passam a ser vistos como integrantes do conceito de cidadania (MARSHALL, 1967).

Não se trata de uma visão socialista no sentido de prever uma renda igual e estanque, mas de uma ideia humana que garante a todos a disposição dos bens materiais e imateriais essenciais para que se possa viver com dignidade, sem impedir que quem, por seus próprios meios, esforços e talentos, possa auferir maior renda e ter acesso a mais bens, assim o faça. Pelo contrário, essa desigualdade existente em um capitalismo humanizado é, inclusive, importante para que se estimule a produção e o progresso econômico e científico.

Houve, portanto, uma superação da cidadania liberal-individualista, uma superação no sentido hegeliano, havendo a incorporação de elementos positivos e retirada de negativos. O conceito de cidadania passou a ter como ideia e fundamento principal a participação e deve, segundo COMPARATO (1993):

> Ela deve instaurar-se em cinco níveis:
> a) na distribuição dos bens, materiais e imateriais, indispensáveis a uma existência socialmente digna;
> b) na proteção dos interesses difusos ou transindividuais;
> c) no controle do poder político;
> d) na administração da coisa pública.
> e) na proteção dos interesses transnacionais. Examinemos, separadamente, cada um desses níveis.

O âmbito social da cidadania trata-se, em última análise, de direito à mobilidade social, que, para ser efetivado em larga escala, necessita da igualdade de oportunidades, que entende a existência de pessoas com privilégios, mais aptas e com maiores oportunidades que outras, pelo que tenta igualá-las, por meio do entendimento de suas diferenças e desigualdades, por meio de políticas públicas para promover a igualdade material, como explica MARSHALL (1967, p.108): "*Isto significa que desigualdades podem ser toleradas numa sociedade fundamentalmente igualitária*".

A evolução do conceito de cidadania transformou o instituto em um direito público subjetivo, ou seja, numa capacidade para acionar ou não direitos de que o cidadão é detentor em função de integrar uma comunidade (DUARTE, 2004). Essa comunidade, hoje, não está restrita aos limites de um país, os homens são cidadãos do mundo, uma vez que detém Direitos Humanos protegidos internacionalmente e esses, assim como os fundamentais (constitucionalmente reconhecidos), dividem-se principalmente em: civis, políticos, sociais, econômicos e de solidariedade.

Entende-se que houve uma ampliação dos conceitos de liberdade, que passa a ter sua acepção formal (implementada pelo Estado Liberal) e material, que surge com o advento do Estado Social, a liberdade agora consiste na faculdade do efetivo gozo dos direitos inerentes à cidadania e ao livre desenvolvimento das capacidades individuais de cada um, para realizar seu projeto de vida como bem quiser. Quanto maior for o gozo dos direitos inerentes ao conceito de cidadania do Estado Social, mais substancial é a condição de agente desse cidadão, como explica SEN (2010, p. 34):

> [...] alguém que age e ocasiona mudança e cujas realizações podem ser julgadas de acordo com seus próprios valores e objetivos, independente de as avaliarmos também segundo algum critério externo. Este estudo ocupa-se particularmente do papel da condição de agente do indivíduo como membro do público e como participante de ações econômicas, sociais e políticas [...].

É por meio da aferição dessa condição de agente dos indivíduos, que se pode avaliar a liberdade por ele gozada, o exercício da cidadania continua, portanto, a representar a condição de liberdade do ser humano; que, por meio dela, pode definir seu próprio destino dentro de suas potencialidades e dos esforços que deseja despender para alcançar objetivos por ele livremente escolhidos, influenciando, por meio de suas decisões, políticas ou não, a esfera pública.

8 DOENTES MENTAIS E A CIDADANIA NO ESTADO SOCIAL

Depois dos horrores das segunda guerra mundial e do crescente reconhecimento dos Direitos Humanos, a partir do entendimento de que o ser humano não pode ser considerado como meio para um fim, mas como detentor de valor intrínseco e de dignidade, que é a qualidade do que não pode ser precificado, pois tem autonomia e liberdade para se autodeterminar, possui um fim em si mesmo, que é por ele escolhido (KANT, 1980), começou a se delinear o movimento italiano da desinstitucionalização do dos doentes mentais, que pode ser dividido em três importantes períodos (AMARANTE, 2007).

O primeiro ocorre logo após a verificação dos horrores perpetrados pelo regime nazista nos campos de concentração alemães e dos territórios por eles ocupados, que causou um sentimento de desconfiança e temor dos enclausuramentos de pessoas em virtude de características pessoais; essa comparação entre o enclausuramento do doente mental e dos judeus, gays, comunistas e negros realizada pela Alemanha nazista nunca será esquecida e terá grande efeito no Brasil quando Basaglia compara os manicômios brasileiros a campos de concentração, gerando filmes e livros que demonstram como a realidade de desumanização dos doentes mentais institucionalizados é semelhante à sofrida pelas vítimas do holocausto (ARBEX, 2013).

Outro fator decisivo para a mudança de paradigma no trato do doente mental é o fato de que muitos dos soldados e vítimas da segunda guerra mundial voltaram para suas casas sofrendo de transtorno mental e precisavam ser reintegrados à sociedade e ao mercado de trabalho. Em resposta a essa nova necessidade, foram criadas na Inglaterra comunidades terapêuticas nos anos 50 e 60 com o intuito de promover essa ressocialização (PUCHIVAILO, SILVA e HOLANDA, 2013).

Em um segundo momento, começa-se a buscar medidas substitutivas para o modelo de internação do doente mental, por meio de medidas preventivas, característica bastante marcante da Psiquiatria Preventiva norte americana, que utilizava cálculos estatísticos para tentar delimitar a probabilidade de pessoas, ainda consideradas “normais”, desenvolverem doenças mentais (PUCHIVAILO, SILVA e HOLANDA, 2013).

E, no terceiro momento, surge o movimento antipsiquiátrico, que vem questionar as práticas e entendimentos da psiquiatria tradicional, ressaltando que o entendimento dos transtornos mentais como doenças necessariamente incapacitantes desqualifica o sujeito e não corresponde à realidade, mas a uma dificuldade social de lidar com a diversidade, que subjuga o sujeito e dele retira a cidadania, quando o priva de liberdade e responsabilidade (PUCHIVAILO, SILVA e HOLANDA, 2013).

Delinearam-se as bases do movimento da Psiquiatria Democrática Italiana, capitaneada por Basaglia, que visa o resgate da autonomia dos doentes mentais, por meio de sua manutenção no seio social e do reconhecimento das enfermidades mentais como construções de uma sociedade que tem dificuldade de lidar com a diversidade (PUCHIVAILO, SILVA e HOLANDA, 2013).

Com base nessa nova perspectiva, passa-se a entender as pessoas que sofrem de transtorno mental como: "*como pessoas mais sensíveis, e da loucura vista como uma experiência existencial mais radical*" (VASCONCELOS, 2000, p.186). Essa percepção é a escolhida pelos movimentos de usuários de tratamentos psicológicos e psiquiátricos, que formaram por volta dos anos 60 e 70 um movimento europeu e norte-americano pela autodeterminação e exercício da cidadania por doentes e deficientes mentais, promovendo maior liberdade da família e da autoridade dos médicos (VASCONCELOS, 2000).

Igualdade, autodeterminação, liberdade, inclusão social e cidadania são reivindicadas por "doentes mentais", mas – para que eles possam gozar desses direitos – necessitam de prestações positivas relacionadas ao seu tratamento e inclusão social (em especial no mercado de trabalho), trata-se da necessidade de promoção da igualdade material, por meio de políticas públicas voltadas para a garantia desses direitos, considerando sempre que a igualdade é compatível com a diferença, mas não com a inequivalência; uma vez que o reconhecimento da diversidade entre pessoas não implica a existência de diferença de valores entre elas (VASCONCELOS, 2000).

Esse entendimento ganhou especial relevância após a aprovação da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo da ONU, que trata dos diferentes direitos de que gozam as pessoas com deficiência, para que possam viver, tanto quanto possível, em condição de igualdade com os demais, ressaltando que o referido Tratado Internacional foi aprovado por 3/5 de cada casa do Congresso Nacional Brasileiro em dois turnos, ganhando o assunto tratamento constitucional, uma vez que os Tratados Internacionais de Direitos Humanos aprovados na forma prevista no parágrafo 3° do art. 5º da Constituição Federal são equivalentes às emendas constitucionais.

A referida Convenção trouxe importantes avanços consubstanciados em seus princípios:

> Os princípios da presente Convenção são:
> f) O respeito pela dignidade inerente, a autonomia individual, inclusive a liberdade de fazer as próprias escolhas, e a independência das pessoas;
> g) A não-discriminação;
> h) A plena e efetiva participação e inclusão na sociedade;
> i) O respeito pela diferença e pela aceitação das pessoas com deficiência como parte da diversidade humana e da humanidade;
> j) A igualdade de oportunidades;
> k) A acessibilidade;
> l) A igualdade entre o homem e a mulher;

> m) O respeito pelo desenvolvimento das capacidades das crianças com deficiência e pelo direito das crianças com deficiência de preservar sua identidade.

Verifica-se que o documento, de fato, reconhece a necessidade de especial proteção internacional para esse grupo, que é vulnerável não por ser inferior, mas por ser diferente da maioria; trata-se do ideal de cidadania atual sendo aplicado ao doente mental na medida em que – para que ele possa gozar de direitos civis (como liberdades e igualdade formais) – precisa do reconhecimento e efetivação de direitos sociais diferenciados.

O reconhecimento desse novo paradigma no tratamento e entendimento da "doença mental" foi amplamente reconhecido, mas não foi capaz de retirar o estigma dessas pessoas, que ainda sofrem preconceitos e limitações em virtude de sua condição, o que é especialmente agravado em países subdesenvolvidos que não conseguem ou não têm interesse em efetivar as prestações positivas de que essa parcela da população necessita, como explica BOBBIO (1992, p. 37):

> Afirmei no início que o importante não é fundamentar os direitos do homem, mas protegê-los. Não preciso aduzir aqui que, para protegê-los, não basta proclamá-los. Falei até agora somente das várias enunciações mais ou menos articuladas. O problema real que temos de enfrentar, contudo, é o das medidas imaginadas e imagináveis para a efetiva proteção desses direitos.

Percebe-se que muitos avanços foram realizados no que tange à percepção dos "doentes mentais" como igualmente detentores de cidadania, igualdade e liberdade materiais, mas essas conquistas jurídicas e conceituais não alteraram satisfatoriamente a realidade social, que ainda segrega, enxerga essas pessoas como inferiores e, muitas vezes, como um estorvo para a família, que não consegue lidar com elas, por não serem implementadas políticas públicas estatais, em especial de saúde, de forma satisfatória.

CONCLUSÃO

Percebe-se, por meio do estudo apresentado que o conceito de cidadania se alterou consideravelmente ao longo da História, passando de um poder restrito apenas a uma parcela da população na antiguidade, a quase inexistência na idade média, períodos em que os doentes mentais dela não gozavam, mas também não eram, em regra, excluídos do corpo social. As manifestações das doenças eram relacionadas ao mundo sobrenatural, manifestações dos deuses na antiguidade e demoníacas na idade média.

O doente não era, portanto, considerado responsável por seus atos e não podia participar da vida política. Na antiguidade, era, no máximo, consultado antes da tomada de decisões, não para que sua vontade nelas influenciasse, mas para que se conhecesse a vontade dos deuses.

A cidadania volta, no Estado Liberal, como um direito, que se consubstancia por meio do exercício de direitos civis e políticos, que não são acessíveis a todos, posto que dele gozam

apenas os detentores de propriedade e/ou sucesso econômico. Nesse contexto excludente e individualista de cidadania, o doente mental é considerado como empecilho ao progresso econômico e como uma mazela social, que deve ser afastada das vistas dos outros homens e dos centros urbanos, dando ensejo à internação dos mesmos junto com criminosos, doentes venéreos, "vagabundos" e todos que não se enquadrassem no novo modelo socioeconômico e político, que precisava produzir riqueza e quem não estivesse apto para tal, no corpo social, não permanecia.

Até que, durante o estado social, a concepção de cidadania ganha novos contornos, quando passa a entender a igualdade e a liberdade materiais como objetivos a serem alcançados, por meio da efetivação de direitos civis, políticos e sociais para todos em diferentes graus. Essa diferença na concessão de direitos não é mais baseada, contudo, em uma visão segregadora, mas visa a inclusão dos que, por motivos econômicos, de saúde, étnicos ou até culturais, encontram-se entre os grupos vulneráveis.

Nesse diapasão, os doentes mentais passam a representar um desses grupos que necessitam da implementação de especiais direitos, não por serem inferiores e/ou necessitarem de auxílio/tutela das pessoas ditas normais, mas por que integram uma minoria, que ainda é estigmatizada pela maioria do corpo social, ou seja, é o reconhecimento da diferença que fundamenta o especial tratamento que deve ser conferido aos doentes mentais a partir da concepção includente de cidadania formulada no âmbito do Estado Social.

Esse novo conceito de cidadania e a inclusão do doente mental trazem, contudo, muitos desafios, uma vez que as concepções preconceituosas formuladas ao longo dos anos não se dissipam de pronto e a promoção desses direitos, especialmente em países subdesenvolvidos ou em desenvolvimento, é custosa e não costuma ser prioridade, o que acaba por comprometer em demasia a efetivação desses direitos e o exercício da cidadania pelas pessoas consideradas "doentes mentais".

REFERÊNCIAS

AMARANTE, Paulo. (2007). **Saúde mental e Atenção psicossocial**. Rio de Janeiro: Fiocruz.

ARBEX, Daniela. **Holocausto Brasileiro**. São Paulo: Geração Editorial, 2013.

ARENDT, Hannah. **A Condição Humana**. Tradução de Roberto Raposo. 10ª ed. Rio de Janeiro. Forense Universitária, 2007.

ARISTÓTELES. **A Política**. Disponível em:http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/marcos/hdh_aristoteles_a_politica.pdf. Acesso em 20/10/2019.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos.** Trad. de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

COMPARATO, Fábio Konder. **A nova cidadania**. Lua Nova, São Paulo, n. 28-29, p. 85-106, Apr. 1993. Dísponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_ arttext&pid =S0102-64451993000100005&lng=en&nrm=iso, acesso em 20 de janeiro de 2019.

DE TILIO, Rafael. **"A querela dos direitos": loucos, doentes mentais e portadores de transtornos e sofrimentos mentais**. Paidéia (Ribeirão Preto), Ribeirão Preto, v. 17, n. 37, p. 195-206, Aug. 2007 Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-863X2007000200004&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 20 de janeiro de 2019.

DUARTE, Clarice Seixas. **Direito público subjetivo e políticas educacionais**. São Paulo Perspec., São P a u l o , v. 18, n. 2, p. 113-118, June 2004. Available from <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-88392004000200012&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 24 de janeiro de 2019.

FOUCAULT, Michael. **A História da Loucura**. São Paulo: Editora Perspectiva, 1978.

KANT, I. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. São Paulo: Abril Cultural, 1980.

MARSHAL. T. H. **Cidadania, classe social e *status***. Tradução de Philip C. Shimitter. Zahar editores, Rio de Janeiro, 1967.

MATIAS, Kamilla Dantas**. A Loucura na Idade Média: ensaios sobre algumas representações**. 2015. acesso em 22/01/2019. Disponível em https://estudogeral.uc.pt/bitstream/10316/36024/1/A%20Loucura%20na%20Idade%20Media.pdf.

MILLANI, Helena de Fátima Bernardes; VALENTE, Maria Luisa L. de Castro. **O caminho da loucura e a transformação da assistência aos portadores de sofrimento mental**. SMAD, Rev. Eletrônica Saúde Mental Álcool Drog. (Ed. port.), Ribeirão Preto, v. 4, n. 2, ago. 2008. Disponível em <http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S180 6-69762008000200009&lng=pt&nrm=iso>. acessos em 20 jan. 2019.

POCOCK, J.G.A. **Cidadania, Historiografia e *res* publicam: contextos do pensamento político**. ed. Almedina, Coimbra, 2013.

PUCHIVAILO, Mariana Cardoso; SILVA, Guilherme Bertassoni da; HOLANDA, Adriano Furtado. **A reforma na saúde mental no brasil e suas vinculações com o pensamento fenomenológico**. Rev. abordagem gestalt., Goiânia , v. 19, n. 2, p. 230-239, dez. 2013 . Disponível em http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1809-68672013000200011&lng=pt&nrm=iso, acesso em 01 de fevereiro de 2019.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade/Amartya Sen**; tradução Laura Teixeira Motta; revisão técnica Ricardo Doninelli Mendes – São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

SILVA, Cristina Nogueira. **Conceitos Oitocentistas de Cidadania: liberalismo e igualdade**. Rev. Análise Social, v. XLIV, 2009, p. 533-563 acesso em: 23/01/2019, disponível em: http://analisesocial.ics.ul.pt/docum.entos/1253274146P6sFN3ey9Cp61Z R7.pdf .

SILVEIRA, Lia Carneiro; BRAGA, Violante Augusta Batista. **Acerca do conceito de loucura e seus reflexos na assistência de saúde mental**. Rev. Latino-Am. Enfermagem, Ribeirão Preto, v. 13, n. 4, p. 591-595, Aug. 2005. Available from

<http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-11692005000400019&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 21 janeiro de 2019. http://dx.doi.org/10.1590/S0104-11692005000400019.

VASCONCELOS, EM**. Reinvenção da cidadania, Empowerment no campo da saúde mental e estratégia política no movimento de usuários**. In: AMARANTE, P., org. Ensaios: subjetividade, saúde mental, sociedade [online]. Rio de Janeiro: Editora FIOCRUZ, 2000. Loucura & Civilização collection, pp. 169-194. ISBN 978-85-7541-319-7. Available from SciELO Books, acesso em 01/02/2019.

A REAL EFETIVIDADE DO CUMPRIMENTO DAS SENTENÇAS CONDENATÓRIAS PELO BRASIL NOS CASOS JULGADOS PELA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS: ESTUDO DE CASOS

Rafael Pinto dos Santos
Mestrando em Direito pelo Centro Universitário Salesiano de Lorena (UNISAL). Membro do Grupo de Pesquisa Direitos Sociais, Direitos Fundamentais e Políticas Públicas do Programa de Mestrado em Direito da UNISAL. Bacharel em Direito pela Universidade Gama Filho. E-mail: rjanjo72@yahoo.com.br

Stanley Frota da Silva
Mestrando em Direito pelo Centro Universitário Salesiano de Lorena (UNISAL). Membro do Grupo de Pesquisa Direitos Sociais, Direitos Fundamentais e Políticas Públicas do Programa de Mestrado em Direito da UNISAL. Bacharel em Direito pela Universidade Estácio de Sá. E-mail: frota07@hotmail.com

RESUMO: O presente artigo tem como objeto de estudo a real efetividade do cumprimento das sentenças condenatórias pelo Brasil nos casos julgados pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. Sabe-se que o Brasil foi condenado em vários casos de desrespeito aos direitos humanos perante a Corte Interamericana. Nesse sentido, a problemática que será investigada é se as decisões proferidas por essa Corte são efetivamente respeitadas pelo governo brasileiro. O objetivo principal é compreender o nível de efetividade dessas condenações, com a exposição de casos concretos de julgamento contra o Brasil. Como objetivos específicos tem-se o exame a respeito dos direitos humanos e da configuração da Corte Interamericana de Direitos Humanos. A justificativa para a abordagem desse tema reside na sua importância, visto que se relaciona com os direitos humanos e a condenação de um Estado soberano pelo desrespeito desses mandamentos internacionais. O artigo adotou o método dedutivo e a metodologia de pesquisa bibliográfica e de estudo de casos. Conclui-se que não há a real efetividade do cumprimento das sentenças condenatórias pelo Brasil nos casos julgados pela Corte Interamericana.
PALAVRAS-CHAVE: Direitos humanos. Violação. Corte Interamericana de Direitos Humanos.

ABSTRACT: The purpose of this article is to study the real effectiveness of the enforcement of condemnatory sentences by Brazil in cases judged by the Inter-American Court of Human Rights. It is known that Brazil has been condemned in several cases of disrespect for human rights before the Inter-American Court. In this sense, the problem that will be investigated is whether the decisions rendered by that Court are effectively respected by the Brazilian government. The main objective is to understand the real fulfillment of these convictions, with

the presentation of concrete cases of judgment against Brazil. Specific objectives are the examination of human rights and the configuration of the Inter-American Court of Human Rights. The justification for addressing this issue lies in its importance, since it relates to human rights and the condemnation of a sovereign state for disregarding these international commandments. The article adopted the deductive method and the bibliographic research and case study methodology. It is concluded that there is no effective enforcement of condemnatory sentences by Brazil in cases judged by the Inter-American Court of Human Rights.
KEYWORDS: Human rights. Violation. Inter-American Court of Human Rights.

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como foco de estudo a efetividade das sentenças condenatórias proferidas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos contra o Estado brasileiro. O Pacto de San José da Costa Rica, também denominado Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH), informa em seu preâmbulo que os direitos essenciais do homem não decorrem da nacionalidade do indivíduo, mas sim da sua condição de ser humano, o que justifica a necessária proteção internacional dessas garantias.

O Brasil ratificou a Convenção em 9 de julho de 1992 e, assim, se comprometeu a respeitar os direitos e liberdades individuais, e assegurar o seu livre e pleno exercício, devendo efetivar essas garantias. O documento, por si só, não certifica que esses direitos serão observados de forma adequada. Por esse motivo, justifica-se a existência de um sistema integrado de proteção dos direitos humanos, que é composto por dois órgãos, quais sejam: a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) e a Corte Interamericana dos Direitos Humanos (Corte IDH).

No entanto, em 1992, quando ratificou a Convenção, o Brasil não havia reconhecido a competência contenciosa da Corte. Esse reconhecimento permitiria que o Tribunal Americano apreciasse os casos de ofensas a direitos humanos no território nacional e emitisse uma decisão. O Brasil só veio a reconhecer a aptidão contenciosa da Corte a partir de dezembro de 1998, com o julgamento de fatos envolvendo atentados aos direitos dos homens no país, pelos quais sofreu algumas condenações, tendo a obrigação de reparar os danos causados à vítima ou aos seus familiares como também de investigar e punir as pessoas responsáveis diretamente pelas violações.

Assim sendo, a Corte Interamericana de Direitos Humanos representa um órgão jurisdicional de grande importância no cenário internacional e também nacional. Os casos julgados são específicos e se referem à violação a direitos humanos. Estes merecem especial

tratamento, sendo necessário que exista um Tribunal no continente Americano com a finalidade de apurar e julgar todos os eventos que ocasionam profanações às liberdades mais sagradas do ser humano.

O corrente estudo se justifica, portanto, na necessidade de aprofundamento teórico sobre o tema, visto se tratar de matéria de grande destaque no direito brasileiro: os direitos humanos. Pouco se fala sobre os tratados internacionais e os órgãos responsáveis, no âmbito internacional, pela proteção e julgamento de casos de violação dos direitos humanos, por esse motivo, incentiva-se um exame detalhado do assunto.

O objetivo geral consiste em compreender como é realizada a condenação pela Corte Interamericana, destacando casos em que o Brasil foi penalizado internacionalmente por aquela. Como objetivos específicos têm-se a compreensão dos direitos humanos e o conhecimento da configuração da Corte Interamericana.

A problemática que se pretende ser investigada e respondida se refere à efetividade das sentenças emitidas pela Corte contra o Estado brasileiro. Ou seja, busca-se compreender se as decisões proferidas são meramente simbólicas ou são realmente respeitadas e cumpridas, dada a sua importância.

O artigo adotou o método dedutivo e a metodologia de pesquisa bibliográfica e de estudo de casos, tendo todas as informações respaldadas em artigos e livros sobre o tema em questão e sobre os direitos humanos. Seguiu-se um caminho coerente para a evolução do aprendizado, pelo qual inicialmente será estudado a responsabilidade internacional por violação dos direitos humanos. Nesse cenário, é de grande necessidade o exame sobre os direitos humanos, sua delimitação conceitual e caracterização. Em momento seguinte, será realizado uma consulta a respeito da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

No terceiro tópico objetiva-se destacar algumas ocorrências em que o Estado brasileiro foi condenado perante a Corte Interamericana. Serão contextualizados com detalhes dois acontecimentos: os casos Damião Ximenes Lopes versus Brasil e Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde versus Brasil. Por fim, adentrar-se-á no principal ponto do presente trabalho: a investigação a respeito da efetividade e executividade das sentenças proferidas pela Corte Interamericana.

1 O BRASIL E A RESPONSABILIDADE INTERNACIONAL POR VIOLAÇÃO DE DIREITOS HUMANOS

A ingerência exercida pelas doutrinas jusnaturalistas foi de grande importância para que houvesse o reconhecimento das liberdades fundamentais nos processos revolucionários que datam do século XVIII. A evolução dos direitos humanos ocorreu em razão do evidente

crescimento das necessidades de garantias e proteção ao homem. Nota-se que no período posterior à 2º Guerra Mundial foi essencial a reformulação da visão de tutela aos direitos humanos para, então, evitar que sucedesse novamente a prevalência dos interesses do Estado sobre a pessoa humana.

Vale comentar que as atrocidades cometidas pela Alemanha nazista, no decorrer do último conflito mundial, tomaram grandes proporções, evidenciando-se de forma negativa para a comunidade internacional. O consenso firmado mundialmente foi a falta de efetividade da atuação da Liga das Nações[1], tendo em vista que a mesma não foi dotada de força necessária para frear os acontecimentos do conflito armado.

O legado do nazismo que teve como justificativa a distinção entre os povos para as suas políticas de extermínio, visando a prevalência da superioridade da raça pura ariana, incumbiu a necessária definição dos direitos inerentes ao ser humano, de forma a inibir que essas crueldades voltassem a acontecer (PIOVESAN, 2019).

Dessa forma, para autores como Fábio Konder Comparato, os direitos humanos vêm se afirmando ao longo dos séculos, conforme o princípio da historicidade, através de documentos e, em especial, da própria lei escrita, como regra geral e uniforme, instituindo a crença de que "todos os seres humanos têm direito a serem respeitados, pelo simples fato de sua humanidade." (COMPARATO, 2006, p. 55).

Os direitos humanos são, nesse sentido, aqueles que denominam os direitos primordiais aos seres humanos, os que são indispensáveis à vida e que para se alcançar a dignidade, há a necessidade de serem exercidos (SERRANO, 2016, p. 10). Assim, os direitos humanos correspondem à nomenclatura aplicada para se referir ao conjunto de liberdades do homem que se encontram materializados no âmbito internacional, por meio de tratados, por exemplo, e destina-se à proteção de todos os indivíduos, independentemente de sua nacionalidade, religião, raça, cor e outras.

Assim sendo, os direitos humanos são as liberdades indispensáveis ao conferir uma existência sublime e uniforme a todos os indivíduos, sendo uma exigência para a continuidade da humanidade. Caso contrário, não haverá possibilidade do homem atingir um nível satisfatório de prosperidade e de subsistência entre os seus semelhantes (GRUBBA; NISTLER, 2018).

Tais direitos são, portanto, aqueles preservados pela ordem internacional contra as violações e arbitrariedades praticadas por representantes de um Estado. Eles são imprescindíveis para que uma pessoa desfrute de uma vida livre e digna. Nesse sentido, exige- se que os Estados

[1] Também chamada de Sociedade das Nações que foi implementada após a 1º GM por intermédio do Tratado de Versalhes, em 1919.

soberanos respeitem de forma absoluta tais liberdades, sob pena de implicações na esfera internacional (MAZZUOLI, 2018).

É pretensão da humanidade a propagação desses direitos, fazendo-os com que se integrem ao espírito do homem, tendo em vista que eles conservam a vida humana. As pessoas, quando se encontram cientes do que são e o que os outros devem ser, terão o desempenho de um comportamento de acordo com as normas implementadas na sociedade (SERRANO, 2016).

Vale comentar, quando ocorre a violação de um direito humano de uma vítima, a nacionalidade desta não irá importar, pois a imposição de cumprimento a tais prerrogativas é universal. Para que haja a responsabilidade internacional, é necessária a profanação de liberdades essenciais aos indivíduos por parte dos agentes de um Estado cuja jurisdição o paciente se encontrava.

Os direitos humanos são dotados de maior proteção, tendo em vista que são mais amplos ao se comparar com as prerrogativas fundamentais, que se referem à tutela interna de um país, tão somente. A existência dessas garantias em uma ordem interna não exclui a salvaguarda internacional das liberdades essenciais aos homens.

O Estado tem a incumbência de defender os indivíduos que se encontrem sob a sua jurisdição, esse compromisso pode ser delimitado na concepção de *jus cogens*. Enquadram-se nessa obrigação, também, as regras de direito internacional humanitário, denominados *jus in bello* (MAZZUOLI, 2018).

Neste vértice, a obrigação internacional de um Estado corresponde ao instituto jurídico que objetiva a sua responsabilização nas relações com as pessoas que se encontrem situadas sob a sua jurisdição, quando há um atentado aos direitos humanos. Os países, que praticaram o abuso, precisam ser culpabilizados. “Aliás, os Estados são os principais obrigados para com o Direito Internacional dos Direitos Humanos e, por isso, podem (devem) ser responsabilizados por sua violação.” (MAZZUOLI, 2018, p. 45).

O escopo dessa responsabilização são duas: constranger psicologicamente os Estados, fazendo com que os mesmos não deixem de cumprir as questões internacionais assumidas relativas aos direitos humanos, as quais se comprometeram. Outro intento é ressarcir o prejuízo que o indivíduo suportou pelo ato de um governo. Diz-se, portanto, que tais finalidades são preventivas e repressivas (MAZZUOLI, 2018).

2 DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos, ou Pacto San José da Costa Rica, corresponde à demarcação estipulada que preceitua a existência da determinação do acatamento aos direitos humanos. Dessa forma, são estruturados o regime processual e o seu sistema

orgânico por intermédio da Comissão Interamericana como também da Corte Interamericana de Direitos Humanos (SERRANO, 2016).

A Corte Interamericana de Direitos Humanos é um órgão jurisdicional do sistema regional americano de tutela dos direitos humanos. Quando não se obtém um resultado de maneira satisfatória, o governo envolvido ou a Comissão Interamericana de Direitos Humanos podem apresentar o caso à Corte. Aquela é um órgão com o intuito de monitorar os Estados-membros (CASTILHO, 2018).

O Tribunal Americano tem natureza consultiva e contenciosa. A primeira se refere à interpretação dos dispositivos da Convenção como também de outros tratados que se relacionem com a salvaguarda dos direitos humanos no continente americano. Já a segunda permite o julgamento de litígios abarcando casos quando existem violações das liberdades primordiais aos indivíduos por um Estado que ratificou ou aderiu a Convenção e reconheceu a jurisdição da Corte (MAZZUOLI, 2018).

A Corte Interamericana não é um tribunal de natureza penal e, portanto, não está entre as suas atividades a de alcançar a punição dos causadores aos desrespeitos de direitos humanos fundamentais, mas sim de amparar as vítimas, analisar as responsabilidades do Estado e recomendar mecanismos de prevenção. Segundo Martins (2017, p. 105) a Corte IDH assume o papel do Estado:

> Así la Corte Interamericana sustituye la voluntad de los Estados Partes en las situaciones de conflicto, ejerciendo unade sus características jurisdiccionales, que es la función de decidir, en lugar de los Estados o particulares, sobre los temas relativos a la protección y defensa de los derechos humanos.
> Assim, a Corte Interamericana substitui a vontade dos Estados Partes em situações de conflito, exercendo uma de suas características jurisdicionais, que é a função de decidir, em lugar dos Estados ou das pessoas, sobre questões relacionadas com a proteção e defesa de direitos humanos. (tradução livre dos autores)

No entanto, para que o Estado-parte possa ser julgado pela Corte, é imprescindível que aquele tenha declarado expressamente que reconhece como obrigatória, de pleno direito e sem convenção especial, a atribuição jurisdicional do tribunal Americano em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação do Pacto de San José da Costa Rica, conforme o seu artigo 62 (CASTILHO, 2018).

O Brasil ratificou a Convenção Americana no ano de 1992, mas retardou por quase dez anos para legitimar a competência jurisdicional da Corte Interamericana, que ocorreu com o Decreto Legislativo 89 no ano de 1998[2], e apenas para os episódios ulteriores a 10 de dezembro de 1998.

[2] De acordo com o artigo 1° do Decreto Legislativo 89 de 1998, é aprovada a solicitação de reconhecimento da competência obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação da Convenção Americana de Direitos Humanos para fatos ocorridos a partir do reconhecimento, de acordo com o previsto no parágrafo primeiro do art. 62 daquele instrumento internacional.

3 SENTENÇAS NA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

Examinando por uma perspectiva mundial, nos dias de hoje, a comunidade global ainda é compreendida pelas diversidades econômicas, sociais e culturais, havendo, de certa forma, um grave descaso com estas questões que são eivadas de grande importância para que seja restaurada no plano internacional a trajetória pelas melhores condições de vida e dignidade para os indivíduos do mundo.

De forma objetiva, o futuro da tutela internacional do homem, apesar de estar embasada nas liberdades imprescindíveis dos indivíduos, exige de uma notável vontade política para que se alcance o seu objetivo principal, que é a proteção universal das garantias humanas. O Brasil foi responsabilizado várias vezes perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos. Assim sendo, concerne proceder um efêmero estudo de dois fatos que ilustram essa penalização internacional: os casos Damião Ximenes Lopes vs. Brasil e Trabalhadores da Fazenda Brasil verde vs. Brasil.

3.1 Caso Damião Ximenes Lopes vs Brasil

O caso Damião Ximenes Lopes versus Brasil foi o primeiro, tendo como parte ré o Estado brasileiro, a ser julgado pela Corte. O jovem tinha trinta anos de idade quando no ano de 1999 foi internado por sua mãe em uma clínica psiquiatra localizada em Sobral, no estado do Ceará. Ele apresentava um quadro de intenso sofrimento mental, o que justificava a sua colocação em um estabelecimento hospitalar.

Quatro dias após a internação, a mãe de Damião foi visitá-lo e o porteiro da Casa de Repouso recusou que a mesma entrasse no local para encontrar o paciente. No entanto, mesmo com a insistente recusa do porteiro, a mãe Albertina conseguiu adentrar ao local e iniciou sua busca pelo rapaz. A mãe encontrou o filho com as mãos amarradas, sangrando pelo nariz, cabeça inchada, sujo, machucado, com forte cheiro de urina (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2006).

Na sentença, há o seguinte relato: “ela pediu socorro ao médico Francisco Ivo de Vasconcelos, porque acreditava que seu filho ia morrer devido às condições em que estava. No entanto, o médico não atendeu seus pedidos.” Nesse mesmo dia, Damião faleceu. “Seu cadáver apresentava marcas de tortura; seus punhos estavam dilacerados e totalmente roxos, e suas mãos também estavam perfuradas, com sinais de unhas e uma parte do seu nariz estava machucada.” A

causa da morte foi dada como “morte natural, parada cardiorrespiratória.” (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2006).

Os parentes de Damião ingressaram na justiça comum com uma ação criminal e cível como também peticionaram contra o Brasil perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Na petição, a família denunciava os fatos ocorridos com Damião e a violação aos seus direitos. A petição foi recebida ainda em 1999 pela Corte Interamericana de Direitos Humanos e iniciou-se a tramitação do caso sob o n° 12.237 (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2006).

Deve ser ressaltado que, no ano de 2003, a Comissão fez recomendações ao governo brasileiro exigindo uma investigação detalhada para apurar os responsáveis, com adoção de medidas específicas para que não ocorressem novamente casos de violação aos direitos humanos. Ordenou-se também que houvesse um auxílio no monitoramento e na supervisão do cumprimento desses direitos. Todas essas recomendações não foram cumpridas pelo Brasil, por isso, a Comissão encaminhou o sucedido à Corte Interamericana. A sentença fora proferida, em 4 de julho de 2006, com a condenação do Brasil à indenização.

Note-se que na decisão fora adotada a palavra “tortura”, destacando a transgressão física, cometida pelos funcionários da Clínica contra a vítima, o que destaca um grave desrespeito à dignidade da pessoa humana, demonstrando justa repercussão de uma perigosa violação a um direito fundamental (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2006).

Assim, a Corte decidiu que o Estado brasileiro violou os direitos à vida e à integridade pessoal previstos nos artigos 4.1 e 5.1 e 5.2 da Convenção Americana, respectivamente, e infringiu, no que se refere aos familiares da vítima, o direito à integridade pessoal consagrado no artigo 5 do Pacto Americano. Ainda, fora violado em detrimento da mãe de Damião e seus demais parentes o direito às garantias judiciais e à proteção judicial consagrados nos artigos 8.1 e 25.1 da Convenção Americana, nessa ordem (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2006).

A sentença condenatória fez com que o país expedisse o Decreto 6.185, de 13 de agosto de 2007, pela Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República. Essa norma versava sobre a indenização direcionada à família do paciente. Percebe-se que a decisão não aludia somente sobre a compensação financeira, mas também sobre a investigação e punição dos agentes responsáveis.

No citado decreto, ainda, menciona esclarecimento relacionado aos valores em dólares determinados pela deliberação judicial, que foram convertidos em moeda nacional, totalizando o valor total de R$ 280.532,85 (duzentos e oitenta mil, quinhentos e trinta e dois reais e oitenta e

cinco centavos), que foram divididos entre os componentes da família da vítima. Tal indenização foi arcada pelo governo brasileiro[3].

Esse julgado foi expressivo pois tratou-se da primeira condenação brasileira no âmbito interamericano, além de ser também o primeiro caso que envolveu uma pessoa com deficiência na Corte Interamericana. A sentença desse evento expôs o tratamento dado pelo Brasil a uma pessoa vulnerável e a demora do país em reconhecer e reparar o erro. Apenas, sete anos depois é que ocorreu o ressarcimento por meio de uma decisão da Corte Interamericana. Esse precedente evidenciou que o Brasil pode ser condenado internacionalmente, não sendo admissível os fundamentos de "respeito ao federalismo", por exemplo (RAMOS, 2020).

3.2 Caso trabalhadores da Fazenda Brasil Verde vs Brasil

O trabalho escravo no Brasil se relaciona de forma íntima com a fragilidade dos empregados colocados a essa situação desumana. A escravidão na contemporaneidade tem como gatilho diversos aspectos, como o desemprego, a falta de formação intelectual, a falta de conhecimento sobre direitos, por exemplo (NODA; OLIVEIRA, 2014).

No ano de 1995, o governo brasileiro reconheceu a sua responsabilidade pela existência do trabalho escravo no seu território pátrio. Tratou-se da primeira ocorrência, sobre essa matéria, no Sistema Americano de proteção aos direitos humanos. O país se propôs a julgar e punir os responsáveis, e desenvolver medidas que visem à prevenção desse tipo de ilícito penal (NODA; OLIVEIRA, 2014).

No final de 2016, depois de anos de duração do processo, o Brasil obteve uma sentença condenatória proferida pela Corte Interamericana e tornou-se o primeiro Estado a ser responsabilizado pela ocorrência da escravidão em seu território. Esse fato foi denominado de "Caso Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde" e se refere ao resgate de 128 trabalhadores rurais da propriedade Fazenda Brasil, situada no Município de Sapucaia, no sul do Estado do Pará, entre os anos de 1997 e 2000.

Tal situação resultou de uma denúncia realizada pela Comissão Pastoral da Terra (CPT) e do Centro pela Justiça e o Direito Internacional (CEJIL/Brasil), em 12 de novembro de 1998, à Comissão Interamericana de Direitos Humanos, devido à omissão e ao desinteresse do Brasil em apurar e supervisionar o exercício de trabalho escravo na Fazenda Brasil Verde, que leva o nome do caso. A denúncia também mencionava sobre o desaparecimento de dois empregados

[3] A planilha dos valores encontra-se no próprio decreto: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Decreto/D6185.htm>.

adolescentes da mesma fazenda, cujos nomes são: Iron Canuto da Silva e Luis Ferreira da Cruz (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2016).

No ano de 2011, a Comissão expediu um relatório que informava que a alegação da presença de trabalho escravo na Fazenda Brasil Verde era fato realmente provado. Nesse documento, solicitou que o Brasil cumprisse algumas recomendações, como a reparação do dano, a investigação sobre o desaparecimento dos jovens e a adoção de medidas preventivas, para que a situação não voltasse a ocorrer (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2016).

No entanto, em março de 2015 a Comissão encaminhou o caso à Corte Interamericana de Direitos Humanos, por conseguinte levou em consideração que o Brasil não executou as recomendações emitidas, e surgiu a primeira circunstância que versava sobre a escravidão a ser analisado pelo Tribunal Americano.

Em 2016, o Estado brasileiro foi condenado pela Corte. De acordo com a sentença proferida, o país foi responsável por desrespeitar os seguintes direitos: de discriminação estrutural histórica dos mais pobres[4]; de liberdade de seus cidadãos no que tange ao direito de não serem escravizados, nem objeto de tráfico por outras pessoas[5];das garantias devidas aos seus cidadãos no que se refere à pertinente diligência e ao tempo razoável na efetivação de direitos através dos instrumentos judiciais disponíveis[6]; de inadimplir o dever de proteção judicial que tem perante seus cidadãos[7] (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2016).

Conforme destacado, o Brasil foi o primeiro país no continente americano a ser condenado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos por sustentar uma situação de escravidão, possibilitando a existência de exclusão social de trabalhadores mais vulneráveis e a incidência de sistemáticas violações a sua dignidade humana.

O caso é importante pois trata de tema extremamente polêmico como também expõe uma triste realidade, a escravidão, que não deveria acontecer nos dias atuais e ser incompatível em qualquer lugar do planeta. Consoante o entendimento da Corte, a vedação do trabalho escravo é norma imperativa do Direito Internacional (*jus cogens*) e implica em encargos *erga omnes* para todas as nações (RAMOS, 2020).

[4] Art. 1.1 CADH.
[5] Art. 6.1 CADH.
[6] Art. 8.1 CADH.
[7] Art. 25 CADH.

4 EFETIVIDADE E EXECUTIVIDADE DAS SENTENÇAS

A Corte Interamericana pode deliberar pela procedência ou improcedência, parcial ou total, da ação de responsabilização internacional de um país por infringir os direitos humanos. Caso seja procedente, a sentença fundamenta-se em proporcionar à vítima a fruição do direito ou da liberdade violados pelo Estado. Por consequência, o Tribunal Americano pode estabelecer toda e qualquer diligência que proponha um ressarcimento e uma garantia do direito maculado (RAMOS, 2020).

A Corte Interamericana não implementa recomendações quando concretiza sua natureza contenciosa, mas ela profere sentenças que, de acordo com o Pacto de San José da Costa Rica, são definitivas e inapeláveis[8]. Essa obrigatoriedade de cumprimento dos julgados emanados pelo Tribunal Americano deriva do *pacta sun servanda*, que é um princípio elementar introduzido no Direito Internacional Público. Segundo essa premissa, o Estado assume compulsoriamente as suas imposições internacionais, dentre elas, a tutela aos direitos humanos.

Os governos não podem invocar argumentos diversos para o descumprimento de uma decisão judicial internacional, como a alegação da existência de uma norma do ordenamento jurídico doméstico contrária àquela. Esse encargo de o Estado cumprir a sentença origina também do art. 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969 (RESENDE, 2013).

O Brasil, por ser um país integrante e signatário da Convenção Americana, tem a necessidade de afiançar a efetivação das soluções judiciais adotadas pela Corte Interamericana. Não podem ser suscitadas justificativas peculiares para o seu descumprimento, como a

existência de norma jurídica interna, mesmo que posicionada na Constituição Federal, que prejudique o cumprimento da sentença, sob pena de responsabilização internacional (RESENDE, 2013).

Com a identificação pela Corte de que realmente existiu uma violação de um direito e ou uma liberdade protegida pelo Pacto de San José da Costa Rica por parte de um Estado soberano Americano, aquela ordenará o exercício das garantias desrespeitadas pela vítima. Ainda, será estabelecida a restauração dos danos ocasionados, com a retribuição de uma indenização. Refere-se a uma decisão vinculante, que deve ser executada com premência (CASTILHO, 2018).

A custódia internacional dos direitos humanos assegura o ressarcimento do prejuízo, nesse sentido, a concepção da responsabilidade internacional do Estado sempre irá ambicionar

[8] Artigo 67 - A sentença da Corte será definitiva e inapelável. Em caso de divergência sobre o sentido ou alcance da sentença, a Corte interpretá-la-á, a pedido de qualquer das partes, desde que o pedido seja apresentado dentro de noventa dias a partir da data da notificação da sentença.

uma compensação do malefício acarretado à vítima ou aos seus familiares, seja de forma pecuniária ou de natureza diversa (MAZZUOLI, 2018).

A compensação em dinheiro tem sido habitual nos julgados anunciados pela Corte Interamericana, “frise-se que a reparação pecuniária é a prática que mais comumente se tem apresentado no quadro de uma demanda internacional envolvendo a responsabilidade do Estado por violação de direitos humanos.” (MAZZUOLI, 2018, p. 47).

No entanto, as vítimas e ou seus familiares nem sempre desejam tão somente um ressarcimento pecuniário. Elas almejam que o Estado demonstre arrependimento pelo infortúnio ocasionado, com a publicação do caso na mídia indicando os erros do governo, assim como a responsabilização, principalmente na esfera penal, dos agentes públicos violadores dos direitos humanos.

Outra indagação que requer ser elucidada se relaciona com a homologação das sentenças. Interpelar-se a necessidade da ratificação das decisões proferidas pela Corte Interamericana pelo Superior Tribunal de Justiça, no intuito de obter eficácia interna. O art. 105, inciso I, alínea “i”, da Constituição Federal, registra que compete ao Superior Tribunal de Justiça (STJ) processar e julgar originariamente a homologação das sentenças estrangeiras (RESENDE, 2013).

Todavia, o Tribunal Americano é um órgão internacional, por esse motivo, as suas resoluções têm a natureza jurídica de decisões internacionais, e não devem ser confundidas com sentenças estrangeiras. Isso porque tais deliberações não derivam de uma Corte sujeita à soberania de um Estado estrangeiro (MAZZUOLI, 2018). Diante disso, não é essencial a homologação das soluções judiciais da Corte Interamericana pelo STJ para que as decisões tenham eficácia no país, pois elas são proferidas por um organismo jurisdicional internacional (RESENDE, 2013).

Além disso, o cumprimento dessas decisões jurídicas pelo governo brasileiro deve ser voluntário, sem tardar e completo, como indica o artigo 68 da Convenção Americana. Caso não ocorra o concreto acatamento, poderá acontecer uma nova responsabilização internacional do Estado, por intermédio de uma ação judicial executiva, com o propósito de propiciar a realização da sentença condenatória (RESENDE, 2013).

Assim sendo, as sentenças proferidas pela Corte IDH contra o Brasil contêm eficácia imediata na ordem jurídica pátria, devendo serem efetuadas de plano pelas autoridades do país. Quando ocorre uma condenação, assim como aconteceu com o governo brasileiro em alguns casos, a ordem é que o Estado obedeça a decisão, ou seja, a previsão não é de que a penalidade seja efetivada de forma particular por algum órgão ou um dos poderes internos. Isso pois o Estado é responsável, como um todo, pelo seu cumprimento. Logo, não é a Corte

Interamericana de Direitos Humanos que determina como a sua deliberação será executada, mas o próprio país se organiza para que ocorra a sua efetividade.

Mas um dos maiores desafios, quando da ocorrência de uma condenação pelo Tribunal Americano, encontra-se na relutância de o Estado apurar e punir os responsáveis pelas violações de direitos humanos. Mesmo que não se encontre expresso na Convenção, a Corte confere ao país condenado três deveres, quais sejam: ressarcir a vítima ou sua família, investigar o crime, de forma a inibir a sua ocorrência e penalizar os culpados.

A Corte não deixa de averiguar a execução de suas sentenças. O órgão possui um instrumento com a finalidade de verificar o cumprimento de suas decisões, o mecanismo de supervisão. Este pode, inclusive, obter notícias da Comissão, dos pacientes ou de seus representantes. Na hipótese de não execução da sentença proferida, o Tribunal poderá, inicialmente, direcionar a atuação do Estado a fim de solucionar o *decisum* e, por fim, comunicar o acontecido à Assembleia Geral da OEA, implementando as orientações apropriadas para serem adotadas (MAZZUOLI, 2018).

É possível conceber a realização das decisões pelo país, como é o caso do jovem Damião, exibido anteriormente. Após a condenação, fora emitido o Decreto 6.185 de 2007, que anuiu a Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República a efetuar a sentença. No entanto, o compromisso de investigação e punição não fora acatado, o que classifica o julgado como inacabado perante à Corte. Nesse diapasão, as obrigações de fazer estipuladas pelo Juízo Americano, como a apuração e penalização dos responsáveis em tempo razoável não são efetivamente cumpridas.

Conforme estudado, foram várias as decisões enunciadas contra o Brasil pela Corte Interamericana. Mas o presente trabalho analisou dois casos de significativa importância: inicialmente, a primeira condenação experimentada pelo país e, na sequência, o primeiro fato envolvendo trabalho escravo no continente brasileiro. De acordo com o órgão judicial americano, nas sentenças proferidas contra o Brasil, encontram-se pendentes os imperativos de investigação e penalização dos responsáveis nos seguintes casos: Ximenes Lopes vs. Brasil, Garibaldi Vs. Brasil, Gomes Lund e outros ("Guerrilha do Araguaia") vs. Brasil, Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde Vs. Brasil, Favela Nova Brasília vs. Brasil, Povos Indígenas Xucuru e seus membros vs. Brasil e Herzog e outros vs. Brasil[9]. Todos esses episódios encontram-se em supervisão pela Corte, tendo havido o cumprimento apenas das decisões indenizatórias. A sentença do caso Herzog e outros vs. Brasil está integralmente pendente de execução.

[9] Essa informação pode ser retirada do site da Corte Interamericana de Direitos Humanos: <https://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/casos_en_etapa_de_supervision.cfm>.

Percebe-se, portanto, que não há uma real efetividade das sentenças condenatórias. Mesmo que em alguns casos haja o cumprimento de indenização pecuniária, a integralidade da decisão, com a investigação e punição, não é realizada, ficando o Estado em constante supervisão por parte da Corte.

CONCLUSÃO

Conforme foi visto, a Corte Interamericana de Direitos Humanos é um órgão jurisdicional que integra o sistema regional de proteção dos direitos humanos na América. Quando ocorre a violação de um direito humano no território de um país situado no continente americano, é possível que o caso seja levado à Corte que irá exercer a sua jurisdição com a análise do acontecido.

No entanto, não é suficiente que o Estado tenha ratificado a Convenção Americana de Direitos Humanos, bem como é necessário que o país reconheça expressamente a competência contenciosa do Tribunal Americano. O Brasil ratificou a Convenção em 1992, mas só reconheceu tal competência em 1998, sendo que até 2020 vários casos foram analisados pela Corte. Conforme visto no desenvolvimento do presente estudo, o órgão judicial aprecia, tão somente, os casos de violação a direitos humanos no território de um Estado, independentemente da nacionalidade da vítima.

As sentenças podem ser procedentes e improcedentes. Quando há a procedência do pedido e a condenação de um Estado, a Corte Interamericana pode determinar que as medidas necessárias sejam adotadas pelo país para que haja a reparação do dano provocado pela violação do direito. As decisões proferidas devem ser obrigatoriamente cumpridas devido ao princípio básico do Direito Internacional: o *pacta sunt servanda*.

O governo deve pautar seus valores na preservação dos direitos humanos das pessoas que se encontrem sob sua jurisdição. Por esse motivo, deve exaltar tais garantias e punir toda e qualquer violação a eles. Mas é sabido que por vezes, é necessário que os tratados internacionais sejam invocados e que o Tribunal Americano seja provocado. No desenvolvimento, expôs-se dois casos específicos onde ocorreu a condenação do Brasil perante a Corte: o caso Damião Ximenes Lopes Vs. Brasil e Caso Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde Vs. Brasil.

A problemática levantada se refere a compreender se as sentenças proferidas pela Corte Interamericana contra o Brasil são realmente efetivas. Há sempre uma preocupação a respeito dessas decisões, pois devido a sua importância não devem ser simbólicas ou sistematicamente descumpridas. Trata-se de vereditos de um tribunal internacional criado exclusivamente para o julgamento de casos que tenham como objeto a violação de direitos humanos.

Nesse vértice, pode-se afirmar que o país tem praticado os encargos relacionados à compensação financeira da vítima ou de seus familiares. Já o mandamento das decisões que se referem à investigação e punição dos responsáveis pela violação dos direitos humanos não foram executadas ainda. Em consulta ao site da Corte Interamericana, é possível verificar que os casos Ximenes Lopes Vs. Brasil, Garibaldi Vs. Brasil, Gomes Lund e outros ("Guerrilha do Araguaia") vs. Brasil, Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde vs. Brasil, Favela Nova Brasília vs. Brasil, Povos Indígenas Xucuru e seus membros Vs. Brasil e Herzog e outros vs. Brasil encontram-se em supervisão pelo órgão judicial, ou seja, as sentenças não foram cumpridas integralmente.

Portanto, respondendo a problemática apresentada, conclui-se que não há a real efetividade do cumprimento das sentenças condenatórias pelo Brasil nos casos julgados pela Corte Interamericana. Assim, o país, que aceitou voluntariamente se submeter à jurisdição da Corte IDH, tem o dever de materializar na plenitude todos os tópicos da solução judicial sob pena de uma nova condenação no plano Interamericano.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 08 mar. 2020.

_____. **Decreto nº 89, de 03 de dezembro de 1988**. Aprova a solicitação de reconhecimento da competência obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação da Convenção Americana de Direitos Humanos para fatos ocorridos a partir do reconhecimento, de acordo com o previsto no parágrafo primeiro do art. 62 daquele instrumento internacional. Disponível em: https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decleg/1998/decretolegislativo-89-3-dezembro-1998-369634-publicacaooriginal-1-pl.html. Acesso em: 28 jun. 2020.

_____. **Decreto 6.185, de 13 de agosto de 2007**. Autoriza a Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República a dar cumprimento à sentença exarada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Decreto/D6185.htm. Acesso em: 28 jun. 2020.

CASTILHO, Ricardo. **Direitos humanos**. 6. Ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 4ª ed. Ver. E atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

CONVENÇÃO de Viena sobre o Direito dos Tratados. **VIENA**. 22 maio 1969. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm. Acesso em: 28 jun. 2020.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Sentença de 20 de outubro de 2016: Caso Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde vs. Brasil**. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_318_por.pdf>. Acesso em 10 jun. 2020.

_____. **Sentença de 4 de julho de 2006: Caso Ximenes Lopes vs. Brasil**. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_149_por.pdf>. Acesso em 05 jun. 2020.

GRUBBA, Leilane Serratine; NISTLER, Regiane. O Ideal de Direitos Humanos nos Sistemas Regionais de Proteção. **Revista Direito & Paz**, São Paulo, v.1, n. 38, out. 2018. DOI: https://doi.org/10.32713/rdp.v1i38. Disponível em: http://www.revista.unisal.br/lo/index.php/direitoepaz/article/view/625/406. Acesso em: 28jun. 2020.

MARTINS, Priscila Machado. *La cosa juzgada en las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. **Revista Direito & Paz**, São Paulo, v.1, n. 36, jul. 2017. Disponível em: http://revista.unisal.br/lo/index.php/direitoepaz/article/view/611/319. Acesso em: 28 jun. 2020.
MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direitos Humanos**. 5. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

NODA, Juliana Markendorf; OLIVEIRA, Thãmisa Gonzales de. **Trabalho escravo contemporâneo: o caso trabalhadores da Fazenda Brasil Verde vs. Brasil**. In: Conjuntura Global. ISSN 2317-6563. Vol. 5. N. 2. 2016.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). **Convenção Americana sobre Direitos Humanos**. 1969. Disponível em: <http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 22 jun. 2020.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e justiça internacional:** um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano. 9. Ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. 7. Ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

RESENDE, Augusto César Leite de. **A executividade das sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos no Brasil**. In: Revista de Direito Internacional, ISSN 2237-1036. Vol, 10. N. 2. 2013.

SERRANO, Pablo Jiménez. **Doutrina dos Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Jurimestre, 2016.

GT 1 - 3
DESENVOLVIMENTO GLOBAL, DIREITOS HUMANOS, MINORIAS E GRUPOS VULNERÁVEIS III

Coordenadores:
Profa. Dra. Ana Maria Viola de Sousa (UNISAL)
Prof. Dr. Fernando de Brito Alves (UENP)
Prof. Dr. Carlos Alexandre Moraes (UniCesumar)

DESLOCAMENTOS FORÇADOS, REFUGIADOS VENEZUELANOS E O DIREITO HUMANO DE MIGRAR

Thiago Augusto Lima Alves
Graduado em Direito (UNIFOR), especialista em Direito Constitucional (URCA) e mestrando em Relações Internacionais (UNILA). E-mail: thiagolimaalves.adv@hotmail.com.

RESUMO: A crise humanitária vivenciada na Venezuela tem causado o aumento do número de solicitações de refúgio no Brasil, oriundas de venezuelanos. De acordo com os efeitos que essa situação evidencia no País, o objetivo geral do trabalho é analisar a concepção histórica do Direito Internacional dos Refugiados e as atuais legislações nacionais sobre direitos referentes a esse grupo de pessoas. A partir da análise, propõe-se uma reflexão a respeito de alguns desafios impostos à aplicação das normativas no contexto atual dos refugiados venezuelanos que chegam ao Brasil. A incursão metodológica que possibilita a realização desta investigação é direcionada por abordagens de pesquisa qualitativa e por método indutivo. O procedimento metodológico é bibliográfico e documental. Como considerações finais, verifica-se que, apesar de haver uma política migratória de defesa dos direitos humanos dos refugiados, algumas adversidades ainda estão presentes, como a efetivação das legislações, fator que impacta diretamente a vida dessas pessoas.
PALAVRAS-CHAVE: Direitos Humanos; Migração; Refugiados venezuelanos; Venezuela; Brasil.

ABSTRACT: The humanitarian crisis in Venezuela has caused an increase in the number of refugee applications in Brazil. In this context, the general objective of the work is to analyze the historical conception of international refugee law and the current brazilian laws on these rights, proposing a reflection on some challenges faced for the application of regulations in the current context of Venezuelan refugees arriving in Brazil. The methodological incursion which enables the accomplishment of this investigation is guided by a qualitative approach and the inductive method. The methodological procedure is bibliographic and documental. As concluding

remarks, it is possible to verify that, despite there being migratory policy for the defense of refugees' human rights, some adversities are also present, namely the implementation of legislation, which directly impacts the lives of these people.
KEYWORDS: Human rights; Migration; Venezuelan Refugees; Venezuela; Brazil.

INTRODUÇÃO

A proposta deste estudo inicia-se a partir do preocupante quadro relacionado aos refugiados venezuelanos que chegam ao Brasil. A análise desse quadro pressupõe a exposição de um breve percurso sobre o desenvolvimento recente do tema. No decorrer do século XX, o número de refugiados gerado pela Segunda Guerra Mundial, a internacionalização dos direitos inerentes aos seres humanos e a reflexão/revisão acerca do tema dos refugiados originaram acordos internacionais direcionados para esse grupo de pessoas.

O Brasil foi o primeiro país da América do Sul a ratificar, no ano de 1960, a Convenção Internacional de 1951, relativa ao Estatuto do Refugiado. Em razão das limitações, temporais e geográficas, evidenciadas na referida Convenção, foi estabelecido, em 1967, o Protocolo sobre o Estatuto dos Refugiados, que propositava maior alcance para a definição do termo "refugiado". Tal documento foi assinado pelo Brasil no ano de 1972. Posteriormente, o País assinou a Declaração de Cartagena, de 1984, um documento regional que influenciou a associação entre o conceito de refúgio e o de direitos humanos, especificamente em relação à dignidade das pessoas na condição de refúgio. Em 2016, o Brasil foi favorável à Declaração de Nova York sobre Refugiados e Migrantes, o que implicou continuidade à tradição de participante na solução dessas questões.

O percurso histórico ainda revela outros marcos: em agosto de 1980, foi criada a Lei nº 6.815/80 (Estatuto do Estrangeiro). Na década seguinte, foi estabelecida uma legislação para os refugiados, a Lei nº 9.474/97 (Estatuto dos Refugiados), de julho de 1997, alinhada à Convenção de Genebra de 1951, ao Protocolo Facultativo de 1967 e à Declaração de Cartagena de 1984. Em maio de 2017, foi sancionada a Lei nº 13.445/17 (Lei de Migração), que revogou a Lei nº 6.815/80. A nova normativa concebe a migração como um direito do ser humano e apresenta o desafio de superar a abordagem que considerava o estrangeiro uma ameaça à segurança nacional.

O relatório *World Migration Report* 2020, publicado pela Organização Internacional para as Migrações (OIM), estimou a existência de 272 milhões de migrantes internacionais no mundo em 2019, o que corresponde a 3,5% da população mundial. De acordo com o documento, 41 milhões de pessoas estão internamente deslocadas e quase 26 milhões de pessoas

são refugiadas. Já o Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR), em 2020, divulgou que existem 41,3 milhões de deslocados internos, 25,9 milhões de refugiados e 3,5 milhões de solicitantes de refúgio. O ACNUR concluiu ainda que o número de refugiados cresceu mais de 50% nos últimos 10 anos e que 52% dessas pessoas são crianças. O documento da Agência da ONU revelou que 57% dos refugiados do mundo são da Síria, do Afeganistão e do Sudão do Sul; os três países que mais acolhem são Turquia, Paquistão e Uganda.

Atualmente, a Venezuela passa por uma crise humanitária que tem causado efeitos no Brasil. De acordo com o ACNUR (2020), desde 2014, mais de 4,5 milhões de venezuelanos já saíram do país, o que torna essa uma das mais recentes e maiores crises de deslocamento forçado na Venezuela e no mundo. Existem, conforme dados do ACNUR (2020), mais de 650 mil solicitantes de refúgio e cerca de 2 milhões vivendo sob outras formas legais de estadias nas Américas.

Nesse contexto, o objetivo geral do trabalho é analisar o desenvolvimento histórico do Direito Internacional dos Refugiados e as atuais legislações nacionais sobre direitos concernentes a estes, a fim de propor uma reflexão sobre alguns desafios enfrentados para a aplicação dessas legislações no cenário atual dos refugiados venezuelanos que chegam ao Brasil. A incursão metodológica que possibilita a realização desta investigação é direcionada por abordagens de pesquisa qualitativa, que permitem aprofundar os entendimentos referentes à construção da legislação nacional sobre refugiados e compreender o processo internacional do fluxo de refugiados venezuelanos que chegam ao Brasil.

O método indutivo também é usado, pois uma hipótese é considerada e avaliada, para que seja confirmada ou refutada e para que, por meio da indução, chegue-se a prováveis conclusões. O procedimento metodológico é bibliográfico e documental, uma vez que é realizado a partir do levantamento de referências teóricas e de documentos oficiais já analisados e publicados. A pesquisa é de natureza básica, pois objetiva gerar novos conhecimentos que serão úteis para o avanço das discussões sobre o tema.

1 DIREITO INTERNACIONAL DA PESSOA HUMANA E DIREITO INTERNACIONAL DOS REFUGIADOS

A proteção internacional dos Direitos da Pessoa Humana é formada pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos, o Direito Internacional Humanitário e o Direito Internacional dos Refugiados. Apesar das características compartilhadas, as três realidades protetivas, no âmbito internacional, não apresentam coexistência pacífica. Segundo Trindade (2003), no entanto, o objetivo desses três Direitos, em essência, é o mesmo: a proteção do ser

humano em seus aspectos mais fundamentais e vulneráveis, a qual deve ser realizada do modo mais efetivo possível.

O Direito Internacional dos Refugiados é uma especificidade dos Direitos Humanos que pretende ganhar forças e alcançar essas pessoas que são, talvez, entre os vulneráveis, as mais desprotegidas. Assim, considera-se a existência de um sistema único de proteção da pessoa humana dividido em três grandes vertentes.

Após a Segunda Guerra Mundial, diante da atrocidade vivenciada naquele período, a comunidade internacional considerou que seria importante viabilizar meios capazes de garantir a segurança e a sobrevivência humanas. Dessa forma, depreende-se que direitos humanos são garantias individuais que objetivam a proteção dos direitos mais essenciais do ser humano em face ou de outros seres humanos – uma vez que, por serem todos essencialmente iguais, um não pode influenciar a esfera individual alheia –, ou em face do Estado (JUBILUT, 2007).

A construção dos Direitos Humanos[10] almejou a proteção do ser humano no que diz respeito à violação de direitos feita por parte do Estado, já que é no Estado que estes são exercidos, é nele que o indivíduo exerce sua personalidade jurídica, como preceitua o artigo 6º da Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948): "[...] todos os indivíduos têm direito ao reconhecimento, em todos os lugares, da sua personalidade jurídica". Somente no Estado podem ser realizadas essas garantias.

Houve, portanto, o reconhecimento desses direitos e, em seguida, sua positivação no ordenamento jurídico interno dos países. Posteriormente, eles foram levados ao âmbito universal. Para Flávia Piovesan (2017, p. 351),

> A internacionalização dos direitos humanos constitui, assim, um movimento extremamente recente na história, que surgiu a partir do pós-guerra, como respostas às atrocidades e aos horrores cometidos durante o nazismo. Apresentando o Estado como o grande violador de direitos humanos, a Era Hitler foi marcada pela lógica da destruição e da descartabilidade da pessoa humana, o que resultou no extermínio de onze milhões de pessoas. O legado do nazismo foi condicionar a titularidade de direitos, ou seja, a condição de sujeito de direitos, à pertinência a determinada raça – a raça pura ariana.

No período de pós-Segunda Guerra Mundial, surgiu a Organização das Nações Unidas (ONU), em 1945, que substituiu a Liga das Nações e apresentou os propósitos de atuar na manutenção da segurança e da paz mundial e de desenvolver uma política internacional de aspecto universal e representativo entre os Estados, com caráter totalmente apolítico,

[10] Existe uma diferença entre Direitos Humanos e Direitos Fundamentais. Estes são os direitos principais do ser humano, positivados, internamente, pelas ordens jurídicas dos Estados. Aqueles estão relacionados à liberdade e à igualdade que estão protegidas no plano internacional, ainda que não tenham respaldo em documentos internos. Utiliza-se, para efeito deste estudo, a expressão "direitos humanos", pois o assunto relacionado aos refugiados é, em essência, internacional.

humanitário e social. Jennifer Hyndman (2000, p. 3) esclarece, todavia, "que não há soluções humanitárias apolíticas capazes de lidar com deslocamentos humanos, tendo em vista que estes são eventos políticos". Em razão disso, para a autora, o humanitarismo é um processo politizado que balanceia as necessidades dos refugiados e de outras pessoas deslocadas com os interesses dos Estados – isso fica mais evidente quando se percebe que, entre os países sul-americanos, o Brasil recebe poucos refugiados.

A ONU inaugura uma nova ordem internacional, fundada em princípios que modelam e dão novo significado ao conceito de soberania e que inclusive exercem funções constitucionais – como a limitação da discricionariedade dos Estados, obrigando-os a proteger os direitos humanos (DELGADO; GUEDES, 2017). É um organismo internacional que reafirma o movimento de internacionalização dos direitos humanos, pois, se a Segunda Guerra significou a ruptura com esses direitos, o Pós-Guerra deveria significar a sua reconstrução (PIOVESAN, 2017, p. 352).

No ano de 1948, foi elaborada a Declaração Universal dos Direitos Humanos, um marco para a internacionalização do assunto. O documento enfatiza que o direito de migrar é um direito humano, conforme expresso no artigo 13°: "toda a pessoa tem o direito de livremente circular e escolher a sua residência no interior de um Estado", como também tem "o direito de abandonar o país em que se encontra, incluindo o seu, e o direito de regressar ao seu país".

A partir desse documento, direitos básicos dos seres humanos puderam fazer parte da ordem jurídica internacional, não restritos apenas aos ordenamentos jurídicos internos dos Estados. A comunidade internacional reconheceu a pessoa humana como parte direta da sociedade humana, naturalmente atuante como cidadã do seu país e igualmente cidadã do mundo, devido à proteção internacional que lhe é reconhecida.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos tem como características o universalismo, que garante os direitos a todas as pessoas, e a indivisibilidade, que protege todos os direitos. Flávia Piovesan (2010, p. 142) sintetiza o significado do documento:

> A Declaração Universal de 1948 objetiva delinear uma ordem pública mundial fundada no respeito à dignidade humana, ao consagrar valores básicos universais. Desde seu preâmbulo, é afirmada a dignidade inerente a toda pessoa humana, titular de direitos iguais e inalienáveis. Vale dizer, para a Declaração Universal a condição de pessoa é o requisito único e exclusivo para a titularidade de direitos. A universalidade dos direitos humanos traduz a absoluta ruptura com o legado nazista, que condicionava a titularidade de direitos à pertinência à determinada raça (a raça pura ariana).

Esses mecanismos funcionavam e apresentavam um núcleo jurídico internacional atento ao indivíduo em tempos de paz. Para os problemas que envolvem pessoas na condição de refúgio, por outro lado, considera-se o Direito Internacional dos Refugiados. Este apresenta seu fundamento no conceito de humanitarismo e nos princípios básicos do Direito Internacional dos

Direitos Humanos. Tem como objetivo um ponto específico da proteção do indivíduo contra perseguição sofrida em função da raça, da religião e da nacionalidade, para elencar alguns exemplos. Os refugiados recebem proteção do Direito Internacional dos Direitos Humanos e também do Direito Internacional dos Refugiados, instrumentos que trazem mais garantias e proteção para essas pessoas. Como esclarece Jubilut (2007, p. 61),

> Tal fato é extremamente positivo, pois fortalece a proteção ao refugiado, uma vez que, ao mesmo tempo em que se assegura o refúgio, livrando-o de violações de direitos relativos ao seu status civil, ele traz em si a necessidade de resguardar também os demais direitos humanos, para, com isso, aumentar o nível de proteção dado à pessoa humana.

A partir da Convenção das Nações Unidas sobre o Estatuto dos Refugiados de 1951, a tutela dos refugiados se fortaleceu, já que o artigo 1º definiu o conceito de refugiado e apresentou o princípio da não devolução – *non-refoulement* –, que impedia os países de expulsarem pessoas nessa condição de volta aos seus países de origem, onde havia perseguição e violência. Desde aquele momento, a Convenção é considerada o eixo fundador do Direito Internacional dos Refugiados (BARICHELLO; ARAUJO, 2014).

No que se refere ao conceito de refugiado, contudo, ainda havia limitações temporais e geográficas que foram tornando o Estatuto ineficaz. Devido a essas limitações, foi estabelecido, no ano de 1967, o Protocolo sobre o Estatuto dos Refugiados, que ampliou o alcance da definição desse termo. De acordo com Barichello e Araujo (2014, p. 73),

> O Protocolo buscou eliminar as limitações geográficas e temporais contidas na Convenção de 51, a qual estabelecia que somente seriam reconhecidos como refugiados aqueles que tivessem receio de serem perseguidos em consequência dos acontecimentos ocorridos antes de 1º de janeiro de 1951.

Outro valoroso documento, de âmbito regional, que corrobora os direitos dos refugiados é a Declaração de Cartagena sobre Refugiados, de 1984, a qual estabelece conexão entre as três correntes da proteção internacional – Direitos Humanos, Direito dos Refugiados e Direito Humanitário – e influencia a política migratória adotada pelo Brasil. Essa legislação nasceu dos encontros realizados entre representantes e especialistas de dez países latino-americanos na cidade de Cartagena das Índias, na Colômbia. O objetivo era debater a situação concernente ao assunto na América Latina. O Colóquio ampliou a definição do termo refugiado ao concluir, na terceira parte do documento elaborado, que havia, para esses indivíduos, "violação maciça dos direitos humanos".

Também no âmbito regional, é importante destacar a Declaração de San José sobre Refugiados e Pessoas Deslocadas, de 1994, que reconheceu a violação de direitos humanos como o motivo mais frequente para os deslocamentos e para os pedidos de refúgio, concluindo

que a proteção desses direitos é a melhor solução para prevenção das crises. O Brasil, desde os anos 1990, ratificou, ou está em processo de ratificação, da maioria dos tratados internacionais de direitos humanos, uma vez que estes são norteadores dos princípios da Constituição de 1988 e responsáveis pela existência de uma efetivação jurídica da matéria. O País também coopera com a ONU e com a Organização de Estados Americanos (OEA) para a defesa dos direitos humanos.

Um dos documentos mais recentes a respeito do tema, a Declaração de Nova York sobre Refugiados e Migrantes, de 2016, adotou vários compromissos para melhorar a proteção desses grupos. Levando em consideração que existem cada vez mais pessoas saindo dos seus lugares de origem, seja de forma voluntária ou forçada, a Declaração surge como mais um instrumento para a defesa dos direitos dos refugiados e migrantes, mas não substitui a Convenção de 1951 e o Protocolo de 1967.

Os Estados que adotam o documento se comprometem com a proteção de refugiados e reconhecem que a assistência às comunidades de acolhimento são uma responsabilidade internacional compartilhada. Os Estados, ao aderirem a Declaração de Nova York, prometem, também, apoiar respostas abrangentes, por meio do engajamento de todas as partes interessadas, para fluxos em grande escala de refugiados e para situações prolongadas dessas condições.

Ficou a cargo do ACNUR desenvolver um Marco Integral de Resposta aos Refugiados, que seria um "pacto global" sobre o assunto. De acordo com o ACNUR (2018), "o pacto global sobre refugiados é uma oportunidade única para fortalecer a resposta internacional a grandes movimentos de refugiados e a situações prolongadas de refugiados". Os objetivos desse marco são: diminuir a pressão em países de acolhimento; aumentar a autossuficiência dos refugiados; expandir o acesso a soluções de países terceiros; e apoiar condições nos países de origem para retorno com segurança e dignidade. Em dezembro de 2018, a ONU aprovou o referido acordo, o qual obteve a aprovação de 181 países. Os Estados Unidos e a Hungria votaram contrariamente ao estabelecimento do pacto. A República Dominicana, a Eritreia e a Líbia se abstiveram (EBC, 2020).

2 REFUGIADOS VENEZUELANOS NO BRASIL

A Venezuela é um país da América do Sul que faz fronteira com o Brasil, com a Colômbia e com a Guiana. A capital é Caracas e a população ultrapassa 32 milhões de habitantes. Segundo relatórios do ACNUR (2020), a partir de 2014, mais de 4,5 milhões de venezuelanos já saíram do país, fato que significou uma das mais recentes e maiores crises de deslocamento forçado no mundo. A crise que acontece na Venezuela é complexa, pois envolve outros países, petróleo e luta pela liderança da região, que se encontra atualmente sob o comando de Nicolás Maduro.

A mudança de presidente ocorrida no Brasil em 2018 e, consequentemente, a nova política externa adotada alteraram as relações diplomáticas estabelecidas entre o Brasil e o país andino, o que dificulta o processo migratório e faz o País não receber muitos refugiados, quando comparado com a Colômbia, o Equador, o Peru, o Chile e a Argentina (ACNUR, 2020).

Ainda há, contudo, a chegada de muitos desses indivíduos ao Brasil. A principal rota de entrada dos refugiados venezuelanos é pelo município de Pacaraima, no estado de Roraima. A escolha pelo País pode ser associada à posição geográfica, haja vista que a emigração fronteiriça é uma possibilidade real de ascensão social para o grande número de migrantes que vivem na região. Também devem ser consideradas as condições de proximidade e a facilidade de acesso via terrestre (RODRIGUES, 2006). Outro movimento migratório, no entanto, despertou a atenção no Brasil e precisa ser considerado: a chegada dos haitianos em 2010, situação que desafiou o governo brasileiro a olhar para sua fronteira e entender essa nova migração:

> Em 2009, havia 12 postos de fronteira terrestre da Polícia Federal, sendo que, em 2014, passaram para 29 postos de controle de entrada de estrangeiros, ampliando ao longo da faixa de fronteira a presença do controle de entrada de estrangeiros de norte a sul do Brasil (BAENINGER, 2018, p. 465).

A lógica da segurança nacional em relação aos direitos dos migrantes pode ser constatada também em 2019, quando o Brasil se desvinculou do pacto de migração[11] da ONU, que, por ser um acordo não vinculativo, não prevê punições para os signatários que não o cumprirem. O acordo versa sobre como proteger melhor os migrantes e sobre como integrá-los à sociedade; além disso, estabelece regras para enviá-los de volta a seus países de origem. Assinado ao final do governo Temer, o pacto, sob o governo Bolsonaro, passou a ser indesejado. Como justificativa, o chefe do Poder Executivo afirmou que "o Brasil é soberano para decidir se aceita ou não migrantes", conforme reportagem da *Deutsche Welle* **(**DW), publicada em 09 de janeiro de 2019.

Ao estabelecer uma condicionante para aceitar migrantes (nessa lógica, por conseguinte, também refugiados), o governo brasileiro viola o artigo 13º da Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948), que indicou a migração como um direito humano, a Convenção de Refugiados de 1951 e outros instrumentos legais internacionais sobre refugiados, direitos humanos e direito humanitário. Essa postura evidencia o caráter pouco inclusivo que ainda se observa nas leis brasileiras sobre o tema e revela a adoção de uma política desfavorável e hostil pelo País no plano externo, a partir da contrariedade a decisões políticas de mais de 160 países assinantes do Pacto de Migração. Esses fatores destoam da tradicional postura diplomática brasileira.

[11] A Declaração de Nova York, de 2016, deu origem a dois acordos, um sobre os refugiados e outro sobre os migrantes. Em 2019, o Brasil optou por se retirar do pacto sobre migrações.

Sobre as razões motivadoras de migração para a população venezuelana, Abdelmalek Sayad (1979, p. 54) entende que o "imigrante é essencialmente uma força de trabalho, e uma força de trabalho provisória, temporária, em trânsito". No caso dos refugiados venezuelanos, no entanto, não é apenas o trabalho que os faz saírem de seu país de origem. Emma Haddad explica a diferença entre esse imigrante que busca emprego – sendo esta a principal e única razão para sair de seu país (Sayad, 1979) – e os refugiados:

> Outros estrangeiros, como migrantes e imigrantes, podem, é claro, representar um desafio à identidade ou composição étnica de uma comunidade. No entanto, seu movimento transnacional tem sido uma das opções e eles permanecem enraizados na relação estado-cidadão "normal". A refugiada, por outro lado, não teve escolha em deixar seu país de origem. Ela foi forçada a sair da comunidade política doméstica de seu estado de origem e chega às fronteiras de um estado anfitrião solicitando entrada (HADDAD, 2008, p. 7, tradução nossa[12]).

Nesse caso, a partir do momento em que fogem da violência sofrida no país de origem – necessitando, assim, que o Estado revise suas situações e os receba permanentemente –, tornam-se solicitantes do refúgio e, em seguida, refugiados. Essa categoria é enquadrada em determinada legislação e em específica política pública, cujo objetivo principal é proporcionar proteção.

3 LEGISLAÇÃO MIGRATÓRIA NO BRASIL

A legislação migratória brasileira se baseia, essencialmente, na Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB/88), na Lei nº 9.474, de 1997, e na Lei nº 13.445, de 2017. Esse conjunto de normativas foi considerado importante pelo ACNUR por tratar da proteção aos refugiados e por ser referência para os demais países da América do Sul. Sobre o assunto, Antônio de Aguiar Patriota (2017, p. 173, tradução nossa[13]) explica:

> O Brasil atribui grande prioridade à proteção de migrantes, refugiados e pessoas impedidas de receber dinheiro. É parte da Convenção sobre Refugiados de 1951 e seu Protocolo de 1967, da Convenção de Apátridas de 1954 e da Convenção de 1961 sobre a Redução da Apatridia, e submeteu a adesão à Convenção sobre os Direitos dos Trabalhadores Migrantes para Aprovação do Congresso.

---

[12] Texto original: "*Other foreigners such as migrants and immigrants may of course present a challenge to the identity or ethnic make-up of a community. Yet their transnational movement has been one of choice and they remain rooted in the 'normal' state–citizen relationship. The refugee, in contrast, has had no choice in leaving her country of origin. She has been forced outside the domestic political community of her state of origin and arrives at the borders of a host state requesting entry*".

[13] Texto original: "*Brazil attaches great priority to the protection of migrants, refugees and stateless persons. It is party to the 1951 Refugee Convention and its 1967 Protocol, to the 1954 Convention on Stateless Persons and to the 1961 Convention on the Reduction of Statelessness, and has submitted the accession to the Convention on the Rights of Migrant Workers for Congressional approval*".

O procedimento para a solicitação e a concessão do refúgio no Brasil, resumidamente, acontece da seguinte forma: primeiro, solicita-se a condição de refugiado à Polícia Federal nas fronteiras; a análise do pedido é realizada pela Cáritas Arquidiocesanas; em seguida, a decisão é proferida, em primeira instância, pelo Comitê Nacional para os Refugiados (CONARE)[14]; dessa decisão, caso seja negado o reconhecimento do *status* de refugiado, abre-se outra fase, o recurso cabível da decisão negativa do CONARE, direcionado para o Ministro da Justiça, que decidirá em último grau de recurso.

A CRFB/88[15], em seu artigo 1º, aborda os fundamentos que constituem o Estado Democrático de Direito, como a dignidade da pessoa humana. Já o artigo 3º revela que, entre os objetivos fundamentais do Brasil, estão os de "[...] construir uma sociedade livre, justa e solidária" e de "[...] promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação". O artigo 4º idealiza a existência de um país integrado com a comunidade internacional, o qual colabore para o desenvolvimento das outras nações e para o fortalecimento dos direitos humanos:

> No esforço de reconstrução dos direitos humanos do Pós-Guerra, há, de um lado, a emergência do Direito Internacional dos Direitos Humanos, e, de outro, a emergência da nova feição do Direito Constitucional ocidental, aberto a princípios e a valores, com ênfase no valor da dignidade humana. Por sua vez, no âmbito do Direito Constitucional ocidental, testemunha-se a elaboração de textos constitucionais abertos a princípios, dotados de elevada carga axiológica, com destaque ao valor da dignidade humana (PIOVESAN, 2017, p. 353 e 354).

O texto da CRFB/88 não discorre expressamente sobre os refugiados, mas estes estão inseridos no princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III, CRFB/88) e na prevalência dos direitos humanos e da concessão de asilo político (art. 4º, incisos II e X, CRFB/88). Além desses dispositivos, existe o artigo 5º, o qual assegura que "[...] 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". Segundo Jubilut (2007, p. 181),

> Com base nesses princípios, pode-se afirmar que os alicerces da concessão do refúgio, vertente dos direitos humanos e espécie do direito de asilo, são expressamente assegurados pela Constituição Federal de 1988, sendo ainda elevados à categoria de princípios de nossa ordem jurídica. Sendo assim, a Constituição Federal de 1988

[14] A atribuição do CONARE será abordada com mais detalhes no próximo tópico do trabalho.

[15] A Constituição deveria ser um símbolo de repactuação social e democrática do País, porém, seus princípios constitucionais confrontam com o legado autoritário que a Lei nº 6.815/80 havia trazido dos anos de opressão vividos pelo Brasil. O tema é complexo, mas, durante 37 anos, a referida lei (fundamentada no paradigma da segurança nacional e da proteção ao mercado de trabalho interno) produziu efeitos no ordenamento jurídico brasileiro até, finalmente, ser revogada pela Lei nº 13.445/17.

> estabelece, ainda que indiretamente, os fundamentos legais para a aplicação do instituto do refúgio pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Nesse sentido, além de obrigar o Brasil a zelar pelos direitos humanos e a respeitá-los, a concessão do refúgio seria uma forma de efetivação dos dispositivos constitucionais, de modo que os princípios estariam sendo cumpridos e a igualdade estaria assegurada, o que gera segurança jurídica sobre o tema. É importante salientar que o refugiado, uma vez reconhecido pelo País, goza de igualdade perante os brasileiros natos e naturalizados, pois é detentor dos direitos sociais preceituados pelo artigo 6º da CRFB/88, mas não tem direito de votar nem de ser votado, o que incita uma complexa e necessária discussão sobre sua cidadania.

O Brasil, em 1997, estabeleceu uma lei específica para os refugiados: a Lei nº 9.474, de 22 de julho de 1997, que indicou os critérios para se atribuir o *status* de refugiado e que também determinou o procedimento para o devido reconhecimento dessa condição. A lei é responsável pela criação do CONARE, órgão administrativo que contempla o tema no País.

A Lei nº 9.474/97 foi produzida a partir do Programa Nacional de Direitos Humanos, de 1996, e elaborada pelo governo brasileiro em conjunto com o ACNUR (PNDH, 1996). A referida legislação é conhecida como umas das mais avançadas do mundo e é pioneira na América Latina, "[...] sendo usada como parâmetro para inúmeros outros países, pois traz uma ampla abordagem de situações que caracterizam o *status* de refugiado" (PEREIRA, 2004, p. 36). Apesar de ser considerada uma legislação importante em âmbito internacional, ainda não é tão avançada quanto normativas como as do México e as da Argentina, pois nesses países a legislação específica para os refugiados abrange a questão de gênero como fundamento de perseguição e de concessão do refúgio.

No ano de 2017, foi aprovada no Brasil a Lei nº 13.445, que revogou o Estatuto do Estrangeiro (Lei nº 6.815/80). A nova legislação, responsável por regulamentar as questões de migração, deveria representar um pleno avanço para a ordem constitucional, tanto devido ao processo de mobilização social – uma vez que sua inicialização contou com a participação da sociedade –, quanto devido à expectativa de superar a herança autoritária que detinha a antiga lei.

No entanto, a forma como se consolidou o processo legislativo e, acima de tudo, a fundamentação dos vetos da Presidência da República, também presentes no decreto de regulamentação da nova lei, demonstraram que o instituto do refúgio era abordado a partir da lógica de segurança nacional, já bem conhecida na época da Ditadura Militar.

Os elementos trazidos pelo novo marco legal são importantes e foram celebrados por muitos pesquisadores, movimentos e representantes da sociedade civil afeitos ao tema das migrações. Dentre os avanços, destacaram-se a desburocratização do processo de regulação

migratória, a institucionalização da política de vistos humanitários e a não criminalização dos indivíduos por razões migratórias. A lei nova prevê, ainda, a inclusão social, laboral e produtiva do migrante, por meio de políticas públicas, e o acesso igualitário e livre a serviços, programas e benefícios sociais, bens públicos, educação, assistência jurídica integral pública, trabalho, moradia, serviço bancário e seguridade social (SARTARETTO; BAGGIO, 2019).

Tais medidas, contudo, devem, hoje, ser avaliadas com cautela e criticidade, considerando-se o momento histórico atual e as inúmeras dificuldades que a legislação teve de superar em relação ao antigo processo político imposto ao País. Durante os 21 anos de ditadura militar no Brasil (1964 – 1985), o estrangeiro era visto predominantemente como um inimigo: havia a crença de que era nocivo à nação, quer seja porque ele representaria um risco para a segurança nacional, quer seja porque "roubaria" empregos dos brasileiros.

A transição do período ditatorial para a reabertura democrática no País foi "lenta, gradual e segura", conforme slogan elaborado pelo comando do regime militar, responsável por essa transição. Esse caráter prejudicou a viabilização de debates mais amplos sobre o significado da reabertura. O processo também contribuiu para que as violações aos direitos humanos ocorridas nos anos de chumbo não fossem efetivamente enfrentadas (SARTARETTO; BAGGIO, 2019).

Essas características fizeram com que a CRFB/88, apesar dos seus inegáveis avanços na defesa dos direitos humanos e fundamentais, continuasse a reproduzir, sutilmente, a lógica autoritária contra os estrangeiros, porque a Lei nº 6.815/80 permanecia produzindo efeitos no ordenamento jurídico do País. No início do século XXI,

> Em razão da migração de retorno, de novos fluxos migratórios que foram se organizando em direção ao país e da falta de harmonização entre o Estatuto do Estrangeiro e a CF/88, foi necessária uma intensa produção de normas relativas às questões de migrações, sobretudo por meio de instrumentos infralegais – como as resoluções de órgãos colegiados – o que não significou uma necessária articulação do tema em termos de elaboração de uma nova política nacional sobre migrações, ao contrário, foi tornando a aplicação dessas normativas cada vez mais complexa (CLARO, 2015, p. 121).

A nova realidade migratória que o Brasil experienciava e as inúmeras legislações infralegais que não conseguiam suprir a demanda dessa nova realidade foram os combustíveis para que a sociedade exigisse uma legislação mais adequada ao novo momento do País.

4 O CONARE E A OPERAÇÃO ACOLHIDA

O Comitê Nacional para os Refugiados (CONARE) foi criado por meio da lei nº 9.474/97 e é encarregado de revisar e decidir todas as solicitações de refúgio no Brasil. Ele

também é a autoridade responsável por definir a política brasileira de refúgio. Está ligado ao Ministério da Justiça e é constituído por representantes dos Ministérios da Justiça, das Relações Exteriores, do Trabalho e Emprego, da Saúde e da Educação, assim como por representantes da Polícia Federal e de organizações da sociedade civil dedicadas à assistência, integração local e proteção dos refugiados no País. O ACNUR e a Defensoria Pública da União têm um assento no CONARE com direito de voz, mas não de voto.

A atuação do Comitê não se limita ao registro dos refugiados, pois ele atua também na formulação de políticas que promovem a integração dessas pessoas ao País, garantindo a documentação básica de identificação e trabalho e possibilitando, além da livre circulação pelo território nacional, o acesso a outros direitos civis, como saúde e educação. Vale destacar que o registro facilitado pelo órgão tem uma função importante para a promoção de políticas públicas, pois por meio dele são gerados gráficos estatísticos.

Desde o início de sua existência, no ano de 1998, o CONARE já realizou mais de 70 reuniões plenárias e mais de 13 reuniões extraordinárias. Esses encontros dedicam-se a analisar as solicitações de refúgio, para o reconhecimento ou não da condição de refugiados por parte dos solicitantes. Também se decide a cessação ou a perda da condição de refugiado.

De acordo com a 4ª edição do relatório Refúgio em Números, publicado em 2019 pelo CONARE, o Brasil reconheceu, entre 2011 e 2018, 11.231 pessoas refugiadas. O Comitê decidiu, em 2018, 13.083 processos; destes, reconheceu elegibilidade a 777, arquivou 2.165 e extinguiu 3.949.

A atuação do Comitê é necessária, mas, conforme Moreira (2012, p. 210), "[...] o CONARE se voltou, desde o início de seu funcionamento, para a função de elegibilidade, deixando em segundo plano a atribuição de prover medidas relativas à proteção, assistência e apoio jurídico aos refugiados [...]". Outro problema que dificulta o cumprimento da Lei nº 9.474/97 é não haver uma delimitação das políticas públicas de integração local dos refugiados, o que revela uma generalização do assunto, pois não se incentiva o desenvolvimento de estratégias para o estabelecimento dessa integração.

Uma questão crítica, como cita Jubilut (2006, p. 40), é "[...] o fato de o CONARE estar ligado ao Executivo, o que pode levar a decisões políticas […]". Para a autora, além disso, há "[...] falta de políticas públicas para os refugiados [...]", algo que impacta a efetivação dos acordos internacionais firmados, os quais garantem dignidade à pessoa do refugiado. Esse fato ficou evidente no ano de 2017, quando o Governo Federal demorou a agir por meio de um plano eficaz para receber a numerosa quantidade de refugiados venezuelanos que chegavam pela fronteira da Venezuela com o Estado de Roraima.

Esse estado brasileiro teve que urgentemente acolher as pessoas que ingressavam pelo município de Pacaraima e que depois iam em direção a Boa Vista, capital do Estado. Sem muitos recursos e planejamento, Roraima rapidamente apresentou um aumento significativo da violência e o colapso do sistema de saúde. Depois de alguns meses, o Governo Federal lançou a Operação Acolhida, que através do programa de interiorização, consistia em distribuir grupos de refugiados em outras cidades do País, como Rio de Janeiro, São Paulo e cidades do interior do estado do Paraná.

A Operação Acolhida, criada pelo Governo Federal, estrutura-se no ordenamento da fronteira (preparação da fronteira para receber os refugiados), no abrigo (para acomodação em abrigos e disponibilização de alimentação, educação, cuidados em saúde e proteção) e na interiorização (transporte dos refugiados para diferentes regiões do País). Assim como o CONARE, a Operação Acolhida sofre influência direta do chefe do Poder Executivo. Sua organização é feita por militares do Exército, da Aeronáutica e da Marinha sob intensa propaganda, por parte da administração pública federal, dos trabalhos realizados com esse grupo de pessoas.

Ao cruzarem a fronteira brasileira, os refugiados venezuelanos que entram pela cidade de Pacaraima são direcionados a um Posto de Recepção e Identificação (PRI). O local é responsável por controlar e organizar o fluxo migratório, realizando a expedição de documentos e oferecendo auxílio médico. O atendimento ao fluxo de refugiados e migrantes na fronteira do Brasil com a Venezuela começa nas estruturas montadas para assegurar recepção, identificação, fiscalização sanitária, imunização, regularização migratória e triagem dos refugiados e migrantes venezuelanos (GOVERNO FEDERAL, 2020).

A Operação Acolhida conseguiu regulamentar 264.865 venezuelanos, realizar 216.738 atendimentos sociais e emitir 251.670 Cadastros de Pessoa Física e 89.173 carteiras de trabalho. Outra forma de atuação, já citada nesta pesquisa é através da estratégia da interiorização, que desloca refugiados e migrantes venezuelanos de Roraima para outros estados brasileiros com apoio do Governo Federal. É a principal tática do governo brasileiro para promover a inclusão socioeconômica dos refugiados e migrantes venezuelanos. Entre os anos de 2018, 2019 e até junho de 2020, já foram interiorizadas mais de 35.567 pessoas para mais de 376 cidades brasileiras em 24 Unidades da Federação (GOVERNO FEDERAL, 2020).

Ao chegarem às cidades, no entanto, os refugiados venezuelanos continuam enfrentando constantes problemas para serem incluídos na sociedade. Conforme Simões et al. (2017, p. 21-48), o Relatório sobre o Perfil Sociodemográfico e Laboral da Imigração no Brasil evidenciou que somente 38,9% dos venezuelanos tiveram acesso aos serviços de saúde, 10,4% aos serviços educacionais e 2,2% aos serviços de assistência social. Sobre os que têm certificado de ensino

superior, a pesquisa evidencia que 90,48% não conseguem a revalidação dos diplomas, fato que impacta negativamente no sucesso de conseguirem emprego em suas áreas de formação.

O percentual que frequentou ou frequenta curso de português no Brasil é de 53,66%, um índice baixo, porque mais de 48% dos entrevistados falam outro idioma além daqueles perguntados (português, francês, inglês, espanhol e árabe). Além disso, salienta-se que 7,1% deles estão sem documentação no Brasil, 22,8% possuem carteira de trabalho e 29% obtiveram Cadastro de Pessoa Física. Patriota (2017, p. 174, tradução nossa[16]) defende:

> O exercício da responsabilidade para com migrantes, refugiados e pessoas apátridas não deve se limitar a oferecer reassentamento. Deveria também envolver esforços visando garantir sua total integração nas sociedades anfitriãs. Isso inclui proporcionar condições de vida decentes, proteger os migrantes e refugiados da discriminação e deportação arbitrária e combater o desânimo xenofóbico.

Para haver uma plenitude da dignidade humana e uma possível integração dessas pessoas no Brasil, é necessário mais do que oferecer abrigos, alimentação e operações de acolhidas. Os refugiados que chegam ao País querem recomeçar suas vidas e construir um futuro com perspectivas reais, tanto para eles, quanto para os filhos, e para isso é fundamental que haja documentos de identificação para todos, que seja permitida a sua entrada formal no mercado de trabalho, que eles consigam estudar e dominar o idioma e que estejam participando da sociedade de forma segura, sem preconceitos e violências. Não deve ser permitido, portanto, visualizar a humanidade como sujeito de Direito a partir da ótica do Estado; impõe-se reconhecer os limites do Estado a partir da ótica da humanidade. (TRINDADE; ROBLES, 2003).

CONCLUSÃO

Os fluxos migratórios sempre existiram na história da humanidade, mas somente a partir do século XX começou a ser discutida a proteção daqueles que foram forçados a fugir em busca de refúgio. A despeito da internacionalização dos direitos humanos e da ampliação do conceito de refugiado, a efetivação desses direitos é sensível à vontade política dos países.

No Brasil, a política migratória revelou, sem dúvidas, muitos avanços. Apesar dos erros e da inoperância administrativa, o País mostrou-se assertivo ao assinar os acordos internacionais para proteção dos refugiados. Internamente, no período democrático, houve a criação de um sistema jurídico migratório audacioso, porque garantiu a pluralidade de direitos aos refugiados,

[16] Texto original: "*The exercise of responsibility towards migrants, refugees and stateless persons should not be limited to offering resettlement. It should also entail efforts aimed at ensuring their full integration into host societies. This includes providing decent living conditions, protecting migrants and refugees from discrimination and arbitrary deportation, and combating xenophobic discourse*".

mas ainda com resquícios da ideologia da segurança nacional, timidamente mascarada por políticas públicas pouco eficientes. O País conta com um aparato legislativo muito importante, porém falta vontade política para que a lei seja efetivada de forma correta.

A Operação Acolhida, enquanto tentativa de "resolução do problema", não é suficiente para, de fato, ajudar os refugiados. Depois que são levados às cidades pelo programa de interiorização, esses indivíduos contam com a ajuda da sociedade e de ONGs; a participação estatal, portanto, é ínfima. Esse *modus operandi* aumenta a desigualdade entre as pessoas refugiadas e dificulta a integração.

Enquanto as questões concernentes aos refugiados venezuelanos forem tratadas sob o viés securitivo ou sob a perspectiva de serem um "problema" a ser administrado e resolvido a partir da lógica soberana estatal, não haverá uma melhor alternativa adotada pelo Brasil para o assunto. Se direitos humanos continuarem a ser relativizados, o fosso social ficará maior e os países se tornarão mais isolados. Em um mundo movido pelo multilateralismo, o isolamento em questões de direitos humanos parece ser o mais difícil caminho a ser percorrido.

REFERÊNCIAS

ACNUR, Agência da ONU para Refugiados. **Protegendo Refugiados no Brasil e no Mundo**. Disponível em: https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/Publicacoes/2018/Cartilha_Protegendo_Refugiados_No_Brasil_2018.pdf?file=fileadmin/Documentos/portugues/Publicacoes/2018/Cartilha_Protegendo_Refugiados_No_Brasil_2018. Acesso em: 19 jun. 2020.

BARICHELLO, Stefania Eugenia; ARAUJO, Luiz Ernani Bonesso de. **Aspectos históricos da evolução e do reconhecimento internacional do status de refugiado**. Universitas Relações Internacionais, Brasília, v. 12, n. 2, p. 63-76, jul. 2014. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/272019669_Aspectos_historicos_da_evolucao_e_do_reconhecimento_internacional_do_status_de_refugiado>. Acesso em: 09 maio 2020.

CLARO, Carolina de Abreu Batista. **As migrações internacionais no Brasil sob uma perspectiva jurídica**: análise da legislação brasileira sobre estrangeiros entre os séculos XIX e XXI. Cadernos OBMIGRA. Brasília, v. 1, n. 1, p. 119-210, 2015.

DELGADO, Tiago Medeiros; GUEDES, Henrique Lenon Farias. **Constitucionalismo Internacional e proteção de Direitos Humanos na implementação de resoluções do Conselho de Segurança das Nações Unidas**. In Menezes, W. (Org.). XV Congresso Brasileiro de Direito Internacional. 2017, Florianópolis. Direito Internacional em Expansão - Volume XII. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017. p. 10-31. Disponível em: <https://drive.google.com/file/d/15sI9dS2SD1mbxZ4BCRNUdOz96FWmqb-D/view>. Acesso em: 07 maio 2020.

DW, **Deutsche Welle. Brasil deixa pacto de migração da ONU**. Disponível em: https://www.dw.com/pt-br/brasil-deixa-pacto-de-migra%C3%A7%C3%A3o-da-onu/a-47005898. Acesso em 07 set. 2020.

GOVERNO FEDERAL. **Operação Acolhida**. Disponível em: <https://www.gov.br/acolhida/historico/>. Acesso em: 11 ago 2020.

HADDAD, Emma. **The Refugee in International Society**: between sovereigns. Oxford: Cambridge University Press, 2008.

HYNDMAN, Jennifer. **Managing displacement**: refugees and the politics of humanitarianism. Minnesota: University of Minnesota Press, 2000.

IOM, International Organization for Migration –. **World Migration Report 2020**. Geneva: 2020. Disponível em: <https://publications.iom.int/es/system/files/pdf/wmr_2020.pdf>. Acesso em: 07 maio 2020.

JUBILUT, Liliana Lyra. **O Direito Internacional dos Refugiados e sua aplicação no orçamento jurídico brasileiro**. São Paulo: Método, 2007. 240 p.

_____. **Refugee Law and Protection in Brazil**: a model in South America? Journal of Refugee Studies. Oxford, v. 19, n. 1, p. 22-44, 2006.

JUSTIÇA, Secretaria Nacional de. **Refúgio em Números**. 4. ed. Brasília: SNJ, 2019.

MOREIRA, Julia Bertino. **Política em relação aos refugiados no Brasil (1947-2010)**. 2012. 377 f. Tese (Doutorado) - Curso de Ciência Política, Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 2012.

PATRIOTA, Antônio de Aguiar. **State Responsibility in the protection of migrants, refugees and stateless persons**. Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional: Boletim 100 anos. Belo Horizonte, v. 103. p. 165-175, 2017. Disponível em: <https://drive.google.com/file/d/1U8Jym4r61ghZelJj_HgNoJM-0kPJltMd/view>. Acesso em: 08 maio 2020.

PEREIRA, Gustavo Oliveira de Lima. **Direitos Humanos e hospitalidade**: a proteção internacional para apátridas e refugiados. Atlas, 08/2014.
PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional internacional**. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **Temas de Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 7. ed., 2017.

PNDH. **Programa Nacional de Direitos Humanos**. Brasília, 1996. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Direitos-Humanos-no-Brasil/i-programa-nacional-de-direitos-humanos-pndh-1996.html>. Acesso em: 27 jun 2020.

RODRIGUES, Francilene. **Migração transfronteiriça na Venezuela**. Dossiê Migração, São Paulo, v. 20, n. 57, ago. 2006. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103-40142006000200015&script=sci_arttext&tlng=pt>. Acesso em: 23 mar. 2020.

SARTARETTO, Laura Madrid; BAGGIO, Roberta Camineiro. **O processo de construção do novo marco legal migratório no Brasil**: entre a ideologia da segurança nacional e o direito humano a migrar. Revista Direitos Fundamentais & Democracia, Curitiba, v. 24, n. 3, p. 27- 59, 12 dez. 2019. Disponível em: <https://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/1299>. Acesso em: 01 maio 2020.

SAYAD, Abdelmalek. **O que é um imigrante?** Peuples Méditerranéens, Lyon, v. 7, p. 3-23, abr. 1979. Disponível em: <https://www.academia.edu/23966139/Abdelmalek_Sayad_-_A_imigrac_a_o_ou_os_paradoxos_da_alteridade>. Acesso em: 12 maio 2020.

SIMÕES, Gustavo da Frota et al (Org.). **Perfil Sociodemográfico e Laboral da imigração venezuelana no Brasil**. Curitiba: Editora CRV, 2017. Disponível em: <https://editoracrv.com.br/produtos/detalhes/32684-detalhes>. Acesso em: 14 set. 2019.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2003.

_____; ROBLES, Manuel E. Ventura. **El Futuro de la Corte Interamericana de Derechos Humanos**. San José: Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2003. 321 p. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/futuro-corteidh.pdf>. Acesso em: 04 maio 2020.

O ABRAÇO IMAGINÁRIO DE “FLICTS” E “MERSENE”: UMA VISÃO POÉTICA SOBRE A PROTEÇÃO DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES REFUGIADOS NO BRASIL

Luciana Gonçalves Dias
Mestranda em Direito pelo Centro Universitário Salesiano de São Paulo (UNISAL). Integrante do GP "Minorias, Vulnerabilidade e Tutela dos Direitos Individuais e Coletivos" do Curso de Mestrado Concretização dos Direitos Sociais, Difusos e Coletivos do UNISAL/Lorena. Pós-graduada em Direito Público pela Universidade Veiga de Almeida. Graduada em Direito pela Universidade Federal de Juiz de Fora. Oficial do Quadro Complementar do Exército Brasileiro, especialidade Direito. Lattes ID: 7956330817764772. Orcid ID: 0000-0002-4167-5528.

Regina Vera Villas Bôas
Doutora em Direito Difusos e Coletivos e em Direito das Relações Sociais, Mestre em Direito Relações Sociais, Graduada em Direito, todos pela PUC/SP. Pós-Doutora em Democracia e DH pelo “Ius Gentium Conimbrigae” (Univ. Coimbra). Professora e Pesquisadora pela PUC/SP e UNISAL/SP (Lorena) nos Programas de Graduação e Pós-Graduação em Direito. Coordenadora do Juizado Especial Cível e do PP “Efetividade dos Direitos/Sociais/Difusos/Coletivos: Diálogos das Fontes” na PUC/SP. Vice-Líder do GP GP "Minorias, Vulnerabilidade e Tutela dos Direitos Individuais e Coletivos" e coord. do PP “DH e DF: Vulnerabilidades/Instrumentos de Concretização”, integrando o Obs. Violências nas Escolas (UNESCO). Lattes ID: 4695452665454054. Orcid ID: 0000-0002-3310-4274.

RESUMO: O presente trabalho apresenta reflexão transdisciplinar sobre a problemática das crianças e dos adolescentes refugiados no Brasil, contribuindo com uma visão poética quanto ao sistema protetivo dos direitos humanos de pessoas hipervulneráveis em deslocamento forçado. A análise é construída a partir dos vieses das obras literárias “FLICTS” – de Ziraldo; e “A Menina que Abraça o Vento” – de Fernanda Paraguassu. O método eleito é o analítico-dedutivo, por intermédio de pesquisa bibliográfica, doutrinária e normativa, mormente a Convenção de Genebra sobre o Estatuto dos Refugiados de 1951; a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988; e a Lei Federal n° 9.474 de 1997 – com reconhecida redação humanitária e inspirada na Declaração de Cartagena de 1984. Adota como marcos teóricos produções científicas que dialogam sobre migração, hermenêutica jurídica e políticas de inclusão - relevantes no contexto da celebração dos 30 anos do Estatuto da Criança e do Adolescente e facilitadoras da interface proposta entre Direito-Literatura.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos Humanos; Crianças e Adolescentes Refugiados; Hipervulneráveis; Hermenêutica Jurídica; Inclusão.

ABSTRACT: This paper presents a transdisciplinary reflection on the problem of refugee children and adolescents in Brazil, contributing with a poetic vision regarding the protective system of human rights of hypervulnerable people in forced displacement. The analysis is based on the bias of the literary works "FLICTS" - by Ziraldo; and "A Menina que Abraça o Vento" - by Fernanda Paraguassu. The method chosen is the analytical-deductive, through bibliographic, doctrinal and normative research, especially the 1951 Geneva Convention on the Status of Refugees; the 1988 Constitution of the Federative Republic of Brazil; and Federal Law n° 9.474 of 1997 - with a recognized humanitarian wording and inspired by the 1984 Cartagena Declaration. It adopts as theoretical frameworks scientific productions that dialogue about migration, legal hermeneutics and inclusion policies - relevant in the co ntext of the celebration of the 30th anniversary of the Statute of the Child and Adolescent and facilitators of the proposed interface between Law-Literature.

KEYWORDS: Human Rights; Refugee Children and Adolescents; Hypervulnerable; Legal Hermeneutics; Inclusion.

INTRODUÇÃO

Conforme história infantil escrita por Fernanda Paraguassu a partir de pesquisa/observação pessoal no PARES Cáritas RJ[1], a pequena Mersene, sua mãe e seus irmãos, foram forçados a migrar de seu país – a República Democrática do Congo – em razão da violência civil e dos diversos conflitos armados registrados na região há pelo menos duas décadas[2]. Assim como a menina que abraça o vento para amenizar a saudade de seu pai que permaneceu no Continente Africano, um número crescente de crianças e adolescentes[3] – das mais variadas nacionalidades – correm o mundo e adentram o território brasileiro todos os anos, acompanhadas ou não, em busca de um lugar – "do seu lugar" (ZIRALDO, 2019, p. 42) – para viver com dignidade.

Flicts (ZIRALDO, 2019) em sua busca insistente encontrou a Lua, Mersene o Brasil. Mas como o Estado Brasileiro tem atuado – por intermédio de seus representantes governamentais - para salvaguardar os direitos humanos dos solicitantes de refúgio: aqueles que por definição legal (BRASIL, 1997) encontram-se fora de seus países de origem devido a

[1] Programa de Atendimento a Refugiados e Solicitantes de Refúgio da Arquidiocese do Rio de Janeiro (RJ) com o apoio da Agência da ONU para Refugiados (ACNUR).

[2] Conforme informações do Comitê Internacional da Cruz Vermelha (CICV) sobre o conflito na República Democrática do Congo. Disponível em: https://www.icrc.org/pt/o-conflito-na-republica-democratica-do-congo. Acesso em: 24 set. 2020.

[3] Segundo dados divulgados pelo Comitê Nacional para os Refugiados (CONARE) na 4ª edição do relatório "Refúgio em Números". Disponível em: https://www.acnur.org/portugues/dados-sobre-refugio/dados-sobre-refugio-no-brasil/. Acesso em: 24 set. 2020.

fundados temores de perseguição por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas, bem como devido à grave e generalizada violação de direitos humanos?

Nesse sentido, o artigo tem como objetivo central discutir se o sistema protetivo vigente aos refugiados revela-se adequado às necessidades de inclusão das crianças e dos adolescentes – mormente em razão das estatísticas hodiernas globais[4] e de sua condição de hipervulnerabilidade etária – e se as políticas públicas mostram-se suficientes às novas demandas e/ou demasiadamente (in)dependentes das ações oriundas de organizações da sociedade civil parceiras da Agência da ONU para Refugiados (ACNUR). As hipóteses delineadas no bojo da pesquisa buscam investigar se o migrante é reconhecido no Brasil como sujeito de direitos e se a base principiológica constitucional possui força de integração para coser eventuais lacunas no sistema normativo.

O método eleito foi o analítico-dedutivo, por meio de pesquisa bibliográfica, doutrinária e normativa, tendo como marcos teóricos relevantes obras científicas e literárias – com destaque para "FLICTS" – de Ziraldo; e "A Menina que Abraça o Vento" – de Fernanda Paraguassu.- que dialogam sobre migração, hermenêutica jurídica e políticas de inclusão - relevantes no contexto da celebração dos 30 anos do Estatuto da Criança e do Adolescente e facilitadoras da interface proposta entre Direito-Literatura.

Finalmente, calcado nas reflexões heideggerianas (HEIDEGGER, 2007) sobre a relação obra de arte e realidade, o estudo propõe como contribuição lançar um olhar estético-filosófico sobre as relações assimétricas e as urgências do refúgio infantojuvenil, ressaltando o porquê crianças e adolescentes carecem de acolhimento especial perante a lei e perante os afetos. Trata-se de retirar o véu da invisibilidade pela arte e propor novos paradigmas humanitários para a condução dos debates.

2 O ABRAÇO IMAGINÁRIO ENTRE "FLICTS" E "MERSENE": DIÁLOGO DAS FONTES E DOS AFETOS

O sucesso do livro de ZIRALDO (2019), lançado em 1969, pode ser confirmado[5] pelas primeiras tiragens esgotadas e pela crítica especializada: que há mais de 50 anos vem reconhecendo seu pioneirismo estético. Todavia, é seu elemento poético atemporal – aquele sentimento poderoso associado à sua leitura e já relatado por Carlos Drummond de Andrade,

[4] "Na verdade, ao se elaborar os documentos de proteção à pessoa humana e sobre os refugiados, ao longo do século XX, e sobre a proteção das crianças já no fim do século passado, não se imaginou que esse grupo infantojuvenil iria, um dia, configurar mais de 50% (cinquenta por cento) dos refugiados no mundo, nem que o refúgio seria um tema tão dinâmico e que perduraria por tanto tempo." (SANTOS, 2020, p. 221).

[5] Dados e depoimentos extraídos da parte introdutória da Edição Comemorativa de 50 anos da obra "FLICTS" (ZIRALDO, 2019).

Rachel de Queiroz, Millôr Fernandes, assim como tantos outros expoentes do cenário acadêmico e das artes no país – que contemporâne[imaginari]amente conecta Flicts – uma cor em busca de um lugar amigo à Mersene – uma refugiada congolesa que tem sua história retratada, no ano de 2017, com singular humanidade por PARAGUASSU (2017).

Logo na primeira página de "A Menina que Abraça o Vento", verifica-se um instigante sinal do diálogo de fontes e afetos possível de ser estabelecido entre as obras literárias – tudo a partir da matizada e complexa temática da inclusão. Mersene é descrita e destacada por suas tranças coloridas, além de seu vestido amarelo brilhante. (PARAGUASSU, 2017). Sem imaginar que poderia haver lugar para Flicts nos cabelos dessa linda menina, o tom raro e solitário, seguia frágil e aflito em busca de pertencimento. "Mas não existe no mundo nada que seja Flicts – nem a sua solidão." (ZIRALDO, 2019, p. 19). Assim, pensava.

Mersene, às vezes, como se brincasse de ser oposto à tristeza de Flicts, faz-se de extrovertida e sorridente, e, do jeito dela, aprendeu o português. Embora goste de se apresentar em Lingala, sua língua natal: "*kombo na ngaï Merrrrrrsene*[6]!" (PARAGUASSU, 2017, n.p.). Isso porque, nasceu na República Democrática do Congo, um país com grandes riquezas e múltiplos conflitos de natureza política e social. "Tudo é tão valioso por lá que muita gente briga por causa dessas riquezas. Brigam tanto que as pessoas que moram ali precisam fugir para não se machucar. E, por isso, têm que morar em outro lugar." (PARAGUASSU, 2017, n.p.).

Por sua vez, Flicts - que já havia sem sucesso buscado seu espaço na caixa de lápis de cor; no parque; e no arco-íris – lembrou: "existem mil bandeiras trabalho pra tanta cor e Flicts correu o mundo em busca do seu lugar." (ZIRALDO, 2019, p. 42). À sua maneira, tal qual Mersene, ele também é um refugiado dos seus próprios conflitos. "Mas nem mesmo as terras mais jovens, as bandeiras mais novas e as bandeiras todas que ainda vão ser criadas se lembraram de Flicts, ou pensaram em Flicts para ser sua cor." (ZIRALDO, 2019, p. 52).

Mersene cruzou os mares inconstantes – "tem tantas cores o mar, mas para o pobre do Flicts suas cores não dão lugar" (ZIRALDO, 2019, p. 61) - e finalmente chegou ao Brasil, onde foi acolhida, vai à Escola[7], e pode brincar de ser criança novamente. (PARAGUASSU, 2017). Mas Mersene se entristece quando lembra de sua terra natal, pois sabe que voltar, por ora, não é uma opção. "Alguém falou que será uma refugiada até aquela briga horrível em sua país acabar." (PARAGUASSU, 2017, n.p.).

---

[6] "Eu me chamo Mersene!" (PARAGUASSU, 2017, n.p.).

[7] Segundo publicado em 2019 pela Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO) no documento técnico Proteção do Direito à Educação dos Refugiados: "Em todo o mundo, cerca de 47% de crianças refugiadas não foram matriculadas na educação primária, e 84% dos adolescentes refugiados (entre 15 e 17 anos) não frequentavam a educação secundária em 2016." Disponível em: file:///C:/Users/pc/Downloads/251076por.pdf. Acesso em 25 set. 2020.

Na realidade, Mersene – como toda criança - tem um grande desejo: ela sonha estar nos braços de seu pai, que não pôde migrar com a família. E por isso, ela brinca de correr para abraçar o vento: "como o pai não está, ela dá o abraço nela mesma." (PARAGUASSU, 2017, n.p.).

Enquanto Mersene só quer um "abraço quentinho" (PARAGUASSU, 2017, n.p.), "o pobre Flicts procura alguém para ser seu par, um companheiro, um amigo, um irmão complementar, em cada rua e esquina: eu posso ser seu amigo?" (ZIRALDO, 2019, p. 62). Contudo, o sinal para ele – como para tantos migrantes forçados - é sempre o mesmo, da mais pura negação: "não, avisa o Vermelho. Espera, o Amarelo diz. Vai embora, lhe manda o Verde". (ZIRALDO, 2019, p. 63).

Na sequência original das histórias, Mersene retoma sua alegre e inocente trajetória infantil (PARAGUASSU, 2017) e Flicts simplesmente para de buscar quebrar tradições para ser aceito na ciranda cerrada da suposta força, luz e paz das outras cores. (ZIRALDO, 2019). Mas, e se antes daquele surpreendente desfecho de 50 anos atrás quando o frágil e aflito Flicts decide olhar mais longe: foge, se esconde e some. Quem sabe antes da verdade revelada de perto somente pelos astronautas, Flicts poderia encontrar Mersene no final daquela corrida animada e de braços abertos por sua casa.

Antes de voar para ser Lua, Flicts bem que poderia descansar nas tranças multicoloridas da menina amiga – do almejado refúgio – que (o) abraçou. Uma delicada mensagem de acolhimento e esperança - para além da ficção - para todas as crianças e adolescentes refugiados.

Sobre a proteção das crianças e dos adolescentes refugiados no Brasil: vieses normativos e políticas de inclusão.

Atualmente, a proteção de refugiados[8] no Brasil – termo pesquisado aqui em sua concepção técnica-jurídica desenvolvida no campo teórico das migrações forçadas - encontra-se positivada na Lei n° 9.474, de 22 de julho de 1997 (BRASIL, 1997). Um importante instrumento normativo inspirado na Declaração de Cartagena de 1984[9] (SARTORETTO, 2018); e que se (auto)define como delimitadora dos mecanismos para implementação da Convenção de Genebra sobre o Estatuto dos Refugiados de 1951. Historicamente, seguindo-se à criação do escritório do

[8] A migração forçada é comumente relacionada a fatores de sobrevivência como: "conflitos entre os Estados, desestruturação interna dos poderes, violação generalizada e sistemática de direitos humanos, operada por agentes estatais e movimentos revolucionários, ó ódio e matança surgido pela defesa da religião dentre outros, são fatos que impedem que o binômio Estado e proteção caminhem juntos, dando ensejo ao deslocamento forçado de pessoas." (BOECHAT, 2020, p. 14).

[9] "Na construção da definição ampliada de refugiado na América Latina, o continente consagrou princípios do direito costumeiro, do direito humanitário e dos direitos humanos, com base na ideia de complementaridade entre direito internacional dos refugiados e direito internacional dos direitos humanos. Assim como a Convenção para Refugiados da OUA, a Declaração de Cartagena denota os esforços do Terceiro Mundo para a criação de sistemas de proteção regionais que façam eco às necessidades de proteção de seus cidadãos." (SARTORETTO, 2018, n.p., grifo nosso).

Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados[10] (ACNUR) em 1950, a intenção primeira e basilar da referida Convenção era salvaguardar pessoas que se sentiam perseguidas, "ou seja, aquelas com bem fundado temor[11] de perseguição, no Continente Europeu, em seu país de origem e/ou moradia habitual, em decorrência apenas dos entraves ocorridos na Segunda Guerra Mundial." (PEREIRA, 2019, p. 59).

Entretanto, as limitações originais de escopo eurocêntricas - tão combatidas pela comunidade internacional em face dos novos e multifacetados cenários de conflito, em especial na América Latina, Oriente Médio e África, como destacado pela história de Mersene - restaram superadas com o Protocolo Adicional de 1967 relativo ao Estatuto dos Refugiados de 1951. Hoje, o Brasil é signatário sem reservas e sem oferecimento de denúncias aos documentos.

Destarte, com fulcro no artigo 5°, parágrafo segundo[12], da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 2016), o Estado Brasileiro encontra-se juridicamente obrigado a respeitar o princípio do *non-refoulement*[13], propiciando condições dignas de recebimento e acolhimento para todos os solicitantes de refúgio, sem distinções de qualquer natureza. Bem como garantindo/facilitando a inclusão e o exercício de direitos e deveres no país àqueles que já tiveram sua condição de vulnerabilidade reconhecida – natureza jurídica de declaração *ex tunc* – pelo Órgão competente: o Comitê Nacional para os Refugiados (CONARE). Nesse diapasão, e por força do que prevê o artigo 5°, *caput*, da Carta Magna[14], é possível justificar, outrossim, a submissão do Brasil à jurisdição de Cortes Internacionais – em particular da Comissão Interamericana de Direitos Humanos – com possibilidade de reprimenda em caso de violações à proteção do direito dos refugiados. (BOECHAT, 2020).

---

[10] Histórico apresentado pela Agência da ONU para Refugiados. Disponívelem: https://www.acnur.org/portugues/historico/. Acesso em: 26 set. 2020.

[11] Sobre o bem fundado temor, importante ressaltar que: "dentre os motivos da perseguição, a Convenção traz as cinco circunstâncias clássicas para a concessão do status de refugiado. O bem fundado temor de perseguição, que contempla a situação de refúgio, poderá ocorrer em virtude de (1) raça, (2) religião, (3) nacionalidade, (4) pertencimento a algum determinado grupo social ou (5) opinião política. Assim, a Convenção estabelece a compreensão do status de refugiado, no âmbito do direito internacional, devendo ser protegido pelo instituto do refúgio todo e qualquer ser humano que esteja sendo perseguido em virtude das cinco situações enumeradas." (PEREIRA, 2019, p.60, grifo nosso).

[12] Artigo 5°, parágrafo segundo, da Constituição Federal de 1988: "Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. (BRASIL, 2016, n.p.).

[13] "O princípio do *non-refoulement* está consagrado pelo artigo 33 da referida Convenção Internacional dos Refugiados de 1951 e é tido como o primeiro e mais básico direito garantido ao solicitante de refúgio, no âmbito da proteção internacional. O dispositivo prevê que nenhum Estado poderá fazer retornar um solicitante de refúgio, tanto para o seu país natal ou para as fronteiras dos territórios de onde veio originariamente antes de ingressar no Estado solicitado, enquanto aguarda decisão sobre sua demanda (seja nas formas de deportação, expulsão ou extradição)." (PEREIRA, 2019, p. 65).

[14] Igualmente relevante para o debate a redação do artigo 5°, *caput*, da Carta Magna: "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 [...]" (BRASIL, 2016, n.p. grifo nosso).

Em que pesem duras críticas doutrinárias[15] direcionadas a decisões pretéritas de autoridades nacionais a respeito de interpretação/aplicação restritiva do artigo 1° da Lei 9.474/2017 – materializada na exigência de fundado temor de perseguição para além do inciso I, supostamente esvaziando sua expandida inspiração na Declaração de Cartagena de 1984 e nos moldes da redação original do inciso III da referida Lei Federal o Brasil sustenta liderança regional no acolhimento de refugiados.

Conforme dados da 4ª edição do "Refúgio em Números[16]", o país registrou, até dezembro de 2018, um acumulado de 11,231 mil pessoas refugiadas reconhecidas e 161,057 mil solicitações de reconhecimento da condição de refugiado em trâmite. Do perfil especificado por faixa etária das pessoas refugiadas reconhecidas apenas em 2018: 172 (cento e setenta e duas) crianças e adolescentes de 0 (zero) a 17 (dezessete) anos[17]. Números esses em potencial expansão por força de reconhecimento do CONARE, em 2019, da situação de grave e generalizada violação de direitos humanos na Venezuela[18], indicando inclusive uma nova abordagem exegética do supracitado artigo 1°, III, da Lei Federal 9.474/1997.

Fazendo uma breve digressão acerca da preocupante situação venezuelana, registra-se que o Governo Federal Brasileiro idealizou a "Operação Acolhida", facilitando a triagem nas fronteiras; o acolhimento com dignidade; e a interiorização de mais de 35 mil migrantes[19] - do início do processo em abril de 2018 até junho do corrente ano.

Passando a enfrentar acuradamente a temática central da pesquisa em tela, que objetiva focar nos sistemas e nas políticas públicas protetivas direcionadas/disponibilizadas a crianças e adolescentes refugiados no Brasil – inquietação justificada na hipervulnerabilidade dos indivíduos em desenvolvimento na seara das mobilidades humanas, mormente se desacompanhados ou separados de seus pais[20]- colaciona-se, *prima facie*, que:

---

[15] Sobre a imigração haitiana ao Brasil: "questiona-se aqui a dissonância entre, de um lado, o discurso humanista da Agência da ONU para Refugiados – que incentivou e celebrou a adoção de definições mais generosas do conceito de refúgio em textos regionais (tanto na África quanto na América Latina) – e do próprio governo brasileiro, ao ampliar a definição; e de outro, a prática restritiva em processos de elegibilidade e recepção de indivíduos que se enquadrariam na definição nacional de refúgio, pois saõ provenientes de um país onde há grave e generalizada violação de direitos humanos, como é o caso do Haiti." (SARTORETTO, 2018, n.p.).

[16] Publicação do Comitê Nacional para os Refugiados (CONARE) do Ministério da Justiça e Segurança Pública, em parceria com a Agência da ONU para Refugiados (ACNUR). Disponível em: https://www.justica.gov.br/seus-direitos/refugio/refugio-em-numeros. Acesso em: 27 set. 2020.

[17] Ressalta-se que, diferente da classificação acolhida pela Lei 8.069/1990 (ECA), a Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança define, em seu artigo 1, "como criança todo ser humano com menos de 18 anos de idade, salvo quando, em conformidade com a lei aplicável à criança, a maioridade seja alcançada antes." Disponível em: https://www.unicef.org/brazil/convencao-sobre-os-direitos-da- crianca. Acesso em: 27 set. 2020.

[18] Fonte: Coordenação-Geral do Comitê Nacional para os Refugiados. Disponível em: file:///C:/Users/pc/Downloads/RefgioemNmeros_2018%20(1).pdf. Acesso em: 27 set. 2020.

[19] [21] Informações e dados estatísticos oficiais em sítio eletrônico do Governo Federal / Operação Acolhida. Disponível em: https://www.gov.br/acolhida/. Acesso em: 27 set. 2020.

[20] "No caso das crianças e adolescentes solicitantes de refúgio, esses podem ser inseridos na categoria de acompanhados, o que ocorre quando estão assistidos por um dos pais ou por ambos; de separados, que são os que não estão acompanhados dos pais, mas de outra figura adulta, que pode ser um tio ou irmão mais velho, que se

> [...] a definição de refugiados, seja ela tradicional, trazida pela Convenção de Genebra sobre o Estatuto dos Refugiados, de 28 de julho de 1951, principal documento internacional sobre refúgio de âmbito global, ou ampliada pelo seu Protocolo Adicional, de 1967, e, regionalmente, por tratados sobre refúgio na América Latina e África, não há uma referência mais específica e ampla quanto ao refúgio de crianças e adolescentes de modo compatível com a realidade atual. Também não se faz diferença entre os direitos e necessidades dispensadas aos adultos refugiados e às crianças e adolescentes em situação de refúgio. Esses últimos nitidamente em maior desvantagem, seja quanto à capacidade de tomar decisão, seja no que se refere à solicitação do reconhecimento da condição de refugiado, quando desacompanhados. (SANTOS, 2020, p. 68-69, grifo nosso).

E essa constatação parece prevalecer mesmo após a leitura do artigo 22[21] da Convenção sobre os Direitos da Criança, adotada em 1989 pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas (ONU, 1989). Isso considerando sua previsão demasiadamente genérica e que não distingue as necessidades inclusivas dos adultos – como a inserção no mercado de trabalho formal - e as carências infantojuvenis mais ligadas às práticas de cuidado e formação. Partindo, portanto, do reconhecimento dessa significativa e global "cegueira no campo jurídico-político" (SANTOS, 2020, p. 94), passa-se a perquirir se há e quais seriam os dispositivos de amparo disponíveis ao Estados Partes devem cooperar, da maneira como julgarem apropriada, com todos os esforços das Nações Unidas e demais organizações intergovernamentais competentes, ou organizações não governamentais que cooperam com as Nações Unidas, para proteger e ajudar a criança refugiada; e para localizar seus pais ou outros membros de sua família, buscando informações necessárias para que seja reintegrada à sua família. Caso não seja possível localizar nenhum dos pais ou dos membros da família, deverá ser concedida à criança a mesma proteção outorgada a qualquer outra criança que esteja permanente ou temporariamente privada de seu ambiente familiar, seja qual for o motivo, conforme estabelecido na presente Convenção." (ONU, 1989).

---

responsabiliza pelo seu cuidado e proteção; e os desacompanhados, que estão completamente sozinhos, sem que haja a figura de nenhum adulto responsável por eles, "guiados" por traficantes de pessoas ou contrabandistas de migrantes, seja durante o trajeto, seja quando chegam a seu destino." (SANTOS, 2020, p. 92-93).

[21] Convenção sobre os Direitos da Criança, artigo 22: "1. Os Estados Partes devem adotar medidas adequadas para assegurar que a criança que tenta obter a condição de refugiada, ou que seja considerada refugiada, de acordo com o direito e os procedimentos internacionais ou internos aplicáveis, receba, estando sozinha ou acompanhada por seus pais ou por qualquer outra pessoa, a proteção e a assistência humanitária adequadas para que possa usufruir dos direitos enunciados na presente Convenção e em outros instrumentos internacionais de direitos humanos ou de caráter humanitário com os quais os citados Estados estejam comprometidos. 2. Para tanto, os Estados Partes devem cooperar, da maneira como julgarem apropriada, com todos os esforços das Nações Unidas e demais organizações intergovernamentais competentes, ou organizações não governamentais que cooperam com as Nações Unidas, para proteger e ajudar a criança refugiada; e para localizar seus pais ou outros membros de sua família, buscando informações necessárias para que seja reintegrada à sua família. Caso não seja possível localizar nenhum dos pais ou dos membros da família, deverá ser concedida à criança a mesma proteção outorgada a qualquer outra criança que esteja permanente ou temporariamente privada de seu ambiente familiar, seja qual for o motivo, conforme estabelecido na presente Convenção." (ONU, 1989).

Estado Brasileiro em sua consignada obrigação de proteção desses frágeis refugiados, que como Flicts, estão em busca de um lugar amigo no mundo.

Indubitável é que, além dos expressivos instrumentos inter/nacionais – mas de caráter indistinto sobre refugiados no país – a Lei 8.069/1990 ao dispor sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) e que ora celebra 30 anos de avanços e desafios, reflete um verdadeiro oásis com fundamento constitucional para essa sedenta demanda. Embora também não faça uma única referência à taxonomia proposta.

Assim entende-se, pois, em não havendo qualquer justificativa humanitária para não se declarar essa condição de sujeito de direito - pela própria etimologia do vocábulo refugiado extraída dos supracitados diplomas – a, *verbi gratia*, todos os gêneros, etnias e faixas etárias, a tarefa hermenêutica de transportar a base principiológica e as medidas protetivas transdisciplinares do ECA aos migrantes forçados de até dezoito anos de idade torna-se necessária e até intuitiva. (OLIVEIRA, 2017).

Sobre a citada especificidade, destacam-se os princípios da proteção integral e para a solução duradoura da integração local[22] prevista na Lei 9.474 (BRASIL, 1997) - o acesso prioritário aos serviços públicos, particularmente os relacionados ao abrigo *lato sensu*, à educação intercultural[23], à saúde integral e à assistência social, nos moldes dos artigos 3° e 4° do Estatuto da Criança e do Adolescente:

> Art. 3º A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.
> Parágrafo único. Os direitos enunciados nesta Lei aplicam-se a todas as crianças e adolescentes, sem discriminação de nascimento, situação familiar, idade, sexo, raça, etnia ou cor, religião ou crença, deficiência, condição pessoal de desenvolvimento e aprendizagem, condição econômica, ambiente social, região e local de moradia ou outra condição que diferencie as pessoas, as famílias ou a comunidade em que vivem.
>
> Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.
> Parágrafo único. A garantia de prioridade compreende:
> a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias;
> b) precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública;
> c) preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas;

[22] "O Alto Comissariado das Nações Unidas (ACNUR) criou três estratégias, denominadas de soluções duradouras, para as situações que envolvem os solicitantes de refúgio e os refugiados: a repatriação voluntária, o reassentamento e a integração local." (SANTOS, 2020, p. 157).

[23] "No interculturalismo, existe uma abertura maior ao estrangeiro, ao diferente, havendo uma integração bidirecional e não apenas unidirecional, num processo mútuo que visa gerar uma nova cidadania, diferindo dos demais modelos em que em maior ou menor escala, existe um processo em que a adaptação é morosa e a participação quase inexistente, em razão da imposição de uma das partes, isto é, o estado de acolhida." (SANTOS, 2020, p. 165).

> d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude. (BRASIL, 1990, n.p., grifo nosso).

Nessa trilha, mesmo abarcando um escopo de diretrizes mais amplo, salutar recordar que a Lei 13.445/2017 – conhecida como Nova Lei de Migração – igualmente acolhe, em seu artigo 3°, XVII, a "proteção integral e atenção ao superior interesse da criança e do adolescente migrante" como princípios basilares da política migratória brasileira. (BRASIL, 2017).

Contudo, o desembaraço interpretativo pós-positivista que com destreza supera as eventuais antinomias e lacunas no ordenamento jurídico por intermédio da consagrada teoria do diálogo das fontes, declarando - sem a imposição de intervenção do Poder Legislativo - as crianças e os adolescentes refugiados como sujeitos de direitos, infortunadamente não se sustenta no plano da formulação e da concretização de políticas públicas inclusivas. Essa é, afinal, uma das grandes contendas para o futuro das discussões sobre fluxos migratórios: o inescusável diálogo dos afetos. Quem deseja juntar-se ao abraço de Flicts e Mersene?

A crise humanitária moderna pode invariavelmente ser extremada pela inação e/ou a falta de articulação/cooperação entre quaisquer dos protagonistas na narrativa da proteção mandatória dos refugiados – Estado; Agências Internacionais[24] e Organizações da Sociedade Civil[25]. Um vultoso entrave ao exercício da cidadania.

CONCLUSÃO

No contexto da celebração dos 30 anos da Lei Federal 8.069/1990 – marco legal interno na proteção de indivíduos em desenvolvimento - o trabalho buscou refletir, essencialmente, sobre as hipervulnerabilidades de crianças e adolescentes em situação de refúgio no Brasil, mormente as que adentram o território nacional separadas de seus pais ou desacompanhadas. Para tanto, optou-se por construir a análise pelo prisma sensível das artes, com ênfase para os vieses das obras literárias "FLICTS" – de Ziraldo; e "A Menina que Abraça o Vento" – de Fernanda Paraguassu.

[24] "O Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR) atua em conjunto com outras agências da ONU, tais como: o Fundo das Nações Unidas para a Infância (UNICEF), a Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO) e a Organização Mundial da Saúde (OMS), além da sociedade civil organizada, mediante as Organizações Não Governamentais (ONGs) e Instituições religiosas, para atender inclusive aqueles que não se encaixam na definição atual de refugiados." (SANTOS, 2020, p. 134).

[25] "Entre os agentes que não compõem o Poder Público e que estão engajados na proteção e apoio físico e legal estão as principais ONGs existentes no Brasil e que têm seus trabalhos reconhecidos pelo Estado e sociedade civil, no que tange às crianças e adolescentes em situação de refúgio. São elas, o Instituto que migram forçadamente para o Brasil, assim como as barreiras culturais e linguísticas e a discriminação incentivada por movimentos xenófobos. Em especial aos menores de 18 anos que, em razão da pouca idade, podem acabar ficando "à margem da sociedade e da fruição de direitos vitais, colocando em risco a infância e adolescência dos refugiados infantojuvenis." (SANTOS, 2020, p. 166).

Trazendo uma abordagem histórica dos instrumentos internacionais humanitários, dos quais o Estado Brasileiro é signatário, verificou-se que o conceito de pessoa refugiada foi se ampliando ao longo dos anos por força das hodiernas realidades multifacetadas dos conflitos – que ultrapassam os muros da Europa, para além dos horrores das Grandes Guerras Mundiais.

Entretanto, mesmo superadas as limitações temporais e geográficas apontadas pela doutrina, identificou-se que não há previsão expressa – seja na Convenção de Genebra sobre o Estatuto dos Refugiados de 1951; seja na Lei Federal n° 9.474 de 1997 no que tange à inclusão de crianças e adolescentes refugiados enquanto sujeitos de direitos, com destaque para suas particulares urgências de inclusão em razão da própria faixa etária.

Sobre a referida lacuna, foi possível concluir que a hermenêutica jurídica possui papel de destaque na integração do sistema normativo, costurando supostos rasgos no tecido com os valores humanos universais: do que se extrai intuitivamente a aplicação da base principiológica constitucional e do Estatuto da Criança e do Adolescente a todos os enquadrados nessa taxonomia, incluindo os refugiados.

Migrações e Direitos Humanos (IMDH), em Brasília, a Eu Conheço os meus Direitos, mais conhecida como IKMR, da sigla inglesa *I Know my Rights*, com sede em Minas Gerais e atuação também em São Paulo, Rio de Janeiro, Amazonas, Rio Grande do Sul e Distrito Federal, a Casa do Migrante em São Paulo, e as Cáritas Arquidiocesanas, em distintos estados da federação destacando-se as de São Paulo e do Rio de Janeiro. No campo acadêmico há a Cátedra Sérgio Vieira de Melo (CSVM) em algumas universidades. (SANTOS, 2020, p. 134-135).

Contudo, os obstáculos para o futuro concentram-se nas ações de concretização desses direitos, destacando-se para tanto a necessidade de cooperação entre o Estado Brasileiro; o Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR) e a Sociedade Civil Organizada.

Nessa lógica, como contribuição para o diálogo de fontes e afetos, pretendeu- se encampar a defesa do avançar por meio das artes - na qualidade de janelas abertas para o cotidiano – justificada pela potencialidade de (re)conexão do humano com sua dignidade a partir de questões filosóficas fundamentais suscitadas pelo olhar poético.

REFERÊNCIAS

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 26 ago. 2020.

BRASIL. **Lei 8.069, de 13 de julho de 1990**. Brasília, DF: Presidência da República, [1990]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 24 set. 2020.

BRASIL. **Lei 9.474, de 22 de julho de 1997**. Brasília, DF: Presidência da República, [1997]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9474.htm. Acesso em: 24 set. 2020.

BRASIL. **Lei 13.445, de 24 de maio de 2017**. Brasília, DF: Presidência da República, [2017]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13445.htm. Acesso em: 24 set. 2020.

BOECHAT, Lorena Pereira Oliveira. **O Sistema Interamericano de Direitos Humanos e a Migração Forçada**: perspectiva de complementaridade nas situações de refúgio e deslocamento interno. E-book. Belo Horizonte, MG: Dialética, 2020. 130 p.

CANDIDO, Antonio. O Direito à Literatura. *In*: CANDIDO, Antonio. **Vários Escritos**. 5. ed. Rio de Janeiro: Ouro sobre azul, 2011.

HEIDEGGER, Martin. **A Origem da Obra de Arte**. Tradução de Maria da Conceição Costa. Lisboa: Edições 70, 2007. 76 p.

MARQUES, C. L.; MIRAGEM, B. (coord.). **Diálogo das Fontes**: novos estudos sobre a coordenação e aplicação das normas no direito brasileiro. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. 528 p.

MORIN, Edgar. **Introdução ao pensamento complexo**. Tradução de Eliane Lisboa. 5. ed. Porto Alegre: Sulina, 2015. 120 p.

MORIN, Edgar. **Os sete saberes necessários à educação do futuro**. Tradução de Catarina Eleonora F. da Silva e Jeanne Sawaya. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2018. 104 p.

OLIVEIRA, Laís Santos. **Crianças refugiadas no Brasil: um olhar prospectivo quanto aos aspectos jurídicos e políticos da proteção conferida pelo Estado brasileiro.** Trabalho acadêmico vencedor do Prêmio AMAERJ, Patrícia Acioli de Direitos Humanos, 2017. Disponível em: https://amaerj.org.br/noticias/defensora- publica-fecha-serie-de-videos-sobre-o-premio-patricia-acioli/. Acesso em: 27 set. 2020.

OLIVEIRA, T. S. de; SANCHES, R. C. F. A literatura como instrumento de contribuição para o ensino jurídico. **Revista Jurídica Direito & Paz**, v. 1, n. 36, p. 307- 327, 24 jul. 2017. Disponível em: http://www.revista.unisal.br/lo/index.php/direitoepaz/article/view/560/330. Acesso em: 26 ago. 2020.

ONU/ACNUR. **Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados (1951)**. Disponível em: https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Convencao_relativa_ao_ Estatuto_dos_Refugiados.pdf. Acesso em: 24 set. 2020.

ONU. Organização das Nações Unidas. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 20 dez. 1948. Disponível em: https://brasil.un.org/sites/default/files/2020-09/por.pdf. Acesso em: 24 set. 2020.

ONU. Organização das Nações Unidas. **Convenção sobre os Direitos da Criança**. 20 nov. 1989. Disponível em: https://www.unicef.org/brazil/convencao-sobre-os-direitos- da-crianca. Acesso em: 27 set. 2020.

ONU. Organização das Nações Unidas. **Objetivos de Desenvolvimento Sustentável**. Disponível em: https://nacoesunidas.org/pos2015/. Acesso em: 24 set. 2020.

PARAGUASSU, Fernanda. **A menina que abraça o vento**: a história de uma refugiada congolesa. E-book. Curitiba: Vooinho, 2017. 40 p.

PEREIRA, Gustavo de Lima. **Direitos Humanos e Migrações Forçadas**: introdução ao direito migratório e ao direito dos refugiados no Brasil e no mundo. E-book. Porto Alegre, RS: ediPUCRS, 2019. 120 p.

READ, Herbert. **A educação pela arte**. Tradução de Valter Lellis Siqueira. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2016. 456 p.

REDIN, Giuliana (org.). **Migrações Internacionais**: Experiências e desafios para a proteção e promoção de direitos humanos no Brasil. E-book. Santa Maria, RS: UFSM, 2020.

SANTOS, Isabelle Dias Carneiro. **Crianças e Adolescentes Refugiados**: Políticas Públicas de Integração. E-book. Londrina, PR: THOTH Editora, 2020. 376 p.

SARTORETTO, Laura Madrid. **Direito dos refugiados**: do Eurocentrismo às abordagens de Terceiro Mundo. E-book. Porto Alegre, RS: Arquipélago Editorial, 2018.

STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica**: 50 verbetes fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. 2. ed. Belo Horizonte: Letramento, 2020. 500 p.

ZIRALDO. **Flicts**. Edição comemorativa de 50 anos. São Paulo: Melhoramentos, 2019.

OS VENEZUELANOS NO BRASIL E O DIREITO AO AUXÍLIO EMERGENCIAL COMO MEDIDA PROTETIVA À PANDEMIA

Fernanda Cláudia Araújo da Silva
Professora da Universidade Federal do Ceará. Mestre em Direito pela UFC
e Doutoranda em Direito pela Universidade de Lisboa. E-mail: f.c.araujo@hotmail.com.

RESUMO: Parte da migração venezuelana concentra-se no Brasil na região de fronteira, nas cidades de Pacaraima e Boa Vista. Eles estão aglomerados em ruas, abrigos, estradas e hospitais. A situação da migração para o Brasil tem sido contínua desde as crises políticas e problemas socioeconômicos no país fronteiriço. Porém, a situação se complicou com a pandemia, tanto por causa de problemas sanitários e de saúde pública na Venezuela, como a crise alimentar. A migração venezuelana tem gerado aglomerações em abrigos utilizados para migrantes venezuelanos como em diversos outros lugares. Mesmo diante da pandemia, os venezuelanos continuam chegando ao Brasil em busca de proteção humanitária. Dentro desse enfoque, procura-se estabelecer um estudo sobre o fluxo venezuelano para à cidade de fronteira brasileira, Pacaraima, e à capital, diante de medidas utilizadas para contingenciar a propagação da Covid-19 e o direito ao acesso ao auxílio emergencial para venezuelanos, em situação regular, no Brasil. O direito não alcança os venezuelanos que se encontram irregulares e, principalmente, os não documentados. A pesquisa usa como instrumentalização metodológica a doutrina baseada em texto, notícias, leis e documentos. O objetivo é analisar a proteção de venezuelanos no Brasil por meio da concessão do auxílio emergencial. As medidas de preservação dos direitos humanos aos venezuelanos no Brasil têm sido aplicadas mesmo que se possam identificar fragilidades no atendimento aos migrantes. A situação é preocupante, e medidas sanitárias são utilizadas, bem como a concessão do benefício emergencial tem sido estendido aos migrantes venezuelanos.
PALAVRAS-CHAVE: Venezuelanos; Migração; Pandemia; Direitos humanos.

ABSTRACT: Part of Venezuelan migration is concentrated in Brazil in the border region, in the cities of Pacaraima and Boa Vista. They are crowded in streets, shelters, roads and hospitals. The situation of migration to Brazil has been continuous since the political crises and socioeconomic problems in the border country. However, the situation was complicated by the pandemic, both because of sanitary and public health problems in Venezuela, as well as the food crisis. Venezuelan migration has generated clusters in shelters used for Venezuelan migrants as in many other places. Even in the face of the pandemic, Venezuelans continue to arrive in Brazil

in search of humanitarian protection. Within this focus, we seek to establish a study on the Venezuelan flow to the Brazilian border city, Pacaraima, and to the capital, in the face of measures used to limit the spread of Covid-19 and the right to access emergency aid for Venezuelans, in a regular situation in Brazil. The law does not reach Venezuelans who are irregular and, mainly, those not documented. The research uses text-based doctrine, news, laws and documents as methodological tools. The objective is to analyze the protection of Venezuelans in Brazil by granting emergency aid. Measures to preserve human rights for Venezuelans in Brazil have been applied even though weaknesses in the service to migrants can be identified. The situation is worrying, and sanitary measures are used, and the granting of the emergency benefit has been extended to Venezuelan migrants.
KEYWORDS: Venezuelans; Migration; Pandemic; Human rights.

INTRODUÇÃO

O fluxo migratório ocorre para que o migrante encontre melhores condições de vida, pois desloca-se em direção a um país mais próximo ou para uma localidade, mesmo mais distante, que lhes sejam suprimidas as necessidades inexistentes no Estado originário. Essas necessidades são identificadas pela ausência de direitos, de alimentos, de elementos políticos do estado ou por razões econômicas. Esse é o paradigma mundial, identificados tais elementos principalmente desde o fim da segunda grande guerra mundial, o que não seria diferente com as migrações ocorridas na contemporaneidade, como também na região da América Latina e Caribe identificado vários fluxos migratórios.

Nesse contexto, permitem-se diversos tipos de migrações, como a ultramar ocorrida com os haitianos por razões ambientais e econômicas, a intrarregional, o que ocorre com os venezuelanos para o Brasil, e o fora da região, sendo essa última situação ocorrida com os sírios que se destinam à Europa e para outros continentes. Esses deslocamentos têm como fatores a atração de possíveis demandas de força, de sobrevivência e de trabalho (SINGER, 1977).

No presente estudo, busca-se estabelecer uma análise sobre o movimento de venezuelanos que chegam ao Estado brasileiro durante o período de pandemia (Covid-19), portanto, compreendido o período entre fevereiro e agosto de 2020, considerado a partir da edição da Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, a qual determinou medidas de enfrentamento de emergência de saúde pública decorrente da Covid-19. Esse movimento é uma migração intrarregional, dentro da América do Sul, pois não seria dentro do Mercosul em virtude de a Venezuela não fazer mais parte do bloco.

A saída de venezuelanos tem gerado uma grande repercussão mundial, não só pelo trânsito de pessoas, mas pela própria crise econômica que passa a Venezuela, dentro de um cenário sociopolítico, ocasionando a travessia da fronteira para o Brasil de mais de 40.000 (quarenta mil) venezuelanos, desde que a situação da Venezuela se agravou. A discussão alcança o enfrentamento de um cenário de pandemia mundial que foi afetada pela propagação de um vírus ante à aglomeração de migrantes na zona de fronteira brasileira piorando a situação pelo elevado número de pessoas, culminando num quadro de problemas sanitários pré- existentes e que as medidas contingenciais foram tomadas, inclusive com a devolução de migrantes.

A temática traz também uma abordagem com relação à concessão do auxílio emergencial que alcançou os venezuelanos no Brasil. Dessa forma, o artigo está estruturado em três partes, sendo a primeira uma análise sobre a migração venezuelana na fronteira brasileira identificada como um aglomerado de pessoas; na segunda parte sobre os reflexos da pandemia e junção de bolívares na fronteira brasileira e, por último, as medidas tomadas pelo governo brasileiro, principalmente acerca do auxílio emergencial concedido aos migrantes venezuelanos.

Quanto aos aspectos metodológicos, as hipóteses são investigadas por meio de uma pesquisa bibliográfica. Em relação à tipologia da pesquisa, esta é, segundo a utilização dos resultados, pura, visto ser realizada com o intuito de aumentar o conhecimento acerca dos efeitos da migração venezuelana. Segundo a abordagem, é qualitativa com a observação intensiva de fenômenos sociais ocorridos, envolvendo a área em estudo. Em relação aos objetivos, a pesquisa é exploratória, definindo objetivos e buscando maiores informações sobre o tema em questão, e descritiva.

1 A MIGRAÇÃO VENEZUELANA NA FRONTEIRA BRASILEIRA: AGLOMERADO DE PESSOAS EM BUSCA DE PROTEÇÃO ANTE À VIOLAÇÃO DE DIREITOS

A migração venezuelana para o Brasil tem gerado concentração em áreas urbanas e com condições precárias de atendimento às necessidades dos migrantes. Essa situação decorre da migração de venezuelanos para o Brasil, principalmente para as cidades de Pacaraima e Boa Vista, esta última a capital do Estado.

A Venezuela é um dos países afetados pelo vírus, com grande número de pessoas infectadas e mortos, pois o Estado Bolívar com seus desafios sociais, políticos e econômicos vividos e, muitas vezes, contradizendo direitos e liberdades dos venezuelanos (VENEZUELA, 2020).

A insegurança alimentar é uma das causas do aumento do fluxo migratório da Venezuela e principalmente no momento de pandemia em que se vive desde março de 2020, tanto que a ONU (2020) afirma que por conta da pandemia, pelo menos 25 países estão severamente

atingidos por causa da crise econômica gerado pelo coronavírus, segundo relatórios da ONU e FAO, ficando a África como a maior quantidade de países sofridos com o momento e, na América Latina, a Venezuela. O aumento da fome nesses países, por razões de insegurança alimentar, poderá chegar a 269% (ONU, 2020). Isso tem sido uma das razões do fluxo migratório, em busca de sobrevivência, dentre tantos outros motivos, pois já são mais de 5 milhões de migrantes, refugiados, requerentes de asilos, e a migração venezuelana é destaque em relatórios internacionais. As migrações, por si só, geram aglomerações e trazem uma preocupação com o aparecimento da pandemia causada pelo SARS-CoV2.

A crise na saúde pública desde outrora vem passando a Venezuela, por conta da deterioração do próprio sistema de saúde e do colapso de serviços essenciais como água, alimentos, eletricidade e combustível, que assolam o país e a população há quase duas décadas acarretando um êxodo de mais de 5 milhões de venezuelanos nos últimos anos, considerado o segundo maior deslocamento humano do planeta (SILVA, SOUSA, 2019).

A violação de direitos decorre de diversos fatores, dentre eles a falta de informação, abuso de poder, repressão e tratamento cruel aos condenados, corrupção, censura, ataques e a perseguição de cidadãos, principalmente contra aqueles que reivindicam seus direitos.

Por conta da situação de pobreza no país, a mobilidade dos venezuelanos para o Brasil tem caráter fronteiriço, visto que a entrada destes tem sido feita, de regra, pelo município de Pacaraima em direção à capital Boa Vista, apesar alguns venezuelanos entrarem cruzando a fronteira da Guiana Inglesa e entrando por Bonfim, cidade brasileira limítrofe com a Guiana Inglesa (vizinho à cidade de Lethem).

Esta dinâmica remete a formação de espaços de vida na fronteira (LIRA, 2017). No entanto, a mobilidade diária na fronteira segue intensa com idas e vindas de venezuelanos na fronteira e com o aumento do número de pedidos de permanência no Brasil (refúgio e asilo).

Migração e pandemia trazem desafios aos países recebedores, pois a proteção internacional e a regularização interna são a parte mais importante para que se possa ter acesso à assistência humanitária, mesmo que diversos problemas surjam com a demanda migratória em massa, o Estado brasileiro tem o condão de receber migrantes, o que no dizer de Angeline Jolie:

> O Brasil tem generosamente recebido migrantes e refugiados por décadas, e tem feito isso com respeito aos seus direitos e à sua dignidade humana. Em um mundo onde refugiados e estrangeiros são com frequência estigmatizados e marginalizados devido ao racismo e à xenofobia, nós temos muito que aprender com a positiva experiência brasileira em relação aos refugiados. (ACNUR, 2010, p. 7)

Os pedidos de refúgio no Brasil com a movimentação de venezuelanos no Brasil tem uma tendência de aumento e principalmente a ocupar Roraima, por conta da localização geográfica fronteiriça dos dois países, pois se tratam de países contíguos e localizados no

Mercosul, de forma a aplicar normativos específicos, como a Resolução Normativa nº 126/2017 (BRASIL, 2017), do CNIg (Conselho Nacional de Imigração), independentemente de sua situação, se migrante ou refugiado, e de forma específica, o fluxo de pessoas no norte do país, concedendo assim, o direito de obtenção de residência temporária, desde que efetue o pagamento das taxas de registro e emissão do RNE (Registro Nacional do Estrangeiro), e se for solicitado como refugiado, o pedido é gratuito (SILVA, MARQUES, 2018).

A fronteira é local primário de permanência dos venezuelanos e devem ser protegidos, principalmente os não documentados, como menciona a atual lei migratória, a qual deve ser interpretada da forma mais benéfica, e, no caso dos venezuelanos, como hipótese de vulnerabilidade e ainda podendo ser minimizada a exigência documental, como faz a Lei nº 13.445/2017, bem como a aplicação da isenção de taxas e emolumentos.

Esse direcionamento é trazido à discussão, pois cabe ao Estado brasileiro o julgamento das solicitações de refúgio advindas dos venezuelanos e a concessão da tutela protetiva dessas pessoas (ANGIOLETTI, 2017), e agora muito mais, com a consideração da vulnerabilidade financeira prevista na lei migratória (SILVA, MARQUES, 2018), ou seja, sob a ótica da Lei nº 13.445/2017, a qual estabelece elementos protetivos aos migrantes ante seus princípios norteadores e, em especial, a não criminalização da migração, a regularização documental, acolhida humanitária, benefícios sociais concedidos aos migrantes, conforme o Art. 3º, da referida lei, além da concessão de visto temporário por razões de acolhida humanitária, pois a Venezuela claramente se enquadra na hipótese de grave violação de direitos humanos ou de direito internacional humanitário. E, principalmente agora com a previsão dos Arts. 23 e 24 da Lei nº 13.445/2017, o que justificam a concessão de visto para fins de acolhida humanitária, nos termos do Art. 30 da referida lei, sem a exigência de outros critérios como a busca pela regulamentação documental (SILVA, MARQUES, 2018).

A própria migração tem acarretada a sobrecarga do sistema público de saúde do Estado de Roraima, principalmente na cidade de fronteira (Pacaraima), face ao quantitativo da demanda por assistência médica e desnutrição, ou seja, além da crise alimentar, eles procuram por atendimento na área de saúde, principalmente por conta da pandemia que tem trazido um maior número de venezuelanos na rede pública hospitalar e ambulatorial.

A situação dos venezuelanos é muito delicada e a única saída é a migração. As condições que chegam em outros territórios são as mais graves e, muitos deles, com complicações decorrentes de HIV, pneumonia, tuberculose e malária, que ficaram sem tratamento devido à falta de hospitais e medicamentos na Venezuela.

2 A PANDEMIA E OS REFLEXOS NAS AGLOMERAÇÕES MIGRATÓRIAS: O CASO DOS VENEZUELANOS NA REGIÃO DE FRONTEIRA – A POSTURA DA CIDH

A pandemia agravou o problema nas sociedades mundiais com a suspensão de atividades essenciais e a circulação de riquezas, acarretando o problema da fome em muitos países, principalmente aqueles que já estavam seriamente afetados como a Venezuela que passa por uma crise alimentar e, segundo a Organização das Nações Unidas para Agricultura e Alimentação – FAO, a Venezuela é um dos países mais afetados com a Covid-19, principalmente crianças menores de cinco anos, por ser considerado um dos países mais pobres do mundo. O aumento da fome por conta da pandemia pode chegar a 132 milhões de pessoas desnutridas em 2020, atingindo, portanto, níveis arrasadores de fome (ONU, 2020).

A Venezuela por seus problemas socioeconômicos e por conta do não acesso ao país por órgãos internacionais, não se sabe ao certo acerca das medidas de urgência para conter a propagação do vírus, segundo as regulações de isolamento e distanciamento, como regras sociais estipuladas a partir de organismos internacionais. Portanto, não se tem acesso às autoridades venezuelanas, desde a decretação da quarentena em março deste ano, se vêm adotando tais regras para minar a propagação do vírus por causa de problemas informacionais no país e o enfraquecimento do sistema democrático (VENEZUELA, 2020).

Mas, a situação tem sido delicada ao se tratar das medidas sanitárias de contenção da pandemia com relação aos venezuelanos na zona de fronteira, em que foram obrigados a retornar ao país de origem por causa do SARS-CoV2 segundo o relatório da Organização dos Estados Americanos,

> *Las dificultades para las personas migrantes y refugiadas venezolanas han incrementado significativamente desde marzo de 2020 cuando, en el marco de la propagación del COVID19, los Estados de la región decretaron las medidas para su prevención y contingencia. Es importante resaltar que la informalidad económica es una de las principales características de la población de migrantes y refugiados en la región, teniendo una tasa superior de quienes participan y viven de la economía informal con relación a aquellos que forman parte de la economía formal2 . En este sentido, sus fuentes de ingreso han sido sustancialmente afectadas, generando que miles de familias de migrantes y refugiados venezolanos hayan sido desalojadas, quedando sin un lugar donde vivir y donde pasar el confinamiento. Adicionalmente, debido a su condición de irregularidad, por lo general no cuentan con acceso a los sistemas de salud. Múltiples testimonios de personas venezolanas han dejado clara la situación de precariedad en la que se encuentra este grupo de migrantes que ahora intenta retornar a Venezuela* ... (OEA, 2020, p.3)

Com isso, cerca de 111.000 venezuelanos retornaram ao seu país, tanto do Brasil, como da Colômbia (onde há a maior concentração de migrantes em zona de fronteira) devido à pandemia da Covid-19, segundo a OEA.

A matéria encontra várias discussões, desde a aplicação da Declaração Universal dos Direitos Humanos que, em seu artigo 13, número 2 ao estabelecer que toda pessoa tem direito de sair e regressar a seu país (ONU, 1948), o que permite que o migrante volte ao seu lugar de origem. No entanto, a grande questão gira em torno da postura do governo ilegítimo de Nicolás Maduro e sem a garantia do exercício dos direitos humanos, razão da migração e que o retorno enfrenta além da pressão econômico-política, a pandemia.

O impacto da pandemia atingiu gravemente os países de acolhimento de migrantes, tanto que o Acnur estima em cerca de US$ 1,41 bilhões a ajuda necessária em 2020 para atender a crise, a se evitar um retrocesso (ONU, 2020a), pois a Venezuela vive uma grave crise socioeconômica, institucional e política e não tem como receber de volta seus nacionais.

Além das aglomerações onde ficam os venezuelanos, o desemprego gerado pelas medidas para conter a pandemia fizeram com que centenas de migrantes decidissem voltar ao seu país, apesar das restrições na fronteira. Os venezuelanos no Brasil vivem praticamente da economia informal, a qual foi afetada significativamente, o que carece de medidas e recursos financeiros para atender comunidades de acolhimento de venezuelanos.

A OEA estabelece que se deve "*Garantizar el derecho de regreso y la migración de retorno a los Estados y territorios de origen o nacionalidad, a través de acciones de cooperación, intercambio de información y apoyo logístico entre los Estados correspondientes, con atención a los protocolos sanitários*" (OEA, 2020, p. 4), respeitados os direitos das pessoas, inclusive apátridas. Mas como o governo de Maduro não respeita diretivas internacionais, tanto que anunciou restrições de retorno de pessoas que saíram de seu país por culpa do governo venezuelano, e ele mesmo impede o retorno, fazendo com que as pessoas fiquem na fronteira.

Por conta da pandemia, e essa situação dos venezuelanos, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos – CIDH editou a Resolução nº 01/2020, em seu Artigo 61, em que solicita que os países da América Latina e Caribe devam estabelecer proteções, principalmente a crianças e adolescentes migrantes, e assevera que:

> *Implementar medidas para prevenir y combatir la xenofobia y la estigmatización de las personas en situación de movilidad humana en el marco de la pandemia, impulsando acciones de sensibilización a través de campañas y otros instrumentos de comunicación y elaborando protocolos y procedimientos específicos de protección y atención dirigidos a niñas, niños y adolescentes migrantes y refugiados, en especial, proveyendo los mecanismos específicos de asistencia a aquellas personas que se encuentran separadas o sin compañía.* (CIDH, 2020)

Ora, a questão não se traduz no direito ao retorno do país de origem, mas ao enfrentamento do regime ilegítimo de Nicolás Maduro que viola princípios de direito internacional e direitos humanos consagrados. Além disso, o regime ditatorial de Maduro tem manipulado ódio e opressão, estigmatizando, discriminando e criminalizando pessoas que não

concordam com atos de governo ou meramente administrativos, tanto que a CIDH (2020) ao editar a Resolução nº 01/2020 - Pandemia e Direitos Humanos nas Américas - menciona as vulnerabilidades durante a pandemia garantindo o retorno, desde que atendidos os protocolos sanitários, ao mesmo tempo em que as condições existentes de onde estão localizadas as pessoas nas Américas, como territórios diferentes, e as razões da resolução asseveram que:

> As Américas são a região mais desigual do planeta, caracterizada por profundas disparidades sociais em que a pobreza e a pobreza extrema constituem um problema transversal a todos os Estados da região, bem como pela falta ou precariedade no acesso a água potável e saneamento, insegurança alimentar, situações de contaminação ambiental e falta de moradia ou de hábitat adequado. A isso somam-se altas taxas de informalidade do trabalho e renda precária que afetam grande número de pessoas na região e tornam ainda mais preocupante o impacto socioeconômico da COVID-19. Tudo isto dificulta ou impede que milhões de pessoas tomem medidas básicas de prevenção contra a doença, em particular quando afeta grupos em situação de especial vulnerabilidade. A região é caracterizada por altos índices de violência generalizada, especialmente a violência por razões de gênero, raça ou etnia, bem como pela persistência de flagelos tais como a corrupção e a impunidade. Além disso, na região prevalece por parte dos cidadãos e cidadãs o exercício do direito ao protesto social, num contexto de repressão mediante o uso desproporcional da força, bem como de atos de violência e vandalismo, graves crises penitenciárias que afetam a grande maioria dos países e a profundamente preocupante extensão do fenômeno das migrações, do deslocamento forçado interno, de pessoas refugiadas e apátridas, além da discriminação estrutural contra grupos em situação de especial vulnerabilidade. (CIDH, 2020, p. 3)

Assim, a pandemia, nesse contexto das Américas deve adotar medidas de contenção urgente e necessária, pois a pandemia tem gerado impactos sobre diversos setores (econômicos, sociais, culturais e ambientais), a fim de proporcionar às populações em situação de vulnerabilidade uma maior proteção, principalmente os migrantes venezuelanos, incluindo aqueles em situação de aglomeração, a evitar os riscos de contaminação e propagação da COVID-19 e a vulnerabilidade das pessoas em situação de mobilidade humana.

A devolução dessas pessoas não salvaguarda direitos. Ao contrário, quando se trata de venezuelanos, não pode ser considerada a garantia do direito de regresso e/ou uma migração de retorno, mas uma violação a garantia dos migrantes, tanto os determinados em normativos internacionais, como da legislação existente no ordenamento jurídico brasileiro.

3 O AUXÍLIO EMERGENCIAL CONCEDIDO AOS VENEZUELANOS NO BRASIL

A permanência de venezuelanos no Brasil faz com que se implementem medidas de prevenção às pessoas em situação de mobilidade humana no contexto da pandemia, impulsionando ações de sensibilização por meio de campanhas e instrumentos de comunicação, inclusive em espanhol para atender aos venezuelanos, ainda por meio da elaboração de protocolos e procedimentos específicos de proteção a migrantes e refugiados, incluindo expressamente essas populações em situação de mobilidade humana nas políticas e ações de

recuperação econômica que sejam necessárias em todos os momentos da crise gerada pela pandemia.

Por isso, os venezuelanos estão entre as populações que podem receber um auxílio emergencial criado pelo governo federal para atenuar os efeitos da Covid-19 sobre a renda. Para isso, devem ser informados os venezuelanos que se encontram documentados no Brasil, principalmente com o CPF (documento indispensável), tanto que, aproximadamente 60 mil imigrantes residentes no Brasil solicitaram a regularização do CPF junto à Secretaria da Receita Federal (MIGRAMUNDO, 2020), a fim de solicitar o benefício, além do enquadramento da idade mínima de 18 anos, renda mínima e máxima, inexistência de emprego formal, inexistência de benefícios previdenciários ou assistencial, seguro desemprego ou outro programa de transferência de renda.

Para a efetivação desse direito, a Defensoria Pública da União – DPU entrou com uma Ação Civil Pública contra a Caixa Econômica Federal e o Banco Central para a garantia do pagamento do auxílio emergencial aos imigrantes, independente da situação migratória. A ação requer que a Caixa Econômica Federal - CEF faça o pagamento do auxílio emergencial, independente da situação migratória, e a ação também cobra do Banco Central, entidade autárquica oriente o sistema bancário brasileiro sobre o acesso dos imigrantes ao benefício. Além disso, a DPU encaminhou ofício à CEF e à ECT - Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos onde consta que:

> […] o agente pagador deve observar que o reconhecimento do direito ao auxílio emergencial já ocorreu em caráter geral para todos os residentes em território nacional que preencham as regras de elegibilidade, e que o ato de pagamento é apenas a forma final de implementação do benefício. Ou seja, o direito já está reconhecido ao titular de CPF, não havendo qualquer restrição por nacionalidade ou ainda situação migratória. (DPU, 2020, p. 2)

A norma disciplinadora é a Lei nº 13.982, de 02 de abril de 2020, a qual não condiciona a nacionalidade ou a regularidade migratória. Observa-se a seguir as regras estabelecidas no Art.20-A:

> Art. 20-A. Em razão do estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020, e da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (Covid-19), o critério de aferição da renda familiar mensal **per capita** previsto no inciso I do § 3º do art. 20 poderá ser ampliado para até 1/2 (meio) salário-mínimo.
> § 1º A ampliação de que trata o **caput** ocorrerá na forma de escalas graduais, definidas em regulamento, de acordo com os seguintes fatores, combinados entre si ou isoladamente:
> I - o grau da deficiência;
> II - a dependência de terceiros para o desempenho de atividades básicas da vida diária;
> III - as circunstâncias pessoais e ambientais e os fatores socioeconômicos e familiares que podem reduzir a funcionalidade e a plena participação social da pessoa com deficiência candidata ou do idoso;
> IV - o comprometimento do orçamento do núcleo familiar de que trata o § 3º do art. 20 exclusivamente com gastos com tratamentos de saúde, médicos, fraldas, alimentos

> especiais e medicamentos do idoso ou da pessoa com deficiência não disponibilizados gratuitamente pelo Sistema Único de Saúde (SUS), ou com serviços não prestados pelo Serviço Único de Assistência Social (Suas), desde que comprovadamente necessários à preservação da saúde e da vida.

O benefício emergencial visa atenuar os efeitos da crise gerada pela pandemia na economia e na renda das pessoas na sociedade brasileira de baixa renda, o que se estende a imigrantes e refugiados residentes no Brasil. O não-pagamento do benefício caracteriza violação ao direito do imigrante à assistência social e, em razão da natureza alimentar do benefício e da extrema vulnerabilidade social dos beneficiários, ofendendo o valor dignidade da pessoa humana.

O CPF e o documento pessoal (qualquer que seja ele) são indispensáveis para o pagamento do benefício emergencial. Exigir tais documentos ante a lei migratória, Lei nº 13.445/2017 (BRASIL, 2017) garante o direito à assistência social, o que se inclui o auxílio-emergencial, a todos os imigrantes residentes no Brasil, independentemente de sua situação migratória regular ou irregular, bem como o direito de acesso a serviços bancários.

A não regularidade do imigrante no Brasil é dispensável principalmente porque os serviços ficaram suspensos por conta da pandemia, permitindo o cadastramento do CPF em agências bancárias e Correios. Com isso, a cobrança do DNM - Documento Nacional Migratório, antigo RNE – Registro Nacional de Estrangeiro, é ilegal, apenas o CPF e o documento de identificação, qualquer que seja ele, para liberar o pagamento.

A CEF é o agente pagador e deve observar o reconhecimento do direito ao auxílio emergencial e seu caráter geral e abrangente para todos os residentes em território nacional, desde que preencham as condições objetivas e tenha o CPF e que o ato de pagamento é apenas a forma de implementação do benefício.

Portanto, a nacionalidade não é condição para a implementação do direito, e dessa forma os venezuelanos têm direito a solicitar o auxílio emergencial criado pelo governo federal para atenuar os efeitos econômicos do novo coronavírus (FERREIRA, 2020).

A interpretação é condizente com o entendimento do governo federal brasileiro, tanto que a Secretaria de Estado do Desenvolvimento Social - SDS elaborou cartilhas com o passo a passo para requerer o benefício em três línguas: crioulo haitiano, espanhol e inglês. Mais uma razão para se fundamentar que o benefício alcança estrangeiros no país, como garantia aos direitos humanos fundamentais e indispensáveis de subsistência da vida, garantido pela lei durante o período de confinamento e enfrentamento da emergência de saúde pública decorrente da Covid-19.

CONCLUSÃO

Portanto, os venezuelanos residentes no Brasil, regulares ou não, têm direito ao auxílio emergencial para ajudar a enfrentar a atual situação de calamidade pública em que está vivenciando, principalmente os venezuelanos. O direito está previsto em lei (Lei nº 13.982, de 02 de abril de 2020) interpretada a referida norma com o reforço da Lei de Migração, a qual prevê o acesso igualitário e livre dos migrantes, independente da situação migratória aos serviços, programas e benefícios sociais, bens públicos, educação, assistência jurídica integral pública, trabalho, moradia, serviço bancário e seguridade social existentes no ordenamento jurídico brasileiro.

E calha lembrar que a atual lei migratória também proíbe a criminalização dos migrantes por irregularidade migratória, e se afastada a possibilidade da concessão ao recebimento do auxílio emergencial pode ser interpretada como um ato discriminatório e xenofóbico.

Em 15 de agosto de 2020, o governo federal instituiu o Comitê Federal de Assistência Emergencial para acolhimento a pessoas em situação de vulnerabilidade decorrente do fluxo migratório provocado por crise humanitária, com o propósito de articular ações, projetos e atividades desenvolvidos em solidariedade com os Governos federal, estadual, distrital e municipal no âmbito da assistência emergencial e atender às diretrizes e ações prioritárias do Governo federal para a implementação da assistência emergencial, dentre outras atribuições.

Sobre a matéria, ainda existe um projeto de lei (PL nº 2.425/2020), da Senadora Mara Gabrilli, de São Paulo, para garantir aos imigrantes o acesso ao benefício financeiro destinado a trabalhadores informais, mico empreendedores individuais (MEI), autônomos e desempregados.

O referido PL propõe alteração da Lei Orgânica da Assistência Social - LOAS para assegurar acesso ao benefício, sem discriminação por nacionalidade ou condição migratória, de forma desburocratizada e facilitar o acesso à assistência social de forma ágil, eliminando as burocracias que servem para negar acesso a direitos.

REFERÊNCIAS

ACNUR. **Refúgio no Brasil: a proteção brasileira aos refugiados e seu impacto nas Américas** / Luiz Paulo Teles Ferreira Barreto, organizador. – 1. ed. –Brasília: ACNUR, Ministério da Justiça, 2010.

ANGIOLETTI, Jéssica Kindlein. **Interseções jurídicas da mobilidade humana dos venezuelanos ao Brasil: entre o Refúgio e a proteção complementar**. Trabalho Conclusão do Curso de Graduação em Direito do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Santa Catarina. Disponível em:

https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/177304/merged.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 20 set. 2020.

BRASIL. Lei nº 13.445, de 24 de maio de 2017. **Lei de Migração.** Disponível em: https://portaldeimigracao.mj.gov.br/pt/nova-legislacao/item/13760-lei-n-13-445-de-24-de-maio-de-2017. Acesso em: 21 set. 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.982, de 02 de abril de 2020**. Altera a Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993, para dispor sobre parâmetros adicionais de caracterização da situação de vulnerabilidade social para fins de elegibilidade ao benefício de prestação continuada (BPC), e estabelece medidas excepcionais de proteção social a serem adotadas durante o período de enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (Covid-19) responsável pelo surto de 2019, a que se refere a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020. Disponível em: https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/lei-n-13.982-de-2-de-abril-de-2020-250915958. Acesso em: 20 set. 2020.

BRASIL. **Resolução Normativa nº 126**, 02 de março de 2017, do CNIg ***Dispõe sobre a concessão de residência temporária a nacional de país fronteiriço***. *Disponível em:* https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=338243. *Acesso em: 20 set. 2020.*

CIDH. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. **Resolução nº 01/2020**. **Pandemia e Direitos Humanos Nas Américas**. Disponível em: https://www.oas.org/pt/cidh/decisiones/pdf/Resolucao-1-20-pt.pdf. Acesso em: 20 set. 2020.

DPU. Defensoria Pública da União. **OFÍCIO CIRCULAR - Nº 3578466/2020** - DPU SP/GABDPC SP/1OFMIG SP. Disponível em: https://secureservercdn.net/184.168.47.225/d28.923.myftpupload.com/wp-content/uploads/2020/04/oficio-circular-DPU-pagamento-de-auxilio-emergencial-a- imigrantes-1.pdf. Acesso em: 21 set. 2020.

FERREIRA, karina Quintanilha**.** Negar Auxílio Emergencial a Imigrantes é Ilegal. In: **Fórum Internacional Fronteiras Cruzadas.** Disponível em: https://www.fontieforum.org/negar-auxilio-emergencial-a-imigrantes-e-ilegal/. Acesso em: 21 set. 2020.

LIRA, Jonatha Rodrigo de Oliveira. **Migração e mobilidade na fronteira: concentração de imigrantes bolivianos e formação de espaços de vida na Amazônia brasileira.** TESE (Doutorado em Demografia). IFCH/UNICAMP. Campinas, 2017.

MIGRAMUNDO. **Quase 60 mil imigrantes no brasil pediram ou atualizaram CPF em meio à pandemia, diz Receita Federal.** Disponível em: https://www.migramundo.com/quase- 60-mil-imigrantes-no-brasil-pediram-ou-atualizaram-cpf-em-meio-a-pandemia-diz-receita- federal/. Acesso em: 20 set. 2020.

OEA. Organização dos Estados Americanos. **Situación de los venezolanos que han retornado y buscan regresar a su país en el contexto del COVID-19.** Oficina de la Secretaría General de la OEA para la Crisis de Migrantes y Refugiados Venezolanos. Setembro de 2020. Disponível em: http://www.oas.org/documents/spa/press/OEA_Retornados-Venezolanos_ESP.pdf. Acesso em: 20 set. 2020.

ONU. Organização das Nações Unidas. **Covid-19 pode elevar taxas na América Latina e no Caribe em 269%.** Disponível em: https://news.un.org/pt/story/2020/07/1720451. Acesso em: 18 set. 2020.

ONU. Organização das Nações Unidas. **Pandemia gera retrocessos na integração de venezuelanos aos países de destino.** Disponível em: https://nacoesunidas.org/pandemia-gera-retrocessos-na-integracao-de-venezuelanos-aos-paises-de-destino/. Acesso em: 20 set. 2020.

ONU. Assembleia Geral da ONU. (1948). **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. (217 [III] A). Paris. Disponível em: http://www.un.org/en/universal-declaration-human-rights/. Acesso em: 20 set. 2020.

SINGER, P. **O papel do crescimento populacional no desenvolvimento econômico**. 2.ed. São Paulo, HUCITEC. 1977.

SILVA, Fernanda Cláudia Araújo da, MARQUES, Diego Jeferson Fernandes. A fronteira brasileira na proteção dos refugiados venezuelanos. In: **II Colóquio Internacional de Dinâmica de Fronteira**. Unioeste. Toledo, 2018.

SILVA, Fernanda. Cláudia Araújo da, SOUSA, Estevão. A Migração Venezuelana e o Aumento da Pobreza em Roraima. In: **Tensões Mundiais**, *14*(27), 105-119, 2019.

VENEZUELA. Transparência Venezuela: emergência de saúde aumenta riscos para a democracia enfraquecida na Venezuela. In: **Transparência Venezuela**. Disponível em: https://transparencia.org.ve/transparencia-venezuela-emergencia-sanitaria-acrecienta-los-riesgos-para-la-debilitada-democracia-en-venezuela/. Acesso em: 20 set. 2020.

DIREITOS HUMANOS NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA: O HUMANISMO JURÍDICO A PARTIR DA HEMERNÊUTICA-FENOMENOLÓGICA DO "QUEM" DE PAUL RICOEUR

Marcius Tadeu Maciel Nahur
Mestre em Direito pelo Centro Universitário Salesiano de São Paulo – Unisal – Lorena/SP. Professor do Unisal (Lorena/ SP) e da Faculdade Canção Nova (Cachoeira Paulista/SP).

RESUMO: O presente texto pretende discutir, baseado em pesquisa bibliográfica e documental, a temática recorrente dos direitos humanos na sociedade, tendo em vista o problema do chamado humanismo jurídico deficiente, a partir de uma fundamentação hermenêutico-fenomenológica do "quem" em Paul Ricouer. Nesse sentido, lança a noção fundamental de uma antropologia do "quem", expressão extraída da pergunta primordial "Quem é o sujeito do direito?", como ponto referencial para o esforço de reconstrução estrutural do chamado sujeito capaz, enquanto alguém que fala, age, narra e responde, além de ser digno de estima e respeito. Assim caracterizado esse sujeito capaz, descortina-se o inevitável horizonte das relações interpessoais e institucionais, em que se manifestam reconhecimento, reciprocidade e justiça, até que se alcança o patamar do real sujeito do direito. Nesse sentido, é toda essa somatória articulada que se torna a condição suficiente para uma transição do sujeito capaz ao sujeito do direito. Não se trata de passagem para um virtual, mas para um real sujeito do direito, vale dizer, notadamente, dos direitos humanos como pessoa, tornando-se titular desses direitos exponenciais inegociáveis assegurados pela mediação institucional. Afinal, direitos humanos, individuais e sociais, progridem de maneira conjunta e simultânea, tal como podem perecer do mesmo modo se não foram bem cuidados com liberdade e responsabilidade tanto por seus titulares, quanto pelas instituições incumbidas das mediações e das tutelas desses direitos.
PALAVRAS-CHAVE: Direitos humanos. Humanismo jurídico. Sujeito capaz. Sujeito do direito.

ABSTRACT: This text intends to discuss, based on bibliographic and documentary research, the recurrent theme of human rights in society, in view of the problem of the so-called deficient legal humanism, based on a hermeneutic-phenomenological foundation of the "who" in Paul Ricouer. In this sense, it launches the fundamental notion of an anthropology of "who", an expression extracted from the primordial question "Who is the subject of law?", As a reference point for the structural reconstruction effort of the so-called capable subject, while someone who speaks, acts, narrates and responds, besides being worthy of respect and respect. Thus

characterized this capable subject, the inevitable horizon of interpersonal and institutional relationships is revealed, in which recognition, reciprocity and justice are manifested, until the real subject of law is reached. In this sense, it is all this articulated sum that becomes the sufficient condition for a transition from the capable subject to the subject of law. It is not a transition to a virtual, but to a real subject of law, it is worth noting, notably, human rights as a person, becoming the holder of these non-negotiable exponential rights ensured by institutional mediation. After all, human rights, individual and social, progress jointly and simultaneously, just as they may perish in the same way if they were not well cared for with freedom and responsibility both by their holders, and by the institutions charged with mediation and protection of these rights.

KEYWORDS: Human rights. Legal humanism. Capable guy. Subject of law.

INTRODUÇÃO

O mundo contemporâneo comporta muitas e múltiplas leituras. Uma delas, em especial, consiste em se apresentar como uma era comprometida, com os direitos. E não se trata de preocupação com quaisquer direitos, mas com os exponenciais direitos humanos.

Entretanto, não basta lembrar da existência declarada de muitos desse direitos e de outros ainda por se construir. Antes, é preciso lembrar que esses direitos não existem sem seus reais protagonistas, para os quais têm sido envidados esforços de efetivação, não obstante os tantos obstáculos a serem superados.

Esses protagonistas podem ser chamados de sujeitos do direito. Um conceito que fica confinado apenas a um agente dotado de faculdade jurídicas, pois essa acepção não passaria de um reducionismo e um fragilização impertinente da própria pessoa humana.

Talvez, a dificuldade esteja em se saber mesmo quem é esse sujeito do direito e, nesse sentido, é preciso retomar um caminho de volta, colocando uma questão antropológica sobre "quem?" nesse cenário atual de alguns embaçamentos sobre a inegociável proteção dos direitos humanos em tempos de recorrentes desumanidades de toda sorte.

A investigação é baseada em pesquisa bibliográfica e documental, tendo por referencial o pensamento de Paul Ricouer, enquanto possibilidade de reconfiguração de um pressuposto antropológico filosófico que se coloque como anteparo para um revigorado humanismo jurídico e de afirmação dos direitos humanos nesses tempos de alguns obscurecimentos sobre esse grau de civilidade que não pode comportar retrocessos.

Para tanto, de início, expõe-se a noção fundamental de uma antropologia do “quem”, expressão extraída da pergunta primordial “Quem é o sujeito do direito?”, como ponto referencial para o esforço de reconstrução estrutural do chamado sujeito capaz.

Em seguida, percorrendo os caminhos de uma abordagem hermenêutico-fenomenológica, busca-se a reconstrução estrutural de um assim chamado sujeito capaz, enquanto alguém que fala, age, narra e responde, além de ser digno de estima e respeito.

Na sequência, depois de configurado esse sujeito capaz, descortina-se o inevitável horizonte das relações interpessoais e institucionais, em que se manifestam reconhecimento, reciprocidade e justiça, até que se alcança o patamar do real sujeito do direito.

Na derradeira etapa, ao se trazer o esforço de revigoramento do humanismo jurídico e dos direitos humanos como uma de suas principais manifestações, então, é discutido o real sujeito do direito, notadamente, dos direitos humanos, enquanto pessoa humana, gozando com liberdade e responsabilidade da titularidade desses direitos, individuais e sociais, tidos como exponenciais e inegociáveis, assegurados pela mediação institucional.

Na conclusão, busca-se repassar as principais ideias desenvolvidas ao longo do texto, alinhavando-se os seus núcleos teóricos fundamentais.

1 UMA ANTROPOLOGIA FILOSÓFICA DO “QUEM”: PRESSUPOSTO DOS DIREITOS HUMANOS

No mundo contemporâneo, tem se notado uma acentuada revalorização do direito, especialmente, decorrente da repercussão dos direitos do homem. O resgate dos direitos humanos imprime vigor renovado aos sistemas jurídicos, sobretudo, quando se pensa em retomada da tradição do humanismo jurídico. Na realidade, trata-se de uma reatualização da longa tradição humanística, firmada nas grandes ideais consagradores de um repertório de princípios que colocam o homem como centro de qualquer ordem jurídica com pretensões de legitimidade. O resgate do pensamento humanístico do direito, vinculado sobremaneira aos direitos humanos, possibilita um pensar filosófico sobre a própria concepção de homem como sujeito (RENAUT; SOSOE, 1991, p.31-37).

A construção dos direitos do homem, enquanto ideia de um sujeito como protagonista de seus pensamentos e ações, traz à lembrança a proposta de ressurgimento do humanismo jurídico, vinculado à ideia de direitos humanos. O delineamento desse humanismo jurídico pressupõe uma certa ideia de homem e de seu destino existencial. Nesse sentido, o homem dos direitos do homem se encontra atrelado à representação do ser humano como ser consciente e responsável,

como autor de seus pensamentos e de seus atos, como consciência – razão teórica –, e, ainda, como vontade – razão prática (RENAUT; SOSOE, 1991, p. 31-33).

Especial ênfase deve ser dada ao processo de modelagem da subjetividade, iniciada pelos modernos, embora ela tenha sido atacada por aqueles que consideram a ideia de sujeito como uma mera ilusão metafísica, declarando a insuficiência ou mesmo a nulidade de tal conceito (RENAUT; SOSOE, 1991, p. 34-35).

Paul Ricoeur considerou as suspeitas desses tempos em relação à ideia moderna do sujeito pensante (*cogito*), propondo como alternativa a perspectiva do *cogito* ferido (RICOEUR, 1997, p. 17). Trata-se de um pensar que não reivindica para si mesmo um saber autofundador, nos moldes cartesianos, pois, contra a dúvida e a suspeita, reconhece o equilíbrio refletido, conservado nas suas convicções ponderadas e nas atestações mais confiáveis sobre o sujeito capaz (RICOEUR, 1997, p.19).

Para Paul Ricoeur, tal equilíbrio tornou-se possível em razão de sua pessoal aposta num percurso alongado para sua própria filosofia, orientada em torno de uma nova antropologia do agir: mas, o trajeto deveria ser mesmo alargado, uma primeira vez entre os princípios de mais alto nível e aqueles que determinam uma antropologia do agir, como também uma segunda vez entre essa mesma antropologia e a qualificação do agir pelos predicados do bem e do obrigatório sobre os quais se edifica uma moral (RICOEUR, 1997, p. 18). A problemática do "si mesmo" desenvolve-se em torno de uma nova filosofia do agir que, em seu momento analítico, conduz à investigação dos modos singularizados de se dizer agente e de se reconhecer protagonista de seus próprios atos (RICOEUR, 1997, p. 21). Todos os registros fenomenológicos do agir, isto é, falar, narrar e imputar pertencem ao itinerário ricoeuriano de reapropriação da filosofia do ato e da potência, na qual emerge sua filosofia do sujeito capaz (RICOEUR, 1997, p. 24).

O eixo de toda a investigação ricoeuriana consiste na constituição do juízo que implica o reconhecimento de um sujeito capaz. Esse sujeito capaz emerge da dimensão moral do "si mesmo", tornando o homem passível de imputação moral e legal, conforme se infere da indagação primordial "quem é o sujeito do direito?" (RICOEUR, 1997, p. 26). Para atingir o desiderato da modelagem de um sujeito de pleno direito, o enfoque é todo colocado no termo "quem" da pergunta. Ele desencadeará indagações no sentido da identificação do sujeito. Partindo desse questionamento inicial, surge a noção de sujeito capaz. O conceito de capacidade pressupõe a condição de o indivíduo ser portador de direitos e deveres, diante da faculdade de agir de maneira livre e consciente, segundo o seu próprio juízo. O realce na palavra "quem" da pergunta assinala a possibilidade de o homem poder se designar como autor de seus atos e de sua biografia. Esse sinal identificador é imprescindível para a estruturação do núcleo do "si mesmo" e para a composição dos atributos morais e jurídicos que, inevitavelmente,

condicionam a conduta humana. Obviamente, isso exige um homem capaz de assumir as responsabilidades respectivas, ou seja, torne-se um homem responsável. O entendimento do sujeito capaz, suscitado pelo termo “quem” da pergunta, se estende para a locução verbal “eu posso” e seus desdobramentos, tais como: poder falar, poder agir, poder narrar e poder responder. É possível afirmar que existe uma relação intrínseca entre o “quem” da pergunta e a locução verbal “eu posso”, haja vista que o ponto axial da interrogação é a identificação do sujeito da fala, da ação, da narrativa e da imputação. Nesse sentido, a autoria desses predicados é reconhecida, de tal modo que o homem é capaz de formular as suas próprias enunciações e, consequentemente, de construir a sua identidade pessoal e coletiva.

Nesse itinerário percorrido pelo indivíduo no desenvolvimento da identidade pessoal e coletiva, bem como no avanço de sua capacidade, tem-se o esforço de explicação/compreensão do delineamento estruturante do “si mesmo” (RICOEUR, 1997, p. 11). Essa abordagem hermenêutico-fenomenológica do “si mesmo” ganha sua estrutura visível nas composições do homem-falante, homem-agente, homem-narrador e homem- responsável.

2 UMA ABORDAGEM HERMENÊUTICA-FENOMENOLÓGICA DO “SI MESMO”: A RECONSTITUIÇÃO ESTRUTURAL DO SUJEITO CAPAZ

A hermenêutica do “si mesmo” conduz à busca de mais uma resposta, agora em nível fenomenológico. É possível dizer que o “eu” é alguém que atesta a si mesmo como existente no sentido de *ipseidade* (“mesmidade”) numa continuidade dinâmica no tempo e no espaço. Tal atestação traz uma exigência de verdade, baseada na mediação da reflexão pela análise linguística, mas que vai além do mero uso da língua. Significa ultrapassar o “si mesmo” para alcançar o “eu” em seu próprio existir, enquanto um ser aberto para o sujeito capaz em sua reconstituição estrutural.

O itinerário reflexivo em torno da questão antropológica fundamental do “quem” é imprescindível por estar atrelado à questão moral formal do sujeito capaz, vale dizer, de um “si mesmo” transposto para um “eu” com atributos de estima e respeito. Estima e respeito são reconhecidas e desenvolvidas sempre em relação a “alguém”, e não a algo, na medida em que esse “alguém” se constitui um sujeito capaz (RICOEUR, 1990, p. 21).

O conceito de capacidade caracteriza-se como o referente exponencial do predicado moral do “eu” como um sujeito. A possibilidade de se lhe atribuir tal predicação emana de seu nexo íntimo com a noção de identidade pessoal ou coletiva. O modo mais direto de se mostrar esse nexo é tratar das distintas asserções sobre a identidade pessoal ou coletiva como respostas a uma séria de perguntas que implicam o pronome relativo “quem”, quais sejam, “[...] quem é

aquele que fala? quem realiza esta ou aquela ação? De quem é a história aqui narrada? quem é responsável por esse bem ou esse mal feito a outrem." (RICOEUR, 1990, p. 22).

Essas quatro indagações ligadas ao "quem" são estruturantes. A primeira tem relação com o falar e ela é a mais primitiva, pois somente alguém capaz de se designar pessoalmente, como autor de suas enunciações, pode dar resposta a tal pergunta. Embora se esteja na pragmática do discurso, é preciso conferir-lhe um prolongamento reflexivo, de modo que se possa melhor compreender os muitos e múltiplos focos de irradiação de um número indefinido de atos de fala (RICOEUR, 1990, p. 21).

A segunda leva ao nível do agir, buscando-se saber quem é o autor desta ou daquela ação. A identificação de um agente, isto é, a atribuição a alguém de uma ação ou de uma parte dela constitui-se uma operação um tanto difícil. De qualquer maneira, a capacidade de um agente humano para se designar como protagonista de certos atos adquire um significado considerável para a posterior atribuição de direitos e deveres a ele, pois é isso que traz a "[...] experiência do poder exercido sobre nossos membros e, através destes, sobre o curso das coisas." (RICOEUR, 1990, p. 23).

A terceira está conectada ao aspecto do narrar, consistindo em um passo a mais na investigação do sujeito capaz. Ela envolve não apenas a identidade de si, mas também o aspecto da mutabilidade. Não se trata de uma mudança qualquer, mas de mutabilidade dos personagens de histórias contadas. E esses personagens são tecidos à própria história. Essa identidade é da maior relevância não só no plano das identidades pessoais, mas também no plano das identidades coletivas, envolvendo a questão dos povos e nações, enquanto possibilidades abertas para o reconhecimento das indispensáveis alteridades. Esse reconhecimento, sem dúvida, pode contribuir bastante para o "[...] desfazimento de um preconceito referente à identidade reivindicada pelos povos e nações sob influência da arrogância, do medo e do ódio." (RICOEUR, 1990, p. 24).

A quarta e derradeira está atrelada ao fato de se considerar o agente responsável moralmente, o que envolve duas considerações muito importantes, a saber: uma delas refere- se à existência de um nexo de implicação mútua entre a autoestima e a avaliação moral de tais ações que visem à conquista da vida boa em sentido aristotélico, e também a um nexo entre o autorrespeito e a avaliação moral dessas mesmas ações submetidas ao crivo da universalização máxima da ação em sentido kantiano (RICOEUR, 1990, p. 24); a outra, conduz à questão da busca de motivos suficientes para justificar o porquê de o ser humano poder se estimar e se respeitar, sendo plausível aqui a colocação de alguns argumentos básicos, a saber, ele é capaz de se designar como locutor de suas enunciações, agente responsável por suas ações e narrador das histórias relatadas sobre si mesmos, além disso possui capacidade de avaliação de suas ações em

termos de se afigurarem ou não boas e obrigatórias, e, por fim, ainda, é capaz de estimar suas próprias ações com sensibilidade e seriedade, bem como de respeito recíproco no julgamento imparcial dessas suas ações (RICOEUR, 1990, p. 25).

Entender a visão ricoeuriana sobre a passagem do sujeito capaz ao sujeito do direito implica perceber a necessidade der uma "[...] passagem da relação interpessoais, para as relações institucionais." (VANZELLA; JEFFERSON, 2017, p. 161). Assim, a partir daquelas noções fundamentais, falar, agir, narrar e responder, a expressão "quem" da pergunta sobre o sujeito do direito remete, inelutavelmente, para o cotidiano da existência humana na perspectiva de um ampliado horizonte das relações interpessoais e institucionais.

3 O HORIZONTE DAS RELAÇÕES INTERPESSOAIS E INSTITUCIONAIS: O SUJEITO DAS INTERAÇÕES

Na pergunta "Quem é o sujeito do direito?", também se descortina o horizonte das relações interpessoais e institucionais para um plano cada vez mais abrangente. A capacidade de alguém se designar como autor de suas próprias ações está de fato inserida num contexto de interação em que o outro figura como um antagonista ou um coadjuvante. São estabelecidas relações que oscilam entre o conflito e a interação. Contudo, inúmeros outros atores estão implicados, de tal modo que cada agente está interligado a esses terceiros pela intermediação de sistemas sociais de diversas ordens (RICOEUR, 2001, p. 27).

O reconhecimento do outro contém, de maneira inequívoca, o princípio da reciprocidade, o qual assinala não somente a aplicação da regra jurídica, mas a legalidade é esticada também para as relações sociais e institucionais. Na ótica ricoeuriana, o reconhecimento significa pensar, sobretudo, a partir da ideia de mutualidade, evocada para expressar não somente o sentido de gratidão, extraído do estudo semântico do vocábulo reconhecimento, principalmente, na passagem da voz ativa para a passiva, mas também a possibilidade de superação da dissimetria inicial verificada em estados conflituoso intensos, marcados sob o signo do embate (RICOEUR, 2001, p.163).

Evidencia-se a dimensão moral na formação do homem capaz na proporção em que estima e respeito se afirmam nos intercâmbios de uns com os outros. A solicitude é o movimento do si ao encontro do outro, espécie de anelo de reciprocidade e reconhecimento. O mirar para o outro como semelhante supera o ciclo da desigualdade, que institui critérios distintivos baseados em falsas crenças e no desejo de rebaixar os outros. O caminho vai se abrindo para a reciprocidade, de maneira que se institui o outro como um semelhante e eu mesmo também como semelhante do outro. Em outras palavras, um outro semelhante a mim,

esse é o voto moral no tocante à relação entre a estima, respeito e solicitude (RICOEUR, 2001, p.165).

Entretanto, no pensamento ricoeuriano, surgirá uma distinção entre mutualidade e reciprocidade, base de sua teoria sobre o reconhecimento mútuo simbólico. Com efeito, fica reservado o termo mutualidade para as trocas entre indivíduos, enquanto o termo reciprocidade engloba as relações sistemáticas em que os vínculos de mutualidade não constituiriam senão uma das figuras elementares da reciprocidade (RICOEUR, 2001, p. 246). Tal distinção é fundamental, ao menos, por algumas razões básicas. Uma delas, por permitir a compreensão da lógica da reciprocidade, a partir da comparação entre as trocas de dons e as trocas mercantis, assim se concentrando o valor da reciprocidade naquilo que é inegociável, porque não se lhe pode atribuir preço algum, como por exemplo, a própria dignidade. A outra, por ensejar uma discussão judicativa sobre a boa e a má reciprocidade. E também, enfim, por possibilitar a defesa do reconhecimento mútuo simbólico, tal como oferece a experiência do dom recíproco cerimonial, que é uma vivência simbólica não só do dar sem esperar nada em troca, mas também do receber com gratidão.

A lógica da reciprocidade, porém, não se esgota nessas interações apontadas, devendo ser complementada com o conceito de instituições justas, na medida em que o outro é aquele que está diante de si, ainda que possa estar sem rosto. Trata-se da questão do cada um de uma distribuição justa (RICOEUR, 2001, p. 166). É algo que envolve detentores de direitos e deveres, convivendo na comunidade heterogênea de pessoas, que se relacionam não apenas por laços de amizade ou de reconhecimento mútuo simbólico, mas, como é próprio das sociedades contemporâneas, pelos meios institucionais estruturados em conformidade com regras universais. A ideia é de reconhecimento no convívio plural com os outros, situando a dimensão política como parte constitutiva do processo de reconhecimento na ordem jurídica. Nessa perspectiva, a justiça é considerada como o valor que deveria ter preponderância no espaço público.

Na fórmula “a cada qual o que lhe é devido” se encontra o pressuposto do sujeito digno de atenção, trazendo a questão do justo e da justiça. A questão do justo surge como clamor contra a injustiça, uma reclamação contra algo que falta – a justiça, a justa medida, a justa atribuição e a justa distribuição – uma ausência indevida e injustificável. Entretanto, é necessário ser justo. É preciso agir com justiça. A queixa real de que algo não é justo e que se quer justiça é uma reivindicação de ações não só de correção, mas de transformação de uma realidade de injustiça para outra de justiça (RICOEUR, 1995, p.11-12). Analisando-se a perspectiva de Paul Ricoeur sobre a questão da justiça, tem-se dito que é frutífera sua escolha de “[...] interrogar o justo a partir de sua instituição e sua colocação em trabalho como

procedimento regular.” (GATÉ, 2001, p. 143). Trata-se de uma prática que busca estabelecer ou restabelecer uma situação na realidade que corresponda a um parâmetro ideal de como deveria ser. Essa é a razão pela qual se fala do ideal, mas também do sentido, a fim de lembrar tanto do imemorial, quanto daquilo que é preciso reconhecer as situações de injustiça que se apresentam tão visíveis e sensíveis, haja vista que o sentido da injustiça não se constitui apenas o mais agudo, mas também é mais perspicaz do que o sentido da justiça “[...] pois, a justiça é, mais amiúde, o que falta e a injustiça o que reina, e os homens têm uma visão mais clara do que falta às relações humanas do que da maneira correta de organizar.” (LORENZON, 2017, p. 14).

A aplicação da regra de justiça às interações humanas supõe a possibilidade de considerar a sociedade como um vasto sistema de distribuição, ou seja, de partilha de funções, encargos e oportunidades, não se restringindo apenas à distribuição de valores monetários no plano econômico.

É preciso lembrar que justiça há de ser entendida como virtude e instituição. Como virtude, assim é dito “Uma excelência habitual na conduta, na prática, [...], como exercício da faculdade de julgar, [...], neste saber-fazer a casos particulares que são também pessoas. É por isso que é preciso começar pela relação a pessoas para falar de justiça.” (RICOEUR, 1995, p. 11). Como instituição, há muitas instituições implicadas na justiça, mas três delas merecem destacada atenção: “[...] o legislativo que produz as leis; os juristas que pensam a lei de forma sistemática; e os magistrados que as aplicam.” (RICOUER, 1995, p. 12).

Não seria demais salientar que, na ótica ricoeriana, deve haver uma nova conjugação entre ética e política, de um lado, salvaguardando a autonomia do espaço político, e, de outro, estabelecendo-se uma ponte, em certo sentido, com o âmbito ético da vida boa (DANESE, 2017, p. 28). Uma vez bem entendida como virtude e instituição, a justiça se coloca como anteparo para o bom direito, um desafio ao humanismo jurídico contemporâneo.

4 O HUMANISMO JURÍDICO CONTEMPORÂNEO: O SUJEITO DO DIREITO

Quando se fala em humanismo jurídico e direitos humanos, logo vem à mente um dos mais importantes documentos dessa natureza, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, aprovada pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas.

Dois anos depois da criação da Organização das Nações Unidas em 1945, o primeiro Secretário Geral, Trygve Lie, iniciou o processo de preparar a Declaração Universal dos Direitos Humanos, incumbindo a Divisão sobre Direitos Humanos, cujo diretor era o canadense John Peters Humphrey. A Divisão tinha dezoito membros, entre eles, o libanês, Charles Malik cujas habilidades linguísticas e diplomáticas foram cruciais na elaboração do documento. Três anos depois, juntaram-se ao esse grupo, o chinês, P. C. Chang, e os franceses René Cassin e Jacques Maritain. Um experto em direito constitucional, René Cassin, formulou o preâmbulo e organizou o texto. Os guias interpretativos incorporados no preâmbulo, na proclamação, nos primeiros dois e os últimos três dos trinta artigos da Declaração Universal dos Direitos Humanos constituíram a contribuição principal de Jacques Maritain. Outro membro, Eleanor Roosevelt, viúva do Presidente Franklin Delano Roosevelt, era a porta-voz para a mídia de comunicações. Esses intelectuais tinham de respeitar as sensibilidades das cinquenta e seis nações que constituíram a Organização das Nações Unidas. A proclamação da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 foi deflagrada após as atrocidades cometidas durante a Segunda Guerra Mundial, as quais evidenciaram a fragilidade e precariedade de deixar a previsão e aplicação dos direitos humanos ao arbítrio de cada Estado. Era imprescindível a elaboração de um documento com pretensões universais, capaz de estabelecer um mínimo de proteção a todos os seres humanos, independentemente da sua raça, origem, cor, idade, sexo, religião, nacionalidade, entre outras, em qualquer lugar do mundo (BOOBIO, 2004, p. 19). O documento representa a conscientização da humanidade sobre seus valores fundamentais, a síntese do seu passado e uma inspiração para seu futuro, evidenciando que o fenômeno da universalização dos direitos humanos está apenas começando (BOBBIO, 2004, p. 22).

Sob a influência dos humanistas, o homem conseguiu seu protagonismo histórico, e da necessidade da proclamação de direitos inerentes à sua natureza humana, e, nesse contexto, os direitos humanos aparecem como um limite ao poder estatal no intuito de garantir um âmbito de autonomia e liberdade aos indivíduos (PECES-BARBA, 1993, p. 328).

A retomada da tradição humanística do direito constitui um fenômeno recente, ainda objeto de análise por estudiosos que tentam explicar as razões da revalorização do direito pela via dos direitos humanos. A partir da própria Declaração Universal dos Direitos, já não faltaram comentários quanto à sua inutilidade, como se pode notar ne seguinte anotação: “Convidado em 1948 à celebração do texto das Nações Unidas, o

filósofo Croce, famoso liberal, nada encontrou para dizer a não ser que era ‘inepto’” (VILLEY, 2007, p. 5). Desde então, não faltam algumas ideias para desqualificar a noção de direitos do homem, especialmente, pela anulação dos elementos essenciais que compõem o quadro teórico do humanismo jurídico: a valorização do homem, o homem como sujeito e o universalismo. A desconstrução dos direitos do homem opera-se por intermédio de teorias que preconizam, basicamente, um anti-humanismo acentuado, em que a morte do homem aparece como consequência inevitável de um modelo civilizatório fracassado e pela descrença na constituição de um sujeito capaz (RENAUT; SOSOE, 1991, p. 36-37).

Entretanto, esforços intelectuais para seu revigoramento continuam ecoando, pois, é possível encontrar até mesmo textos muito diretos sobre a importância crucial deles, tal como se nota a seguir: “Não esqueçamos que os direitos humanos são ‘operatórios’; que são úteis aos advogados de excelentes causas; protegem dos abusos do governo e da arbitrariedade do ‘direito positivo’.” (VILLEY, 2007, p. 8).

E não seria demasiado trazer um excerto da Carta Encíclica do Papa Francisco, em que ele, ao tratar de uma possível forma de autoridade mundial regulada pelo direito, não se deve pensar numa autoridade pessoal, e sim que se deveria prever pelo menos a criação de “[...] organizações mundiais mais eficazes, dotadas de autoridade para assegurar o bem comum mundial, a erradicação da fome e da miséria e a justa defesa dos direitos humanos fundamentais.” (FRANCISCO, 2020). Aqui se percebe mais uma recente abordagem, muito clara, de revigoramento da relevância dos direitos humanos para os dias atuais.

Seguindo essa linha de raciocínio, pretende-se demonstrar, através das reflexões ricoeurianas, que o humanismo jurídico moderno encontra na formulação do conceito de sujeito capaz um substrato muito importante. De fato, no pensamento ricoeuriano, há uma consistente investigação do sujeito capaz e conduz à consideração do perigo que advém do não reconhecimento mútuo, que percorre todo o espectro da desconsideração ao desrespeito, do desprezo à negação mesma da humanidade alheia.

Na linha ricoeuriana, mais do que as relações “eu-tu”, é necessária uma relação triádica que envolva o “nós”, entendido como terceiros. Trata-se de um ponto bastante relevante, quando se pretende compreendera passagem da noção de sujeito capaz para a de real sujeito do direito. No fundo, somente a relação com o “nós”, o terceiro, encontrado no plano de fundo da relação com o “tu”, é apta a dar base para a mediação exigida para a configuração plena do real sujeito do direito. Desse modo, são estabelecidas relações

triádicas, desenvolvidas em quatro níveis, quando se busca a consolidação do real sujeito do direito.

No primeiro nível, tem-se o destaque para o sujeito falante. Assim, a ênfase é colocada na capacidade de o locutor se designar como enunciador singular de seus muitos e múltiplos pronunciamentos. Contudo, a um locutor em primeira pessoa corresponde um destinatário em segunda pessoa. A enunciação é um fenômeno da bipolaridade, ligando o "eu" com o "tu", cujos lugares podem ser intercambiados pelos pronomes pessoais. Esse pleno domínio dos pronomes pessoais, porém, fica incompleto enquanto as regras desse intercâmbio não gozarem de bom entendimento. Tanto o "eu" como o "outro" (tu/terceiros) podem também se designarem como "eu" em suas locuções. Nesse sentido, a expressão "assim como eu", de algum modo, já anuncia o reconhecimento do outro como um igual em termos de direitos e deveres (RICOEUR, 2001, p. 26). Contudo, nessa relação em que outro figura como "tu/terceiro" não há o ele/ela da tríade dos pronomes – aquele ou aquela de quem se fala – e ainda lhe falta a referência ao próprio instituto da linguagem em que se enquadra a relação interpessoal do diálogo. Desse modo, ele/ela representam o instituído, uma vez que engloba todos os possíveis locutores de uma língua e que estão interligados pelo reconhecimento de regras comuns entre eles. Imagina-se até que cada outro queira dizer mesmo aquilo que se está dizendo, com base numa certa fidúcia entre os concernidos, configurando-se essa amplitude pronominal uma "[...] condição institucional de toda e qualquer relação interpessoal." (RICOUER, 2001, p. 27).

No segundo nível, a relação triádica eu/tu/terceiro é caracterizada no plano do poder da ação. Busca-se identificar quem é o autor desta ou daquela ação. O poder de alguém se designar como autor de seus próprios atos aos outros está imiscuído, de fato, no contexto das muitas interações possíveis, em que o outro figura como antagonista ou coadjuvante, vale dizer, na oscilação de relações conflituosas e compositivas. No entanto, há várias outras implicações nessas relações, pois, de alguma maneira, cada agente está atrelado a esses outros pela intermediação de sistemas sociais das mais diversas ordens, entendidas como organizações estruturantes das próprias interações humanas, entre as quais se encontram os redutos técnicos, científicos, jurídicos, jornalísticos, entre outros. Nesse sentido, é possível considerar as nações, os povos, as classes e as comunidades de todos os tipos como instituições que se reconhecem, cada uma por si e umas às outras, pela via de suas respectivas identidades narrativas (RICOEUR, 2001, p. 28).

No terceiro nível, o foco da relação triádica mais expandida, envolvendo todos os concernidos, traz para o centro das reflexões o aspecto da ética, com sua implicação

jurídica. Nesse sentido, o caráter intersubjetivo da responsabilidade é muito clarividente. A noção de promessa pode ser utilizada para essa compreensão. Com o ato de prometer, o outro está implicado de muitos modos, vale dizer, como testemunha, como beneficiário, enfim como aquele que espera o cumprimento da palavra empenhada. O promitente será chamado à responsabilidade. Agora, ela se torna responsável mesmo. É nessa estrutura de cumprimento da palavra e de responsabilidade advinda da palavra dada que se encontra o elo social instituídos pelos pactos dos mais diversos tipos. Assim, tem-se o substrato ético-jurídico das palavras dadas de maneira mútua. A máxima de que os pactos devem ser observados configura-se uma regra de reconhecimento que, inclusive, vai além da relação entre as pessoas vinculadas pela promessa. Quer dizer que tal máxima envolve qualquer um que viva sob essa mesma regra. Em outras palavras, o defrontante já não é mais somente aquele "tu/terceiro", mas sim o terceiro concernido pelo pronome impessoal cada um, sem que essa expansão alcance anônimos (RICOEUR, 2001, p. 28).

No quarto e último nível, instala-se o político. Ele aparece como o meio privilegiado para a realização das potencialidades humanas. Trata-se deum espaço público da visibilidade que exprime, principalmente, a condição de pluralismo resultante da extensão das relações humanas a todos aqueles que, também na qualidade de terceiros, ficam mais além ainda das relações entre o "eu" e o "tu". No entanto, essa condição de pluralidade caracteriza o querer- conviver de uma comunidade histórica como povo, nação. Esse mesmo querer-viver não se reduz às relações interpessoais. Para ele a instância política confere uma estrutura distinta de todos os sistemas configurados, anteriormente, como ordens de reconhecimento. Trata-se de um poder a força comum resultante desse quere-conviver, força existente somente durante o tempo em que ele é efetivo, e não mais quando experimenta toda sorte de desmantelamento, porquanto os elos que o sustentam se desfazem (RICOEUR, 2001, p. 29).

Nos três primeiros níveis, o valor que sustenta as relações, basicamente, é o reconhecimento, enquanto no quarto nível, o valor que o ancora é, especialmente, a justiça. Entendidos esses níveis das relações interpessoais e institucionais, então, é possível penetrar na compreensão sobre o sujeito do direito, havendo duas respostas para ele. Uma delas segue na direção de afirmar o sujeito do direito como o mesmo sujeito digno de respeito. A outra, conduz para que seja concebido como o sujeito de capacidades virtuais, quando faltam as mediações interpessoais e institucionais.

O sujeito digno de respeito retoma certa tradição política liberal, de acordo com a qual o indivíduo precede ao Estado como instância de mediação institucional. Os direitos

atrelados às capacidades humanas constituem direito do homem, no sentido preciso do termo, vale dizer, "[...] direitos vinculados ao homem na qualidade de homem, e não na qualidade de membro de uma comunidade política concebida como fonte de direitos positivos." (RICOUER, 1995, p. 30-31). Entretanto, na concepção ricoeuriana, essa visão ultraindividualista da tradição política liberal é falaciosa, porquanto não leva em conta a etapa antropológica do poder-falar (quem fala), do poder-agir (quem age), do poder narrar (quem narra) e o poder-responder (quem responde), ou seja, não considera a antropologia do "[...] posso fundamental e múltiplo do homem que atua e sofre a ação." (RICOEUR, 1995, p. 31).

Assim, na ótica ricoeuriana, há um ponto primordial no processo de inserção do homem no corpo político. A versão contratualista entende que o indivíduo é já um sujeito de direito completo antes mesmo de ingressar na relação pactuada. Ele cede direitos reais, denominados de naturais ou autoevidentes, em troca de vida, liberdade, propriedade, enfim, de civilidade e cidadania. Em tais casos, a associação de indivíduos em um corpo político, por meio de um contrato social, seria "aleatória e revogável". (RICOEUR, 1995, p. 31). Contudo, a concepção ricoeuriana é crítica dessa visão e não a acolhe, na medida em que considera que, sem a mediação institucional, o indivíduo não passa de um esboço de homem. Na realidade, ele está preocupado com a efetiva realização humana. Sem se afastar da noção fundamental de que o homem pertence a um corpo político, esse pertencimento não pode ser tido como precário. Quem vivencia a mediação institucional, no caso, a política, somente pode querer que todos os homens também desfrutem dela. No entanto, a essa mediação precisam ser acrescidas as condições necessárias para uma antropologia do "quem" fala, age, narra e responde, com as achegas da estima e do respeito em conjunto, enquanto delineadoras da dimensão moral do "si mesmo". Na perspectiva ricoeurina, é essa somatória toda que se torna condição suficiente para a necessária transposição do sujeito capaz para o sujeito do direito. Uma passagem que, vinda do homem capaz, concretiza o cidadão real no mundo contemporâneo.

O desembocar numa cidadania real, originária dos Estados históricos, acaba levando a noção desse real sujeito do direito para um conceito transestatal, transcultural e trans- histórico do homem com independência do próprio Estado em que ele é admitido como cidadão. Nesse ponto, chega-se à realidade final do sujeito autônomo e soberano como titular dos chamados "direitos humanos universais". Essa etapa última passa pela mediação do Estado, exigindo um melhor delineamento daquilo que se entende por

“direitos subjetivos” ou “direitos naturais”, o que já se sabe desde a afirmação do liberalismo ultraindividualista.

Na ótica ricoeuriana, é preciso retomar a noção de pessoa, e não se cristalizar na figura do indivíduo, quando se trata de direitos subjetivos, considerando que “[...] o homem [...] se constituiu como pessoa, como sujeito, como liberdade, sob as influências gregas, romanas e judaico-cristãs.” (RICOEUR, 1985, p. 19). Reivindicar que o indivíduo é titular de direitos subjetivos, anteriores à sociedade política organizada, tal como preconiza uma antropologia individualista-celular, leva até a cogitar que esse “indivíduo-célula” pode renunciar a tais direitos. A lógica dos direitos subjetivos anteriores ao Estado confere a esse “indivíduo-átomo” a prerrogativa de aliená-los, pois, em nome da intocável liberdade individual, tornaria difícil sustentar a existência de direitos inalienáveis.

Todavia, essa dificuldade começa a se desmanchar quando se passa a pensar que o homem, titular de direitos humanos, na realidade, é o resultado de uma mediação institucional que lhe concedeu tais direitos de maneira não precária, irrevogável e irretratável. Baseados na chamada “liberdade sensata”, os direitos humanos se tornariam, então, para esse mesmo homem digno de tais direitos tão exponenciais uma responsabilidade inafastável, qual seja, a de defender e a se exigir em sua mais real efetivação. O ponto central dessa questão está em que certa linha filosófica liberal da modernidade, aflorada na revolução intelectual do século XVII europeu, mais especificamente, com Hugo Grotius e John Locke – com sua continuidade, no século XVIII, dada pelos enciclopedistas e iluministas, notadamente, Charles de Secondat, o Barão de Montesquieu e Jean Jacques Rousseau, na medida em que se afirma o poder de decisão ser pertencente ao indivíduo, enquanto um núcleo de poder próprio, sem que lhe tenha sido outorgado ou concedido por qualquer mediação institucional.

É certo que os direitos subjetivos pertencem ao indivíduo e ele tem o poder de renunciar a tais direitos. Diante desse impasse instalado por uma concepção empirista apenas da relação indivíduo-direito, é possível pensar que o dilema sobredito pudesse ser melhor equacionado caso se compreendesse, a partir de uma antropologia hermenêutica-fenomenológica do quem, buscando-se compreender que os direitos humanos – individuais não desaparecidos, mas também sociais – progridam de maneira conjunta e simultânea, tal como podem perecer do mesmo modo se não bem cuidados com liberdade e responsabilidade tanto por seus titulares, quanto pelas instituições incumbidas das mediações e das tutelas desses direitos. Até porque não parece tão plausível outro raciocínio que não seja o de que o indivíduo tem a oportunidade e, ao mesmo tempo, a

responsabilidade de escolher, cabendo- lhe arcar com as consequências de suas boas ou más deliberações. Afinal, liberdade e responsabilidade andam mesmo bem juntas uma da outra.

CONCLUSÃO

As sociedades contemporâneas são tidas como circuitos de afetos bastante complexos. Um de seus desafios é de se afirmar e avançar na constituição de uma efetiva era de direitos. Não de quaisquer direitos, mas de direitos humanos, enquanto exponenciais direitos da pessoa humana.

Tratar de pessoa humana e de direitos humanos, na visão de Paul Ricoeur, implica transitar do sujeito capaz ao sujeito do direito. Isso implica um caminho de volta, um retorno antropológico ao "quem", que pretende se constituir como um "si" com sua individualidade e identidade pessoal. Essa constituição começa por um estádio analítico desse "si mesmo", baseado em descrições definidoras, nomes próprios e outros indicadores de individualidade. Passa pela necessidade de constante afirmação de suas singularidades básicas que funcionam como referenciais identificadores do "si mesmo". Em seguida, vem a atribuição, entendida como aptidão para indicar predicados físicos e psíquicos a "si mesmo". Depois se alcança o "si" agente, enquanto alguém que pode ser reconhecido como protagonista de seus atos. Por fim, vai-se ao estádio da atestação de "si mesmo" como existente no sentido de *ipseidade* (mesmidade) na continuidade dinâmica do tempo e do espaço que lhe é reservado na vida. Assim, se tem a abertura desse "si mesmo" para o chamado sujeito capaz em sua reconstituição estrutural. A capacidade constitui o referencial primordial do predicado oral e do reconhecimento da pessoa como sujeito. Ela concede a essa pessoa-sujeito um "quem" bastante qualificado por quatro aspectos fundamentais: falar, agir, narrar e responder. Quem fala é o sujeito capaz de linguagem, apto a se pronunciar como protagonista de seus atos. Quem age é o sujeito capaz de se apresentar como autor pessoas de seus atos. Quem narra é o sujeito capaz de inserir e marcar, no tempo e no espaço, a identidade pessoal ou coletiva. Quem responde é o sujeito capaz de se assumir moralmente responsável por seus atos, mostrando-se como alguém que não se furta à imputabilidade. Esse sujeito capaz contribui para a afirmação da estima e do respeito de si.

Ao mesmo tempo, esse sujeito capaz passa pela solicitude e pelo reconhecimento, de tal maneira que o caminho vai se abrindo para a reciprocidade, quando se institui o

outro como meu semelhante e eu mesmo como semelhante do outro. Entretanto, há uma distinção entre mutualidade e reciprocidade, base do reconhecimento mútuo simbólico. A mutualidade fica reservada para as trocas entre indivíduos, enquanto o termo reciprocidade engloba as relações sistemáticas em que os vínculos de mutualidade não constituiriam senão uma das figuras da reciprocidade. Tal distinção é fundamental por permitir a compreensão da lógica da reciprocidade, a partir da comparação entre as trocas de dons e as trocas mercantis, assim se concentrando o valor da reciprocidade naquilo que é inegociável, porque não se lhe pode atribuir preço algum, como por exemplo, a própria dignidade, além disso, por viabilizar uma reflexão judicativa sobre a boa e a má reciprocidade, e, ainda, por possibilitar a defesa do reconhecimento mútuo simbólico, tal como oferece a experiência do dom recíproco cerimonial, que é uma vivência simbólica não só do dar sem esperar nada em troca, mas também do receber com gratidão.

A lógica da reciprocidade, porém, não se esgota nessas interações apontadas, devendo ser complementada com o conceito de instituições justas, na medida em que o outro é aquele que está diante de si, ainda que possa estar sem rosto. Trata-se do cada um de uma distribuição justa. Na fórmula “a cada qual o que lhe é devido” se encontra o pressuposto do sujeito digno de respeito, trazendo a questão do justo e da justiça. A questão do justo surge como clamor contra a injustiça, uma reclamação contra algo que falta – a justiça, a justa medida, a justa atribuição e a justa distribuição – uma ausência indevida e injustificável. Entretanto, é necessário ser justo. E é preciso agir com justiça. É preciso lembrar que justiça há de ser entendida como virtude e instituição. Como virtude, a justiça uma excelência habitual na conduta, como exercício da faculdade de julgar, um saber-agir em casos particulares que são também pessoas. Como instituição, ela precisa de atenção especial nas atividades legislativas, dos juristas e dos magistrados. Uma vez bem entendida como virtude e instituição, a justiça se coloca como anteparo para o bom direito, um desafio ao humanismo jurídico contemporâneo.

A partir dos últimos tempos, têm surgido tentativas de desqualificar a noção de direitos do homem justamente pela anulação dos elementos essenciais que compõem o quadro teórico do humanismo jurídico: a valorização do homem, o homem como sujeito e o universalismo. A desconstrução dos direitos do homem opera-se por intermédio de teorias que preconizam, basicamente, um anti-humanismo acentuado, em que a morte do homem aparece como consequência inevitável de um modelo civilizatório fracassado e pela descrença na constituição de um sujeito capaz.

Através das reflexões ricoeurianas, nota-se que o humanismo jurídico moderno encontra na formulação do conceito de sujeito capaz um substrato muito importante. De fato, no pensamento ricoeuriano, há uma consistente investigação do sujeito capaz e conduz à consideração do perigo que advém do não reconhecimento mútuo, que percorre todo o espectro da desconsideração ao desrespeito, do desprezo à negação mesma da humanidade alheia. Pensa-se na reconstituição estrutural desse sujeito capaz. A capacidade constitui o referente exponencial do predicado moral e do reconhecimento da pessoa como sujeito. Ela confere a identidade pessoal ou coletiva a esse sujeito, um "quem" qualificado por quatro aspectos fundamentais: o falar, o agir, o narrar e o responder. Quem fala é o sujeito capaz de linguagem, apto a se pronunciar como protagonista de seus atos. Quem age é o sujeito capaz de se apresentar como autor pessoas de seus atos. Quem narra é o sujeito capaz de inserir e marcar, no tempo e no espaço, a identidade pessoal ou coletiva. Quem responde é o sujeito capaz de se assumir moralmente responsável por seus atos, mostrando-se como alguém que não se exime à imputabilidade. Esse sujeito capaz contribui para a afirmação da estima e do respeito de si. Além disso, estima e respeito devem ser acrescidos a esses aspectos estruturantes do sujeito capaz.

Toda essa articulação pavimenta o caminho para a transposição do sujeito capaz para o sujeito do direito. Essa transição requer a mediação contínua de formas interpessoais de reconhecimento e de forma institucionais de associação. Trata-se da necessária alteridade pessoal e da alteridade institucional, gerando relações triádicas em quatro níveis. No nível da fala, em que o outro, o terceiro, não aparece como um "tu" em relação a um "eu", mas como condição institucional de qualquer relação interpessoal, já se tem uma contribuição para que todo outro seja reconhecido como um igual em termos de direitos e deveres. No nível da ação, cada um está interligado a outros pelas intermediações de sistemas sociais de diversas ordens, ordens de reconhecimento, entendidas como organizações estruturantes das próprias interações humanas. No nível ético, há um tornar-se responsável, tendo como defrontante não somente o "tu", mas também todo terceiro, compreendido como todo outro, não anônimo, que vive sob as mesmas regras. E, no nível político, opera-se a realização das potencialidades humanas, como a instauração do espaço público de visibilidade, em que se manifestam a condição de pluralidade dos terceiros e o querer-conviver com uma comunidade histórica.

Desse modo, na lição ricoeuriana, é toda essa somatória articulada que se torna a condição suficiente para uma transição do sujeito capaz ao sujeito do direito. Não se trata de passagem para um sujeito virtual, mas para um sujeito do direito real, isto é,

notadamente, dos direitos humanos como pessoa, sob influências greco-romanas e judaico-cristãs, tornando-se titular desses direitos exponenciais inegociáveis assegurados pela mediação institucional. Enfim, direitos humanos, individuais e sociais, progridam de maneira conjunta e simultânea, tal como podem perecer do mesmo modo se não foram bem cuidados com liberdade e responsabilidade tanto por seus titulares, quanto pelas instituições incumbidas das mediações e das tutelas desses direitos.

REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. 97 p.

DANESE, Atilio. Dialética entre Amor e Justiça em Paul Ricoeur. In: RAMPAZZO, Lino; DIAS, Mário José (orgs.). **O Conceito de Justiça em Paul Ricoeur**. Curitiba: CRV, 2015. p. 23-40. 195 p.

FRANCISCO, Papa. **Carta Encíclica Fratelli Tutti** (Sobre a fraternidade e a amizade social). Vaticano. 2020. Disponível em: http://www.vatican.va/content/francesco/pt/encyclicals/documents/papa-francesco_20201003_enciclica-fratelli-tutti.html. Acesso em 05 out. 2020.

GATÉ, Jean-Marc. À propôs de Le Juste I et II. Paul Ricoeur (Esprit, 1995 et 2001). **Le Philosophoire**, Paris, n. 15, p. 143-149. 2001.

LORENZON, Alino. O Sentido de Justiça em Paul Ricoeur. In: RAMPAZZO, Lino; DIAS, Mário José (orgs.). **O Conceito de Justiça em Paul Ricoeur**. Curitiba: CRV, 2015. p. 11-19. 195 p.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Resolução 217-A (III)**, de 10 de dezembro de 1948. Declaração Universal Dos Direitos Humanos de 1948. Disponível em: http://fasubra.org.br/wp-content/uploads/2018/12/Declara%C3%A7%C3%A3o-Universal- dos-Direitos-Humanos-compressed.pdf. Acesso em 05 out. 2020.

PECES-BARBA, Gregorio. **Derecho y derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993. 451 p.

RENAUT, Alain; SOSOE, Lukas. **Philosophie du droit**. Paris: PUF, 1991. 175 p.

RICOEUR, Paul. **Le Juste II**. Paris: Édition Esprit, 2001.

RICOEUR, Paul. **Da metafísica à moral**. Tradução de Antonio Moreira Teixeira. Lisboa: Instituto Piaget, 1997. 195 p.

RICOEUR, Paul. **Le Juste I**. Paris: Éditions Esprit, 1995.

RICOEUR, Paul. **Soi-même comme um autre**. Paris: Seuil, 1990. 213 p.

RICOEUR, Paul. **Los fundamentos filosóficos de los derechos humanos**. Tradução de Graziella Baravalle. Barcelona: Serbal-Unesco, 1985. 127 p.

VANZELLA, José Marcos Miné; SILVA, Jefferson da. A Hermenêutica do Sujeito do Direito de Paul Ricoeur e o "Deficit" Sociológico de Hobbes. In: RAMPAZZO, Lino; DIAS, Mário José (orgs.). **O Conceito de Justiça em Paul Ricoeur**. Curitiba: CRV, 2015. p. 153- 168. 195 p.

VILLEY, Michel. **O direito e os direitos humanos**. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007. 181 p.

O ESTATUTO DA IGUALDADE RACIAL PELA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA: PANORAMA DE DECISÕES E MATÉRIAS ABORDADAS

Lucas Nogueira Rodrigues da Silva
Mestrando em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Especialista em Direito Penal Econômico pelo IBCCRIM e Universidade de Coimbra. Pós-graduando em Direito Empresarial pela Escola Paulista de Direito (EPD). Graduado em Direito pela Universidade Estadual de Maringá (UEM). Advogado. E-mail: lucasnogueirarsilva@gmail.com

Pedro Henrique Lenzi Pupulim
Graduando em Jornalismo pela Universidade Anhembi Morumbi (UAM). Pós-graduando em Direito Penal e Processual Penal pela Faculdade Maringá. Graduado em Direito pela Universidade Estadual de Maringá (UEM). E-mail: pedro_pupulim@hotmail.com

RESUMO: Em contraposição à ideia de democracia racial, autores como Abdias do Nascimento questionam o disfarce conferido por tal conceito ao racismo, silenciando, assim, os questionamentos daqueles que sofrem seus preconceitos, tendo lugar o Estatuto da Igualdade Racial em contexto histórico, social e constitucional, que se compromissa enfrentar as desigualdades raciais enlaçadas à vivência brasileira, não erradicadas por um mero discurso conciliador. Assim, tendo o Poder Judiciário a prerrogativa de interpretar e concretizar a legislação, o que se acentua no campo dos direitos sociais (Cappeletti), objetiva o trabalho analisar, via metodologia de análise de decisões judiciais (MAD), de que maneira atuaram os tribunais brasileiros, nos 10 (dez) anos de vigência da Lei 12.288/2010, em temas a ela afetos, selecionando, em vista das limitações deste trabalho, julgados considerados relevantes. Concluiu-se que, embora se trate de legislação com variados temas, a grande maioria dos julgados localizados versam sobre as cotas raciais, sendo escassos julgados de outros temas constantes no Estatuto da Igualdade Racial, o que indica, em primeira análise, um déficit de enfrentamento judicial de diversos temas sensíveis positivados na Lei 12.288/2010.

PALAVRAS-CHAVE: Estatuto da Igualdade Racial; Jurisprudência brasileira; Direitos da população negra.

ABSTRACT: Against the racial democracy idea, authors such as Abdias do Nascimento inquire about the disguise that the racial democracy concept gives to racismo, silencing the questioning of those who suffer from racial prejudic. The Brazilian Racial Equality Statute rises in a historical, social and constitucional contexto that is compromised to face the racial inequalities in the Brazilian experience, that are not eradicated by a simple conciliatory speech, such as the idea of racial democracy. Consdering that the Judicial Power has the prerogative of interpretate and materialize the law, which is accentuated in the social rights (Cappeletti), this paper intents to analyze, through the judicial decision's analyze method (DAM), in which way did the Brazilian Courts acted, along thte 10 years of the Law number 12.288/2010's enforcement, about themes provided in that law, selecting relevants cases, due to the limits of this paper. It was concluded that, although it's a law with thematic variety, the most part of the cases founded are about racial quotas, and there were few cases on other themes contained in the Brazilian Racial Equality Statte, which indicates, at first sight, a judicial facing's déficit on the lots of relevant themes contained in the Law numer 12.288/2010.

PALAVRAS-CHAVE: Brazilian Racial Equality Statute; Brazilian Case Law; Black people civil rights.

INTRODUÇÃO

Em contraposição à construção do mito da democracia racial, com grande difusão em âmbito brasileiro, e também usada para exportar a noção de pacificidade e de harmonia do povo brasileiro a despeito de suas raízes escravistas e de violência, serão abordados enfoques críticos de autores como Abdias do Nascimento e Joel Rufino dos Santos acerca desse discurso, com vistas a situar historicamente os reflexos constitucionais e legislativos (inserindo-se o Estatuto da Igualdade Racial), que, dado seu caráter programático, encontram no Poder Judiciário um aliado, ao menos potencialmente, para sua implementação.

Diante dessa abordagem, passa-se à análise de várias decisões proferidas por ramificados tribunais brasileiros, localizadas mediante busca com termos "Estatuto da Igualdade Racial" e "Lei 12.288" em repositórios das cortes pátrias, para, ao fim, serem tecidos alguns breves apontamentos sobre o panorama jurisprudencial nessa década de vigência do Estatuto da Igualdade Racial, buscando aferir se o potencial normativo

conferido por esta legislação vem sendo usado por operadores do direito em geral, notadamente em função da natureza eminentemente reativa como atua o Poder Judiciário.

1 O LEGADO DA "DEMOCRACIA RACIAL": A NECESSIDADE DE AÇÕES AFIRMATIVAS PELO ESTADO COM VISTAS A ENFRENTAR OS EFEITOS DE UM RACISMO ENRAIZADO

Como forma de mitigação das mazelas do passado escravista, construiu-se o mito da democracia racial, que organiza a narrativa identitária brasileira, especialmente a partir da ascensão de Getúlio Vargas, e que consolida a lógica do não racismo e da não conflitualidade. Trata-se de construção ideológica que marcou profundamente a nacionalidade brasileira, bem como a maneira pela qual as relações raciais, no Brasil, passaram a ser interpretadas, de modo a conferir traços de invisibilidade ao racismo pulsante na sociedade brasileira (SILVA, 2017). Essa forma de solucionar os gravíssimos problemas históricos da "exploração colonial fundada no escravismo" (OLIVEIRA, 2003, p. 127), no entanto, trouxe mínimo esforço no combate às desigualdades de renda e de oportunidades sociais entre negros e brancos. Como materialização jurídica deste discurso da democracia racial, cita-se a edição da Lei Afonso Arinos (Lei nº 1.390/1951), que criou contravenções penais vinculadas a atos resultados de preconceito racial, mas que não trouxe efetividade prática, dada a ausência de esforços para impedir, de forma efetiva, e não através de meros enuciados normativos, condutas preconceituosas. O discurso atrelado à democracia racial, todavia, teve importante função na consolidação da posição discursiva de uma igualdade formal pelos negros e mulatos na sociedade brasileira (GUIMARÃES, 2001, p. 125).

Segundo Abdias do Nascimento (1978, 177-178), o mito da democracia racial seria, na verdade, uma máscara do preconceito de cor e da discriminação racial, e está pautado em três objetivos: 1) impedir qualquer reivindicação pautada na origem racial daqueles que são discriminados por descenderem do negro-africano; 2) assegurar que todo o resto do mundo não tome consciência do verdadeiro genocídio perpetrado contra o povo negro brasileiro; 3) aliviar a consciência de culpa da própria sociedade brasileira. E é essa realidade concreta que torna insustentável o discurso da democracial racial, fazendo colapsar esse bloco ideológico que permeava a dita noção anterior de Brasil, fortacelendo, assim, a mobilização social política negra, em idos da década de 1970 em diante, como afirma Joel Rufino dos Santos (1985, p. 298)

Em superação à idéia de uma igualdade meramente formal que representa a noção da democracia racial, deve ter lugar a noção de uma sociedade plurirracial autêntica, cuja premissa seja a efetiva existência de igualdade econômica, social e cultural, e que transcenda o campo meramente discursivo[1]. E é sob este enfoque que se dá a positivação, no art. 4º, VIII, da Constituição Federal de 1988, do repúdio ao racismo como sendo princípio estruturante das relações internacionais brasileiras, constituindo as ideias diretivas básicas do texto.

Também o texto constitucional remete a um simbolismo penal para repúdio do racismo, na forma do inciso XLII do art. 5º, ao enunciar a imprescritibilidade e a inafiançabilidade da prática do racismo. Contudo, lançar mão do Direito Penal para rechaço do racismo indica uma espécie de paradoxo, quando se sabe que nosso sistema penal marginal fomenta a seletividade racial, e cumpre com louvor sua função de "instrumento genocida, excludente, disciplinador e objetificante" do povo negro, como observa Luciano Góes (2018, online, p. 52).

É junto dessas balizas históricas, sociais e constitucionais que se insere o Estatuto da Igualdade Racial (Lei 12.288/2010), o qual objetiva a concretização dos compromissos constitucionais assumidos, mediante a efetivação à população negra de igualdade de oportunidades, defesa de seus direitos étnicos, coletivos e difusos e o combate à discriminação e outras maneiras de intolerância étnica, como preconiza o seu art. 1º. Contudo, assim como as disposições insertas no texto constitucional, o Estatuto da Igualdade Racial traz consigo uma série de dispositivos legais de caráter aberto e axiológico, e que demandam sua implementação para que seu texto seja transposto ao plano da eficácia social, fator este que orienta o presente artigo, onde será analisada a atuação específica do Poder Judiciário brasileiro na implementação dos ditames do Estatuto da Igualdade Racial, em seus 10 (dez) anos de vigência.

[1] Nesse mesmo sentido é o prefácio da obra de Abdias do Nascimento, feita por Florestan Fernandes: "Pela primeira vez surge a idéia do que deve ser uma sociedade pluri-racial como democracia: ou ela é democrática para todas as raças e lhes confere igualdade econômica, social e cultural, ou não existe uma sociedade pluri- racial democrática." (NASCIMENTO, Op. Cit., p. 20).

2 O HIATO ENTRE AS DISPOSIÇÕES NORMATIVAS E A REALIDADE CONCRETA: ATUAÇÃO DO JUDICIÁRIO NA EFETIVTAÇÃO DO ESTATUTO DE IGUALDADE RACIAL. ANÁLISE DE DECISÕES.

Diante do caráter eminentemente programático dos dispositivos legais que compõem o Estatuto da Igualdade Racial[2], a exigir uma atuação concreta do poder público para transpor o texto legal ao campo da realidade social, será abordada, no presente artigo, a atuação do Poder Judiciário brasileiro na efetivação dos ditames da Lei 12.288/2010, mediante estudo de caso de alguns julgados. Parte-se do pressuposto de que a atividade judiciária na interpretação e implementação de direitos sociais ostenta um caráter acentuadamente criativo, e que a maior vagueza da legislação e a imprecisão dos elementos de direito amplia o espaço para a atuação discricionária dos juízes, acentuando-se o ativismo, o dinamismo e a criatividade dos juízes. (CAPPELLETTI, 1993, p. 42). Toma-se também por premissa a simbiose entre interpretação e aplicação de textos legais, pois o julgador, enquanto intérprete autêntico, concretizará a lei em casa caso, de modo que a interpretação e aplicação passam a ser um processo unitário (GRAU, 2018, p. 49).

Como dispõem, a título de exemplo dessa tendência que permeia a lei, os seguintes artigos:

> Art. 6º O direito à saúde da população negra será garantido pelo poder público mediante políticas universais, sociais e econômicas destinadas à redução do risco de doenças e de outros agravos.
> Art. 14. O poder público estimulará e apoiará ações socioeducacionais realizadas por entidades do movimento negro que desenvolvam atividades voltadas para a inclusão social, mediante cooperação técnica, intercâmbios, convênios e incentivos, entre outros mecanismos.
> Art. 27. O poder público elaborará e implementará políticas públicas capazes de promover o acesso da população negra à terra e às atividades produtivas no campo.

O recorte de abordagem promovido não desconsidera as críticas à expansão do Poder Judiciário e o dito déficit democrático que caracterizaria a interferência judicial em campos tradicionalmente destinados aos demais poderes, feita por autores como Waldron e Bellamy, que questionam o fato de juízes não serem eleitos e, portanto, não serem

[2] Como dispõem, a título de exemplo dessa tendência que permeia a lei, os seguintes artigos:
Art. 6º O direito à saúde da população negra será garantido pelo poder público mediante políticas universais, sociais e econômicas destinadas à redução do risco de doenças e de outros agravos.
Art. 14. O poder público estimulará e apoiará ações socioeducacionais realizadas por entidades do movimento negro que desenvolvam atividades voltadas para a inclusão social, mediante cooperação técnica, intercâmbios, convênios e incentivos, entre outros mecanismos.
Art. 27. O poder público elaborará e implementará políticas públicas capazes de promover o acesso da população negra à terra e às atividades produtivas no campo.

responsabilizados perante os cidadãos, e também como decorrência da incapacidade de o Poder Judiciário se debruçar sobre discussões morais, técnicas e políticas, como é dado ao parlamento (PAULINO, 2018, p. 109-111).

Contudo, independemente dos posicionamentos antagônicos, é certo que o Judiciário é um relevante agente na implementação e concretização do Estatuto da Igualdade Racial, o que justifica o presente estudo, que objetiva identificar a forma como os tribunais brasileiros, ao longo dos 10 (dez) anos de vigência, enfrentaram temas relacionados à Lei 12.288/2010, e que se valerá de pesquisa exploratória aos repositórios de jurisprudência dos *websites* de variados Tribunais Brasileiros e também de plataforma unificada de jurisprudência (Jusbrasil), através de busca com os termos "Estatuto Igualdade Racial" e "Lei 12.288", com a ulterior seleção e análise de julgados reputados mais relevantes, considerando as delimitações editoriais. Uma vez individualizados os julgados, oriundos de variados tribunais brasileiros, serão realizadas ponderações quanto às decisões, obstinando refletir sobre a atuação judicial em temas do Estatuto da Igualdade Racial, nos moldes da metodologia de análise de decisões (MAD) (FREITAS FILHO e LIMA, 2010, online).

3 TJRJ E TRF-1: ESTATUTO DA IGUALDADE RACIAL E O COMPROMISSO CONSTITUCIONAL COM A ISONOMIA MATERIAL E RESGATE SOCIAL

Remetendo à necessidade de superação de uma igualdade tão somente no campo formal e discursivo, que bem caracteriza a "democracia racial", a seleção dos primeiros julgados a se analisar está pautada no fato de poder se extrair de ambos, ainda que proferidos por distintos tribunais brasileiros, traços comuns em sua fundamentação, onde destacam para a relevância do Estatuto Social a serviço da busca de uma isonomia substancial à população negra, que não se restrinja à mera enunciação normativa.

O julgado do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (BRASIL, TJRJ, 2016, online). foi proferido em sede de mandado de segurança impetrado por candidata em concurso público do Ministério Público do Rio de Janeiro (técnico administrativo), que se insurgia contra a reserva de vagas a negros e índios prevista no edital do certame. A ordem do mandado de segurança foi denegada pelo tribunal, que chancelou a validade da reserva de vagas feita no concurso público, havendo, na fundamentação do voto-condutor, a afirmação de que o Estatuto da Igualdade Racial conferiu nova estatura ao ordenamento jurídico pátrio, tornando-o mais justo e igualitário, objetivando garantir à população negra

a igualdade de oportunidade e o combate à discriminação. Assim, após transcrição dos artigos 1º e 39 da Lei 12.288/2010, conclui a decisão colegiada que tais diretrizes viabilizavam a previsão edilatícia de reserva de vagas a negros e índios.

Já o recurso julgado pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região (BRASIL, TRF-1, 2018, online) tratava de apelação interposta pela Universidade Federal do Maranhão contra sentença que concedeu ao apelado, admitido pelo regime de cotas para negros, a inscrição definitiva no curso de odontologia da UFMA, argumentando a recorrente ofensa ao princípio da isonomia, em função de o apelado não ter sido avaliado, na aferição de suas características fenotípicas, nas mesmas condições dos demais candidatos. A Corte Regional manteve a sentença, afirmando que o edital lavrado pela UFMA não especificava quais critérios seriam usados para aferir o fenótipo do candidato cotista, o que seria desarrazoado. Fundamentou-se também para a consagração da isonomia material assegurado na ordem constitucional, retirando o caráter neutro do direito, de modo a convertê-lo em instrumento de igualação material de oportunidades. O voto-condutor da decisão também destaca o reconhecimento constitucional do caráter multiétnico da sociedade brasileira, impondo políticas públicas de combate a preconceitos fundados em cor, origem ou raça. O regime das costas para negros, nesse contexto, representaria antes um resgate social, não se cogitando de qualquer ofensa ao princípio da isonomia.

Como se vê, ambos julgados, tratados em item conjunto em razão de convergências em suas fundamentações, versam sobre cotas à população negra em concursos públicos, tema regulamentado pela Lei 12.990/2014, a qual complementa a política de ações afirmativas inauguradas a partir do Estatuto da Igualdade Racial (CLEVE, online), enunciadas em seu art. 1º, inciso VI. As ações afirmativas, no conceito trilhado por Silvio Luiz de Almeida (2019, p. 89-90), são políticas públicas de promoção de igualdadade nos setores público e privado, que visam beneficiar minorias sociais historicamente discriminadas, das quais as cotas racias consistem apenas em uma de suas modalidades, e que, além das cominações legais, possuem caráter ético-político, e se vinculam às ideias de justiça corretiva e distributiva.

As cotas raciais são, assim, tema central à jurisprudência brasileira voltada ao Estatuto da Igualdade Racial, sendo elas, em primeira análise, o tema mais enfrentado em julgados dos tribunais brasileiros, que abordem a Lei 12.288/2010, valendo pontuar que o Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento da ADPF 186, assentou a constitucionalidade desta modalidade de ação afirmativa, como um mecanismo que busca

reverter o “quadro histórico de desigualdade que caracteriza as relações étnico-raciais e sociais em nosso País” (BRASIL, STF, 2012, online).

4 JULGADO DO TJMS: COTAS RACIAIS E A DISTINÇÃO ENTRE NEGROS E PARDOS

Desde o implemento do sistema de cotas, irromperam acaloradas discussões acerca da diferenciação de negros e pardos. Isso porque inúmeros editais de concursos públicos, ao serem redigidos, de modo negligente, fazem referência apenas ao termo “negro” para informar aos candidatos e candidatas sobre a reserva racial que se destina às pessoas que assim se declaram, sem incluir, explicitamente ao menos, aqueles e aquelas que se declaram pardos e pardas.

Nesse contexto, em 2019, a 2ª Seção Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul, por maioria, concedeu pleito em Mandado de Segurança por impetrante que, no ato de inscrição no curso de formação de soldados da Polícia Militar, se declarou negro, fazendo jus à lista de candidatos pertencentes ao sistema de cotas do referido concurso, mas que, no entanto, em fase de entrevista de verificação por parte da comissão, recebeu decisão desfavorável. Ocorre que, além de ter se declarado negro no ato da inscrição, o candidato também apresentou pareceres que atestam sua etnia, como documentos expedidos pelo Ministério da Saúde, pelo Sistema Único de Saúde, e por seu empregador. Não obstante tenha comprovado de diversas formas fazer jus à concorrência no sistema de cotas, a comissão organizadora do concurso impediu a continuidade do candidato no certame, haja vista o impetrante tenha a pele parda, e não negra (BRASIL, TJMS, 2019, online).

Contudo, diferentemente do que contava nos editais que motivaram que se impetrasse o referido mandado de segurança, o Estatuto da Igualdade Racial não deixa dúvidas acerca do tema, protagonizando decisões judiciais que versam sobre o assunto. Neste sentido, consta no voto-condutor, a cargo do Desembargador Relator Dorival Renato Pavan, salientando em seu voto a importância dos ditames da Lei 12.288/2010 que, logo no artigo 1º, parágrafo único, inciso IV[3], considera expressamente que a cor parda se enquadra no conceito de raça negra.

[3] Parágrafo único. Para efeito deste Estatuto, considera-se:
IV - população negra: o conjunto de pessoas que se autodeclaram pretas e pardas, conforme o quesito cor ou raça usado pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), ou que adotam autodefinição análoga;

Desta forma, o relator concluiu o voto, acompanhado por maioria dos membros da 2ª Seção Cível do TJMS, afirmando que não deviam os editais de concurso fazer distinção entre negros e pardos, tornando nulo o parecer exarado pela comissão organizadora do concurso, e assegurando ao impetrante o direito de permanecer no certame na classificação de cotas raciais[4].

5 ASPECTOS INDENIZATÓRIOS EM INJÚRIAS RACIAIS. JULGADOS DO TJSP

Já em seu artigo 1º, o Estatuto da Igualdade Racial estabelece como diretriz o resguardo à honra da população negra, por meio da observação inequívoca de seus direitos individuais, coletivos e difusos para que se combata de forma prática e efetiva a discriminação racial e as variadas formas de intolerância étnica.

Outrossim, quando se está diante de situação de racismo ou injúria - tipificados de forma diversa em nosso ordenamento jurídico -, o que se configura é, portanto, a ofensa a um dos direitos da personalidade da vítima, lesionando seu direito à honra, seja objetiva ou subjetiva, à individualidade, assim como o respeito à diversidade, à intimidade e à imagem, ensejando dano moral ao ofendido ou ofendido (STOCO, 2004, p. 1.777). O dano moral, assim, é produto do sentimento negativo sofrido pela exclusão social e vergonha que aflige à pessoa a quem ele é causado, e se caracteriza pelo sofrimento moral ou psíquico. É o ferimento de um destes direitos, ou seja, é o prejuízo que afeta o ânimo psíquico, moral e intelectual da vítima (TEPEDINO, 2001, p. 21).

Em sendo o Estatuto da Igualdade Racial, uma iniciativa ampla com vistas a promover a construção e manutenção de uma sociedade equilibrada sob o prisma étnico, e a contribuir para a distribuição justa dos bens sociais, bem como para o respeito a cada um dos grupos raciais[5], é natural que sirva de alicerce às decisões judiciais que versem sobre delitos desta natureza.

É o que se observa em acórdão proferido no ano de 2016 pelo Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP), em litígio decorrente de injúria racial que vitimou uma professora da rede estadual de ensino. Conforme se denota dos autos, ao corrigir trabalhos feitos por alunos e alunas, a professora se deparou com abjetas ofensas, inclusive de cunho discriminatório (“professora negra do caramba”), insultos estes que causaram intenso transtorno psicológico à vítima, prejudicando-a em seus afazeres diários e em seu

[4] Ibidem
[5] A propósito, ver: HONNETH, 2003.

exercício da profissão, caracterizando, assim, ofensa à maioria dos direitos da personalidade inerentes à professora (BRASIL, TJSP, 2016, online)

Após a condenação pelo Juiz de primeiro grau, os alunos responsáveis pela referida prática interpuseram recurso ao TJSP, ao qual os integrantes da 9ª Câmara negaram provimento, em votação unânime, tendo constado no voto-condutor deste acórdão expressa alusão ao Estatuto da Igualdade Racial, para subsidiar que fosse mantida a sentença proferida:

> Não bastasse o caráter moralmente reprovável da aluna, ante a odiosa ofensa à dignidade humana da professora, necessário dizer que no aspecto eminentemente jurídico, não são admitidas pelo nosso ordenamento constitucional e pelo Estatuto da Igualdade Racial, tais ofensas, nada justificando a isenção de responsabilidade preconizada no apelo (BRASIL, TJSP, idem).

Ainda, na mesma decisão, o Desembargador relator, Alexandre Bucci, afirma ser impossível admitir, nos dias atuais, qualquer forma de intolerância e discriminação racial, à vista do teor dos artigos 1º, parágrafo único, inciso I, e artigo 4º, inciso IV, ambos da Lei 12.288/2010, que, em suma, demonstram o escopo do Estatuto da Igualdade Racial em combater as variadas formas de segregação racial em todas as suas manifestações individuais, institucionais e estruturais, sobretudo por meio de ajustes normativos.

Também a 10ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo se deparou com questão afeta ao Estatuto da Igualdade Racial, ao julgar apelação interposta por um funcionário público do Município de Sertãozinho, contra sentença que julgou improcedente sua pretensão indenizatória por dano moral, em demanda onde afirmava ter sido ofendido por seu superior hierárquico, através de expressões como “negão”, “negrão vagabundo” e “negão filho da p...”, após um desentendimento entre ambos. O fundamento utilizado na sentença foi de que o uso de expressões como “negão” não implicaria em vocação de ofender e magoar, mas apenas descrever uma possível ligação étnica entre a pessoa e determinado povo, de modo que o seu repúdio implicaria na perda de “liberdades de expressão e espontaneidade, tornando as relações frias, distantes e hipócritas” (Idem).

O órgão colegiado, por maioria de votos, prevalecendo o de lavra do Relator, o Juiz substituto em segundo grau, Marcelo Semer, deu provimento ao recurso, a fim de condenar o ente público empregador à indenização por dano moral em favor do recorrente. O voto- condutor desconstruiu os argumentos da sentença, assentando que: 1. A ofensa deve ser avaliada pela ótica do ofendido e não do defensor; 2. Não se pode cogitar de uma

proteção jurídica à liberdade que tenha a consequência de constrangimento de minorias, notadamente porque a sociedade brasileira está assentada; 3. A dita "defesa" daquilo que se alega ser "liberdade de expressão" ou "espontaneidade e leveza das relações" implica, na verdade, a pretensão de garantir o antigo e deletério direito de ofensa, mesmo que inconsciente, da verbalização impune de seu preconceito, cultura nefasta, que, ainda que permaneça em meio a rodas sociais, deve ser combatida social e juridicamente, nos termos do Estatuto da Igualdade Racial, Constituição Federal e demais diplomas normativos.

Nesse julgado, que contou com voto divergente proferido pelo Desembargador Torres de Carvalho, que propunha a manutenção da sentença de improcedência, há uma grande demonstração das distintas posturas que poder o Judiciário assumir em frente a situações de discriminação racial: manter-se afastado, entendo que seria da praxe social a menção aspectos de cor de um ser humano, não havendo nisso algo que pudesse ensejar ofensa extrapatrimonial a justificar uma indenização por dano moral ao ofendido, ou um Judiciário que arroga para si o compromisso de combater a discriminação, dando concretude aos ditames do Estatuto da Igualdade Racial, tal como se verifica do voto-condutor do acórdão.

Cuidou, ainda, o Magistrado prolator do voto vencedor, de mencionar, com grande acerto, os estudos do sociólogo Oracy Nogueira, que afirma que o negro, no Brasil, toma consciência aguda da própria cor em momentos de conflito, quando seu adversário procura humilhá-lo, lembrando-lhe a aparência social, e que até mesmo situações ditas de "brincadeira" contribuem à reafirmação do preconceito brasileiro em relação aos traços negroides. Daí o relevante papel do Judiciário em atuar ativamente no repúdio a situações de discriminação racial, como a narrada no recurso, interpretando e dando efetividade aos ditames da Lei 12.288/2010, com a qual não se compatibiliza uma postura de isenção e de normalização de ofensas discriminatórias, como se fossem elas um componente natural das relações sociais.

6 O TJRS E A CONSTITUCIONALIDADE DA COMPOSIÇÃO DO "CONSELHO MUNICIPAL DO POVO DO TERREIRO" DA CIDADE DE RIO GRANDE POR REPRESENTANTES DIRETOS DE YLÊS

A intolerância religiosa que aflige religiões de matriz africana no Brasil é tema da maior relevância, cuja ocorrência, lamentavelmente, perdura, especialmente no âmbito escolar, e está vinculada, dentre outros fatores, ao fato de grupos da matriz religiosa cristã

brasileira abarcar alguns grupos que reforçam discursos de ódio e de intolerância voltados aos adeptos e adeptas das religiões afro-brasileiras (NOGUEIRA, online, p. 296-300). Não por outro motivo que o Estatuto da Igualdade Racial dedica capítulo específico voltado à proteção do direito à liberdade de consciência e crença e ao livre exercício dos cultos religiosos de matriz africana, nos termos dos artigos 23 a 26 da Lei 12.288/2010.

Contudo, a despeito da permanência do problema da intolerância religiosa voltada contra religiões destas matrizes, existe significativa lacuna jurisprudencial acerca do tema, que se apresentou em meio às pesquisas exploratórias realizadas. Todavia, o julgado que se localizou em tais pesquisas, tangencia pontos importantes da Lei 12.288/2010, tanto sobre os aspectos das religiões de matriz africana, como pontos de organização e de competência do Sistema Nacional de Promoção da Igualdade Racial (SINAPIR), regulamentado nos artigos 47 a 57 da legislação, e que é composto, dentre outros órgãos, por conselhos locais de promoção da igualdade étnica de Estados e Municípios.

Trata-se de uma ação direta de inconstitucionalidade, julgada pelo pelo Órgão Pleno do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, que foi impetrada pelo Procurador-Geral de Justiça daquele Estado, em face da Lei 7.954/2015 do Município de Rio Grande, alegando que seria inconstitucional, por malferir o princípio da laicidade estatal, o estabelecimento feito pelo diploma legal municipal quanto à destinação de 12 (doze) das 16 (dezesseis) vagas do Conselho Municipal do Povo do Terreiro destinadas à sociedade civil organizada para "representantes diretos de Ylês instituídos, considerados ainda por casas de Matriz Africana, Terreiros de Umbanda, Tendas e demais conceituações reconhecidas" (BRASIL, TJRS, 2019, online).

No voto-condutor, acompanhado pela maioria dos integrantes do Órgão Pleno do TJRS, o Desembargador Eduardo Uhlein julgou improcedente a ação, de modo a manter a higidez da legislação municipal questionada. O voto se inicia com a transcrição de dispositivos da Lei 12.288/2010, atinentes à instituição do SINAPIR, destacando o Desembargador que o art. 50 do Estatuto da Igualdade Racial traz a previsão de instituição de conselhos (municipais e estaduais) de promoção da igualdade étnica, de caráter permanente e consultivo, compostos por representantes das entidades públicas e organizações da sociedade civil representativas da população negra, o que conferia, no âmbito infraconstitucional, a devida legitimidade para a criação dos Conselhos Estadual e Municipais do Povo de Terreiro, como aquele que dava azo à ADI, implementado pelo Município de Rio Grande.

Partindo dessa premissa, não haveria, na simples definição e atribuição de 12 vagas, dentre as 16 (dezesseis) vagas reservadas a representantes da sociedade civil organizada, para representantes diretos de Ylês ou casas de Matriz Africana, ofensa ao princípio da laicidade do Estado, pois, em se tratando de Conselho que objetiva formular políticas públicas a pessoas identificadas com as práticas culturais religiosas de matriz africana, seria, na ótica do Desembargador, inteiramente razoável que os membros sejam, em maioria, representantes das próprias comunidades de terreiro, não se cogitando de qualquer inconstitucionalidade. Concluiu, assim, que a laicidade imposta ao Estado não lhe exoneraria de assegurar a igualdade de direitos entre os cidadãos, notadamente o da liberdade de culto religioso.

Trata-se, assim. de um singular julgado, onde se aborda tanto a relevância dos conselhos locais de promoção de igualdade étnica, enquanto integrantes do Sistema Nacional de Promoção da Igualdade Racial, como também é validade a composição do conselho por pessoas de religiões de matriz africana, em argumento alinhado aos fatores de discriminação concebidos por Bandeira de Mello, pois essa restrição em relação ao preceito da isonomia generalizada ostenta um claro vínculo de correlação lógica entre a peculiaridade diferencial e a desigualdade de tratamento em função dela conferida (MELLO, 2017, p. 17), pois as políticas públicas a serem implementadas pelo Conselho Municipal do Povo do Terreiro eram voltadas, justamente, às pessoas identificadas com tais cultos, e que, por inferência lógica, estão em melhores condições para que identifiquem e elaborem as medidas mais adequadas.

7 ESTATUTO DA IGUALDADE RACIAL PELA ÓTICA DO TJPR: ESCASSEZ TEMÁTICA

Com vistas a analisar a atuação dos tribunais brasileiros na aplicação do Estatuto da Igualdade Racial (Lei 12.288/2010) em suas decisões, passa-se a aferir qual tem sido, mais detidamente, o papel do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná neste cenário. Dada a relevância do tema, permanece aberta a possibilidade de pesquisas acerca do protagonismo do Estatuto em julgados provenientes de todas as regiões do país, individualmente.

Em pesquisa aos repositórios de jurisprudência dos *websites* dos Tribunais Brasileiros, com filtragem de busca por Estado, o que se percebe é uma escassez da concretização da Lei 12.288/10 em decisões que versem sobre os temas que o Estatuto

visa tutelar. Isto é, em que pese o Estatuto albergar variados temas, todos correlacionados às questões raciais, o que se observa nos julgados paranaenses, durante esta década de concepção da aludida Lei é uma escassez na abordagem de temas, pois os excepcionais julgados localizados se vinculam, em sua maioria, à aplicação da política de cotas raciais no ingresso de estudantes nos quadros discentes da Universidade Estadual de Londrina (UEL), cujo Conselho Universitário, no dia 23 de julho de 2004, através da Resolução nº 78/2004, estabeleceu a reserva de vagas para candidatos que se autodeclarassem negros, sendo a quarta universidade do país a considerar o sistema em seu processo seletivo (Agência UEL de Notícias, 2019, online).

Outrossim, na imensa maioria das decisões encontradas, notou-se que o poder judiciário optou por adotar uma postura isenta, delegando à UEL o poder de decisão acerca da subsunção, ou não, às exigências, em função da autonomia assegurada às universidades no campo administrativo, como se nota, por exemplo, em recurso de apelação (BRASIL, TJPR, 2019, online) vinculado a mandado de segurança oriundo da Comarca de Londrina, no qual a recorrente se insurgia contra o indeferimento de sua matrícula na referida Universidade, após a adesão ao sistema de cotas raciais, mediante autodeclaração, que não foi ratificada pela Comissão Avaliadora da UEL, ao considerar que a aluna não dispunha de traços fenotípicos que a amoldassem à cor negra.

A decisão administrativa foi chancelada em sentença proferida em mandado de segurança impetrado pela estudante, motivando a interposição do recurso, ao qual foi negado provimento, sob o argumento de não caberia ao judiciário "substituir a banca examinadora" para reexaminar o mérito da decisão administrativa, auferindo se a patê possuía, ou não, as características fenotípicas exigidas, afirmando, ainda, que a decisão tomada pela comissão avaliadora da UEL estaria em consonância com os critérios legais estabelecidos pela legislação federal quanto aos requisitos para o preenchimento das vagas relativas as cotas raciais. A tendência do referido julgado é também observada em outros (escassos) julgados do referido tribunal[6].

Deve-se destacar que o escopo do presente trabalho não é valorar as decisões do Tribunal de Justiça do Paraná, mas apenas analisar a postura desta corte ao abordar

[6] Conforme: BRASIL. Tribunal de Justiça do Paraná. Apelação Cível 0016919-40.2019.8.16.0014. 7ª Câmara Cível. Relator: Francisco Luiz Macedo Junior, 09 de março de 2020; BRASIL. Tribunal de Justiça do Paraná. Apelação Cível 1734757-4, Relator: Desembargador Renato Lopes de Paiva, 30 de janeiro de 2018; BRASIL. Tribunal de Justiça do Paraná. Apelação Cível 1649322-2. 6ª Câmara Cível, Rel.: Desembargador Carlos Eduardo Andersen Espínola, 25 de julho de 2017; BRASIL. Tribunal de Justiça do Paraná. Apelação Cível 1529992-6. 6ª Câmara Cível, Rel.: Desembargador Carlos Eduardo Andersen Espínola, 20 de junho de 2017;

questões da Lei 12.288/2010. Sendo assim, resta nítido que quanto às questões abarcadas e protegidas pela Lei 12.288/2010, o Judiciário paranaense vem adotando postura autocontida, em contraposição àquela denominada como “ativismo judicial”, preservando a discricionariedade das decisões tomadas pelo Conselho da UEL, sem ingressar no mérito das decisões administrativos.

Nesse contexto, importante asseverar que a interferência judicial em conflitos que tratem de direitos sociais e sua exigibilidade jurídica é não só importante, como altamente necessária, não devendo ser confundida uma postura assertiva dos órgãos julgadores como sendo um “ativismo”, notadamente em um país que deita as suas raízes históricas no preconceito racial, tornando premente a necessidade de que o Judiciário possa intervir em favor de minorias historicamente estigmatizadas ou invisibilizadas, visando a garantir o desenvolvimento regular da democracia e a tutela dos direitos fundamentais (CORBO, 2014, online, p. 181-212).

CONCLUSÃO

A abordagem dos aspectos normativos do estatuto da igualdade racial deve ter início com uma breve contextualização do predominante discurso brasileiro, pautado na ideia de uma democracia racial, que, além de falacioso, buscando mitigar uma realidade histórica de racismo estrutural, também teve por face cruel a tentativa de silenciamento das insurgências contra o preconceito racial.

Os compromissos constitucionais sedimentados em 1988, e positivados pela Lei 12.288/2010 (Estatuto da Igualdade Racial), sancionada com seus sintomáticos 22 (vinte e dois) anos de diferença em relação ao texto da Carta Política, diante do contexto da expansão do poder judiciário, encontram nos órgãos jurisdicionais um potencial aliado na efetivação da legislação.

No entanto, muito embora a década que se completa da vigência do Estatuto da Igualdade Racial, o presente estudo, ainda que realizado em uma metodologia sem um maior aprofundamento, indica uma subutilização do Estatuto da Igualdade Racial em meio ao poder judiciário, que, na esmagadora maioria dos julgados que se localizou, se cinge análise das ações afirmativas, via cotas raciais, tema este que, embora da mais profunda relevância, representa um diminuto aspecto de todos os compromissos preconizados pelo Estatuto da Igualdade Racial, que perpassa por uma série de temas da maior relevância para a população negra, tais como o direito à educação, cultura, respeito à liberdade de

crença e aos cultos de matriz africana, isonomia nos meios de comunicação e tantos outros.

O presente estudo, portanto, além das sumárias constatações obtidas, serve a conclamar as advogadas e os advogados para a relevância do papel que podem ter na formatação de uma jurisprudência que enfrente com maior abrangência os temas e a riqueza dos compromissos firmados pelo Estatuto da Igualdade Racial. E isso se dá pela natureza eminentemente reativa que caracteriza a atuação do judiciário, o que dá ares de protagonismo àqueles que são considerados pela nossa ordem constitucional como indispensáveis à administração da justiça, e que, nas vindouras décadas de vigência da Lei 12.288/2010, possam alterar o quadro que se constata de forma sumária no presente artigo, instando os órgãos jurisdicionais para que se debrucem sobre a vasta gama de temas desta tão relevante legislação.

REFERÊNCIAS

"**Debate marca 15 anos de cotas e discute desafios da educação democrática**" Agência UEL de Notícias, Londrina, 13 de novembro de 2019. Disponível em <http://www.uel.br/com/agenciaueldenoticias/index.php?arq=ARQ_not&id=29619.> Acesso em: 10 de out. de 2020.

ALMEIDA, Silvio Luiz de. **Racismo estrutural**. São Paulo: Pólen, 2019 (Ebook)

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **APDF 196**. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, julgada em 26 de abril de 2012. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=269432069&ext=.pdf> Acesso em 10 out. 2020

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Apelação nº 0017814-55.2010.8.26.0008**. 9ª Câmara de Direito Privado Relator: Des. Alexandre Bucci, julgado em 25.20.2016. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=9924512&cdForo=0> Acesso em 10 out. 2020

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Apelação nº 0015825-22.2012.8.26.0597**. 10ª Câmara de Direito Privado. Relator: Marcelo Semer, 20 de maio de 2019. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=12576112&cdForo=0> Acesso em 10 out. 2020

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul. **Mandado de Segurança nº 1411113-29.2018.8.12.0000**. 2ª Seção Cível. Relator: Des. Dorival Renato Pavan, julgado em 11 de fevereiro de 2019. Disponível em: <https://esaj.tjms.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=848155&cdForo=0> Acesso em 10 out. 2020

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. **Apelação Cível nº 0021913-19.2016.8.16.0014**. 6ª Câmara Cível. Rel.: Juíza Ana Paula Kaled Accioly Rodrigues da Costa, 18 de novembro de 2018. Disponível em: <https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/4100000005776571/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-0021913-19.2016.8.16.0014> Acesso em 10 out. 2020

BRASIL. Tribunal de Justiça do Paraná. **Apelação Cível 0016919-40.2019.8.16.0014**. 7ª Câmara Cível. Relator: Francisco Luiz Macedo Junior, 09 de março de 2020. Disponível em: < https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/4100000010916411/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-0016919-40.2019.8.16.0014> Acesso em 10 out. 2020

BRASIL. Tribunal de Justiça do Paraná. **Apelação Cível 1734757-4**, Relator: Desembargador Renato Lopes de Paiva, 30 de janeiro de 2018. Disponível em: <https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/12485793/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-1734757-4> Acesso em 10 out. 2020

BRASIL. Tribunal de Justiça do Paraná. **Apelação Cível 1649322-2**. 6ª Câmara Cível, Relator: Desembargador Carlos Eduardo Andersen Espínola, 25 de julho de 2017. Disponível em: <https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/12400578/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-1649322-2#> Acesso em 10 out. 2020

BRASIL. Tribunal de Justiça do Paraná. **Apelação 1529992-6**. 6ª Câmara Cível, Rel.: Desembargador Carlos Eduardo Andersen Espínola, 20 de junho de 2017. <https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/12380429/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-1529992-6> Acesso em 10 out. 2020

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. **Mandado de Segurança 019522- 52.2016.8.19.0000**. 14ª Câmara Cível. Relator: Des.Juarez Fernandes Folhes, 30 de novembro de 2016. Disponível em: http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=2016.004.01290 Acesso em 10 out. 2020

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 70076012830**. Tribunal Pleno Relator: Marco Aurélio Heinz, Redator: Eduardo Uhlein, 21 de maio de 2019. Disponível em: <ttps://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_acordaos.php?Numero_Processo=700760 12830&code=7135&entrancia=2&id_comarca=700&nomecomarca=&orgao=TRIBUNAL%2 0DE%20JUSTI%C7A%20-%20TRIBUNAL%20PLENO> Acesso em 10 out. 2020

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. **Apelação Cível 0009031-17.2012.4.01.3700/MA** Relator: Des. Federal Jirair Aram Meguerian, em 19 de fevereiro de 2018. Disponível em: <https://arquivo.trf1.jus.br/PesquisaMenuArquivo.asp?p1=00090311720124013700> Acesso em 10 out. 2020

CAPELETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Tradução: Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993.

CLÉVE, Clemerson Merlin. **Ações afirmativas, justiça e igualdade**. Disponível em: <http://clemersoncleve.adv.br/acoes-afirmativas-justica-e-igualdade/#_ftn1> Acesso em 10 out. 2020

CORBO, Wallace. **Reflexões acerca da função contramajoritária do STF na proteção de direitos de minorias.** Revista dos Tribunais, Rio de Janeiro, vol. 4, 2014.

FREITAS FILHO, Roberto; LIMA, Thalita Moraes. **Metodologia de Análise de Decisões – MAD**. Universitas Jus, UniCEUB, 2010. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/jus/article/view/1206/1149> Acesso em 10 out. 2020

GÓES, Luciano. O Realismo Marginal Racial Brasileiro. In. **Nuestrapraxis.Revista de Investigación Interdisciplinaria y Crítica Jurídica**, año 1, n. 2, Ene-Jun 2018, p. 52. Disponível em:< https://aneicj.files.wordpress.com/2019/06/goes.pdf> Acesso em 10 out. 2020.

GRAU, Eros. **Por que tenho medo dos juízes: (a interpretação/aplicação do direito e dos princípios).** 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2018.

GUIMARÃES, Antonio Sérgio Alfredo. **A questão racial na política brasileira (os últimos quinze anos)**. Tempo Social; Rev. Sociol. USP, São Paulo, 13(2), novembro de 2001, p. 125. Disponível em:<https://www.scielo.br/pdf/ts/v13n2/v13n2a07.pdf> Acesso em 10 out. 2020

HONNETH, Axel. **Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais**. 34. ed. Tradução: Luiz Repa. São Paulo: Editora 34, 2003.

NASCIMENTO, Abdias do. **O Genocídio do Negro Brasileiro:** Processo de um racismo mascarado. Rio de Janeiro: Editora Paz e Terra, 1978.

NOGUEIRA, Oracy. Preconceito racial de marca e preconceitoracial de origem: Sugestão de um quadro de referência para a interpretaçãodo material sobre relações raciais no Brasil. In. **Tempo Social**, revista de sociologia da USP, v. 19, n. 1, p. 296 e 300. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/ts/article/view/12545/14322> Acesso em 10 out. 2020

OLIVEIRA, Francisco de. **Crítica à razão dualista/O ornitorrinco**. São Paulo: Boitempo, 2003.

PAULINO, Paulino, Lucas Azevedo. **Jurisdição constitucional sem supremacia judicial: entre a legitimidade democrática e a proteção de direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

SANTOS, Joel Rufino dos. **O movimento negro e a crise brasileira**. In. *Política e Administração*, Rio de Janeiro, v. 2, n. 2, julho/setembro, 1985.

SILVA, Cláudia Neves da; LANZA, Fábio. A intolerância religiosa à brasileira: estudo de caso na cidade de Londrina-PR. In. **Sociologia,** Porto, v. 37, p. 97-118 jun. 2019. Disponível em:<https://ojs.letras.up.pt/index.php/Sociologia/article/view/6376/5995>. Acesso em 10 out 2020

SILVA, Mozart Linhares da. População-sacer e democracia racial no Brasil. In. **Rev. Sociedade e Estado**, vol. 32, nº 3, Brasília, Setembro/Dezembro, 2017. Disponível em: https://doi.org/10.1590/s0102-69922017.3203003 Acesso em 10 out. 2020

STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil.** 6. ed. São Paulo: Rt, 2004.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

PROTOCOLO 15 À CEDH: INCLUSÃO DO PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE E DA DOUTRINA DA MARGEM DE APRECIAÇÃO

Anair Isabel Schaefer
Doutorado em Direito pela UFRGS. Pós-doutorado em Direito pela USP.
Professora da Faculdade Dom Bosco Porto Alegre.

RESUMO: O princípio da subsidiariedade e a doutrina da margem de apreciação têm sido utilizados na apreciação dos casos submetidos ao Tribunal Europeu de Direitos Humanos. O esgotamento das instâncias jurídicas nacionais como requisito de admissibilidade à Corte Europeia de Direitos Humanos reforça a subsidiariedade de jurisdição internacional e a análise das decisões nacionais proferidas sob a margem de apreciação. O presente artigo tem como objetivo analisar o Protocolo 15 à Convenção Europeia de Direitos Humanos, no qual incluiu a observância do Princípio da Subsidiariedade e a doutrina da margem de apreciação.
PALAVRAS-CHAVE: subsidiariedade – Margem de Apreciação - Convenção Europeia de Direitos Humanos – Protocolo 15.

ABSTRACT: The principle of subsidiarity and the doctrine of Margin of Appreciation have been used in the assessment of cases submitted to the European Court of Human Rights. The exhaustion of domestic remedies as a requirement of admissibility to the European Court of Human Rights reinforces the subsidiarity of international jurisdiction and the analysis of national decisions rendered under the margin of appreciation. The purpose of this article is to analyze Protocol 15 to the European Convention on Human Rights, which included compliance with the Subsidiarity Principle and the doctrine of Margin of Appreciation.
KEY WORDS: subsidiarity - Margin of Appreciation - European Convention on Human Rights - Protocol 15.

INTRODUÇÃO

A Convenção Europeia de Direitos Humanos (CEDH), em vigor desde 1953, ao longo dos anos foi efetivando Protocolos, permitindo a atualização e ampliação da proteção dos direitos humanos na Europa. Os últimos Protocolos são o 15 e o 16. O Protocolo 16, em vigor desde 2018 apresenta uma implementação na função consultiva do

Tribunal Europeu de Direitos Humanos, permitindo o chamado diálogo entre os juízes. O Protocolo 15 apresenta modificações no âmbito contencioso do TEDH. O Protocolo 15 requer a assinatura de todos os Estados-Membros para entrar em vigor. A exigência está em consonância com as modificações pretendidas: a) diminuição do prazo máximo de seis meses para quatro meses para a demanda junto ao TEDH após o esgotamento das instâncias internas; b) idade máxima dos juízes indicados, de sessenta e cinco anos. Atualmente, somente a Itália não ratificou o Protocolo 15. Contudo, a Itália promove junto ao seu Parlamento a legislação para a internalização dos Protocolos 15 e 16, conjuntamente.

O presente artigo tem por escopo analisar o artigo primeiro do Protocolo 15 à CEDH, no qual apresenta uma alteração no Preâmbulo da CEDH, com a menção expressa ao Princípio da Subsidiariedade e da doutrina da margem de apreciação. A redação do artigo 1º do Protocolo 15 dispõe que as Altas Partes Contratantes têm a responsabilidade primária de garantir os direitos e liberdades definidos na presente Convenção e dos seus protocolos, e ao fazê-lo, desfrutam de uma margem de apreciação. Entretanto, em razão do princípio de subsidiariedade, poderá ser apreciada a questão pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH).

O princípio da subsidiariedade e a doutrina da margem de apreciação têm sido utilizados na apreciação dos casos submetidos ao TEDH, na medida em que exige o esgotamento das instâncias internas nacionais como requisito de admissibilidade. Entretanto, somente com o Protocolo 15 à Convenção Europeia de Direitos Humanos (CEDH), ainda não em vigor, encontra-se expressamente a aplicação do princípio da subsidiariedade e a margem de apreciação nos julgados do TEDH[1]. O Protocolo 15, em seu Relatório Explicativo, menciona o escopo da inclusão do princípio da subsidiariedade e da margem de apreciação para "reforçar a transparência e acessibilidade destas características do sistema da Convenção e manter-se coerente com a doutrina da margem de apreciação tal como desenvolvida pelo Tribunal na sua jurisprudência"[2].

---

[1] Article 1. A la fin du préambule de la Convention, un nouveau considérant est ajouté et se lit comme suit: «Affirmant qu'il incombe au premier chef aux Hautes Parties contractantes, conformément au principe de subsidiarité, de garantir le respect des droits et libertés définis dans la présente Convention et ses protocoles, et que, ce faisant, elles jouissent d'une marge d'appréciation, sous le contrôle de la Cour européenne des Droits de l'Homme instituée par la présente Convention»

[2] "Article 1 du Protocole d'amendement, *Préambule*. 7.Un nouveau considérant a été ajouté à la fin du préambule de la Convention contenant une référence au principe de subsidiarité et à la doctrine de la marge d'appréciation. Il est destiné à renforcer la transparence et l'accessibilité de ces caractéristiques du système de la Convention et à rester cohérent avec la doctrine de la marge d'appréciation telle que développée par la Cour dans sa jurisprudence. En formulant cette proposition, la Déclaration de Brighton a également rappelé l'engagement des Hautes Parties contractantes à donner plein effet à leur obligation de garantir les droits et libertés définis dans la Convention ."

Esta inclusão, expressa na CEDH, consagra esta posição aos juízes e tribunais nacionais, os quais, mais próximos da questão local, podem apreciar a proteção dos direitos humanos no ordenamento interno. A doutrina da margem de apreciação, aplicada inicialmente pelo TEDH, passou, também a ser aplicado na Corte Interamericana de Direitos Humanos. A possibilidade de analisar a margem de apreciação das decisões dos juízes nacionais pela TEDH permite o controle externo na UE.

Os Estados Partes na CEDH devem permitir a todos os que estão dentro de sua jurisdição os direitos e liberdades estabelecidos na CEDH e conceder um recurso efetivo perante uma autoridade nacional a qualquer pessoa cujos direitos e liberdades tenham sido violados. O TEDH interpreta a CEDH de forma genuína. Também oferece proteção para pessoas cujos direitos e liberdades não são garantidos em nível nacional[3].

1 O PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE NO PROTOCOLO 15

O princípio de subsidiariedade "mantém múltiplas implicações de ordem filosófica, política, jurídica, econômica, tanto na ordem jurídica interna, como na comunitária e internacional" (BARACHO, 1995, 13-52). No âmbito estatal, a aplicação da subsidiariedade tem por consequência limitar a ação do Estado somente àquilo para o qual a mesma é necessária e imprescindível, devolvendo aos componentes da sociedade civil, das famílias, das organizações intermédias e aos próprios indivíduos isoladamente a responsabilidade de, na medida de suas forças, também atuarem em função da preservação e progresso do bem comum. Na realidade todos os integrantes da sociedade civil são responsáveis pelo objetivo comum da sociedade. Nesta perspectiva toda a ação individual de um cidadão que possa contribuir para o bem comum e for feita com esta motivação é um ato de cidadania (MACIEL, 2004, 21-29).

O princípio da subsidiariedade no seu contexto de acesso à proteção internacional de direitos humanos tem como requisito, a demonstração do esgotament6o das instâncias internas, na medida em que a regra geral é a busca preliminar de proteção nacional. Este princípio aplica-se aos Tribunais Regionais de Direitos Humanos, na medida em que exige o esgotamento das instâncias internas nacionais como requisito de admissibilidade.

[3] Artigo 1.º do protocolo de alteração. Preâmbulo. Les Etats Parties à la Convention sont tenus de reconnaître à toute personne relevant de leur juridiction les droits et libertés définis dans la Convention et d'octroyer un recours effectif devant une instance nationale à toute personne dont les droits et libertés ont été violés. La Cour interprète de manière authentique la Convention. Elle offre également une protection aux personnes dont les droits et les libertés ne sont pas garantis au niveau national."

Desde antes do Protocolo 15, o princípio da subsidiariedade possui um papel na organização e funcionamento da CEDH. O "princípio está implícito no sistema de proteção estabelecido na CEDH, cuja tarefa é fornecer um remédio complementar às garantias oferecidas pelo direito interno aos indivíduos" (SCHAEFER, 2011, p. 23). O TEDH pode rever as decisões dos tribunais nacionais no exercício do poder de apreciação. No Caso Handyside v. Reino Unido, de 07 de dezembro de 1976[4], o acórdão proferido pelo TEDH fundamentou esta revisão com fundamento no artigo 10. Entretanto, o TEDH, na sua supervisão, não pode verificar a decisão de forma isolada, mas deve vê-los em conjunto, "incluindo a decisão quanto à publicação no pedido e nos argumentos e na evidência fornecida pelo pretendente no sistema legal doméstico e, posteriormente, a nível internacional" (SCHAEFER, 2011, p. 24). Neste sentido, o TEDH, com base nos dados diferentes disponíveis, pode verificar as razões dadas pelas autoridades nacionais para justificar a decisão proferida (SCHAEFER, 2011, p. 24).

A CEDH deixa a cada Estado Contratante, em primeiro lugar, a tarefa de proteger os direitos e liberdades que consagra. As instituições devem dar a sua contribuição, mas a proteção jurisdicional do Sistema Europeu de Direitos humanos deve ser demandada somente após o esgotamento dos recursos internos, conforme estabelece o Artigo 26[5].

---

[4] Handyside v. Reino Unido, Acórdão de 07 de dezembro de 1976, Série A, N º 24 (1979-1980) 1 EHRR 737, par. 50. " It follows from this that it is in no way the Court's task to take the place of the competent national courts but rather to review under Article 10 (art. 10) the decisions they delivered in the exercise of their power of appreciation. However, the Court's supervision would generally prove illusory if it did no more than examine these decisions in isolation; it must view them in the light of the case as a whole, including the publication in question and the arguments and evidence adduced by the applicant in the domestic legal system and then at the international level. The Court must decide, on the basis of the different data available to it, whether the reasons given by the national authorities to justify the actual measures of "interference" they take are relevant and sufficient under Article 10 para. 2 (art. 10-2) (cf., for Article 5 para. 3 (art. 5-3), the Wemhoff judgment of 27 June 1968, Series A no. 7, pp. 24-25, para. 12, the Neumeister judgment of 27 June 1968, Series A no. 8, p. 37, para. 5, the Stögmüller judgment of 10 November 1969, Series A no. 9, p. 39, para. 3, the Matznetter judgment of 10 November 1969, Series A no. 10, p. 31, para. 3, and the Ringeisen judgment of 16 July 1971, Series A no. 13, p. 42, para. 104).

[5] Artigo 26°. Tribunal singular, comités, secções e tribunal pleno**.** 1. Para o exame dos assuntos que lhe sejam submetidos, o Tribunal funcionará com juiz singular, em comités compostos por 3 juízes, em secções compostas por 7 juízes e em tribunal pleno composto por 17 juízes. As secções do tribunal constituem os comités por período determinado. 2. A pedido da Assembleia Plenária do Tribunal, o Comité de Ministros poderá, por decisão unânime e por período determinado, reduzir para cinco o número de juízes das secções. 3. Um juiz com assento na qualidade de juiz singular não procederá à apreciação de qualquer petição formulada contra a Alta Parte Contratante em nome da qual o juiz em causa tenha sido eleito. 4. O juiz eleito por uma Alta Parte Contratante que seja parte no diferendo será membro de direito da secção e do tribunal pleno. Em caso de ausência deste juiz ou se ele não estiver em condições de intervir, uma pessoa escolhida pelo Presidente do Tribunal de uma lista apresentada previamente por essa Parte intervirá na qualidade de juiz. 5. Integram igualmente o tribunal pleno o presidente do Tribunal, os vice-presidentes, os presidentes das secções e outros juízes designados em conformidade com o regulamento do Tribunal. Se o assunto tiver sido deferido ao tribunal pleno nos termos do artigo 43°, nenhum juiz da secção que haja proferido a decisão poderá naquele intervir, salvo no que respeita ao presidente da secção e ao juiz que decidiu em nome da Alta Parte Contratante que seja Parte interessada.

Além do acórdão do TEDH sobre o assunto, um exame cuidadoso das disposições da CEDH nos permite ver o caráter subsidiário implícito de seu mecanismo. A combinação dos Artigos 1º, 13 e 35 reflete claramente o caráter subsidiário da CEDH. Neste contexto, os Estados-Partes são obrigados, nos termos do artigo 1º[6], a garantir os direitos e liberdades de odos dentro de sua jurisdição, sob qualquer forma que escolher livremente. O Artigo 13[7] estabelece o direito à proteção jurisdicional quando os direitos fundamentais forem violados. O Artigo 35 completa a combinação que reflete a subsidiariedade, na medida em que exige o esgotamento das instâncias internas (SCHAEFER, 2011, p. 25).

O princípio da Subsidiariedade, agora passa a ser expressamente mencionado no Protocolo 15 à CEDH. A previsão no Protocolo 15 refere-se à subsidiariedade da atuação do TEDH para a proteção de direitos humanos, após o esgotamento das instâncias nacionais. A Corte Europeia de Direitos Humanos "utilizou esta terminologia para colocar em relevo a subsidiariedade processual no acórdão Handsyde de dezembro de 1976 e a subsidiariedade material no acórdão do Partido Comunista Unificado da Turquia de 30 de janeiro de 1998" (SCHAEFER, 2011, p. 25). Esta subsidiariedade significa que em "primeiro lugar deve ser buscada a proteção jurisdicional no Estado, nos Tribunais Nacionais, com o esgotamento das vias de recursos internos, buscando a proteção dos direitos fundamentais que considerar violados" (SCHAEFER, 2011, p. 26). A proteção dos direitos humanos junto ao TEDH, "pode ser excepcionada quanto ao esgotamento das instâncias internas quando não existir proteção nacional para o direito alegado violado ou quando a demora na solução ultrapassa um prazo razoável para a efetiva solução" (SCHAEFER, 2011, p. 26).

---

[6] Artigo 1°. Obrigação de respeitar os direitos do homem. As Altas Partes Contratantes reconhecem a qualquer pessoa dependente da sua jurisdição os direitos e liberdades definidos no título I da presente Convenção.

[7] **Artigo 35°. Condições de admissibilidade.** 1. O Tribunal só pode ser solicitado a conhecer de um assunto depois de esgotadas todas as vias de recurso internas, em conformidade com os 10 Convenção Europeia dos Direitos do Homem princípios de direito internacional geralmente reconhecidos e num prazo de seis meses a contar da data da decisão interna definitiva. 2. O Tribunal não conhecerá de qualquer petição individual formulada em aplicação do disposto no artigo 34° se tal petição: a) For anónima; b) For, no essencial, idêntica a uma petição anteriormente examinada pelo Tribunal ou já submetida a outra instância internacional de inquérito ou de decisão e não contiver factos novos. 3. O Tribunal declarará a inadmissibilidade de qualquer petição individual formulada nos termos do artigo 34° sempre que considerar que: a) A petição é incompatível com o disposto na Convenção ou nos seus Protocolos, é manifestamente mal fundada ou tem carácter abusivo; ou b) O autor da petição não sofreu qualquer prejuízo significativo, salvo se o respeito pelos direitos do homem garantidos na Convenção e nos respectivos Protocolos exigir uma apreciação da petição quanto ao fundo e contanto que não se rejeite, por esse motivo, qualquer questão que não tenha sido devidamente apreciada por um tribunal interno. 4. O Tribunal rejeitará qualquer petição que considere inadmissível nos termos do presente artigo. O Tribunal poderá decidir nestes termos em qualquer momento do processo.

2 A MARGEM DE APRECIAÇÃO NO PROTOCOLO 15

A Doutrina da Margem de Apreciação Nacional tem sua origem no direito administrativo europeu[8]. A referida doutrina consiste na "reserva de apreciação ao administrador e ao legislador, considerada um caminho de respeito à autonomia entre os poderes, um espaço de manobra para as autoridades públicas" (SALDANHA; BRUM, 2014). Segundo Jania Maria Lopes Saldanha e Marcio Moraes Brum (2015), "trata-se de "respeito e prestígio à doutrina 'interna corporis', '*justizloseHoheitsakte'*, '*actes de haute administration'* em ordem de tornar imunes ao sistema de justiça determinados tipos de decisões". Segundo os referidos Autores, a doutrina da Margem de Apreciação pode derivar de uma dupla análise, uma substantiva e outra estrutural. A primeira, substantiva, implica na observação das liberdades individuais e dos interesses coletivos. A segunda, de caráter estrutural, diz respeito ao grau de interferência dos tribunais internacionais com relação aos órgãos nacionais (SALDANHA; BRUM, 2015). A margem de apreciação tem sido utilizada como mecanismo de interpretação pela TEDH para analisar a aplicação no direito interno da CEDH. A interpretação permite considerar a Convenção como "instrumento vivo" (KILLANDER, 2004). Tem por fundamento na subsidiariedade da jurisdição internacional, na qual considera que em determinadas questões, na aplicação do direito interno (legislação e tratados de direitos humanos), podem ser mantidas as decisões proferidas pelos juízes e tribunais nacionais. Desta forma, cabe, a princípio, ao próprio Estado estabelecer os limites e restrições ao gozo de direitos em face do interesse público.

Na prática, na aplicação desta Doutrina, o juiz internacional aprecia a decisão do juiz nacional e considera que na situação prática, por estar com proximidade ao contexto nacional, está em condições de avaliar adequadamente a situação ao caso concreto. O Tribunal Europeu de Direitos Humanos "desenvolveu o conceito de margem de apreciação, ao ponderar os princípios gerais da Convenção e a sua interpretação em sociedades diferentes" (SCHAEFER, 2011, p. 52). A teoria é apresentada como matéria de defesa pelo Estado-Membro, sob o fundamento de que os juízes nacionais, nas decisões, observam os aspectos nacionais, tais como o cultural e a questão histórica (SCHAEFER, 2011, p. 52). Pode-se apontar três princípios que sustentam a aplicação da doutrina da margem de apreciação: a) a Convenção de Direitos Humanos estabelece um padrão universal, dentro do qual é deixado aos Estados-Membros um grau de escolha; b) o

[8] Na França é conhecida como "marge d'appréciation"; na Itália como "marge de discrizionalità" e na Alemanha "Ermessensspielraum".

Tribunal deve respeitar as escolhas feitas pelas autoridades nacionais, se não ocorrer colisão com as normas universais; c) a amplitude da escolha do Estado varia em relação a alguns fatores em determinadas situações (SCHAEFER, 2011, p. 52).

A doutrina da margem aplicada no TEDH baseia-se na noção de que cada sociedade tem o direito de resolver os conflitos inerentes entre os direitos individuais e os interesses nacionais ou entre diferentes convicções morais (TÜMAY, 2008, p. 201- 234). Esta tese é baseada na subsidiariedade da jurisdição internacional e considera que em determinadas questões polêmicas relacionadas com as restrições estatais a direitos protegidos devem ser discutidas e dirimidas pelas comunidades nacionais, não podendo o juiz internacional apreciá-las. Assim, caberia, a princípio, ao próprio Estado estabelecer os limites e restrições ao gozo de direitos em face do interesse público. A jurisprudência do Tribunal indica claramente que os Estados Partes têm uma margem de apreciação na forma como aplicam e implementam a Convenção, dependendo das circunstâncias do caso e dos direitos e liberdades. Isto reflete o fato de o sistema da Convenção ser subsidiário à salvaguarda dos direitos humanos a nível nacional e de as autoridades nacionais estarem, em princípio, mais bem colocadas do que um tribunal internacional para avaliar as necessidades, para apreciar toda a amplitude de um problema e apresentar as soluções mais adaptadas, de acordo com as condições, a nível nacional. A margem de apreciação anda de mãos dadas com o controle posto pelo sistema da Convenção. A este respeito, o papel do Tribunal é examinar se as decisões tomadas pelas autoridades nacionais são compatíveis com a Convenção, tendo em conta a margem de apreciação de que os Estados dispõem[9].

O Tribunal deixa, por conseguinte, os Estados escolherem as medidas que lhes parecem mais adequada para o cumprimento das suas obrigações. O nível de apreciação deixado pelos juízes às autoridades nacionais depende da natureza objetiva ou contingente do objetivo prosseguido, a importância do direito cuja violação é invocada e a existência ou não de um consenso a nível europeu. O reconhecimento de uma margem não significa que o Estado escapa ao qualquer controle europeu. O Estado poderá restringir o exercício dos direitos garantidos, mas à condição de respeitar os princípios de legalidade da

[9] "La jurisprudence de la Cour indique clairement que les Etats Parties disposent, quant à la façon dont ils appliquent et mettent en œuvre la Convention, d'une marge d'appréciation qui dépend des circonstances de l'affaire et des droits et libertés en cause. Cela reflète le fait que le système de la Convention est subsidiaire par rapport à la sauvegarde des droits de l'homme au niveau national et que les autorités nationales sont en principe mieux placées qu'une cour internationale pour évaluer les besoins et les conditions au niveau local. La marge d'appréciation va de pair avec le contrôle mis en place par le système de la Convention. A cet égard, le rôle de la Cour est d'examiner si les décisions prises par les autorités nationales sont compatibles avec la Convention, eu égard à la marge d'appréciation dont disposent les Etats

ingerência e legitimidade do objetivo prosseguido. Além disso, a medida deve ser proporcionada à o que é considerado como necessário numa sociedade democrática. Esta fórmula continua a ser voluntariamente imprecisa a fim de mascarar as hesitações ou as reservas do Tribunal a posicionar-se sobre perguntas questões sociedade controvertidas, por exemplo, sobre o direito dos homossexuais a adotar.

O caso *Lawless*, de 1961, foi o primeiro caso contencioso da Corte, no qual foi discutida a teoria da margem de apreciação (SCHAEFER, 2011, p. 53). O Caso Handyside *versus* Reino Unido, em 1976, foi um dos primeiros a ser utilizada a teoria, referente ao "confisco de exemplares e proibição, no Reino Unido, de comercialização de livro considerado obsceno editado pelo Sr. Richard Handyside" (RAMOS, 2005, 111).

No caso, considerou o TEDH que cabia à sociedade britânica decidir sobre a liberdade de expressão de acordo com seus valores morais. E justificou que o juiz nacional "está diretamente vinculado àquela sociedade, de forma que possui a capacidade para avaliar melhor as exigências morais locais, reconhecendo a margem e apreciação" (RAMOS, 2005, p. 111). Segundo Magnus Killander (2004, p. 155), a CEDH compara a posição dos Estados-Membros para determinar o "alcance de um direito impreciso ou para estabelecer quais limitações a um direito podem ser consideradas 'razoáveis' ou 'necessárias'". Consenso distingue-se de unanimidade, mas "indica que a ampla maioria dos Estados adota determinada posição à luz do objetivo e finalidade do tratado" (KILLANDER, 2004, p.155). Quando não há consenso regional, o TEDH reconheceu em diversas oportunidades que o "Estado-Membro possui uma 'margem de discricionariedade' na escolha da política adotada" (KILLANDER, 2004, p.155).

Outros casos também analisam a margem de apreciação, em especial quando acarretar limitações aos direitos reconhecidos na CEDH, especialmente quanto ao artigo 8º (direito à privacidade), ao artigo 9º (liberdade de religião), ao artigo 10 (liberdade de expressão) e ao artigo 11 (liberdade de reunião e associação), bem como ao artigo 1º do Primeiro Protocolo à CEDH (direito à propriedade) (KILLANDER, 2004, p.156). Em alguns casos, o TEDH "estendeu a aplicação da doutrina da margem de discricionariedade a outros direitos" (KILLANDER, 2004, p. 156)[10]. Segundo Magnus Killander, "no que diz respeito às cláusulas restritivas de direitos, a ausência de um consenso regional apenas revela a existência de certa margem de discricionariedade" (KILLANDER, 2004, p. 156).

[10] "Por exemplo, no caso *Vo contra França* (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2004b, § 82) , referente a aborto acidental de um feto por negligência médica, a Corte decidiu que estabelecer o sentido de "todos", presente no artigo 2 o (direito à vida), se insere na margem de discricionariedade dos Estados membros (criticado por VANNESTE, 2010, p. 319)."

Os "contornos exatos dessa margem, por sua vez, serão delimitados com base nas hipóteses que permitem tal limitação" (KILLANDER, 2004, p.156)[11]. Ainda, o TEDH também utilizou a doutrina da margem em casos referente a "cláusulas de 'devido processo', estabelecidas pelos artigos 5º e 6º da Convenção, e casos sobre a derrogação de direitos de acordo com o artigo 15" (KILLANDER, 2004, p.156). A margem de apreciação, aplicada pela TEDH, passa a ter previsão expressa no Protocolo 15 que prevê a inclusão de um novo considerando no Preâmbulo da CEDH. Este considerando menciona expressamente a margem de apreciação, que será levada em consideração pela TEDH[12]. No Relatório Explicativo do Protocolo 15, nos parágrafos 7 a 9, apresenta a exposição de motivos para a inclusão no Preâmbulo sobre a aplicação da margem de apreciação. Apresenta ainda, o escopo do Protocolo 15 no que pertine à margem de apreciação, como um reforço à transparência e a acessibilidade das características do Sistema Europeu de Direitos Humanos, de forma a manter coerência com a doutrina sobre o tema. Menciona a Declaração de Brighton, como "um esforço de gestão das partes contratantes que contribuem para garantir a obrigação de garantir os direitos e a liberdade da Convenção"[13]. Relaciona a aplicação da doutrina da margem de apreciação na interpretação da CEDH, bem como uma proteção aos nacionais que não têm seus direitos protegidos pelos tribunais nacionais[14]. Ressalta o Conselho de Europa no Relatório que a jurisprudência da TEDH claramente indica que que os Estados- Membros têm uma margem de apreciação na forma como aplicam e implementam a Convenção,

[11] "Isto pode ser exemplificado pela visão da Corte acerca do uso do véu islâmico em instituições de ensino. No caso *Dahlab contra Suíça* (2001), uma professora de escola primária foi proibida de vestir o véu em sala de aula, e no caso *Leyla Sahin contra Turquia* (2004) estudantes universitárias foram proibidas de usar o véu. Em ambos os casos, a Corte aplicou a margem de discricionariedade dos Estados, permitindo, portanto, a restrição à liberdade de religião que a proibição do véu islâmico representa. O fator determinante no caso *Dahlab*foi a suscetibilidade de crianças pequenas de serem influenciadas pelo uso do véu; no caso *Leyla Sahin contra Turquia*, por sua vez, o fator determinante foi o secularismo "considerado necessário para proteger o sistema democrático na Turquia" (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2004a, § 114; LETSAS, 2007, p. 126)."

[12] **"**Article 1 A la fin du préambule de la Convention, un nouveau considérant est ajouté et se lit comme suit:
«Affirmant qu'il incombe au premier chef aux Hautes Parties contractantes, conformément au principe de subsidiarité, de garantir le respect des droits et libertés définis dans la présente Convention et ses protocoles, et que, ce faisant, elles jouissent d'une marge d'appréciation, sous le contrôle de la Cour européenne des Droits de l'Homme instituée par la présente Convention."

[13] "Artigo 1 do Protocole d'amendement . Préambule. 7. Um novo conside- rante é um ajouté à fin du letre de la convention contenant une référence au principe de subsidiarité et la doctrine de la marge d'appréciation. Está destinado a reforçar a transparência e a acessibilidade das caractéristiques du système de la convention et rester coherent avec la doctrine de la marge d'appréciation telle que développée par la cour dans sa jurisprudence. No seu formul rio, a Declaração de Brighton é um esforço de gestão das partes contratantes que contribuem para garantir a obrigação de garantir os direitos e a liberdade da Convenção (2)."

[14] **"**Artigo 1 do Protocole d'amendement . Préambule. 8. Les Etats As partes à Convenção não são reconhecidas como uma pessoa relevante de uma juridicação sobre os direitos de autor e de liberdade na Convenção e uma pessoa que exerce uma actividade devida numa instância nacional em relação à pessoa que não é droits e libertados em violências. La Cour interpreta de manière authentique la convention. Elle offre également une protection aux personnes dont les droits et les libertés ne sont pas garantis au niveau national."

dependendo das circunstâncias do caso e dos direitos e liberdades. Este entendimento da Corte reflete o fato do Sistema Europeu de Proteção dos Direitos Humanos ser subsidiário da proteção a nível nacional e de as autoridades nacionais em princípio, estarem melhor situadas do que um tribunal internacional para avaliar as necessidades e condições a nível nacional. local. Nestas situações, a margem de apreciação caminha "de mãos dadas com o controle posto pelo sistema da Convenção". A este respeito, o papel do Tribunal é "examinar se as decisões tomadas pelas autoridades nacionais são compatíveis com a Convenção, tendo em conta a margem de apreciação de que os Estados dispõem"[15].

A TEDH, ao se pronunciar no Parecer Consultivo sobre o Protocolo 15, em especial sobre a margem de apreciação considerou que a expressão "pretende" demonstra a intenção de permanecer consistente com a doutrina da margem como desenvolvido pelo Tribunal na sua jurisprudência." Ainda, ressalta que o "significado do novo considerando está em consonância com os pontos correspondentes da Declaração de Brighton, em especial o n.º 12-B, lido em conjugação com os nº 10, 11 e 12-A". Assevera que ao inserir no Preâmbulo, resta evidente que "as Altas Partes Contratantes não pretendem modificar nem o conteúdo da Convenção nem seu sistema de aplicação internacional e coletiva." Ademais, demonstra preferir "um texto mais elaborado, mas está ciente de que é um compromisso entre os Estados para chegar a um acordo sobre o protocolo como um todo"[16]. A Comissão Parlamentar de Direitos Humanos do Reino Unido manifestou-se em um Relatório de 2014 sobre o Protocolo 15 à Convenção Europeia de Direitos Humanos, considerando que as emendas à Convenção (preâmbulo e artigos) representam a "culminação da contribuição do governo do Reino Unido para o processo de reforma do Tribunal Europeu de Direitos Humanos" (WHITEROSE, 2018). Segundo o Relatório, a Declaração de Brighton, de Abril de 2012, pretendia reequilibrar as relações das autoridades nacionais com o Tribunal de Estrasburgo, verificando o que alguns governos

[15] "Artigo 1 do Protocole d'amendement . Préambule. 9. La jurisprudence de la indique clairement that les Etats Parties disposent, quant on the façon dont ils appliquent et mettent en œuvre la convention, d'une marge d'appréciation qui dépend des circonstances de l'aaaire et des droits et libertés en causa. Cela reflui as regras do sistema da convenção nacional e internacional das relações de governo dos Estados Unidos da América para os nacionais e as autoridades nacionais dos Estados Unidos da América. local. A marge d´appréciation vu de pair with le control mis en place par le système de la convention. A cet égard, le rôle de la Cour est d'examiner e les décisions prises par les autorités nationales sont compatibles avec la convention, eu agard à la marge d´appréciation dont disposent les Etats."

[16] "De qualquer forma, tanto a explicação dada como o contexto em que o texto foi elaborado têm valor legal, conforme ilustrado por Korolev v. 25551/05, ECHR 2010), onde o Tribunal se baseou no Relatório Explicativo do Protocolo No. 14 e no Plano de Ação de Interlaken. Além disso, o relatório da reunião relevante da CDDH - da qual o Comité de Ministros anexou um excerto ao pedido de parecer, que é respondido por este instrumento - faz parte dos trabalhos preparatórios para o protocolo e é, portanto, também um elemento ter em conta, para efeitos da sua interpretação."

nacionais (incluindo o Governo do Reino Unido) consideraram um grau excessivo de interferência as consideráveis determinações de questões de direitos pelas autoridades nacionais (legislaturas e tribunais) (WHITEROSE, 2018)[17]. Em uma análise crítica, considerou que a TEDH estava se tornando um tribunal de "quarta instância". Esta prática prejudicou a estrutura da própria Convenção, na qual o principal papel foi dado às autoridades nacionais para assegurar a efetiva realização dos direitos, uma estrutura que seria mais bem respeitada através da aplicação geral de uma ampla margem de apreciação. Pareceu também demonstrar falta de respeito pelo pluralismo inerente ao sistema de proteção de direitos da Convenção, em que os Estados signatários são permitidos, à luz da evolução de suas tradições jurídicas particulares, um grau de latitude para formar mecanismos específicos de jurisdição para a proteção dos direitos da Convenção (WHITEROSE, 2018)[18]. A Dinamarca, durante o breve período como Presidente do Conselho da Europa, propôs uma nova declaração em fevereiro de 2018, cujo projeto exige um "melhor equilíbrio" entre os sistemas nacionais e supranacionais de proteção de direitos (WHITEROSE, 2018).

O projeto foi interpretado por alguns como concessão de maior margem de manobra às maiorias nacionais para enfraquecer as proteções da Convenção para as minorias. Debates sobre o Protocolo 15, quanto à margem de apreciação consideram que a TEDH ao rever a compatibilidade das restrições nacionais aos direitos da Convenção, torna-se necessária uma atenção significativa ao funcionamento sistémico dos processos de tomada de decisão (i) internos no legislativo e (ii) à supervisão judicial, nos quais no âmbito interno a proporcionalidade está em evidência. Sob o aspecto da margem da apreciação, a TEDH leva em consideração, quando as autoridades nacionais estão em

[17] "As the United Kingdom's parliamentary Joint Committee on Human Rights noted in its 2014 report Protocol 15 to the European Convention on Human Rights, the amendments represented the 'culmination of the UK Government's contribution to the ongoing process of reform of the European Court of Human Rights during its Chairmanship of the Committee of Ministers of the Council of Europe. The Brighton Declaration in April 2012 intended to rebalance national authorities' relationships with the Strasbourg Court by checking what some national governments (including the UK Government) deemed an excessive degree of interference with the considered determinations of rights questions by national authorities (legislatures and courts)."

[18] "One prominent criticism was that the Strasbourg Court was becoming a 'fourth instance' court in which claims heard and disposed of by national court systems were being reheard in Strasbourg. This practice undermined the structure of the Convention itself in which the primary role was given to national authorities in securing the effective realisation of the rights, a structure which would have best been respected via the general application of a broad margin of appreciation. It seemed also to evince a lack of respect for the pluralism inherent in the Convention system of rights protection whereby signatory States are permitted in light of the evolution of their particular legal traditions a degree of latitude to fashion jurisdiction- specific mechanisms for the protection of Convention rights. Denmark during its brief period as Chair of the Council of Europe has proposed a further declaration in February 2018, the draft of which calls for a 'better balance' between national and supranational systems of rights protection. The draft has been interpreted by some as granting further leeway to national majorities to weaken Convention protections for minorities."

posição privilegiadas para encontrar o equilíbrio entre o direito individual e o interesse coletivo (WHITEROSE, 2018).

CONCLUSÃO

A inclusão de forma expressa na CEDH do princípio da subsidiariedade e da doutrina da margem de apreciação permite o fortalecimento nas relações nacionais e internacionais, pertinentes aos direitos humanos.

O princípio da Subsidiariedade, previsto no Tratado da União Europeia e em seu Protocolo nº 30, agora passa a ser expressamente mencionado no Protocolo 15 à CEDH. A previsão no Protocolo 15 refere-se à subsidiariedade da atuação do TEDH para a proteção de direitos humanos, após o esgotamento das instâncias nacionais. O TEDH "utilizou esta terminologia para colocar em relevo a subsidiariedade processual no acórdão Handsyde de dezembro de 1976 e a subsidiariedade material no acórdão do Partido Comunista Unificado da Turquia de 30 de janeiro de 1998" (SCHAEFER, 2011, p.20). Esta subsidiariedade significa que em primeiro lugar deve ser buscada a proteção jurisdicional no Estado, nos Tribunais Nacionais, com o esgotamento das vias de recursos internos, buscando a proteção dos direitos fundamentais que considerar violados. A proteção dos direitos humanos junto ao TEDH, pode ser excepcionada quanto ao esgotamento das instâncias internas quando não existir proteção nacional para o direito alegado violado ou quando a demora na solução ultrapassa um prazo razoável para a efetiva solução (SCHAEFER, 2011, p. 20).

A inclusão de forma expressa da margem de apreciação no Protocolo 15, permitirá no controle externo do TEDH, a análise da aplicação da legislação interna dos países em conformidade com a CEDH, como uma supervisão da aplicação em situações específicas. Debates sobre o Protocolo 15, quanto à margem de apreciação consideram que a TEDH ao rever a compatibilidade das restrições nacionais aos direitos da Convenção, torna-se necessária uma atenção significativa ao funcionamento sistémico dos processos de tomada de decisão (i) internos no legislativo e (ii) à supervisão judicial, nos quais no âmbito interno a proporcionalidade está em evidência. Sob o aspecto da margem da apreciação, a TEDH leva em consideração, quando as autoridades nacionais estão melhor posicionadas para encontrar o equilíbrio entre o direito individual e o interesse coletivo (WHITEROSE, 2018).

Atualmente, somente requer a ratificação da Itália para a entrada em vigor do protocolo 15 à CEDH, acarretando a inclusão de forma expressa do princípio da subsidiariedade e da adoção da doutrina da margem de apreciação.

REFERÊNCIAS

CONSEIL DE L'EUROPE. **Protocole n° 15 portant amendement à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales**. (STCE n° 213). Rapport explicatif. Disponivel em: < https://www.echr.coe.int/Documents/Protocol_15_explanatory_report_FRA.pdf>. Acesso em 20 ago.2018.

KILLANDER, Magnus. Interpretação dos Tratados Regionais de Direitos Humanos. In: SUR. **Revista Internacional de Direitos Humanos / Sur** – Rede Universitária de Direitos Humanos – v.1, n.1, jan.2004 – São Paulo, 2004. p. 149-176. Disponível em: < http://sur.conectas.org/wp-content/uploads/2017/11/sur13-port-magnus-killander.pdf> Acesso em: 22 ago. 2018.

MACIEL, Omar Serva. **Princípio da Subsidiariedade e Jurisdição Constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

RAMOS, André de Carvalho. **Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional**. São Paulo: Renovar, 2005.

SALDANHA, Jânia Maria Lopes; BRUM, Márcio Morais. **A margem nacional de apreciação e sua (in)aplicação pela Corte Interamericana de Direitos Humanos em matéria de anistia**: uma figura hermenêutica a serviço do pluralismo ordenado?. Anu. Mex. Der. Inter, México, v. 15, p. 195-238, dic. 2015. Disponível em: <http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-46542015000100006&Ing=es&nrm=iso >. Acesso em: 28 out. 2016.

SCHAEFER, Anair Isabel. **A Subsidiariedade dos Tribunais Internacionais de Direitos Humanos.** 2011. Monografia, Especialização em Direito de Estado, UFRGS. 2011.

TÜMAY, Murat. **The "Margin Of Appreciation Doctrine"** Developed By The Case Law Of The European Court Of Human. Ankara Law Review Vol. 5 No. 2 (Inverno 2008), pp 201-234. Ankara Law Review.Vol. 5 No. 2 (Inverno 2008), pp 201-234.

WHITEROSE. UNIVERSITY CONSORTIUM. WHITEROSE. Cram, I (2018)**Protocol 15 and articles 10 and 11 ECHR**—The partial triumph of political incumbency post-Brighton? International and Comparative Law Quarterly, 67 (3). pp. 477-503. Disponível em: <http://eprints.whiterose.ac.uk/128478/3/Copy%20of%20Cram_ICLQ.pdf>. Acesso em: 29 out. 2018.

GT 2 - 1
CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS FUNDAMENTAIS, DIFUSOS E COLETIVOS NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA I

Coordenadores:
Prof. Dr. Lino Rampazzo (UNISAL)
Prof. Dr. Tiago Cappi Janini (UNISAL)
Prof. Dr. Angelo Anzalone (Universidad de Cordoba)
Prof. Ms. Damián Rodrigo Pizarro (Universidade de Buenos Aires / Universidade de Belgrano - Argentina)

A (IN) EFETIVIDADE DO DIREITO HUMANO À ALIMENTAÇÃO ADEQUADA À POPULAÇÃO VULNERÁVEL DIANTE DA PRIVAÇÃO DO ACESSO À ALIMENTAÇÃO ESCOLAR EM TEMPOS DE PANDEMIA DE COVID-19

Regina Vera Villas Bôas
Pós-Doutora em Democracia e Direitos Humanos pela Universidade de Coimbra - *Ius Gentium Conimbrigae*. Bi-Doutora em Direito Privado e em Dir. Difusos e Coletivos, Mestre em Direito Rel. Sociais, e Graduada em Direito, todos pela PUC/SP. Coord. JEC da PUC/SP. Prof. e Pesq. PG e PPG da PUC/SP e do UNISAL/SP (Lorena). Coord. do PP/PUC-SP "Efetividade/F/T e Contemp DH, DF, Sociais, Difusos e Coletivos: Diálogos das Fontes, e do PP/UNISAL "*D e DF: Vulner./Instrumentos de Concretização*", integrando Obs. Viol. Escolas (UNESCO/UNISAL). Membro colab.última gestão da OAB/SP (Com. D. Civil e da P. Deficiência). Aval. INEPE.http://orcid.org/0000-0002-3310-4274, CV: http://lattes.cnpq.br/4695452665454054

Durcelania da Silva Soares
Mestre em Direito pelo Centro Universitário Salesiano de São Paulo. Docente na Universidade Estácio de Sá – RJ. E-mail: durcelania@hotmail.com – http://lattes.cnpq.br/1543810316645867

RESUMO: O presente estudo tem por objetivo apreciar a contemporaneidade do vocábulo "fome" como um fenômeno mundial, que assola grande parte da humanidade, desafiando a efetivação do Direito Humano à Alimentação (adequada), notadamente aos que se encontram em situação de vulnerabilidade, diante da privação do acesso à alimentação escolar, enfrentando referida violência, que viola, inclusive, direitos fundamentais. Em tempos de pandemia (COVID-19), especificamente no caso da realidade brasileira, o Programa Nacional de Alimentação Escolar (PNAE), instituído pela Lei n° 11.947, de 16 de junho de 2009, é o principal responsável pela oferta diária de alimentação escolar e de ações de educação alimentar e nutricional aos estudantes da rede pública de educação básica. Recorda que a fome diária é uma realidade nacional - sentida com intensidade pelos alunos -, que se agrava com o fechamento das escolas, em razão da descontinuidade do fornecimento da alimentação. Tendo em vista que esses alunos recebiam das escolas,

regularmente, além da educação, também, a alimentação, e que referida alimentação deixou de chegar até eles, desde o início do período pandêmico, e a presente pesquisa indaga se referida privação de alimentos escolares para essa parcela vulnerável de alunos pode multiplicar violação ao direito humano à alimentação (adequada). O texto considera, ainda, a situação dramática vivida por parcela desses alunos, qual seja: para muitos deles a alimentação fornecida nas escolas designa a única alimentação diária consumida por eles. Importante, ainda, a indagação sobre a necessária possibilidade de o Poder Público continuar a assegurar o oferecimento diário de alimentação a referidos alunos, fazendo com que ela chegue até as famílias dos alunos da rede pública, fiscalizando, inclusive, a sua efetiva entrega. A pesquisa utiliza o método de revisão bibliográfica, valendo-se do raciocínio normativo-dedutivo para realizar reflexões sobre a matéria, o que é feito por meio de leituras e interpretações lógico- sistemáticas de pertinentes doutrinas contemporâneas, legislações, livros, revistas e periódicos especializados e qualificados, nacionais e internacionais (impressas e eletrônicas). A utilização dos métodos apontados, levarão aos resultados da pesquisa, apontando possibilidades (ou não) de se viabilizar a efetividade do direito à alimentação (adequada) cumprindo a teleologia da Lei nº 11.947/2009, que institui o Programa Nacional de Alimentação Escolar (PNAE), principal responsável pela oferta diária de alimentação escolar e de ações de educação alimentar e nutricional aos estudantes da rede pública de educação básica.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Social; Programa Nacional de Alimentação Escolar (PNAE); Fome; Pandemia de COVID-19

RESUMEN: El presente estudio tiene como objetivo apreciar la contemporaneidad de la palabra “hambre” como fenómeno mundial, que azota a gran parte de la humanidad, desafiando la realización del Derecho Humano a la Alimentación (adecuada), en particular a quienes se encuentran en situación de vulnerabilidad, dada la privación del acceso a la alimentación escolar, enfrentando tal violencia, que incluso viola derechos fundamentales. En tiempos de pandemia (COVID-19), específicamente en el caso de la realidad brasileña, el Programa Nacional de Alimentación Escolar (PNAE), establecido por la Ley N ° 11.947, del 16 de junio de 2009, es el principal responsable del suministro diario de alimentos. acciones de educación escolar y alimentaria y nutricional para alumnos de la red pública de educación básica. Recuerda que el hambre cotidiana es una realidad nacional - sentida intensamente por los estudiantes -, que se agrava con el cierre de escuelas, por la discontinuidad del suministro de alimentos. En vista de que estos

estudiantes recibían regularmente alimentos de las escuelas, además de educación, también, y que estos alimentos no les llegaban desde el inicio del período pandémico, y la presente investigación pregunta si la mencionada privación de alimentos escolares para esta porción vulnerable de estudiantes puede multiplicar las violaciones del derecho humano a la alimentación (adecuada). El texto también considera la dramática situación vivida por una parte de estos estudiantes, a saber: para muchos de ellos la comida que se les brinda en las escuelas designa la única comida diaria que consumen. También es importante indagar sobre la posibilidad necesaria para que el Gobierno continúe asegurando el suministro diario de alimentos a estos estudiantes, haciéndolos llegar a las familias de los estudiantes de escuelas públicas, incluso inspeccionando su efectiva entrega. La investigación utiliza el método de revisión bibliográfica, haciendo uso del razonamiento normativo-deductivo para realizar reflexiones sobre la materia, que se realiza a través de lecturas e interpretaciones lógico-sistemáticas de doctrinas, legislación, libros, revistas y periódicos especializados contemporáneos pertinentes. y calificados, nacionales e internacionales (impresos y electrónicos). El uso de los métodos mencionados dará lugar a los resultados de la investigación, señalando las posibilidades (o no) de viabilizar el derecho a la alimentación (adecuada), cumpliendo con la teleología de la Ley nº 11.947 / 2009, que instituye el Programa Nacional de Alimentación Escolar (PNAE), principal responsable del suministro diario de comidas escolares y acciones de educación alimentaria y nutricional a los estudiantes de la red pública de educación básica.

PALABRAS CLAVE: Derecho Social; Programa Nacional de Alimentación Escolar (PNAE); Hambre; Pandemia de COVID-19

INTRODUÇÃO

O presente trabalho reflete sobre as ações propostas pelo Programa Nacional de Alimentação escolar em tempos de pandemia COVID-19 e a (in)efetividade do Direito Humano e Fundamental à Alimentação adequada diante da descontinuidade do fornecimento de alimentos aos alunos nas escolas públicas nacionais.

Reflete-se, sob o prisma da efetividade, a respeito do direito humano à alimentação (adequada) dos alunos das escolas da rede pública nacional de educação básica, os quais tiveram interrompido o fornecimento diário da sua alimentação, desde o início da pandemia, perguntando-se: se referida interrupção, ocorrida a partir da vigência da Lei nº 13.987/2020, poderia designar uma violação ao direito humano e fundamental dos alunos,

dessas escolas da rede pública nacional de educação básica; e, se durante o período pandêmico, o Poder público não deveria fazer chegar, diariamente, referidos alimentos às famílias desses alunos (vulneráveis), fiscalizando, inclusive, a chegada dos alimentos até respectivas famílias.

A pandemia de COVID-19, assola o mundo, desde o início do ano de 2020, e persiste até os dias atuais, sem previsão de cura/tratamento eficazes, já que não se conseguiu, ainda, o desenvolvimento de medicamentos e/ou vacinas eficazes no combate do coronavírus (COVID-19), apesar de todos os esforços envidados pelos pesquisadores. A humanidade experimenta dias difíceis no que tange aos direitos fundamentais, entre outros o direito à saúde, à alimentação, ao saneamento básico e à educação, fazendo- se necessário o fortalecimento da efetividade desses direitos, garantindo-se, inclusive o acesso aos leitos de UTIs e aos equipamentos hospitalares adequados, de maneira a viabilizar a materialização do direito à saúde. No contexto da saúde situam-se a alimentação, o acesso à água potável, o saneamento básico, a educação alimentar e ambiental, e o meio ambiente ecologicamente equilibrado, entre outros.

Certo é que a não concretização de todos e/ou de quaisquer dos direitos fundamentais, em pauta nos presentes estudos, aumenta a condição de vulnerabilidade dos que não conseguem dele (s) desfrutar, tendo em vista que a sua condição de pessoa humana vulnerável, "per se", aponta possibilidades de enfrentamento de violências, ainda mais, quando se está diante de crianças, jovens e/ou adolescentes. Nesse sentido, considerando-se que no palco do cenário social, ora apreciado, estão os alunos das escolasda rede pública nacional de educação básica, que tiveram o fornecimento diário da sua alimentação interrompido, desde o início da pandemia, extrai-se que referidos alunos encontram-se desamparados pelo Poder público devido à descontinuidade do fornecimento dos alimentos nas suas escolas, no atual momento de pandemia de COVID- 19.

Atualmente, a ausência de efetiva proteção da saúde, alimentos, educação alimentar e ambiental, saneamento básico e meio ambiente ecologicamente protegido, continua a expor a população - de um modo geral e, especialmente, a população mais vulnerável - a inúmeros riscos e perigos, que estão atreladas a doenças, epidemias, fome, entre outras misérias do mundo.

O Direito Humano à Alimentação (adequada) e o Direito Constitucional Fundamental Social à Alimentação exigem a materialização do acesso de todos à uma alimentação diária suficiente adequada, o que implica ser ela completa em relação às

necessidades nutricionais de cada pessoa, objetivando a garantia de uma vida ativa, saudável e digna, corroborando os direitos à saúde (vida saudável).

A pesquisa utiliza o método de revisão bibliográfica, valendo-se do raciocínio normativo-dedutivo para realizar reflexões sobre a matéria, o que é feito por meio de leituras e interpretações lógico-sistemáticas de pertinentes doutrinas contemporâneas, legislações, livros, revistas e periódicos especializados e qualificados nacionais e internacionais (impressas e eletrônicas). A utilização dos métodos apontados, levarão aos resultados da pesquisa, apontando possibilidades (ou não) de se viabilizar a efetividade do direito à alimentação (adequada) cumprindo a teleologia da Lei nº 11.947/2009, que institui o Programa Nacional de Alimentação Escolar (PNAE), principal responsável pela oferta diária de alimentação escolar e de ações de educação alimentar e nutricional aos estudantes da rede pública de educação básica.

1 A FOME: UM FENÔMENO MUNDIAL

Josué de Castro, na Conferência de Alimentação de Hot Springs, em 1948, aponta as "manchas negras" da fome mundial, e valendo-se da terminologia "conspiração de silêncio em torno da fome", alerta sobre a necessário de quebrá-las, afirmando que

> [...] quarenta e quatro nações, através dos depoimentos de eminentes técnicos no assunto, confessaram, sem constrangimento, quais as condições reais de alimentação dos seus respectivos povos e planejaram as medidas conjuntas a serem levadas a efeito para que sejam apagadas ou pelo menos clareadas, nos mapas mundi da demografia qualitativa, estas manchas negras, que representam núcleos de populações subnutridas e famintas, populações que exteriorizam, em suas características de inferioridade antropológica, em seus alarmantes índices de mortalidade e em seus quadros nosológicos de carências alimentares [...] a penúria orgânica, a fome global ou específica de um, de vários e, às vezes, de todos os elementos indispensáveis à nutrição humana. (CASTRO, 2003, p. 53).

A fome é um fenômeno antigo, que sempre esteve presente nas pautas políticas internacionais, como uma grande preocupação de todos, e que ocupa espaços importantes nas pautas governamentais, o que vem, assim, retratado por Castro (2003, p. 12), ao prefaciar a primeira edição de *Geografia da fome "[...] para cada mil publicações tratando dos problemas da guerra, pode-se contar com um trabalho acerca da fome*", sustentando, também, "*ser o estrago feito pela fome muito maior do que os estragos feitos pelas guerras e pelas epidemias juntas"*. Contudo, a partir do século XXI, a agenda internacional passou a ganhar conotações bem mais definidas quanto à temática alimentar. É certo que, no campo das relações internacionais, tem-se buscado a paz nos planos

político e econômico, paz esta que impõe levar-se os debates relacionados aos Direitos Humanos e à Justiça Social para o âmbito internacional, o que corrobora as reflexões e ações relacionadas à fome mundial, que passa a ocupar com destaque a pauta internacional.

A Organização das Nações Unidas para Alimentação e a Agricultura (FAO) tem desenvolvido, no mundo inteiro, trabalho muito importante relacionado à motivação e conscientização dos governos de inúmeros países, sobre a necessidade de eles (governos) assumirem compromissos internacionais, objetivando a erradicação da fome. Tanto é verdade que no encontro da I Cúpula Mundial da Alimentação, em 1996, os líderes mundiais se comprometeram a realizar esforços permanentes para erradicar a fome em todos os países, extraindo do referido encontro, o objetivo imediato de reduzir pela metade o número de pessoas subalimentadas, até o ano de 2015 (Declaração de Roma, 1996).

Na segunda Cimeira Mundial sobre Alimentação em Roma, no ano de 2002, os chefes de Estado e de Governo reafirmaram o direito de todos, ao acesso a alimentos seguros e nutritivos, conforme o direito fundamental de abrigo contra a fome, que busca estabelecer diretrizes voluntárias ao alcance à segurança alimentar de todos, no nível mundial (FAO, 1996).

A temática relacionada à segurança alimentar que ainda é um desafio a ser enfrentado pela sociedade, necessita de ações ativas para ser superado, observando-se, porém, que as comunidades internacionais não têm medido esforços na busca da erradicação da fome no planeta, atuando a cooperação internacional no sentido de convencerem os países a participarem da discussão sobre a erradicação da fome, o que é, assim, anotado por Mota (2015, p. 58).

> [...] a despeito de ter mudado o padrão de implementação dos programas de cooperação internacional para a superação da fome, o tema tem convencido outros países a participarem das discussões, onde o tema é prioritário; como é o caso das chamadas nações emergentes, entre elas, Brasil, a Índia e a China, e do restante do mundo em desenvolvimento.

Percebe-se que, apesar de vários países estarem sensibilizados para a questão da erradicação da fome no mundo, ainda se tem muito a discutir sobre referido assunto, sendo Ziegler (2013,a, p. 79) categórico, ao questionar a possibilidade de, diante da atual capacidade de produção de alimentos, ainda ter pessoas que morrem pela falta desse alimento, afirmando que "[...] *um grande número das crianças morre logo após o nascimento, como consequência da subalimentação fetal ou porque suas mães,*

subalimentadas, não podem aleitá-las".. São crianças cuja sina é vir ao mundo apenas para morrer e morrer de fome.

Certo é que o direito humano à alimentação adequada é reconhecido em vários documentos das leis internacionais, entre eles invoca-se o Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, que se refere à alimentação, no artigo 11, de maneira mais abrangente, anotando ser *"[...] direito de todas as pessoas ter um nível de vida suficiente para si e para as suas famílias, incluindo alimentação, vestuário e alojamento suficientes, bem como a um melhoramento constante das suas condições de existência*". (ONU, 1966).

O Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC) trouxe no seu preâmbulo, em consonância com a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), a idealização de um mundo livre da miséria e reconhecendo o direito fundamental de todas as pessoas estarem livre da fome.

E tratando especificamente do direito à alimentação adequada, no ano de 1999, o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da ONU (CESCR) elabora documento denominado Comentário Geral 12, que passa a fixar uma série de parâmetros importantes para assegurar a todos, mundialmente, o Direito Humano à Alimentação Adequada. O Comentário concebe que o direito à alimentação adequada deve ser interpretado como um itinerário a ser realizado progressivamente, desde um patamar mínimo de calorias, proteínas e outros nutrientes necessários, tendo os Estados a obrigação de tomar as medidas necessárias à mitigação e alívio do sofrimento causado por esse fenômeno (BRASIL, 2013, p. 18).

Com o objetivo de avançar na efetivação do Direito Humano à Alimentação Adequada (DHAA) e ampliar o debate, o Comentário Geral nº 12, assim, o define:

> O direito à alimentação adequada realiza-se quando cada homem, mulher e criança, sozinho ou em companhia de outros, tem acesso físico e econômico, ininterruptamente, à alimentação adequada ou aos meios para sua obtenção. O direito à alimentação adequada não deverá, portanto, ser interpretado num sentido estrito ou restritivo, que equaciona em termos de um pacote mínimo de calorias, proteínas e outros nutrientes específicos. O direito à alimentação adequada deverá ser resolvido de maneira progressiva. No entanto, os estados têm a obrigação precípua de implementar as ações necessárias para mitigar e aliviar a fome, como estipulado no parágrafo 2, do artigo 11, mesmo em épocas de desastres, naturais ou não. (ONU, 1999, p. 2).

Cabe, então, ao Estado "[...] respeitar, proteger e facilitar a ação de indivíduos e comunidades em busca da capacidade de alimentar-se de forma digna, colaborando para que todos possam ter uma vida saudável, ativa, participativa e de qualidade" (PODESTÁ,

2011, p. 26). O Comentário Geral nº 12 informa que os Estados-membros devem assumir as obrigações de respeitar, proteger, promover e prover o Direito Humano à Alimentação Adequada. Nesse sentido, a atuação do Estado deve estar vinculada a medidas que objetivam prover condições aos indivíduos relacionadas à capacidade de produzir e adquirir sua própria alimentação, deixando de experimentar a fome.

Importante lembrar que a alimentação adequada é aquela adequada ao contexto e às condições culturais, sociais e econômicas da pessoa que irá consumi-la, relacionadas à adequação nutricional e cultural da dieta, necessitando estar livre de substâncias nocivas, cuidando-se de que ela não esteja contaminada e que contenha as especificações nutricionais do alimento a ser consumido. A noção de alimentação adequada deve estar relacionada à nutrição, estando vinculada ao acesso à alimentação, a qualidade e quantidade suficiente a ser consumida, diariamente, de maneira a atender às necessidades básicas nutricionais de cada indivíduo, na manutenção da sua saúde, tomado o cuidado de não se reduzir essa alimentação à ingestão de algo que somente mitigue a fome (RANGEL, 2018, p. 82).

Conceitos mais atuais sobre a fome buscam captar a dimensão do sofrimento humano que está ausente em muitas descrições oficiais da insegurança alimentar, a saber: a angústia intolerável, que tortura todo "ser" faminto, desde o momento que desperta, podendo ser a angústia, a mais terrível manifestação de sofrimento psicológico, diante das múltiplas dores e enfermidades de que padece um corpo desnutrido. Jean Ziegler (2013, p. 32) destaca que "[...] dolorosa é a morte pela fome. A agonia é longa e provoca sofrimentos insuportáveis. Ela destrói lentamente o corpo, mas também o psiquismo".

De acordo com o relatório da FAO (2018, p. 3-4) pelo terceiro ano consecutivo, ocorreu aumento da fome no nível mundial, chegando a 821 milhões, o número de pessoas subnutridas, em 2017. Conforme o relatório, a proporção de pessoas subnutridas na população mundial pode ter atingido 10,9%, em 2017, sendo que em 2016 atingiu 10,8%, e no ano de 2015, 10,6%. Isto significa dizer que o mundo não alcançará a meta do Objetivo de Desenvolvimento Sustentável (ODS) de erradicar a pobreza e a fome de maneira sustentável, até o ano de 2030, erradicação esta, relacionada a todas as formas e dimensões de pobreza, incluindo a pobreza extrema, que é o maior desafio global e, requisito indispensável ao desenvolvimento sustentável.

Todos os 193 estados-membros da Organização das Nações Unidas (ONU) assinaram um compromisso global, em setembro de 2015, contendo 17 objetivos para transformação do mundo, por meio da agenda 2030, onde um dos objetivos principais

consiste em acabar com a fome, alcançar a segurança alimentar e melhoria da nutrição, promovendo a agricultura sustentável, até o ano de 2030. A adoção desses objetivos assegura a aceitação de um caminho voltado para o desenvolvimento de todos os países do mundo, e somente por meio do desenvolvimento sustentável se poderá alcançar a meta de erradicação da pobreza e da fome.

A agenda 2030 para o desenvolvimento sustentável (ONUBR, 2018) busca, por meio da meta da ODS libertar a raça humana da tirania da pobreza e da penúria com a erradicação da fome no mundo. São medidas ousadas, transformadoras e necessárias. A agenda universal é ambiciosa, contudo, necessária. Os referidos objetivos buscam a concretização dos direitos humanos de todos, alcançando a igualdade de gênero e o empoderamento das mulheres e das meninas, buscando exterminar a pobreza em todas as suas formas e lugares, acabando com a fome e alcançar a segurança alimentar com a melhoria da nutrição, promovendo-se a agricultura sustentável.

Contudo, o fenômeno fome está longe de ser erradicado, pois a "[...] a fome é um flagelo fabricado pelos homens contra outros homens" (MELLO; NEVES, 2007, p. 8), e não propriamente a falta de alimentos. Pode-se dizer que a fome se relaciona com a capacidade que tem o homem e adquirir o seu próprio sustento, devendo o Estado capacitá-lo e garantir-lhe a concretização do Direito Humano à Alimentação Adequada, afastando-os da pobreza extrema.

Não há dúvidas de que, em qualquer parte do mundo, a pobreza é entendida como a ausência ou a privação de uma necessidade básica do ser humano, oscilando, muitas vezes, quanto à intensidade desta privação. A falta de rendimentos impede que o indivíduo se alimente e, sendo a alimentação a primeira condição básica à sua sobrevivência, caso não efetivada, poderá ocasionar o seu estado de indigência e, também, a sua morte (VILLAS BÔAS e SOARES, 2017, p.80).

O direito de se ter, todos os dias, o alimento adequado sobre a mesa, é de todo ser humano. E, veja-se, é um direito do homem, e não, somente, um ato de caridade esperado por ele, conforme exaltado, a seguir

> O Estado e qualquer ser humano deve sempre prestar a caridade, ofertando alimentos a quem estiver deles desprovido, porém, cada homem, antes de se dizer satisfeito com a alimentação recebida, de maneira caridosa, deve sim, cobrar do Estado a efetividade desta prestação, porque a alimentação adequada é dever do Estado perante os homens do seu povo. (VILLAS BÔAS E SOARES, 2017, p. 82).

Alimentar-se de maneira adequada propicia o enfrentamento do estado da fome, corrobora a realização da dignidade de cada ser, pois a alimentação reduz as desigualdades sociais, caminhando sempre na direção da concretização do princípio da solidariedade.

Mundialmente, deseja-se que o fenômeno “fome” seja encarado de maneira franca, aberta e de frente, afastando-se tabus antigos que, no lugar de auxiliar no combate à fome, de um lado, propicia um afastamento de todos da problemática, um sentimento de repulsa e de distanciamento e, de outro lado, corrobora a vergonha, a baixa-estima e a indignidade daquele que sente o mal da fome. O combate à fome é uma luta de toda a sociedade mundial, que busca a concretização da igualdade social, razão pela qual ela deve ser denunciada, sempre (VILLAS BÔAS e SOARES, 2017, p.88).

2 ALIMENTAÇÃO ESCOLAR EM TEMPOS DE PANDEMIA

O ano de 2020 inicia-se de uma forma atípica. Em 30 de janeiro a Organização Mundial da Saúde (OMS) declarou a doença causada pelo novo coronavírus (COVID-19) como Emergência de Saúde Pública de Importância Internacional. De acordo com o Regulamento Sanitário Internacional (RSI), onde o Brasil é signatário, isso significa o mais alto nível de alerta da Organização e, não por acaso, no dia 11 de março de 2020, a COVID-19 foi caracterizada pela OMS como uma pandemia. A doença cresceu em quantidade inesperada, por várias regiões do planeta, em diferentes continentes, com transmissão local fixada. (PELLANDA, 2020).

Em três de fevereiro de 2020, o Ministério da Saúde declarou Emergência de Saúde Pública de Importância Nacional (ESPIN) em decorrência da infecção humana pelo novo Coronavírus (COVID-19), por meio da Portaria MS n° 188, tal Portaria também estabeleceu o Centro de Operações de Emergências em Saúde Pública (COE-COVID-19) como mecanismo nacional da gestão coordenada à emergência no âmbito nacional, ficando sob responsabilidade da Secretaria de Vigilância em Saúde (SVS/MS) a gestão do COE-COVID-19. (BRASIL, p. 9, 2020)

Diante da Emergência em Saúde Pública declarada pela Organização Mundial da Saúde (OMS), em janeiro do corrente ano, por doença respiratória causada pelo COVID-19, e seguindo as recomendações da OMS, o Ministério da Saúde elaborou o Plano de Contingência Nacional para Infecção Humana pelo novo Coronavírus (COVID-

19) em caso de surto, avaliando o risco do novo Coronavírus afetar o Brasil e seu impacto para a saúde pública. Naquele momento a Secretaria de Vigilância em Saúde destacou que,

> até o momento, fatos e conhecimentos sobre o novo coronavírus (COVID-19) disponíveis são limitados. Há muitas incertezas no modo exato de transmissão e os possíveis reservatórios. As taxas de letalidade, mortalidade e transmissibilidade não são definitivas e estão subestimadas ou superestimadas. As evidências epidemiológicas e clínicas ainda estão sendo descrita e a história natural desta doença está sendo construída. As informações cruciais para apoiar avaliação dos fatores mencionados, como infectividade, transmissibilidade, taxa de complicações, letalidade, mortalidade, serão gradualmente disponibilizadas. (FERNANDES, 2020).

Destaca-se que a partir daquele momento uma série de ações foram adotadas,

> culminando com a ativação no dia 22 de janeiro de 2020 do Centro de Operações de Emergência em Saúde Pública (COE-COVID-19), do Ministério da Saúde (MS) coordenado pela Secretaria de Vigilância em Saúde (SVS), com o objetivo de nortear a atuação do MS na resposta à possível emergência de saúde pública, buscando uma atuação coordenada no âmbito do SUS. (BRASIL, p. 4, 2020)

No Brasil, a introdução da doença foi uma questão de tempo, e após a decretação da pandemia do coronavírus, devido ao COVID-19, uma das medidas adotadas para evitar a dispersão do vírus, a transmissão de pessoa a pessoa, foi o intenso apelo para que a população ficasse em isolamento social para evitar o caos no Sistema Único de Saúde, sob o argumento de que não haveria leitos suficientes para atender a enorme demanda de vítimas da doença.

As medidas adotadas pelo Planos de Contingência Nacional para Infecção Humana pelo novo coronavírus COVID-19 visava evitar a ocorrência de casos graves e óbitos.

> Assim, medidas de atenção hospitalar para os casos graves e medidas restritivas individuais de isolamento e quarentena domiciliar para os casos leves, devem ser adotadas para evitar óbitos e o agravamento dos casos.
> Esse fortalecimento da atenção PRIMÁRIA ao paciente deve ocorrer no nível local, com a adoção das medidas já estabelecidas nos protocolos de doenças respiratórias.
> Adicionalmente, caso seja evidenciada a possibilidade de superação da adaptação e ampliação de leitos e áreas hospitalares e a contratação emergencial de leitos de UTI pode ser necessária, com o objetivo de evitar óbitos (BRASIL, p. 7, 2020).

Mesmo com medidas restritivas individuais de isolamento e a quarentena domiciliar o Brasil fechou o mês de setembro de 2020 com mais de 140.000 óbitos pelo Covid-19, esses dados revelam que o direito de acesso à saúde está sendo negligenciado por parte do governo, pois se trata de um número expressivo de óbitos, o Brasil encontra- se diante de uma questão de ordem

pública ante a omissão do poder estatal na implementação de políticas públicas, efetivas, na área da saúde, em tempos de pandemia. Junto a violação ao acesso à saúde está o acesso à água potável e à alimentação, pois em tempos de covid-19, com as aulas suspensas por tempo indeterminado em grande parte do país, tornou-se imprescindível garantir a segurança alimentar e nutricional dos estudantes, por meio do emprego urgente de medidas de prevenção, controle e contenção de riscos à saúde, a fim de evitar a disseminação da doença.

Entretanto, para agir na legalidade e com a sensibilidade que a situação exige, o FNDE depende de decisões de outras instâncias, visto que o PNAE é regido pela Lei nº Lei 11.947/2009. (FNDE, 2020).

O que se tem observado é um crescente número de insegurança alimentar nos lares brasileiros nesse período de pandemia, isso reforçado pela falta de alimentação escolar, pois a grande maioria das crianças que frequentam a escola pública de educação básica necessitam da alimentação ofertada pelas escolas, e em muitos casos essa é a refeição mais importante do dia, quando não a única.

> As taxas de insegurança alimentar observadas em abril de 2020 também são significativamente mais altas do que em qualquer ponto para o qual existem dados comparáveis (2001 a 2018). Olhando ao longo do tempo, especialmente para o aumento relativamente pequeno da insegurança alimentar infantil durante a Grande Recessão, fica claro que as crianças pequenas estão experimentando uma situação de insegurança alimentar sem precedentes nos tempos modernos. (BAUER, 2020.)

No início da pandemia ficou evidenciado que "Os recursos do Programa Nacional de Alimentação Escolar (PNAE) estão disponíveis para a distribuição de alimentos, mas ainda são poucos os estados e municípios que fazem a distribuição da Alimentação Escolar." (FBSSAN, 2020), e um dos grandes avanços nessa seara foi a promulgação da Lei n.º 13.987, de 7 de abril de 2020**,** que alterou a Lei nº 11.947, de 16 de junho de 2009, e autorizou, em caráter excepcional, durante o período de suspensão das aulas em razão de situação de emergência ou calamidade pública, a distribuição de gêneros alimentícios adquiridos com recursos do Programa Nacional de Alimentação Escolar (PNAE) aos pais ou responsáveis dos estudantes das escolas públicas de educação básica.

> Art. 1º A Lei nº 11.947, de 16 de junho de 2009, passa a vigorar acrescida do seguinte art. 21-A:
>
> "Art. 21-A. Durante o período de suspensão das aulas nas escolas públicas de educação básica em razão de situação de emergência ou calamidade pública, fica autorizada, em todo o território nacional, em caráter excepcional, a distribuição imediata aos pais ou responsáveis dos estudantes nelas matriculados, com acompanhamento pelo CAE, dos gêneros alimentícios adquiridos com recursos financeiros recebidos, nos termos desta Lei, à conta do Pnae." (BRASIL, 2020).

Assegura a lei que os que os alimentos comprados com os recursos do PNAE, sejam entregues diretamente aos estudantes da rede público, com isso há uma continuidade no que tange a distribuição dos alimentos aos estudantes.

> Mesmo com a suspensão das aulas presenciais devido à pandemia da Covid-19, estudantes das redes públicas de ensino de todo o Brasil seguem sendo beneficiados com gêneros alimentícios do Programa Nacional de Alimentação Escolar (PNAE). Publicada no dia 7 de abril, a Lei n° 13.987/2020 autoriza a distribuição de alimentos comprados com recursos do PNAE diretamente aos alunos beneficiários. A medida continua válida durante todo o período de suspensão das aulas nas escolas públicas de educação básica. (FNDE, 2020).

Estudos realizados pela ONU, alertaram que

> Cerca de 386 milhões de estudantes recebem merenda escolar no mundo, de acordo com um estudo feito pelo Programa Mundial de Alimentos (PMA), da Organização das Nações Unidas (ONU), em 2019. Para muitas dessas crianças e adolescentes, a refeição que recebem na escola é a mais importante do dia, quando não a única. (OLIVEIRA, 2020).

Por isso a importância de se acompanhar as políticas públicas no que diz respeito ao Direito Humano à Alimentação Adequada em tempos de pandemia, principalmente no que diz respeito a ininterrupção da alimentação escola em tempos de pandemia COVID- 19, ressaltando que o mundo não estava preparado para a chegada dessa doença, o que colocou muitas famílias em situação de insegurança alimentar, necessário que esse tema continue sendo debatido. Mais de 320 milhões de crianças, em todo o mundo, têm perdido refeições escolares, desde o fechamento das escolas, em razão da pandemia de COVID-

19. “Somente na América Latina e Caribe, os programas de merenda escolar beneficiam 85 milhões de crianças, tanto que, para cerca de 10 milhões de crianças, estas refeições designam fonte confiável diária de alimentos (ONU, 2020).

A alimentação escolar deve ser uma preocupação de todos. Sabe-se que mesmo os países mais desenvolvidos se deparam com população vulneráveis, e o encerramento das aulas na pandemia, prejudicou crianças, jovens e adolescentes que obtinham a sua alimentação diária, nas escolas. A concretização da dignidade da criança, do jovem e do adolescente requer cuidados com a saúde, alimentos e educação alimentar, entre tantos outros direitos.

CONCLUSÃO

A presente pesquisa analisou questões relevantes relacionadas ao enfrentamento da fome no contexto dos direitos fundamentais, focando a descontinuidade da prestação de alimentos nas escolas públicas às crianças, jovens e adolescentes, revelando que, de fato, o Direito Humano à Alimentação Adequada no contexto da vida saudável, em tempos de pandemia COVID-19 não está sendo materializado.

Partiu, primeiramente, de reflexões sobre o significado da fome e as consequências trazida por ela, constatando-se que ela, a fome, continua matando milhões de pessoas no mundo, até hoje, sendo que o número de pessoas que passa fome no mundo é crescente, aumentando de 815 milhões de indivíduos, em 2016, para quase 821 milhões em 2017.

Os estudos reforçaram que, por mais que se tenha realizado esforços para enfrentar a problemática da fome, ultimamente, o número de pessoas que vive em situação de insegurança alimentar, tem sempre crescido, denotando que a fome continua rondando os lares no Brasil e no Mundo, notadamente com relação às crianças, jovens e adolescentes, que no momento contemporâneo deixam de receber a alimentação diária, a qual era efetivada por meio das escolas, que se encontram fechadas, atualmente, em razão da crise pandêmica mundial causada pelo coronavírus (COVID-19. Recordou que o direito fundamental à alimentação está vinculado à alimentação adequada, à saúde, ao saneamento básico e à dignidade da condição humana.

Constatou, também, que no Brasil houve a manifestação do Poder Público para assegurar, por intermédio da Lei n. 13.987/2020, a entrega dos alimentos - comprados a título de merenda escolar - diretamente à família dos alunos da rede pública, objetivando enfrentar momento de insegurança alimentar, constando, também, a necessidade de fiscalização na entrega desses alimentos, na busca da materialização dos direitos fundamentais sociais, ora apreciados.

REFERÊNCIAS:

AITH, Fernando. **Direito à Saúde e Democracia Sanitária**. SP: Quartier Latin, 2017.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Ed. Malheiros, 2008.

BAUER, Lauren. **A principal razão é a privação do acesso à alimentação escolar**. Esta é uma das principais ou a única forma de acessar alimentos, em diversos países no mundo, dentre eles nos EUA. Disponível em: <https://www.brookings.edu/blog/up-

front/2020/05/06/the-covid-19-crisis-has-already-left-too-many-children-hungry-in-america/>. Acesso em: 07 maio 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/> Acesso em: 20 jul. 2020.

_____. **Constituição da Organização Mundial da Saúde** (OMS/WHO) Disponível em: http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS- Organiza%C3%A7%C3%A3o-Mundial-da-Sa%C3%BAde/constituicao-da- organizacao-mundial-da-saude-omswho.html. Acesso em: 30.abr.2020.

_____. Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República. **Direito à alimentação adequada**. Brasília, DF, 2013. Disponível em: https://www.mdh.gov.br/biblioteca/promocao-e-defesa/direito-a-alimentacao-adequada. Acesso em: 14 mar. 2018.

_____. **LEI Nº 13.979,** de 6 de fevereiro de 2020. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/> Acesso em: 20 jul. 2020.

_____. **LEI nº 13.987,** de 7 de abril de 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br Acesso em 05 out. 2020.

_____. Ministério da Saúde. **Planos de Contingência Nacional para Infecção Humana pelo novo coronavírus COVID-19. 2020**. Disponível em: <www.saude.gov.br/bvs>. Acesso em: 20 jul. 2020.

CANOTILHO, J. J. G.; CORREIRA, M. O. G.; CORREIA, E. P. B. (coord.), **Direitos fundamentais sociais**, p. 71/109, São Paulo: Saraiva, 2010.

PIOVESAN. Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 18. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

CASTRO, J. de. **Geografia da fome**: o dilema brasileiro: pão ou aço. Rio de Janeiro: Antares, 2003.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos Direitos Humanos**. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003.

CUNHA FILHO, Alexandre J. C. da. **Governança Pública – um ensaio sobre pressupostos e instrumentos de uma ação estatal juridicamente eficiente**, São Paulo: Quartier Latin, 2019.

FBSSAN. **No Brasil, esta realidade é uma das principais pautas políticas do Fórum Brasileiro de Soberania e Segurança Alimentar e Nutricional Sustentável, em tempos de COVID-19.** Disponível em: <https://fbssan.org.br/2020/05/guia-para-alimentacao-escolar-em-tempos-de-covid-19/>. Acesso em 19 maio 2020.

FERNANDES, Antonio Tadeu. **Ministério da Saúde lança plano de contingência contra o Coronavírus**. 2020. Disponível em: https://www.ccih.med.br/ministerio-da-saude-lanca-plano-de-contingencia-contra-coronavirus/. Acesso em 30 jul.2020.

FUNDO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO DA EDUCAÇÃO (FNDE). **Entrega de Kits de alimentação escolar continua em todo o Brasil. 2020.** Disponível em: https://www.fnde.gov.br/index.php/acesso-a-informacao/institucional/area-de-imprensa/noticias/item/13782-entrega-de-kits-de-alimenta%C3%A7%C3%A3o-escolar-continua-em-todo-o-brasil. Acesso em: 05 out. de 2020.

FOOD AND AGRICULTURE OF ORGANIZATION OF THE UNITED STATES (FAO). **Declaração de Roma sobre a Segurança Alimentar Mundial e Plano de Acção da Cimeira Mundial de Alimentação**. 13-17 de novembro de 1996, Roma. Disponível em: http://www.fao.org/docrep/003/w3613p/w3613p00.htm. Acesso em: 14 mar. 2019.

FOOD AND AGRICULTURE OF ORGANIZATION OF THE UNITED STATES (FAO). **El Estado de Seguridad Alimentaria y la Nutrición en el Mundo**. 2018. Disponível em: http://www.fao.org/3/I9553ES/i9553es.pdf. Acesso em: 3 jan. 2019.

MELO, M. M.; NEVES, T. C. W. (org.). **Josué de Castro**. Brasília, DF: Plenarium, 2007. (Perfis Parlamentares, n. 52). Disponível em: file:///C:/Users/Cliente/Downloads/perfis_josue_castro.pdf. Acesso em: 14 mar. 2017.

MOTA, R. dos S. **O combate à fome e à pobreza na política externa brasileira (2003-2010):** do discurso à prática e a prática do discurso. 2015. 161 f. Dissertação (Relações Internacionais) – UNB, Brasília, DF, 2015. Disponível em: http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/17903/1/2015_RodrigodosSantosMota.pdf. Acesso em: 11 nov. 2018.

OLIVEIRA, Caroline. **Governo sanciona lei sobre merenda escolar durante pandemia, mas falta regulamentação**: ONU estima que 40 milhões de crianças no Brasil não estão recebendo alimentação escolar por conta da pandemia.2020. https://www.brasildefato.com.br/2020/04/09/governo-sanciona-lei-sobre-merenda-escolar-durante-pandemia-mas-falta-regulamentacao

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais**. Adotado e aberto à assinatura, ratificação e adesão pela resolução 2200A (XXI) da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 16 de dezembro de 1966. Entrada em vigor na ordem internacional: 3 de janeiro de 1976, em conformidade com o artigo 27º. Disponível em: http://www.unfpa.org.br/Arquivos/pacto_internacional.pdf. Acesso em: 24 set. 2017.

_____. **Comentário Geral nº 12**: O Direito Humano à Alimentação (art. 11). Genebra: ONU, 1999. Disponível em: http://www.sesc.com.br. Acesso em: 25 jul. 2017.

ONUBR. **FAO**: fome aumenta no mundo e afeta 821 milhões de pessoas. Brasília, DF, 2018. Disponível em: https://nacoesunidas.org/fao-fome-aumenta-no-mundo-e-afeta- 821-milhoes-de-pessoas/. Acesso em: 25 fev. 2019.

PELLANDA, Andressa. **Covid-19, o novo coronavírus**. 2020. Disponível em: https://media.campanha.org.br/acervo/documentos/COVID-19_Guia1_FINAL.pdf. Acesso em: 20 jul. 2020.

PODESTÁ, O. P. G. de. **Programa Bolsa de Família e a Segurança Alimentar e Nutricional**: o caso do município de Anchieta-ES. 2011. 139 f. Dissertação (Mestrado em Políticas Públicas e Desenvolvimento Local) – EMESCAN, Vitória, 2011.

RANGEL, T. L. V. **Fome:** segurança alimentar e nutricional em pauta. Curitiba: Appris, 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 3ª. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

SARMENTO, Dirléia Fanfa; MENEGAT, Jardelino; WOLKMER, Antonio Carlos (Org.). **Educação em Direitos Humanos:** dos dispositivos legais às práticas educativas. Porto Alegre: Editora CirKula LTDA, 2018.

TOFFLER, Alvin. **A terceira onda: a morte do industrialismo e o nascimento de uma nova civilização**. Trad. de João Távora. Rio de Janeiro, Record, 2012.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Reflexões críticas sobre a referência a "Nações Civilizadas" no artigo 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça**. Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional. Ano 103, v. 103, n. 125-130, jul./dez. 2017, pp. 1-65. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017.

VILLAS BÔAS, R. V.; SOARES, D. da S. O direito humano à alimentação adequada. **Actas del IIº Congreso Internacional de Derechos Humanos**. Chile: Ribicón Editores, 2017.

VILLAS BÔAS, Regina Vera; ALCKMIN, M.A. **A educação de qualidade concretizando a inclusão e a sustentabilidade**: objetivo nº 4 do desenvolvimento sustentável (ODS). Obra Coletiva Direitos humanos e meio ambiente: os 17 objetivos de desenvolvimento sustentável da agenda 2030 [recurso eletrônico] / coordenação: Lívia Gaigher Bósio Campello. 1 ed. - São Paulo: IDHG (Instituto de Desenvolvimento Humano Global), 2020, p.105-136 (ISBN 978-85-85331-01-6).

VILLAS BÔAS, Regina Vera, e VIDRIH, Gabriel Luis Bonora. O dever de recuperar a área degradada e a responsabilidade civil ambiental na mineração in Obra Coletiva "**Direito Ambiental no Século XXI**: Efetividade e Desafios", Coord. Cláudio Finkelstein e João Negrini Filho, Orgs: Lívia Gaigher Bósio Campello e Vanessa Hasson de Oliveira – ISBN 978-85-99651-54-4, Cap. 8 p. 205 a 236, RJ: Editora Clássica, 2012.

VILLAS BÔAS, Regina Vera; LIMA. Andreia M. B. Rezende de. **A judicialização da saúde, o respeito à vida e à dignidade da pessoa humana no contexto das políticas públicas nacionais**. pp. 33-72. ISSN 1518-7047. Revista Direito & Paz, Ano XVII, nº 32. p. 33-72, UNISAL/SP (Lorena), 1º Sem. 2015.

VILLAS BÔAS, Regina Vera e SOUZA. Karla Karolina Harada. Água: bem, recurso ou direito – Tutela jurídica e avanços Jurisprudenciais. *In* **21º Congresso Brasileiro de Direito Ambiental, e 11º Congresso de Estudantes de Graduação e Pós-graduação em Direito Ambiental tema: Jurisprudência, Ética e Justiça Ambiental**, no século XXI, de 04 0806.2016.

VILLAS BÔAS, Regina Vera. No centro das preocupações com o desenvolvimento sustentável estão os seres humanos que têm direito à vida saudável e produtiva, construída em harmonia com a natureza. In: Angela Jank Calixto. (Org.). **Meio ambiente & Desenvolvimento:** Os 25 anos da Declaração do Rio de 1992. 1ed.São Paulo: Edição Instituto de Desenvolvimento Humano Global (IDG), 2018, v. 1, p. 34-52)

_____. Capítulo: **Erradicar a pobreza é acabar com a pobreza em todas as suas formas e em todos os lugares**: Objetivo n. 1 do Desenvolvimento Sustentável (ODS). Obra Coletiva Direitos humanos e meio ambiente: os 17 objetivos de desenvolvimento sustentável da agenda 2030 [recurso eletrônico] / coordenação: Lívia Gaigher Bósio Campello. 1 ed. - São Paulo: IDHG (Instituto de Desenvolvimento Humano Global), 2020, p. 42 a 58 (ISBN 978-85-85331-01-6).

_____. Concretização dos postulados da Dignidade da Condição Humana e da Justiça. Revista de Direito Privado. Ed. **Rev. dos Tribunais**, coord. NNJ e Rosa Nery, SP: Ed. RT. Ano 12, nº 47. Jul.-set/2011.

_____. Violência Ética e Socioambiental: macula dignidade da condição humana e desafia a proteção dos interesses difusos e coletivos, in Obra Coletiva "**O Direito e a Dignidade Humana**: aspectos éticos e socioambientais". Org.: Consuelo Yoshida e Lino Rampazzo, Cap.3º. pp. 101-122. ISBN 978-85-7516-599-7, Campinas, SP: Alínea, 2012.

_____. Um Olhar Transverso e Difuso aos Direitos Humanos de Terceira Dimensão. A solidariedade concretizando o dever de respeito à ecologia e efetivando o postulado da dignidade da condição humana (In) **Revista de Direito Privado**, coord. NNJ e Rosa M. Nery. SP, Ed. RT, Ano 13, nº 51, Jul/set/ 2012.

_____. A proteção dos valores, necessidades e interesse do homem, da sociedade e da natureza contra a violência contemporânea, seguindo o itinerário da sustentabilidade e em favor da paz mundial, in Obra Coletiva *"***Direito Administrativo e Liberdade**: estudos em Homenagem a Lúcia Valle Figueiredo". Coord. por Amauri Feres Saad, Celso Antônio Bandeira de Mello, Sérgio Ferraz e Sílvio Luís Ferreira da Rocha, pp. 701-720. 1ed. SP: Malheiros Editora, 2014.

ZIEGLER, J. **Destruição em massa**: Geopolítica da Fome. São Paulo: Cortez, 2013.

ASPECTOS DA JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE NO BRASIL

Nathaly Gabriela Picoli
Pós-graduada em Direito Penal Econômico pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Pós-graduanda em Direito do Estado, com ênfase em Direito Tributário, pela Universidade Estadual de Londrina. Pós-graduanda em Direito Internacional pela Escola Brasileira de Direito. Graduada em Direito pela Universidade Norte do Paraná. Membro do Grupo de Pesquisa em Tributação, Eficência e Direitos Fundamentais da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Câmpus Londrina. Membro da Comissão da Mulher Advogada da OAB/PR, Subseção de Apucarana. Advogada e Professora. E-mail: n_g.p@hotmail.com. Lattes: http://lattes.cnpq.br/4918508484483589.

RESUMO: O presente artigo científico visa analisar os reflexos da obtenção de atendimento médico, medicamentos e insumos terapêuticos pela via judicial. Objetiva a discussão sobre as alternativas para a redução da judicialização do direito à saúde, considerando as suas consequências em relação à escassez de recursos públicos, a cláusula da reserva do possível, a garantia do mínimo existencial, a equidade e o princípio da separação dos poderes. Também é abordada a necessidade de compatibilização da concretização do direito individual à saúde com a preservação das políticas públicas existentes, apontando-se parâmetros úteis na solução de demandas judiciais envolvendo o referido direito social. A pesquisa foi realizada por meio do método dedutivo e empírico, através de pesquisa bibliográfica, visando os conceitos teóricos, dados técnicos e o cruzamento das informações advindas da referida busca. Por derradeiro, demonstra-se a forma como é possível reduzir de maneira efetiva o fenômeno da judicialização do direito à saúde.

PALAVRAS-CHAVE: Direito à saúde. Escassez de recursos. Reserva do possível. Mínimo existencial. Separação dos poderes.

ABSTRACT: This scientific article aims to analyze the reflexes of obtaining medical care, medicines and therapeutic inputs through the judicial route. It aims to discuss alternatives to reduce the judicialization of the right to health, considering its consequences on the scarcity of public resources, the reserve clause of the possible, the guarantee of the existential minimum, fairness and the principle of separation of powers. The need to reconcile the achievement of individual health law with the preservation of existing public policies is also addressed, parameters useful in the solution of lawsuits involving that social right are indicated. The research was carried out by means of the deductive and empirical method, through bibliographical research, aiming at the theoretical concepts, technical data

and the crossing of the information coming from the referred search. Finally, it is demonstrated how it is possible to effectively reduce the phenomenon of judicialization of the right to health.

KEYWORDS: Right to health. Scarcity of resources. Reservation of the possible. Minimal existential. Separation of powers.

INTRODUÇÃO

O direito à saúde é um dos direitos fundamentais, representando uma prerrogativa jurídica indisponível assegurada indistintamente a todas as pessoas. Decorre do direito à vida, devendo ser garantido de forma efetiva, pelos princípios da universalidade e da igualdade de acesso às ações e serviços que a promovem, protegem e recuperam.

As ações e serviços de saúde são de relevância pública, ficando inteiramente sujeitos à regulamentação, fiscalização e controle do Poder Público, nos termos da lei, a quem cabe executá-los diretamente ou por terceiros, pessoas físicas ou jurídicas de direito privado.

Ao atribuir ao Poder Público, amplamente considerado, o controle das ações e serviços de saúde, estes não podem ser limitados. Deve-se procurar atender aos anseios da comunidade, estabelecendo políticas públicas eficazes para atender os interesses dos necessitados. Encontra- se previsto constitucionalmente o direito à saúde pelo disposto nos artigos 6° e 196, ambos da Constituição da República.

Todavia, em razão da deficiência do Sistema Único de Saúde no fornecimento de tratamentos, insumos e medicamentos à população, os pacientes têm recorrido às vias judiciais para a efetividade de seu direito, havendo uma ingerência irrefletida do Poder Judiciário na Administração Pública.

Neste contexto, são necessárias alternativas para a redução da judicialização do direito à saúde, levando-se em conta a ponderação do direito, a implantação de Núcleos de Assessoramento Técnico (NAT's), para auxiliar os juízes a possuírem subsídios para a elaboração das decisões judiciais, bem como a participação da comunidade por intermédio dos conselhos de saúde.

1 PREVISÃO CONSTITUCIONAL DO DIREITO À SAÚDE E DA ASSISTÊNCIA FARMACÊUTICA

Os direitos sociais, entre eles o direito à saúde e à assistência farmacêutica, são direitos fundamentais de segunda geração, os quais se originaram com o fim da primeira guerra mundial e a superação do Estado Liberal.

São conhecidos como direitos prestacionais ou direitos de promoção, tendo em vista que exigem uma postura ativa do Estado na sua realização, com a implementação de políticas públicas, objetivando a redução das desigualdades sociais.

O direito à saúde e à assistência farmacêutica estão preconizados na Constituição Federal nos artigos 6º e 196 (BRASIL, 1988), *in verbis*:

> Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.
>
> Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Os direitos sociais elencados no artigo 6º, entre eles o direito à saúde, estão consubstanciados em princípios a serem cumpridos na maior medida possível de acordo com as circunstâncias fáticas e jurídicas existentes.

Tal dispositivo legal deve ser concretizado, primordialmente, por poderes compostos por representantes democraticamente eleitos para definir políticas públicas prioritárias, sem prejuízo de fornecer razões contributivas para as decisões judiciais.

Neste raciocínio também está consubstanciado o teor do art. 196, que também se trata de norma de natureza principiológica que estabelece fins a serem buscados pelo Estado, sem, entretanto, especificar os meios a serem utilizados para tanto.

O art. 199 e seus parágrafos estabelecem a atuação complementar da iniciativa privada relativa à assistência oferecida pelo SUS.

Em seguida, encerrando o rol de artigos que abordam a saúde de forma direta no contexto da seguridade social, surge o art. 200, que enumera várias competências do SUS, quais sejam: a) controlar e fiscalizar procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde e participar da produção de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos, hemoderivados e outros insumos; b) executar as ações de vigilância sanitária e

epidemiológica, bem como as de saúde do trabalhador; c) ordenar a formação de recursos humanos na área de saúde; d) participar da formulação da política e da execução das ações de saneamento básico; e) incrementar em sua área de atuação o desenvolvimento científico e tecnológico; f) fiscalizar e inspecionar alimentos, compreendido o controle de seu teor nutricional, bem como bebidas e águas para consumo humano; g) participar do controle e fiscalização da produção, transporte, guarda e utilização de substâncias e produtos psicoativos, tóxicos e radioativos; e h) colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho.

As prestações de serviços de saúde, embora abertas a iniciativa privada, estão submetidas ao controle do Estado, que também deve regulamentar as ações e serviços nesta área, fiscalizando o cumprimento das normas que dispõem sobre o assunto.

Acerca do direito à saúde, este é o entendimento do renomado doutrinador Alexandre de Moraes (MORAES, 2004):

> A saúde é direito de todos e dever do Estado, ga rantindo 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 (CF, art. 196), sendo de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre a sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou por meio de terceiros e, também, por pessoas física ou jurídica de direito privado (CF, art. 197).

As ações e serviços de saúde são de relevância pública, ficando inteiramente sujeitos à regulamentação, fiscalização e controle do Poder Público, nos termos da lei, a quem cabe executá-los diretamente ou por terceiros, pessoas físicas ou jurídicas de direito privado.

A eficácia dos direitos sociais exige do Poder Público, em regra, prestações positivas, por intermédio de políticas públicas concretizadoras de prerrogativas individuais e/ou coletivas, com o intuito de garantir a dignidade da pessoa humana, valor pré-jurídico previsto no artigo 1º, inciso III da Constituição Federal.

Sobre a concretização constitucional do princípio da dignidade da pessoa humana, leciona Ingo Wolfgang Sarlet (SARLET, 2007):

> Em suma, o que se pretende sustentar de modo mais enfático é que a dignidade da pessoa humana, na condição de valor (e princípio normativo) fundamental que "atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais", exige e pressupõe o reconhecimento e proteção dos direitos funda mentais de todas as dimensões (ou gerações, se assim preferirmos). Assim, sem que se reconheçam à pessoa humana os direitos fundamentais que lhe são inerentes, em verdade estar-se-á negando-lhe a própria dignidade.

Todavia, o custo oneroso dos direitos sociais, corroborado com a escassez de recursos orçamentários impedem a efetividade destes direitos em grau satisfatório. Assim, necessário se faz ao poder público a adoção de limites como a reserva do possível, o mínimo existencial, a máxima efetividade e a vedação de retrocesso social.

1.1 Limites à plena realização do direito à saúde

Desenvolvida inicialmente na Alemanha, a reserva do possível visa limitar a plena realização dos direitos fundamentais, sobretudo, os de caráter prestacional, devendo ser observados três aspectos: a disponibilidade fática, a disponibilidade jurídica e a razoabilidade e proporcionalidade.

De acordo com Ingo Wolfgang Sarlet (SARLET, 2007):

> Todos os aspectos referidos guardam vínculo estreito entre si e com outros princípios constitucionais, exigindo, além disso, um equacionamento sistemático e constitucionalmente adequado, para que, na perspectiva do princípio da máxima eficácia e efetividade dos direitos fundamentais, possam servir não como barreira intransponível, mas inclusive como ferramental para a garantia dos direitos sociais de cunho prestacional.

Já o mínimo existencial é um subgrupo menor e mais preciso formado por bens e utilidades básicas imprescindíveis a uma vida humana digna, não se sujeitando à reserva do possível.

Também deve ser preconizada a máxima efetividade, de modo que haja a maior eficácia social possível ao direito em testilha, de modo a fazê-lo cumprir a finalidade para a qual foi criado.

Por fim, a vedação de retrocesso social assegura a manutenção da realização legislativa do direito fundamental na esfera particular, implicando na elevação das medidas legais concretizadoras dos direitos sociais ao nível constitucional.

1.2 Dimensões do direito à saúde

O direito à saúde possui duas dimensões, individual e coletiva.

Em relação à dimensão coletiva, o direito à saúde se revela como difuso, conforme o conceito trazido pelo art. 81, parágrafo único, I, do Código de Defesa do Consumidor, uma vez que se trata de direito transindividual, de natureza indivisível, de titularidade de

pessoas indeterminadas, considerando-se que toda a coletividade tem direito de viver em ambiente saudável, propiciado, notadamente, pela existência de políticas públicas voltadas à promoção, proteção e recuperação da saúde, nos termos do art. 196 da CF/88.

No tocante à dimensão individual, o direito à saúde se revela direito público subjetivo, criando uma relação jurídica obrigacional entre o indivíduo e o Estado.

1.3 Titularidade do direito à saúde

Diante de sua vinculação direta à dignidade da pessoa humana, o direito à saúde é titularizado por todas as pessoas que estejam no território brasileiro, independentemente de sua nacionalidade e do país de domicílio.

O principal destinatário do dever é, *sui generis*, o Estado, sendo todos os entes federativos solidariamente responsáveis, a teor do artigo 23, inciso II, da Constituição Federal. O Sistema Único de Saúde - SUS visa a integralidade da assistência à saúde, seja individual ou coletiva, devendo atender dos que dela necessitam em qualquer grau de complexidade, e sendo o SUS composto pela União, Estados-membros e Municípios e, ainda que exista hierarquia interna, é de se reconhecer, em função da solidariedade, a legitimidade de qualquer dos entes federados para compor o polo passivo das demandas que tenham por objeto o fornecimento de equipamentos/medicamentos comprovadamente necessários à condução de tratamentos médicos.

Assim, em decorrência desta solidariedade cada um dos entes públicos nominados têm legitimidade para figurar no polo passivo da ação que tem como objetivo obter medicamentos a enfermos, não sendo necessário a formação de litisconsórcio passivo.

Diante de tais considerações acerca do direito à saúde, passa-se à questão atinente a sua judicialização.

2 DA JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE

2.1 Correntes acerca do papel do Poder Judiciário na judicialização do direito à saúde

Atualmente, há duas correntes sobre o papel do Poder Judiciário na efetivação do direito à saúde. A primeira corrente defende a impossibilidade de o Judiciário impor ao Poder Público a obrigação de realizar procedimento médico ou dispensar determinado medicamento, pois tal atitude poderia comprometer a Política Nacional de Saúde, com o deslocamento de verbas orçamentárias para fins que não haviam sido planejados,

acarretando o prestígio da tutela da saúde de poucos em detrimento do alcance maior que poderia ser obtido com a observância dos parâmetros da política pública, havendo ingerência indevida do Poder Judiciário em questões políticas e desrespeito ao princípio constitucional da separação dos poderes.

Por sua vez, a segunda corrente defende a intervenção judicial para a efetividade do direito à saúde, embasando-se na responsabilidade solidária dos entes federativos, além de tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário, como o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, ratificado pelo Brasil em 1992 e o Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, ratificado em 1996. Esta corrente estabelece que é dever do Estado adotar as medidas necessárias para a implementação do direito à saúde, tanto de ordem interna, como por meio da cooperação econômica e técnica entre os Estados, até o máximo dos recursos disponíveis, considerando seu grau de desenvolvimento, a fim de obter a plena efetividade dos direitos sociais.

2.2 Direito à saúde e o princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição

O acesso à justiça é um direito expresso na Constituição Federal em seu art. 5º, inciso XXXV, o qual dispõe que "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito", consagrando a inafastabilidade da jurisdição.

Todavia, nas demandas envolvendo o direito à saúde, o julgador deve buscar concretizar o direito, levando em consideração a força normativa da Constituição Federal, bem como a indispensabilidade de tal direito para a realização da dignidade da pessoa humana, não olvidando, entretanto, a imprescindibilidade de preservação das políticas públicas existentes, que são pautadas na possibilidade orçamentária, tendo em vista a escassez de recursos.

Logo, indispensável a busca de parâmetros para o julgamento das demandas envolvendo o direito à saúde com o intuito de compatibilizar as pretensões individuais com a preservação das políticas públicas existentes.

Há casos em que são pleiteados medicamentos não registrados na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA).

Nesse contexto, de rigor observar que o registro do medicamento na ANVISA é medida de segurança pública, haja vista que um dos requisitos para sua obtenção, nos

termos do art. 16 da Lei nº 6.360/76, é que o fármaco seja reconhecido como seguro e eficaz para o uso a que se propõe.

Ademais, em se tratando de medicamento de procedência estrangeira, deverá ser, ainda, comprovada a existência de registro válido no país de origem, nos termos do art. 18 do mesmo dispositivo legal.

Após o registro do medicamento, a ANVISA realiza a regulação econômica dos fármacos, analisando a fixação do preço definido, levando em conta o benefício clínico e o custo do tratamento. Havendo produto semelhante, se o novo medicamento não trouxer benefício adicional, não poderá ser mais caro do que o medicamento já existente com a mesma indicação.

Diante disso, o registro na ANVISA configura-se como condição imprescindível para atestar a segurança e o benefício do produto, sendo o primeiro requisito para que o Sistema Único de Saúde possa considerar sua incorporação, porque, nos termos do art. 16 da Lei 6360/76, nenhum medicamento poderá ser industrializado, exposto à venda ou entregue ao consumo antes do registro no Ministério da Saúde.

Tal regra é relativizada pela Lei nº 9782/99, que permite que a ANVISA dispense medicamentos de registro quando adquiridos por meio de organismos multilaterais internacionais, para uso de programas em saúde pública pelo Ministério da Saúde.

Deve-se considerar também a existência de motivação para o não fornecimento de determinada ação de saúde pelo SUS, caso em que duas situações podem ser constatadas.

A primeira é se o SUS fornece tratamento alternativo, mas não adequado a determinado paciente e a segunda é se o SUS não tem nenhum tratamento específico para determinada patologia.

Neste ponto, conforme o voto do Ministro Gilmar Mendes no STJ AGR/CE 175 (MENDES, 2010), depreende-se do art. 196 da Constituição Federal/88, a princípio, que a obrigação do Estado se restringe ao fornecimento das políticas sociais e econômicas formuladas para a promoção, a proteção e a recuperação da saúde, porquanto o SUS filia-se à corrente da "Medicina com base em evidências", adotando "Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas", "que consistem num conjunto de critérios que permitem o diagnóstico de doenças e o tratamento correspondente com os medicamentos disponíveis e as respectivas doses".

Portanto, nas palavras do Ministro, há que se ter cautela com fármacos que se encontrem em desconformidade com o Protocolo, "pois tende a contrariar um consenso científico vigente".

Deve-se somar a isso a necessidade de se racionalizar os recursos escassos existentes, de forma a atender da forma mais eficiente possível a coletividade. Neste contexto (MENDES, 2010):

> [...] obrigar a rede pública a financiar toda e qualquer ação de proteção à saúde existente geraria grave lesão à ordem administrativa e levaria ao comprometimento do SUS, de modo a prejudicar ainda mais o atendimento médico da parcela da população mais necessitada.

Ante o preconizado no art. 196 da CF/88 e das considerações expostas, conclui o Ministro que deve ser privilegiado o tratamento do SUS em detrimento de opção diversa escolhida pelo paciente, sempre que não restar comprovada a ineficácia ou a impropriedade da política de saúde existente.

Todavia, tal conclusão não afasta a possibilidade de o Poder Judiciário ou a Administração decidir que medida diferente da custeada pela rede pública seja fornecida a determinada pessoa, diante de prova, no caso concreto, de que o tratamento fornecido, em seu caso específico, é ineficaz.

2.3 Redução da judicialização do direito à saúde

A partir do momento em que o Estado não consegue abarcar todas as necessidades dos cidadãos em relação às prestações sociais, faz-se necessária a atuação do Poder Judiciário, a fim de garantir a efetividade do direito.

Todavia, as decisões judiciais devem estar revestidas de cautela, a fim de se preservar a autonomia e separação dos poderes, de maneira criteriosa, analisando-se os pedidos com maior afinco, observando-se as particularidades que as políticas públicas apresentam, apreciando-se a realidade social e a necessidade de quem pleiteia judicialmente o direito à saúde.

Neste ponto, considerando que o magistrado não possui conhecimento técnico para aferir se o medicamento/tratamento pleiteado é adequado para o tratamento do paciente, tornou- se fundamental a adoção de medidas para a aproximação entre a justiça e os profissionais técnicos, como alternativa à redução da judicialização do direito à saúde, uma vez que os juízes passariam a ter o suporte técnico para julgarem as demandas, com vistas à preservação do acesso universal e igualitário ao Sistema Único de Saúde e realizando a devida ponderação do direito.

Assim, surgiram os Núcleos de Assistência Técnica (NAT’s), implantados a partir da Recomendação nº 31, de 30 de março de 2010, aprovada pelo Conselho Nacional de

Justiça (CNJ), no Fórum Nacional do Judiciário para Monitoramento e Resolução das Demandas de Assistência à Saúde, instituído em 03 de agosto de 2010.

Agora, com o auxílio da assistência técnica, o magistrado possui maiores subsídios para analisar os casos, podendo negá-los quando reputar necessário, a fim de se evitar pedidos atentatórios às políticas públicas, evitando que os recursos, já escassos, não sejam desperdiçados com tutelas de interesses individuais que contrariam os objetivos do Sistema Único de Saúde, consubstanciando-se em uma alternativa para a redução da judicialização do direito à saúde.

De outro giro, a Lei nº 8.142/90, que dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde (SUS) e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde, instituiu os chamados conselhos de saúde, os quais são definidos no art. 1º, inciso II, §2º, veja-se (BRASIL, 1990):

> Art. 1° O Sistema Único de Saúde (SUS), de que trata a Lei n° 8.080, de 19 de setembro de 1990, contará, em cada esfera de governo, sem prejuízo das funções do Poder Legislativo, com as seguintes instâncias colegiadas:
> […]
> II - o Conselho de Saúde. […]
> § 2° O Conselho de Saúde, em caráter permanente e deliberativo, órgão colegiado composto por representantes do governo, prestadores de serviço, profissionais de saúde e usuários, atua na formulação de estratégias e no controle da execução da política de saúde na instância correspondente, inclusive nos aspectos econômicos e financeiros, cujas decisões serão homologadas pelo chefe do poder legalmente constituído em cada esfera do governo.

Os Conselhos atuam nas três esferas governamentais, federal, estadual e municipal, constituindo-se em importantes meios de participação popular nas discussões para a melhoria do Sistema Único de Saúde.

Também garantem a democracia na discussão sobre as políticas públicas de saúde, pois devem ser compostos de forma paritária pelos representantes das três esferas governamentais.

O Ministério da Saúde assim o define e esclarece sua composição (BRASIL, 2017):

> O Conselho Nacional de Saúde é formado por 48 conselheiros titulares e seus respectivos primeiro e segundos suplentes, representantes de entidades e movimentos sociais de usuários do Sistema Único de Saúde (SUS), entidades de profissionais de saúde, incluída a comunidade científica, entidades de prestadores de serviço, entidades empresariais da área da saúde e governo federal.
> De acordo com o Regimento Interno do CNS, a composição do Conselho é definida
> da seguinte forma:

> I - cinquenta por cento dos membros representantes de entidades e dos movimentos sociais de usuários do SUS, escolhidos em processo eleitoral direto; e
> II - cinquenta por cento dos membros representantes de entidades de profissionais de saúde, incluída a comunidade científica da área de saúde, entidades de prestadores de serviços de saúde, entidades empresariais com atividade na área de saúde, todas eleitas em processo eleitoral direto; os representantes do governo, do Conselho Nacional de Secretários de Saúde (Conass) e Conselho Nacional de Secretarias Municipais de Saúde (Conasems) são indicados pelos seus respectivos dirigentes.
> A fim de manter equilíbrio dos interesses envolvidos, a distribuição das vagas é paritária, ou seja, 50% de usuários, 25% de trabalhadores e 25% de prestadores de serviço e gestores.
> O último processo eleitoral do Conselho Nacional de Saúde foi realizado em 5 de novembro de 2015, quando foram eleitas as entidades para compor o CNS. Após, a publicação, no Diário Oficial da União, da Portaria n.º 2.056, de 14 de dezembro de 2015, que designou os membros titulares, primeiros e segundos suplentes para o triênio 2015/2018, os Conselheiros tomaram posse no dia 15 de dezembro de 2015.

Com o intuito de ratificar a relevância da implantação dos conselhos de saúde, a Lei nº 8.142/90, em seu artigo 4º, inciso II, condicionou que os repasses financeiros de verbas federais à Administração Pública só seriam efetivados nos âmbitos federal, estadual e municipal caso os conselhos de saúde já estivessem implantados

Nesta seara, os conselhos de saúde atuam de forma a proteger os interesses da comunidade, sendo que as escolhas políticas em relação à saúde não ficam apenas a critério da Administração Pública.

Necessário observar que a ingerência do Poder Judiciário na Administração Pública, em demasia, também afronta o princípio da participação popular, tendo em vista que as deliberações dos conselhos sobre eventuais políticas públicas podem ser negadas ou marginalizadas através da atuação do Judiciário.

Desta forma, os conselhos de saúde podem contribuir no processo de redução da judicialização da saúde, devendo propiciar debates acerca das reais necessidades dos usuários do Sistema único de Saúde, bem como das necessidades individuais apresentadas. Já no tocante à sua atribuição como órgãos de fiscalização, atuam incisivamente na proteção dos interesses da coletividade, por intermédio do controle social do SUS.

CONCLUSÃO

Diante do exposto, podemos concluir que, para que haja a devida prestação estatal em relação ao direito à saúde, através da determinação judicial para o fornecimento de medicamentos, sem afetar o orçamento público de maneira excessiva, é necessária a implantação e melhoria da assistência técnicas aos magistrados, a fim de que o Poder

Judiciário seja instado apenas nos casos em que se verifique a negativa do Poder Público em fornecer os insumos necessários ao tratamento médico do cidadão ou haja prestação ineficiente, com vistas a preservar a separação dos Poderes, bem como o incentivo à participação da comunidade em geral por meio dos conselhos de saúde. A judicialização do direito à saúde não deve ser a regra, mas sim exceção.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 19 ago. 2017.

BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. **Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências.** Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 11 set. 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm. Acesso em: 19 ago. 2017.

BRASIL. Lei nº 6.360, de 23 de setembro de 1976. **Dispõe sobre a Vigilância Sanitária a que ficam sujeitos os Medicamentos, as Drogas, os Insumos Farmacêuticos e Correlatos, Cosméticos, Saneantes e Outros Produtos, e dá outras Providências.** Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 23 set. 1976. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6360.htm. Acesso em: 19 ago. 2017.

BRASIL. Lei nº 8.142, de 28 de dezembro de 1990. **Dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde (SUS) e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde e dá outras providências.** Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 28 dez. 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8142.htm. Acesso em: 19 ago. 2017.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Conselho Nacional de Saúde: Composição.** Disponível em: <http://conselho.saude.gov.br/apresentacao/composicao.htm>. Acesso em: 19 ago. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AGR/CE 175, Brasília, DF, 17 de março de 2010**. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/9087079/agreg-na-suspensao-de- tutela-antecipada-sta-175-ce>. Acesso em: 17 ago. 2017.

JÚNIOR, Dirley da Cunha. NOVELINO, Marcelo. **Constituição Federal para Concursos.**
7ª ed. Salvador: Ed. Juspodivm. 2016.

MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional.** 15 ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 688.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988.** 7ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 33 ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

A DIGNIDADE HUMANA E O DIREITO A SAÚDE DOS CIDADÃOS, ESPECIALMENTE OS MAIS VULNERAVEIS, COMO FUNDAMENTO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL

Dr. José Marcos Miné Vanzella
Professor do Mestrado em Direito do Centro Universitário Salesiano de São Paulo – UE – Lorena. Membro do GT de ética e cidadania da ANPOF. Membro do grupo de pesquisa "Direitos sociais, direitos fundamentais e políticas públicas" com o projeto de Pesquisa – Democracia, direitos fundamentais, socioeconômicos, políticas públicas e fontes cristãs.

Dra Grasiele Augusta Ferreira Nascimento
Professora do Mestrado em Direito do Centro Universitário Salesiano de São Paulo. Líder do grupo de Pesquisa "Minorias, vulnerabilidade e tutela dos direitos individuais e coletivos" com o projeto de Pesquisa "Direito das minorias: enfrentamentos, conquistas e desafios".

RESUMO: O presente artigo, com metodologia de pesquisa bibliográfica e documental pergunta: como garantir a efetividade da dignidade humana e do direito a saúde a todos os cidadãos especialmente os vulneráveis enquanto fundamento da República Federativa do Brasil? Tem por objetivo contribuir com a compreensão do papel essencial constitutivo do direito à saúde em relação a manutenção da vida e da vida em relação a dignidade da pessoa humana que funda a República Federativa do Brasil. Bem como apresentar o sentido de sua efetivação a partir da jurisdição constitucional do Supremo Tribunal Federal. Apresenta que o princípio da dignidade humana possui posição central no artigo primeiro da constituição como fundamento da República Federativa do Brasil. Apresenta o papel constitutivo e essencial do direito à vida em relação ao princípio da dignidade humana. Expõe que a assistência de saúde é fundamental a preservação da vida dos cidadãos e que precisa ser prestada pelo Estado acima de interesses econômicos e políticos particulares, pode ser judicializada e decidida pela justiça, porém sem desorganizar o sistema de saúde e as finanças públicas.
PALAVRAS- CHAVE: Dignidade humana, direitos fundamentais, direito à vida, direito à saúde, Estado democrático.

ABSTRACT: The present essay, with bibliographic and documentary research methodology asks: how to guarantee the effectiveness of human dignity and the right to health for all citizens, especially the vulnerable, as the foundation of the Federative Republic of Brazil? It aims to contribute to the understanding of the essential constitutive

role of the right to health in relation to the maintenance of the life and dignity of the human person that founds, of the Federative Republic of Brazil, as well as to present the sense of its effectiveness from the constitutional jurisdiction of the Supreme Federal Court. It shows that the principle of human dignity has a central position in the first article of the constitution, positioning itself as the foundation of the Federative Republic of Brazil. It presents the constitutive and essential role of the right to life in relation to the principle of human dignity. It states that health care is fundamental for the preservation of citizens' lives and that it needs to be provided by the State above private economic and political interests, it can be judicialized and decided by justice, but without disrupting the health system and public finances.

KEYWORDS: Human dignity, fundamental rights, right to life, right to health, democratic state.

INTRODUÇÃO

O presenta ensaio, com metodologia de pesquisa bibliográfica e documental pergunta: como garantir a efetividade da dignidade humana e do direito a saúde a todos os cidadãos, especialmente aos vulneráveis enquanto fundamentos da República federativa do Brasil? Tem por objetivo contribuir com a compreensão do papel essencial constitutivo do direito da saúde em relação a manutenção da vida e da vida em relação a dignidade da pessoa humana, a qual funda o Estado democrático de direito, bem como apresentar o sentido de sua efetivação a partir da jurisdição constitucional do Supremo Tribunal Federal.

Apresenta no primeiro momento a questão de como o princípio da dignidade humana está posicionado na constituição como fundamento da República Federativa do Brasil.

No segundo passo, apresenta como o direito à vida se relaciona com o princípio da dignidade humana e os demais direitos de forma constitutiva.

No terceiro passo procura-se verificar como o direito a saúde é por si elemento constitutivo do direito à vida.

Por fim, procura discutir como a hermenêutica constitucional evolui para dar maior segurança jurídica e efetividade ao direito à saúde.

1 O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA COMO FUNDAMENTO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Ao iniciar uma reflexão sobre o Estado democrático de Direito, logo entra em pauta seus princípios, especialmente o princípio da dignidade humana. Este será o objeto da investigação que segue em sua relação com a República Federativa do Brasil, que se apresenta como Estado Democrático de Direito.

É sabido que a filosofia grega começa com a busca da arké, o princípio das coisas. Na transição do pensamento religioso ou poético, para o pensamento filosófico, o conhecimento das coisas dá-se pelo conhecimento dos princípios, entendidos também como causa e origem do movimento. Eis que conhecer bem é conhecer os princípios. Ou como é afirmado no livro I da Metafísica "*A sapiência é conhecimento de causa"*. (2002, p. 3 *et seq*.)

Neste sentido para bem conhecer o Estado democrático de direto é necessário refletir sobre seus princípios. Neste sentido Paulo Bonavides afirma:

> [...] devem considerar-se como princípios do ordenamento jurídico aquelas orientações e aquelas diretivas de caráter geral e fundamental que possam deduzir da conexão sistemática, da coordenação e da íntima racionalidade das normas que concorrem para formar assim, num dado momento histórico, tecido do ordenamento jurídico. (BONAVIDES, 1996, p.230)

A abundância dos termos: indica uma complexidade cuja origem e sentido do movimento, pensado como sua causa íntima reside nos fundamentos que garantem a conexão sistemática e coordenação. Sua íntima racionalidade. Ela é a fonte de seu vigor, do seu desabrochar, do desenvolvimento de suas potencialidades.

José Joaquim Gomes Canotilho, identifica que os princípios são normas com grau de abstração elevado, com dificultosa aplicação aos casos concretos, mas que possuem caráter fundamental no ordenamento jurídico, verificável por sua posição hierárquica ocupada no sistema das fontes, apresentam proximidade com a ideia de direito constituem a razão da existência de regras jurídicas (1998, p. 1124-1125). Para o autor luso, os princípios possuem o caráter de fundamentalidade. Isso significa que eles dão ser aos fundamentos do direito.

Em seu título I "Dos princípios fundamentais", no artigo 1º a Constituição da República Federativa do Brasil apresenta como seus fundamentos:

> I – a soberania;
> II – a cidadania;
> III – a dignidade da pessoa humana;

> IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;
> V – o pluralismo político (BRASIL,1988).

Exatamente, como mencionado acima, os princípios são enunciados de forma abstrata. Todavia sua integração no artigo primeiro mostram a intenção do constituinte de apresentá-los de forma coesa e sistemática. A reflexão mostra que, sem soberania, cidadania, trabalho, livre iniciativa e pluralismo político, a dignidade humana fica precária.

O princípio de dignidade humana ocupa a centralidade do artigo sendo o ponto no qual os fundamentos da República federativa do Brasil convergem.

Jürgen Habermas relata que o conceito de dignidade humana, que entrou em cena na antiguidade e adquiriu em Kant sua acepção válida atualmente só foi introduzido nos textos do direito após a segunda guerra mundial (2012, p. 9). Neste sentido também vai a fala de Fábio Konder Comparato, mostrando clara filiação a expressão kantiana do conceito de dignidade humana:

> A humanidade como espécie e cada ser humano em sua individualidade, é propriamente insubstituível: não tem equivalente, não pode ser trocado por coisa alguma. Pela sua vontade racional, a pessoa, ao mesmo tempo que se submete às leis da razão prática, é a fonte dessas mesmas leis, de âmbito universal, segundo o imperativo categórico (COMPARATO, 2003, p.45).

Porém, quando se menciona esse Kant, logo entra em pauta a crítica aos princípios abstratos e sem conteúdo. Habermas mostra-se atento a essa questão ao expressá-la da seguinte forma:

> [...] se ‘dignidade humana’ é a expressão para um conceito fundamental normativamente substantivo, a partir do qual os direitos humanos podem ser deduzidos por meio de uma especificação das condições de violação da dignidade humana, ou se é apenas a expressão vazia para um catálogo de direitos humanos, individuais, espalhados e não relacionados (HABERMAS 2012, p.11).

Tal questionamento dialético possui da parte do autor, uma clara demonstração em favor de sua primeira parte. Dignidade humana, não é mera expressão abstrata, mas é um conceito fundamental normativo e substantivo ainda que seu conteúdo e interpretação varie conforme o contexto.

Em nosso contexto brasileiro Risato Nunes, por seu turno, afirma: “todo ser humano tem dignidade só pelo fato já de ser pessoa” (2002, p.52). Embora, não se possa apreender em um único conceito unívoco toda a riqueza e expressão do ser pessoa. Essa indeterminação dá-se por sua liberdade, de ser um ser por fazer-se na ação. Por isso mesmo um ser de especial dignidade.

A luz do princípio do pluralismo político, o que chamamos bem comum, não pode ser interpretado de forma monológica. Porém ancorado no conceito de pessoa humana que se renova e expande entende-se com Habermas que a dignidade humana também "[…] é a fonte moral da qual os direitos fundamentais extraem seu conteúdo" (2012, p.11). Ainda para o autor alemão a dignidade humana "[…] conecta a moral do respeito igual por cada um com o direito positivo e com a legislação democrática de tal modo que, na sua cooperação sob circunstâncias históricas favoráveis, pôde emergir uma ordem política fundamentada nos direitos humanos" (2012, p.17-18).

Em sua genealogia dos direitos humanos Habermas recorda que "[…] foi somente nas discussões medievais sobre a criação do homem à semelhança de Deus que a pessoa individual começou a ser liberada da estrutura de papéis sociais" (2012, p.26). Essa compreensão é compartilhada por Fernando Bastos de Ávila que afirma: "No cristianismo surge uma nova concepção sobre o ser humano, […], consistente na máxima de que todos os seres da espécie humana são filhos de Deus e compartilham da mesma dignidade, devendo uns valorizarem e ajudarem os outros. (ÁVILA, 1993, p. 166).

Luiz Roberto Barroso, também afirma: "a transposição do princípio da dignidade humana dos planos religioso e ético para o domínio do Direito não é tarefa singela" (2009, p.251). Antes ela exige a coesão e efetivação do conjunto dos direitos fundamentais, pois implica na "superação da intolerância, da discriminação, da exclusão social, da violência, da incapacidade de aceitar o outro, o diferente na plenitude de sua liberdade de ser, de pensar e criar". (BARROSO, 2009, p. 252).

Habermas, independente da nomenclatura das quatro categorias de direitos deixa claro o papel do princípio da dignidade humana para a coesão do direito. Em suas palavras:

> A partir da função heurística da dignidade humana, revela-se também o vínculo lógico das quatro categorias de direitos conhecidas: os direitos fundamentais apenas podem resgatar politicamente a promessa moral de respeitar a dignidade humana de cada um se eles *interagirem igualmente* em todas as suas categorias (HABERMAS, 2012 p. 15).

Depreende-se desta passagem a necessária coesão dos direitos fundamentais. Por isso o autor alemão afirma: "A dignidade humana, que é uma e a mesma em todo lugar e para cada um, fundamenta a *indivisibilidade* dos direitos fundamentais" (HABERMAS, 2012, p.16) A tal afirmação de Habermas, corresponde também o pensamento de Ingo Sarlet que afirma: "Que a dignidade independente das circunstâncias concretas, já que é inerente a toda e qualquer pessoa humana, sem exceção até mesmo dos criminosos […]

todos são iguais em dignidade, no sentido de serem reconhecidos como pessoas"(SARLET, 2006, p.206). Esclarecedora é a passagem sobre a dignidade humana que Sarlet escreve algumas páginas adiante:

> Está, portanto, compreendida como qualidade integrante e, em princípio, irrenunciável da própria condição humana, pode (e deve) ser reconhecida, respeitada, promovida e protegida, não podendo, contudo, (no sentido ora empregado) ser criada, concedida ou retirada (embora possa ser violada), já que existe em cada ser humano como algo que lhe é inerente. (SARLET, 2006, p. 218)

A interpretação de que a dignidade humana, não possa ser criada concedida ou retirada deixa muito claro o sentido de inerência a cada membro da espécie humana. Essa dignidade acarreta para o autor uma importante e fundamental obrigação do Estado e da sociedade.

> […] implicando assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos. (SARLET, 2001, p. 59-60)

Nesta passagem Sarlet, mostra que a dignidade humana é uma responsabilidade do Estado, mas não só dele, implica também a sociedade e a participação corresponsável nos destinos da própria vida.

José Afonso da Silva, comentando o princípio da dignidade humana na Constituição de 1988, afirma, porém que a constituição lhe dá a posição de fundamento da república. Em suas palavras:

> A dignidade da pessoa humana é tal que é dotada ao mesmo tempo da natureza de valor supremo, princípio fundamental constitucional e geral que inspira a ordem jurídica. Mas a verdade é que a constituição lhe dá mais que isso, quando a põe como fundamento da República Federativa do Brasil constituída em Estado Democrático de Direito. (Silva, 1998, p. 92)

Ingo Wolfgang Sarlet também chama a atenção para essa opção do constituinte de 1988 ter escolhido colocar o princípio da dignidade humana como princípio fundamental (SARLET, 2001, p. 67).

Não por menos, Luiz Antônio Rizatto Nunes afirma que a dignidade é o princípio fundamento de todo o sistema constitucional posto. Em suas palavras: É a dignidade que dá a direção, o comando a ser considerado primeiramente pelo intérprete (NUNES, 2002,

p. 45). Também Flavia Piovesan corrobora essa linha hermenêutica como se pode depreender da passagem extraída de seu escrito “Temas de direitos humanos”:

> Se, no atual cenário do Direito Constitucional ocidental, pode-se depreender que a hermenêutica que mais contribui para a efetividade das Constituições federais é aquela que privilegia e potencializa a força normativa de seus princípios fundamentais (a serem levados em conta desde o primeiro vislumbre da norma abstrata até o momento da decisão dos casos concretos), imperioso é ressaltar que, dentre eles, com força deontológica predominante, está o princípio de dignidade humana (PIOVEZAN, 2012, p. 291).

Mas a autora já havia se manifestado a respeito de forma incisiva em sua obra “Direitos humanos e direito constitucional”, referindo-se tanto ao âmbito internacional como nacional. “A dignidade humana simboliza, desse modo, verdadeiro super-princípio constitucional, a norma maior a orientar o constitucionalismo contemporâneo, nas esferas local e global, dotando-lhe de especial racionalidade, unidade e sentido” (PIOVESAN, 2010, p.31).

Sua interpretação do princípio, nega que seja uma norma meramente programática sem eficácia. Antes pelo contrário afirma:

> […] princípio constitucional que é, o respeito à dignidade da pessoa humana obriga irrestrita e incondicionalmente o Estado, seus dirigentes e todos os atores da cena política governamental, pelo que tudo que o contrarie é juridicamente nulo”. Já, no âmbito estritamente constitucional, “nenhum princípio é mais valioso para compendiar a unidade material da constituição que o princípio da dignidade da pessoa humana (PIOVESAN, 2012, p. 292).

Em sua interpretação, o princípio da liberdade é esvaziado quando não assegurado o direito a igualdade, assim os direitos humanos mostram seu caráter de indivisibilidade. A ideia do Estado abstencionista não responde satisfatoriamente as exigências normativas da constituição. A autora entende que o princípio da dignidade humana tem uma força deontológica predominante.

Como se verificou com Risato Nunes, Piovesan e os demais autores citados acima, o princípio da dignidade humana possui uma posição central entre os princípios fundamentais. Ele é que dá o comando, portanto é o princípio a causa da origem do movimento que constitui nosso ordenamento jurídico. Observa-se que há um grande consenso na hermenêutica constitucional em reconhecer este lugar de destaque do princípio da dignidade humana como fonte moral e princípio legal fundante do Estado democrático de Direito em geral e na República democrática do Brasil me particular. O princípio da dignidade humana integra e da coesão ao conteúdo dos direitos fundamentais.

2 O DIREITO À VIDA COMO ELEMENTO CONSTITUTIVO DA DIGNIDADE HUMANA

Neste item pergunta-se sobre: qual seria a relação entre o direito à vida e a dignidade humana. Em nosso ordenamento jurídico, o direito à vida não pode ser restringido ou suspenso. Posto ser um direito inato que se correlaciona com o indivíduo pelo simples fato de ser dotado de personalidade. Quanto ao direito a vida, José Afonso da Silva afirma:

> A vida constitui a fonte primária de todos os outros bens jurídicos. De nada adiantaria a Constituição assegurar outros direitos fundamentais, como igualdade, a intimidade, a liberdade, o bem-estar, se não erigisse a vida humana num desses direitos. No conteúdo de seu conceito se envolvem o direito à dignidade da pessoa humana […], o direito à privacidade […] o direito à integridade físico-corporal, o direito à integridade moral e, especialmente, o direito à existência. (SILVA 1993)

Não se pode falar de vida digna, ou de dignidade humana, se o direito à vida não é protegido pelo Estado. Se a promoção da dignidade humana é um direito fundamental que é constitutivo do próprio direito. A proteção da vida também é um elemento constitutivo da própria dignidade Humana. Não se trata de uma norma que regula a dignidade humana, que a torna melhor ou pior mais ou menos efetiva. Simplesmente não pode haver dignidade humana sem vida. Como escreve Rita de Cássia Curvo Leite "Tratando-se, então, de um bem da personalidade, mereceu o corpo humano, como parte essencial da integridade física da pessoa, destaque em algumas legislações". (LEITE 2000, p.51). É importante notar também que o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, aprovado pela XXI sessão da Assembleia Geral das Nações Unidas, ratificado pelo Brasil através do decreto nº 592, de 06 de julho de 1992 (BRASIL, 1992) reza que 1. O direito à vida é inerente à pessoa humana. Este direito deverá ser protegido pela lei, ninguém poderá ser arbitrariamente privado de sua vida. (Parte 1Il, art. 6). O direito à vida é protegido também pelo direito internacional. Após o holocausto dos judeus a comunidade internacional vem se organizando para tornar cada vez mais efetiva essa proteção.

O título II da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, trata dos Direitos e garantias fundamentais inicia em seu capítulo I com título "dos direitos e deveres individuais e coletivos". Em seu primeiro artigo o artigo 5º da constituição afirma: "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": (BRASIL, 1988). O primeiro direito enunciado aqui é o direito à vida, como dito acima condição constitutiva de qualquer outro direito. A vida constitui um pressuposto essencial constitutivo da qualidade de pessoa. Não se trata de um direito subjetivo desta, do qual ela possa dispor, sendo tutelada publicamente, independente da vontade dos indivíduos. Luciana Mendes Pereira Roberto afirma:

> O direito à vida é o primeiro dos direitos invioláveis, assegurados pela Constituição. Direito à vida é expressão que tem, no mínimo, dois sentidos, (a) o "direito a continuar vivo, embora se esteja com saúde" e (b) "o direito de subsistência": o primeiro, ligado à segurança física da pessoa humana, quanto a agentes humanos ou não, que possam ameaçar-lhe a existência; o segundo, ligado ao "direito de prover à própria existência, mediante trabalho honesto" (ROBERTO, 2004, p. 344).

A primeira acepção do direito à vida é assegurada desde o a antiguidade figurando mesmo no código de Hamurabi, justo um código que tem a pena de morte como solução de inúmeros crimes. Entretanto, o mesmo impõe no parágrafo 24 a exigência de indenização por parte da cidade no caso de uma vida perdida em assalto (HAMURABI, 1976, p.32). A vida do "cidadão" é protegida, contra a agressão de terceiros, desde o primeiro código.

A segunda acepção, ligado ao direito de prover a própria existência, foi se desenvolvendo e ampliando de forma significativa após a declaração dos direitos humanos.

Anita Guazzelli Bernardes e Neuza Maria de Fátima Guareschi em artigo intitulado "Direito a vida: cidadania e soberania" discutem a partir de Foucault, a passagem da saúde de um conjunto de práticas de cuidados de si para o exercício político que permite "[…] entrar em um território de regulação da vida no sentido de fazer viver ou deixar morrer. O público, assim, produz essa figura do indivíduo privado, e não do sujeito que se dá a conhecer por meio das relações de troca e filiação social". (BERNARDES; GUARESCHI 2008, p.161) A saúde e as condições da vida são transformadas pela narrativa em privilégios, assim a soberania transforma a liberdade em um termo de capital de investimento e controle.

A Gravíssima denuncia de uma política em que a vida é regulada por questões financeiras e de podem em que o fazer viver é substituído pelo deixar morrer. A questão dramática para os mais vulneráveis apresenta-se em Porto Alegre a partir dos seguintes dados relatados pelas autoras:

> Nos últimos 10 anos, os leitos públicos tiveram redução de 17% na Região Metropolitana, enquanto a população não parou de crescer. Paralelamente a isso, não foi implementada a Participação Complementar do SUS, com tabela adequada de remuneração dos serviços, mantida insuficiente até hoje e incapaz de induzir à ampliação das vagas nos hospitais. Ademais, na nova emergência a direção do GHC explicita um fato discriminatório: mulheres da Zona Norte de Porto Alegre e da Região Metropolitana ficarão sem atendimento ginecológico que há três décadas vinha sendo prestado à comunidade (CORREIO DO POVO, 19 abr. 2006, p. 7 apud. BERNARDES & GUARESCHI 2008, p.160).

A redução de leitos e o comprometimento do acompanhamento pré-natal leva diretamente ao aumento de natimortos, da mortalidade de mães e recém-nascidos. O caso de Porto Alegre não é exceção, desde a aprovação do chamado teto de gastos, com a Emenda Constitucional 95 (BRASIL, 2016). Estamos diante de uma situação em que o Estado é negligente no cumprimento de deveres constitucionais. É descrito que junto com a precarização do sistema único de saúde, aumenta a procura por seguros de saúde privados. A saúde é problematizada pelo público a partir de uma racionalidade privada. A mesma deixa morrer e escolhe via recursos financeiro e seguro privado quem pode viver. Mas tudo isso é velado, através do atraso na liberação de leitos e no atendimento.

Elizabeth Mayer e Émilien Vilas Boas Reis (2015), mostram que a razão instrumental invade a própria ciência da medicina a qual abandona a concepção Antropológica filosófica do homem, para encará-lo como um problema técnico. Assim o corpo se torna totalmente manipulável.

Entende-se com facilidade a conexão desta atitude técnica e tecnicista com a biopolítica. As racionalidades econômica e médica apropriam-se do corpo e decidem a partir de recursos tornados escassos os que vivem e os que morrem.

Mas se o Estado brasileiro não pode dispor da vida do cidadão. Se a vida é um bem indisponível e inalienável, ela não poderia ser deixada a mercê de uma racionalidade técnica de fundo econômico que decide quem vive e quem morre.

O fato é que recursos econômicos foram drenados do sistema de saúde, provocando a existência da insuficiência de leitos e por consequência, na prática a escolha, da parte do profissional de saúde, em base a protocolos, de quem ocupa o leito. Trata-se de um descumprimento do princípio constitucional da inviolabilidade do direito à vida. Porém, quando se responde à pergunta pela relação do direito à vida com o princípio da dignidade humana, esse descumprimento, não viola apenas um direito fundamental. Mas uma vez que se considera o direito à vida, como condição constitutiva e essencial do princípio da dignidade humana, o que se viola aqui é um fundamento da República federativa do Brasil, não apenas um direito particular.

3 O DIREITO A SAÚDE COMO CONDIÇÃO DO DIREITO À VIDA

Pergunta-se neste item, qual a relação do direito a saúde com o direito à vida e como esse direito deve ser protegido.

Luciana Souza d'Ávila e Graciane Rafisa Saliba escreveram um artigo com o título: "A efetivação do direito à saúde e sua interface com a justiça social" (2017). Chama a atenção que a efetivação deste direito, além de depender de suas próprias bases, depende também de determinantes políticas, econômicas e sociais, o que evidencia sua interface com a busca pela justiça social.

Elas entendem que os resultados dos sistemas resultam na concepção de saúde dominante, assim a efetivação do direito à saúde será tanto mais ampla quanto mais a sociedade entender a saúde como um problema coletivo. Portanto, fica claro pelo que foi descrito anteriormente, que um dos graves problemas que enfrentamos é a forma privada como a sociedade brasileira se apropria do problema da saúde, causando seu desfinanciamento.

As epidemias e a pandemia do covid-19 estão aí, mostrando que a abordagem mais eficaz é aquela que trata a saúde como um problema coletivo. Em que pese as dificuldades governamentais, é importante notar que essa abordagem coletiva está contida em nosso ordenamento jurídico. D'Avila e Saliba assim a descrevem:

> No Brasil, o direito à saúde representa uma conquista resultante de décadas de luta pela redemocratização e pela Reforma Sanitária, sendo citado em diversos artigos da CF/88. O artigo 6º reconhece a saúde como um direito social, e o artigo 194 traz a saúde como parte integrante do sistema de seguridade social. Já os artigos 196 a 201 instituíram o SUS, um sistema complexo e abrangente que, apesar de muitos avanços, apresenta diversos desafios tanto para sua implementação quanto relação às múltiplas necessidades de saúde da população48,49. A real efetivação do direito à saúde no País também depende dos esforços de toda a sociedade brasileira no que diz respeito ao exercício da cidadania e da participação popular. (2017, p. 24)

As autoras não deixam passar em branco o que aqui também se observa, as lacunas entre o aparato legal normativo do SUS e a execução das políticas de saúde. Em especial chama novamente a atenção seu financiamento insuficiente. Isso prejudica a saúde e coloca em risco a vida dos mais vulneráveis. As autoras mostram que para colocar a dimensão das necessidades sociais em posição de centralidade, Estado e Sociedade precisam assumir uma postura ética perante o valor absoluto da vida. O que obviamente

não pode ser dado por uma racionalidade econômica meramente técnica. Essa racionalidade exercida de forma pura, descartaria a vida dos mais vulneráveis.

João Bosco Leopoldino Fonseca entende, porém, que não deveria haver política econômica em que o princípio da dignidade humana, fosse preterido e negligenciado a ponto de não se garantir educação e uma vida saldável a todos (FONSECA, 2014, p. 93).

Lunara Farias Lima Marcos e Vinicius dos Santos Junior lembram em artigo intitulado: "Efetivação do direito à saúde: óbices político-econômicos e a intervenção do judiciário" analisaram a atuação do judiciário em relação a garantia da efetivação do direito a saúde. Eles apresentam a situação econômica limitante e comentam sobre o conceito de reserva do possível nos seguintes termos:

> A essa impossibilidade de dispor de recursos financeiramente suficientes para efetivação do direito à saúde, que acaba se transformando em uma teoria de defesa por parte do Estado perante terceiros, se dá o nome de "Reserva do Possível", de origem alemã, que com maestria é definido por Ana Paula Barcellos (2002, p. 236) como "o fenômeno econômico da limitação dos recursos disponíveis diante das necessidades quase sempre infinitas a serem por eles supridas". (MARCOS; SANTOS JUNIOR, 2014, p.185-186)

É certo que o avanço tecnológico, traz recursos médicos com equipamentos e medicamentos de altíssimo custo. A introdução e distribuição e disponibilidade destes recursos no sistema de saúde é um desafio para a política pública de saúde. Mais que isso, é um desafio para o Estado democrático de direito. A reserva do possível possui três dimensões, que devem ser levadas em conta: disponibilidade fática, disponibilidade jurídica e razoabilidade do pedido.

Otávio Balestra Neto em seu artigo "A jurisprudência dos tribunais superiores e o direito à saúde – evolução rumo a racionalidade" (2015). Apresenta certo histórico da evolução da jurisprudência brasileira quanto ao direito fundamental a saúde em três etapas. Lembrando que: "Nessa primeira etapa, a jurisprudência majoritariamente se orientou pela impossibilidade de interferência do Poder Judiciário nas políticas públicas de saúde" (BALESTRA NETO, 2015, p.97).

Porém, não é razoável que a teoria da reserva do possível seja invocada diretamente como um limite a efetivação da garantia do direito à vida.

Ocorre que ações comandadas pelos agentes estatais são manifestações das relações de forças sociais que se refletem nas instituições. Porém o fundamento do Estado democrático de direito e os direitos fundamentais que lhe são constitutivos, não pode estar à mercê, de correlações de força política temporárias, que podem negligenciar recursos a saúde e fazer uma política insuficiente.

No sentido de combater esse tipo de desvio, Balestra Neto relata uma segunda etapa da jurisdição constitucional sobre o direito a saúde nos seguintes termos: Identificada a fundamentalidade material do direito à saúde, como emanação direta do princípio da dignidade da pessoa humana, os tribunais superaram as várias teses defensivas da Fazenda Pública para fazer valer, indiscriminadamente, os pedidos dos usuários do Sistema Único de Saúde". (2015, p.97) Ele recorda como exemplo decisão do ministro Marco Aurélio de Mello, na qual se lê: "O Estado deve assumir as funções que lhe são próprias, sendo certo, ainda, que problemas orçamentários não podem obstaculizar o implemento do que previsto constitucionalmente". (STF, RE 195192/RS, Segunda Turma, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 22/02/2000; DJ 31/03/2000, p. 60). Ele apresenta também decisão do ministro Celso de Mello que aludiu a impossibilidade de obstar pleitos judiciais que busquem a efetividade do direito à saúde. Neste período consagrou-se algo como um império dos direitos. Relatado por Ingo Sarlet nos seguintes termos:

> [...] uma decisão inequívoca do nosso Constituinte no sentido de outorgar às normas de direitos fundamentais uma normatividade reforçada e, de modo especial, revela que as normas de direitos e garantias fundamentais não mais se encontram na dependência de uma concretização pelo legislador infraconstitucional, para que possam vir a gerar a plenitude de seus efeitos, de tal sorte que permanece atual a expressiva e multicitada frase de Hebert Krüger, no sentido de que hoje não há mais falar em direitos fundamentais na medida da lei, mas sim, em leis na medida dos direitos fundamentais (SARLET, 2017, p. 08-09).

Essa segunda etapa de decisões e jurisprudência dos ministros do supremo por um lado e como relatam Marcos e Santos Junior a inércia dos outros poderes trouxe um outro tipo de problema:

> […] o número de ações pleiteadas junto ao Judiciário vem crescendo demasiadamente, sendo notória a crescente busca de efetivação do direito à saúde por vias judiciais, seja na prestação de medicamentos a procedimento cirúrgicos, salta aos olhos a atuação do Judiciário, fazendo com que doutrina, jurisprudência, bem como toda a sociedade civil se encontre, vez por outra, em debates acalorados acerca do tema. (MARCOS; SANTOS JUNIOR, 2014 p.189)

O perigo de um excesso de ativismo judicial é a desorganização da política e do serviço de saúde pelo fato de o judiciário impor gastos demasiadamente vultosos desorganizando o orçamento da saúde, o que pode ser mais desastroso ainda para os usuários do sistema único de saúde. Deve-se recordar que a ação do judiciário deve ser pontual, suprindo lacunas e negligências da política de saúde, para viabilizar a efetivação do direito fundamental a saúde e proteger a vida do cidadão. Por outro lado, em geral, o

poder judiciário é acionado quando existe um descarado desrespeito às normas constitucionais.

Balestra Neto apresenta uma terceira etapa na evolução jurisprudencial do direito à saúde, na qual […] os tribunais superiores começaram a superar a ideia de que o direito à saúde e sua diretriz da integralidade significariam um "direito a tudo". (2015, p.102)

Não há mais dúvida quanto a normatividade dos direitos e garantias fundamentais.

Porém, fica claro que o Estado deve fixar critérios para os atendimentos excepcionais, dentre os quais os dispendiosos tratamentos no exterior e que "A responsabilidade do Estado em fornecer os recursos necessários à reabilitação da saúde de seus cidadãos não pode vir a inviabilizar o sistema público de saúde". (BALESTRA NETO, 2015, 105). O que entra em concorrência aqui são as vidas dos cidadãos vulneráveis, que dependem do Estado.

Especialmente os que estão em estado de maior vulnerabilidade, são os que mais precisam dessa ação do Estado. Eduardo da Silva Lima em sua dissertação de mestrado aborda de forma muito significativa um caso deste tipo. O paciente que sofria de uma enfermidade rara chamada "Colangite Esclerosante Primária", estava na mesma fila de transplante de fígado que os pacientes que sofrem de cirrose hepática. Porém os critérios do SUS, eram os mesmos e prejudicavam o paciente com aquele tipo raro de doença. Nas palavras do autor:

> A ação ordinária instaurada muniu-se de toda documentação comprobatória da triste realidade dos fatos, ocasião em que restou comprovada a necessidade de alteração de seu *status* na citada lista, culminando com o deferimento e consequente transplante, a tempo de salvar sua vida. (SILVA LIMA, 2012, p.95)

O importante a ser notado neste caso é que nenhum sistema de saúde, por mais eficaz que seja é capaz de prever e atender diretamente por seus protocolos casos muito raros e com demanda singularidade. Esse fato deixa clara a necessidade de manter aberto o canal da postulação judicial do referido direito. Tornando, portanto, necessário melhorar sua racionalidade.

Foi no julgamento do Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada n. 175/CE, que o supremo estabeleceu balizas para as decisões do poder judiciário. O Ministro Gilmar Mendes foi o relator. De forma sintética: (a) se existe a política pública e a Administração Pública não fornece a prestação material ali prevista, o cidadão tem direito subjetivo a obtê-la. Neste caso, o Poder Judiciário não está criando política pública, mas apenas determinando seu cumprimento; (b) se não existe política pública que abranja

a prestação material requerida, deve-se verificar o motivo da falta de fornecimento, que pode ser: (i) uma omissão legislativa ou administrativa; (ii) uma decisão administrativa de não fornecê-la ou (iii) a vedação legal expressa à sua dispensação. De qualquer forma, é vedado à Administração Pública fornecer prestação material que não possua registro na Anvisa, por força de lei; (c) outro dado a ser considerado é a motivação para o não fornecimento de determinada ação de saúde pelo SUS. Há situações em que se ajuíza a ação com objetivo de garantir prestação de saúde que o SUS decidiu não custear, por entender que inexistem evidências científicas suficientes para autorizar sua inclusão (MENDES, 2010)

Balestra Neto relata que no caso concreto, o supremo pela eficácia comprovada do medicamento e pela não comprovação da lesão à ordem, a saúde e a economia pública, deferiu em favor da prestação do serviço.

Resulta do exposto que o processo de judicialização de questões ligadas ao direito fundamental a saúde continuará e dará proteção aos mais vulneráveis, porém de forma mais equilibrada, balizada por uma racionalidade, que não abre mão do direito fundamental a saúde por um lado, nem da responsabilidade de não desorganizar o sistema de saúde ou destruir as finanças públicas por outro, mantendo a harmonia dos poderes distintos.

CONCLUSÃO

Iniciou-se esse ensaio com a pergunta: como garantir a efetividade da dignidade humana e do direito a saúde dos cidadãos especialmente os vulneráveis enquanto fundamentos da República Federativa do Brasil?

Inicialmente verificou-se que o princípio da dignidade humana ocupa um lugar central no artigo I da Constituição da República Federativa do Brasil, o que o coloca, mais que um direito fundamental, como fundamento constitutivo do Estado Democrático de Direito. O que significa que é essencial à República democrática do Brasil. Sem dignidade humana, não há que se falar em República democrática do Brasil. Verificou-se também que esse fundamento, não é um princípio programático, mas direito positivo, que deve ser efetivado.

Na sequência foi exposto que o direito à vida é um elemento constitutivo da dignidade humana. Sem vida não há que se falar em dignidade humana, ou qualquer outro direito. Presente nos ordenamentos jurídicos desde a antiguidade, o direito à vida ganha

um sentido mais positivo de assistência a vida digna nos ordenamentos jurídicos modernos. Com as prestações que garantem a vida digna.

Em passo seguinte verificou-se que sem a prestação do serviço de saúde, o direito à vida fica gravemente prejudicado. As deficiências e limitações na prestação do serviço de saúde levou a judicialização da questão com três períodos distintos que marcaram a hermenêutica constitucional. Evoluindo, de uma primeira fase em que não se reconhecia sua efetividade, a partir de uma interpretação do princípio da reserva do possível muito complacente com a negligência governamental e uma lógica econômica instrumental e desumana, a hermenêutica constitucional passou a uma segunda fase em que o judiciário a reconheceu de forma absoluta, sem levar em conta as limitações econômicas e possíveis efeitos de desorganização da política pública de saúde. Porém, a inflação do ativismo judicial levou o Supremo Tribunal Federal a uma terceira fase em que o judiciário reconhece a importância do direito fundamental a saúde dentro do conjunto do ordenamento jurídico, garantindo o direito à vida, e a dignidade humana, contra lacunas e negligências da política pública de saúde. Porém preservando o conjunto das instituições e o sistema de saúde de uma desorganização econômica.

Pode-se comentar que os Argumentos e os parâmetros da respectiva decisão do STF, dão suficiente suporte para a necessária segurança jurídica, com o atendimento ao direito fundamental a saúde, tutelando todo cidadão brasileiro e especialmente aos mais vulneráveis, sem incorrer na desorganização do sistema de saúde e das finanças públicas. Uma vez que se entende e preserva que o direito a saúde é constitutivo do direito à vida e que este é constitutivo do princípio da dignidade humana, que funda o próprio Estado democrático de direito. Se lhe pode atribuir o sentido de direito fundamental. Porém o direito que funda o Estado democrático de direito não pode ser pretexto para sua desorganização e colapso. Porém, fica claro também que os entes da federação precisam disponibilizar recursos adequados para o enfrentamento das demandas. Há que se preservar junto com o direito fundamental o sistema de saúde e as finanças públicas. Essas, porém estão por lei e decisão do supremo atreladas a garantia do direito do cidadão a assistência de saúde, não podendo as maiorias políticas de plantão no executivo e legislativo negligenciá-las.

REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES. **Metafísica:** ensaio introdutório, texto grego com tradução e comentário de Giovanni Reale. Texto grego com tradução ao lado. Trad. Marcelo Perine. São Paulo: Loyola, v.2, 2002.

AVILA, Fernando Bastos de. **Pequena enciclopédia de doutrina social da igreja**. 2. ed. São Paulo: Loyola, 1993.

BALESTRA Neto, O. (2015). A jurisprudência dos tribunais superiores e o direito à saúde – evolução rumo à racionalidade. **Revista De Direito Sanitário**, *16*(1), 87-111. https://doi.org/10.11606/issn.2316-9044.v16i1p87-111

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do modelo contemporâneo. São Paulo: Saraiva, 2009.

BERNARDES, Anita Guazzelli & GUARESCHI, Neuza Maria de Fátima. **Direito a vida**: cidadania e soberania. Fractal Revista de Psicologia, v. 20 – n. 1, p. 149-164, Jan./Jun. 2008 161.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 6. Ed. São Paulo Malheiros Editores 1996.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: Promulgada em 5 de outubro de 1988. 56. ed. São Paulo: Saraiva 2020.

BRASIL. **Emenda constitucional 95**, de 15 de dezembro de 2016. Presidência da República, Casa civil. Disponível em 15/12/2016: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc95.htm , acesso em 02/11/2020.

BRASIL. **Decreto nº 592, de 06 de julho de 1992.** Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Promulgação. Anexo ao decreto que promulga O Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. /MRE, disponível em 06/07/1992: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm, acesso em 22/10/2020.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da constituição**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 1998.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação Histórica dos direitos Humanos**. 3. ed. São Paulo: Saraiva. 2003.

D'Ávila, L. S.; Saliba, G. R. (2017). A EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE E SUA INTERFACE COM A JUSTIÇA SOCIAL. **Revista De Direito Sanitário**, *17*(3), 15-38. https://doi.org/10.11606/issn.2316-9044.v17i3p15-38

FONSECA, João Bosco Leopoldino. **Direito econômico**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

HABERMAS, Jürgen. **Sobre a constituição da Europa.** Trad. Denilson Luis Werle, Luiz Repa e Rúrion Melo. São Paulo: UNESP, 2012

HAMURABI, Rei da Babilônia. **O código de Hamurabi**. Trad. E. Bouzon 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1976.

LEITE, Rita de Cássio Curvo. **Transplantes de órgãos e tecidos e direitos da personalidade**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.

LIMA, Eduardo da Silva. **A aplicabilidade do princípio da dignidade da pessoa humana para os portadores de Colangite Esclerosante Primária**. Dissertação de Mestrado apresentado ao Programa de Mestrado Acadêmico em Direito do Centro Universitário Salesiano de São Paulo, Lorena, 2012.

MAYER, Elizabeth; REIS, Émilien Vilas Boas. O embrião humano e a inviolabilidade do direito à vida no ordenamento jurídico brasileiro. Rev. **Pistis Prax**., Teol. Pastor., Curitiba, v. 7, n. 3, p. 597-633, set./dez. 2015.

MARCOS Lunara Farias Lima; SANTOS JUNIOR, Vinicius dos lembram em artigo intitulado: "Efetivação do direito à saúde: óbces político-econômicos e a intervenção do judiciário" **Revista expressão Católica**, n3 jan/jun 2014.

MENDES, Gilmar. **STF Relator do Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada n. 175/CE**. Disponível em 07/03/ 2010, http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/sta175.pdf, acesso em 19/09/2020.

MELLO, Marco Aurélio. **STF, RE-195192/RS**, Segunda Turma, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 22/02/2000; DJ 31/03/2000.

NUNES, Luiz Antônio Rizzato. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana:** doutrina e jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2002.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

PIOVESAN, Flávia. ***Direitos Humanos e direito constitucional***. São Paulo: Max Limonad, 2010.

ROBERTO, Luciana Mendes Pereira. **O direito à vida.** Scientia Iuris nº 7, 2004, p.340-353.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITTIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo. Saraiva 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 9. ed. São Paulo Malheiros,1993.

EDUCAÇÃO NA ERA DIGITAL: ACESSO E INCLUSÃO DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA EM TEMPO DE PANDEMIA

Ana Paula Lima Monteiro
Mestranda em Direito Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Pará, na linha de Estudos Críticos do Direito. Advogada. E-mail: anah_paulamonteiro@yahoo.com.br.

Raimundo Wilson Gama Raiol
Doutor em Direitos Fundamentais e Relações Sociais, pelo Programa de Pós-Graduação em Direito, do Instituto de Ciências Jurídicas, da Universidade Federal do Pará. Professor associado, com atuação na Graduação e na Pós-Graduação em Direito, da Universidade Federal do Pará. Membro da Academia Paraense de Letras Jurídicas. Advogado. E-mail: rwraiol@gmail.com.

RESUMO. O presente artigo visa analisar em que medida a ingerência das tecnologias na educação contribuem para a inclusão das pessoas com deficiência, no contexto atual pandêmico. Assim, os objetivos específicos pretendem, primeiramente, tratar sobre a educação digital no Brasil, regulação e reflexões iniciais e evidenciar a importância da nova era digital para o pensamento inclusivo e, por último, destacar os desafios da materialização desse caminho educacional, frente às desigualdades sociais e vulnerabilidades latentes, acentuadas pela pandemia vigente, especialmente, em relação ao grupo estudado. Adotou-se o método dedutivo e as técnicas de pesquisa bibliográfica e documental, a fim de refletir sobre a nova realidade educacional que se desenha no País.
PALAVRAS-CHAVE: Educação Digital; Inclusão; Pessoas com Deficiência

ABSTRACT. This article aims to analyze the extent to which the interference of technologies in education contributes to the inclusion of disabled people, in the current pandemic context. Thus, the specific objectives are intended primarily to deal with digital education in Brazil, regulation and initial ideas. Still evidence the valuableness of the digital age to inclusive ideas. Finally, put in relief the challenges of materializing this educational path, given the latent social inequalities accentuated by the current pandemic, especially to disabled people. The deductive method and bibliographic and documentary research techniques were adopted in order to reflect a new reality that is being developed in our country.

KEYWORDS: Digital Education; Inclusion; Disabled people.

INTRODUÇÃO

A pandemia que se iniciou no Brasil em março deste ano impôs o fechamento das escolas, como medida de segurança. As instituições, sobretudo, as particulares, adotaram o sistema de ensino remoto, o qual não se confunde a modalidade de educação a distância. O que está sendo implementando são aulas por plataformas digitais, rede sociais, nos quais os professores orientam seus alunos nas atividades escolares, mediante o uso de materiais didáticos. No entanto, não houve tempo nem preparo desses profissionais, das escolas e das famílias na absorção desse novo processo de aprendizagem.

Destarte, o quadro emergencial se reflete, principalmente, na educação pública, uma vez que as escolas privadas tentam dar andamento às aulas. Os alunos das redes públicas urbanas e das zonas rurais encaram as dificuldades de implementação da modalidade de ensino remoto. Essas dificuldades são mais acentuadas para esses sujeitos, o que os torna mais prejudicados, no seguimento do ano letivo. Igualmente ocasiona transtornos aos professores, dos quais se exige o domínio de um ambiente, até então ocasional, e que, sem o mínimo suporte, são obrigados a se reinventar. Todavia, a cobrança dos melhores resultados continua sendo feita pela sociedade. Por outro lado, os pais e familiares precisam auxiliar de maneira mais direta seus filhos nas tarefas acadêmicas. Contudo, não sabem lidar com essa situação, além dos afazeres laborais e domésticos cotidianos. Para as mulheres restam ainda jornadas duplas ou triplas.

A educação digital, vista como o futuro, representa, nessa época de pandemia, um desafio para a sociedade e à comunidade escolar, principalmente, quando se consideram as desigualdades e vulnerabilidades existentes no território brasileiro. Para os alunos enquanto pessoas com deficiência as dificuldades são muito mais acentuadas, uma vez que o acesso com qualidade requer o auxílio direto, mediante a disponibilidade dos recursos de acessibilidade e das tecnologias assistivas, assim como o empenho dos educadores e responsáveis, no manuseio e continuidade das atividades escolares, tanto em escolas regulares quanto nas especiais, consoante o Decreto Federal nº 10.502, de 30 de setembro de 2020, que, em seu art. 7º, inciso XVII , elenca dentre os serviços e recursos da educação especial a tecnologia assistiva, a que se relaciona a educação especifica de que se trata, aqui.

Intenta-se analisar em que medida a inserção e influência das tecnologias no processo educativo contribui para a inclusão das pessoas com deficiência, na situação pandêmica vigente. Nesse sentido, utiliza-se o termo ‘‘Educação Digital’’, por entender que contempla o uso de diversos meios e recursos tecnológicos, como plataformas, mídias digitais, livros e outros equipamentos eletrônicos, os quais, são compartilhados entre os atores que atuam nas escolas, especialmente, os professores e alunos e visam melhorar a qualidade do currículo e das práticas pedagógicas. A metodologia contempla o método dedutivo, que compreende, segundo Loureiro (2018), parte de uma investigação geral à aplicação em casos particulares. As técnicas de pesquisa utilizada foram a bibliográfica e documental.

1 EDUCAÇÃO DIGITAL NO BRASIL: REGULAÇÃO E PROPOSIÇÕES INICIAIS

O direito à educação está disposto nos artigos 205 e seguintes da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Constitui-se no dever dos entes estatais, vale dizer, União, Estados e Municípios, e também das instituições e da sociedade em geral de garantirem ao maior número de pessoas, independente da faixa etária, a possibilidade de desenvolver as suas potencialidades e habilidades, por intermédio das múltiplas formas de conhecimento.

O modo tradicional de ensino requer dos alunos a capacidade de obter o máximo de conteúdo previsto no currículo pedagógico. Para tanto, são feitas avaliações em cada período, a fim de verificar se estarão aptos a mudar de classe no próximo ano. Destarte, gestores e educadores voltam sua atenção para os resultados e o cumprimento dos requisitos formais, previstos na legislação educacional, assim como nos projetos pedagógicos adotados em cada instituição.

Nessa lógica, a partir da década de 1990, essa forma de aprendizagem começou a ser repensada. Internacionalmente, diversos documentos foram criados, assinalada a necessidade de transformar o ambiente escolar em um meio de socialização e desenvolvimento para além da absorção eminentemente teórica. Consta na Declaração de Salamanca, de 1994: muito mais do que ensinar para preencher formalidades, as instituições devem pensar em novas metodologias e saberes, que explorem as habilidades e potencialidades para a vida pessoal, coletiva e profissional.

As duas leis fundamentais na seara educacional, em vigor, a Lei de Diretrizes e Base da Educação de 1996 e o Plano Nacional de Educação de 2014 não dispõem claramente sobre o assunto. Esta última apenas prevê, na meta 04, item 4.10, o incentivo ás pesquisas que visem desenvolver tecnologias e recursos assistivos de modo a melhorar a vida das pessoas com deficiência, nas escolas.

Fuhr (2019) entende que o uso massivo das tecnologias, hodiernamente, se deve à emergência da quarta revolução industrial ou indústria 4.0, no qual, os softwares, inteligência artificial e robótica se destacam na resolução dos problemas cotidianos, laborais e organizacionais. Nessa lógica, a educação denominada 4.0, compreende o alinhamento da seara educacional ao mercado, imerso nas novas tendências digitais, competências e habilidades. Tal situação reclama esforços e formação dos agentes atuantes, professores, gestores, alunos e demais profissionais, a reorganização do ambiente escolar, além da transformação das práticas pedagógicas.

A educação digital compreende muito mais que a inserção de equipamentos eletrônicos, como computadores e robôs, mais recentemente, em sala de aula. Os ambientes virtuais de aprendizagem assinalam o dever de colaboração entre todos aqueles que se obrigam a garantir e promover o ensino de qualidade no País, precipuamente, direcionado aos grupos vulneráveis[3]: Poder Público, gestores, educadores e demais profissionais atuantes nas instituições, além das famílias e comunidade, precisam atuar em conjunto no estabelecimento de políticas públicas educacionais e de inclusão. Segundo Capellini e Zerbato (2019), o diálogo, a flexibilização, a capacidade de autocrítica e o apoio dos gestores são fatores essenciais ao sucesso dessa rede solidária. Outrossim, os fatores apontados pelas autoras devem ser buscados por todos os membros de uma sociedade que deseja tornar-se inclusiva.

No atual cenário, pandêmico, restam mais evidentes os desafios e dificuldades de implementação desse novo quadro tecnológico. As escolas, em sua maioria, foram obrigadas a se reinventar, mediante a adoção do ensino remoto, em cumprimento às normas internacionais de distanciamento social. Nesta modalidade, o acompanhamento da aula por alunos e ministração pelos professores acontecem em tempo real, por meio de diversas mídias e/ou plataformas digitais. Por ser um quadro até então incomum, na realidade brasileira, a regulação é vaga o que vem ocasionando insegurança no manejo e implementação dessas práticas no ambiente acadêmico.

Por outro lado, a educação à distância recebe tratamento mais detalhado pelo legislador, devido ao crescimento da oferta e procura, nos últimos anos, especialmente, em

vista dos benefícios para os sujeitos que exercem cargas horárias extensas de trabalho. Logo, possui bases pedagógicas e requisitos formais de autorização e funcionamento, segundo o artigo 80 da Lei de Diretrizes e Base da Educação e posteriormente pelo Decreto nº 9.057 de 25 de maio de 2017, o qual, regulamenta o dispositivo legal precitado.

Entretanto, os documentos nacionais supracitados apenas pontuam o emprego destas tecnologias na seara educacional de modo genérico e complementar. Nesse viés, a Carta Cidadã pouco trata acerca da adoção de tecnologias no aprimoramento do processo de ensino e aprendizagem. No mesmo passo, a LDB, conforme dito, estimula o uso, contudo não assinala de maneira explícita e contundente as respectivas finalidades e importância no processo educacional.

A Lei nº 13.146, de 06 de julho de 2015, denominada de Lei Brasileira de Inclusão-LIB ou Estatuto da Pessoa com Deficiência = EPD, sob influência da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência - CIDPD, volta atenção ao desenvolvimento de tecnologias assertivas de modo a melhorar a qualidade de vida do referido segmento social. Conforme o artigo 3º, inciso II, do citado diploma legal brasileiro, essas tecnologias são todos os recursos, dispositivos, serviços e práticas que auxiliem na promoção das capacidades dessas pessoas em ter uma vida mais digna, independente e qualitativa.

No capítulo específico da educação, a LBI apenas pontua o uso das referidas tecnologias no processo de ensino e aprendizagem. Observa-se, no entanto, a disposição do legislador para a incorporação de novas metodologias e atividades escolares, desde que visem à inclusão escolar com qualidade desses indivíduos, sem, contudo, especificá-las. Logo as tecnologias assistivas ao serem empregadas nas salas de aulas ou outros ambientes não se confundem com a educação digital. Na verdade, as primeiras permitem o suporte necessário à implementação da segunda, precipuamente, levando em consideração as pessoas com deficiência.

Sarlet (2015) afirma que dignidade não apenas impõe um dever de abstenção (respeito), mas também condutas positivas tendentes a proteger os indivíduos. Por sua vez, Habermas (2012) entende este fundamento, fruto das lutas e reivindicação dos grupos coletivos frente às violações e humilhações. A Convenção Internacional dos direitos das Pessoas com Deficiência estabelece como princípios norteadores dos direitos humanos, em âmbito internacional, os da não discriminação e igualdade de reconhecimento, que devem basear decisões e ações em prol da pessoa com deficiência. Do mesmo modo, a legislação

nacional inclui os referidos princípios, de maneira a incentivar as mudanças nas políticas inclusivas voltadas ao mencionado grupo social.

Nesse sentido, os diplomas referenciados assinalam as variadas possibilidades de melhor inserção e participação das pessoas com deficiência no meio coletivo. Em relação ao ensino digital, ressalta-se, nada prevê de modo contundente. Acredita-se que o ensino digital por ser de discussão recente no País, necessita de maiores investigações e estudos empíricos. Por conseguinte, deve ser melhor descrito, em observância à segurança jurídica, norteadora do ordenamento, a fim de evitar a exclusão daquelas pessoas, por falta de recursos estruturais e humanos.

As políticas públicas de inclusão indicam o alinhamento da comunidade e autoridades estatais às diretrizes e orientações estabelecidos na agenda cosmopolita de promoção dos direitos das pessoas com deficiência. Consequentemente merecem destaque e atenção legislativa.

2 O FLORESCIMENTO DA INCLUSÃO: UM DIREITO HUMANO DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

O cenário global e tecnológico reformulou as relações privadas, aproximou territórios e culturas. Os grupos até então excluídos ganharam espaço e voz na luta por direitos e participação social. Dentre esses, as pessoas com deficiência, desde a década de 1990, obtiveram relevantes vitórias, tais como o reconhecimento formal e a capacidade plena. A título de exemplo, atualmente, podem casar e escolher livremente os seus parceiros e número de filhos, consoante prevê o artigo 6º da Lei Brasileira de Inclusão.

A partir desta década importantes documentos foram criados em prol do referido segmento. Nesse sentido, a Declaração Mundial sobre Educação para todos, surgida em Jomtien, no ano de 1990, é um marco na transformação dos padrões educacionais vigentes, dado que os países membros identificam a exclusão de milhares de pessoas do acesso à educação, tendo sido formuladas medidas para a modificação desse quadro. Ademais, em 1994, a Declaração de Salamanca reforça ao longo do texto a obrigação estatal em garantir, especialmente aos vulneráveis, como mulheres e pessoas com deficiência, o ensino básico.

Concomitantemente, a adoção do modelo social de deficiência com participação direta das pessoas com deficiência na sua elaboração trouxe mudanças importantes, na abordagem da deficiência. Nesse modelo, a sociedade tem o dever de modificar os

ambientes e comportamentos, a fim de assegurar a presença desses sujeitos. nos mais distintos espaços. Incorporados são valores até então não difundidos como o respeito, a alteridade e a cooperação (SASSAKI, 1997).

Em 2008, a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência enfatiza a relevância de enfrentar inúmeras barreiras, dentre essas, as físicas e as atitudinais, as quais impõem limitações à atuação desses sujeitos na sociedade. Como exemplo, as condutas que desrespeitam as vagas reservadas a esse grupo nos estacionamentos dos logradouros públicos e privados, os comentários discriminatórios e a negativa de matrículas em escolas regulares por parte dos gestores de instituições de ensino.

Anteriormente, eram deixadas por suas famílias em casa de repouso e sujeitavam-se a longos períodos de reabilitações e tratamentos médicos, a fim de encetar aproximação a uma ideia de ‘‘normalidade’’. Pensava-se que a condição de deficiência desses sujeitos era causa de incapacidade, infelicidade, pena e ausência de perspectivas em todos os âmbitos da vida. Tais percepções corroboram até os dias hodiernos, tratamentos discriminatórios e eivados de estigmas destinados aos sujeitos com deficiência por uma parte da sociedade. Com base na Teoria das Representações Sociais, concebida por Moscovici, com seus dois mecanismos (2015, p. 60-61)[1], pode-se vislumbrar que essas vicissitudes humanas se convolam em nutrientes do senso comum e são filtradas mediante ancoragem para as estruturas sociais cognitivas e se projetam, no mundo real, em objetivação, dando como consequência a exclusão das pessoas com deficiência, inclusive, na seara da educação, com perspectivas de gravames nos atuais tempos pandêmicos, cuja superação exige provimento de necessidades de manutenção da escola pública de modo extraordinário, como se referiu alhures.

A emergência da inclusão, isto é, o dever de assegurar iguais condições para que possam exercer os seus direitos dignamente, altera os padrões vigentes e a maneira de perceber esse grupo no meio coletivo. A comunidade que respeita e inclui as diferenças

[1] Colhe-se dos ensinamentos de Moscovici (2015, p. 60-61) a explicação sobre os dois mecanismos da Teoria das Representações Sociais, os quais são a ancoragem e a objetivação: “O primeiro mecanismo tenta *ancorar* ideias estranhas, reduzi-las a categorias e a imagens comuns, colocá-las em um contexto familiar. Assim, por exemplo, uma pessoa religiosa tenta relacionar uma nova teoria, ou o comportamento de um estranho, a uma escala religiosa de valores. O objetivo do segundo mecanismo é objetivá-los, isto é, transformar algo abstrato em algo quase concreto, transferir o que está na mente em algo que exista no mundo físico. As coisas que o olho da mente percebe estão diante de nossos olhos físicos e um ente imaginário começa a assumir a realidade de algo visto, algo tangível. Esses mecanismos transformam o não familiar em familiar, primeiramente transferindo-o a nossa própria esfera particular, onde nós somos capazes de compará-lo e interpretá-lo, e depois, reproduzindo-o entre as coisas que nós podemos ver e tocar e, consequentemente, controlar.”

possui uma dupla obrigação, promover os direitos humanos e atuar incansavelmente na permanência. A inclusão requer a colaboração de todos os membros da comunidade e modificações dos padrões vigentes. É necessário que os indivíduos abandonem crenças e modifiquem as zonas de conforto. Assim, o espaço público e privado tem de ser alteradas e as atitudes discriminatórias repensadas.

Mantoan (2015) expressa a radicalidade do movimento pela inclusão das pessoas com deficiência nas escolas comuns. Todos precisam estar no mesmo espaço e cabe as instituições a transformação do seu modo de ensinar. Nota-se o exercício diário dos valores previstos nas normas internas, da filosofia educacional adotada e, não menos importante, na proposta pedagógica seguida. Se a escola entende, para além do arcabouço jurídico existente, que o aluno com deficiência é parte daquele espaço como os demais, não pode medir esforços e energia no cumprimento de sua missão, na composição de uma sociedade plural.

Relativamente ao uso das modernas ferramentas como medida de inclusão, a LIB, destaca a incorporação nas escolas das tecnologias assistivas - TA, que contribuem na inserção das pessoas com deficiência nos diversos lugares, dado que foram criadas com o intuito de proporcionar acessibilidade, autonomia e facilidades aos citados sujeitos.

Conforme Bersch (2013), a TA abarca os equipamentos disponíveis aos alunos e os serviços. Este último assume o papel de solucionar possíveis dificuldades e encontrar caminhos para que possam ser desempenhar as atividades escolares. Dentre os exemplos citam-se a elaboração de materiais didáticos diferenciados, mobília visando a qualidade postural, computadores, canetas e veículos adaptados, isto é tudo aquilo que possa contribuir e melhorar o exercício da vida escolar no cotidiano.

Defende, Fuhr:

> A nova concepção da aprendizagem nos permite conceber que as tecnologias favorecem a colaboração ampliam o acesso à informação, incentivam a comunicação, modificam nossa concepção do tempo e do espaço, possibilitam o desenvolvimento de uma nova pedagogia que privilegia a aquisição das habilidades necessárias para a autonomia e a criatividade. Dessa forma, uma instituição de ensino conectada, interligada, integrada, articulada com o conjunto da rede passa a ser mais um elemento vital do processo coletivo de produção de conhecimento. (FUHR, 2019, p. 57).

Para a referida autora, as tecnologias tornaram-se vitais na educação e possuem o condão de aprimorar o ensino no País, modificar o modo de pensar e agir dos professores, bem como dos alunos. No entanto, não problematiza as consequências e entraves à transformação de um sistema educacional essencialmente clássico. Em um país desigual

como o em que se vive é possível a universalização da educação digital? Os professores que não adotarem estes métodos hodiernos são menos educadores do que aqueles que empregam as tecnologias nas suas aulas? Todos os alunos têm condições de acompanhar as classes virtuais com qualidade? E aos alunos com deficiência será garantido os recursos assistivos primordiais? Estas são algumas das indagações necessárias, quando se dispõe a investigar esse caminho alternativo.

Nesse diapasão, sob a ótica do mundo pós-moderno, instantâneo, criativo e reformulado, onde os itens e relações possuem tempo de duração, as tecnologias precisam ser trabalhadas em consonância aos propósitos da educação, pois, auxiliam no enfrentamento dos desafios que a imersão em um novo ambiente proporciona. No entanto, é necessário discutir a segregação de um expressivo contingente, o qual, não tem acesso aos recursos e formações necessárias ao manejo qualitativo destas ferramentas.

2 DESAFIOS À MATERIALIZAÇÃO DA EDUCAÇÃO DIGITAL NO PAÍS: DESIGUALDADES E VULNERABILIDADES

De acordo com Fuhr (2019), a educação 4.0, isto é, a incorporação de um conjunto de tecnologias e metodologias ativas[2] no espaço escolar é uma realidade irreversível, sendo futuramente as escolas nos moldes tradicionais substituídas por salas e ambientes de aprendizado virtuais. Os educadores passam a ser mediadores no processo de conhecimento e não mais os agentes principais. O protagonismo dos alunos denota a resolução de problemas práticos, o desenvolvimento emancipatório e de participação deliberativa.

Entende-se que as metas citadas pela autora e relacionadas à expansão dos saberes e enfrentamento aos problemas práticos cotidianos se constituem no sonho realizado daqueles que entendem a educação como um processo de desenvolvimento completo do ser humano e não apenas voltado à repetição de conteúdos pré-estabelecidos. Entretanto, é imprescindível analisá-las, sob a ótica e realidade do sistema de ensino brasileiro, o qual é desigual e enfrenta sérios problemas, como a evasão escolar, violência e mal remuneração dos professores, igualmente, a ausência de estrutura física, de itens básicos de trabalho e recursos humanos.

[2] De acordo com Fuhr (2019) são caminhos pedagógicos alternativos em que o aluno é o foco no processo. Estimula-se a reflexão acerca dos problemas da vida cotidiana, por exemplo, mediante análise de estudos de casos e aulas dialogadas.

Acrescido a isso, a pandemia do coronavírus ressaltou as dificuldades e desafios na materialização desta modalidade educativa. Aqueles que se encontram afastados das áreas urbanas, os povos tradicionais e as mulheres ilustram os sujeitos vulneráveis afetados pelas relações sociais e pessoais desiguais. Não por acaso, a Declaração Mundial sobre Educação para Todos, de 1994, traz em seu bojo a constante necessidade de assegurar esse direito, precipuamente as meninas, visto a exclusão educacional significativa destas nos diversos países: ‘‘mais de 100 milhões de crianças, das quais pelo menos 60 milhões são meninas, não tem acesso ao ensino primário.’’ (BRASIL, 1994, p. 01).

Nesse sentido, o conceito de vulnerabilidade assinalado nas cartas internacionais admite a existência de seres humanos que ainda não alcançaram direitos e liberdades devido a barreiras impostas pela sociedade. Ademais, como nuances da vulnerabilidade social, insere-se na presente discussão questões relativas a pobreza e ausência de oportunidades:

> No que tange os direitos humanos, podemos compreender que a vulnerabilidade atinge indivíduos que não são plenamente reconhecidos como sujeito de direitos, ou seja, têm seus direitos violados. É fundamental reconhecer que certos grupos e indivíduos, embora tenham direitos garantidos em alguns ordenamentos jurídicos, na constituição, leis, decretos, estatutos etc., nem sempre possuem os ativos necessários para exercê-los de fato.
>
> Assim, vulnerabilidade no âmbito jurídico refere-se à situação de invisibilidade social. Em resumo, é fundamental pensar a vulnerabilidade em seu sentido mais amplo, abarcando questões econômicas, políticas, territoriais e culturais. (CANÇADO, SOUZA E CARDOSO, 2011, p. 16).

O grupo vulnerável, especificamente tratado neste trabalho, qual seja, o das pessoas com deficiência sofre de modo mais expressivo a tentativa de pôr em prática um modo de educar não habitual impulsionado por questões sociais, econômicos e culturais, semelhantemente nas escolas regulares e especiais. Em 2003, a Fundação Getúlio Vargas, em parceria a Fundação Banco do Brasil, elaborou um diagnóstico das pessoas com deficiência, destacando, dentre outros aspectos, o perfil socioeconômico predominante. Segundo a pesquisa, 29% viviam em condições de pobreza e 12,65 % ganhavam menos do que os indivíduos de mesma raça, idade, escolaridade e gênero. (NERI, 2003). Ao lado disso, o Censo Demográfico de 2010, identificou 61,1% dos sujeitos com deficiência sem instrução básica ou com escolaridade incompleta. (BRASIL, 2010).

No mesmo diapasão, os familiares desconhecem as particularidades que norteiam o processo de ensino e aprendizagem desses sujeitos. Ademais, a ausência de disponibilidade dos recursos de acessibilidade no acompanhamento das aulas afasta ainda mais o referido grupo das finalidades da inclusão, quais sejam garantir condições

igualitárias de acesso a serviços básicos como a educação. Por esse ângulo, a vulnerabilidade informacional acrescenta a relevância da investigação e discussão sobre a inclusão digital no Brasil, porque, no geral, muitos cidadãos estão apartados da era digital, seja por condições socioeconômicas e espaciais seja por nunca terem tido contato com esses dispositivos, para os quais, também, precisam de preparo no manuseio e acesso às informações.

Almeida, Junior e Goi (2019), ao investigarem as políticas públicas de inclusão da tecnologia nas escolas brasileiras, apontam a década de 90 como promissora para a educação na agenda internacional. A partir da análise de documentos oficiais brasileiros, identificam que o uso das tecnologias não se encontra bem definido na Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional - LDB. As políticas de inclusão digital indicam a vivência desse método, nos currículos das escolas públicas e privadas. Ainda, o papel do celular como o meio mais empregado no acesso à *internet*, predominantemente por alunos do ensino médio. Salientam que, nas regiões norte e nordestes, há o menor percentual de alunos conectados virtualmente.

As ações de enfrentamento a esta nova realidade conjugam a necessidade de olhar atentamente as singularidades do mencionado segmento. A título de exemplo, a Universidade Federal do Pará, mediante a possibilidade de retorno às aulas, por meio do ensino remoto, neste semestre, realizou chamamento público dos alunos com deficiência dos diversos níveis para recebimento de auxílio no valor de R$ 3.000, 00 (três mil reais), a serem investidos na aquisição de tecnologias assistivas, para o adequado acesso à modalidade eleita (BRASIL, 2020).

Espindola, Cenrny e Xavier (2020) realizaram pesquisa empírica com um grupo de educadores e gestores da rede pública de Santa Catarina participantes de uma formação com ênfase em tecnologias digitais nas práticas pedagógicas. Das narrativas coletadas foram destacadas o encantamento, a criatividade e ao interesse dos alunos, no interior da sala de aula, por essa nova proposta, todavia, os autores asseveram os possíveis malefícios dessas práticas, concluindo pela reflexão acerca dos valores reais da tecnologia para a construção do conhecimento e escolarização, dado que não são trabalhados claramente, nos estudos acerca do tema.

Martins (2019) frisa que existem poucos estudos na seara educacional tratando acerca dos malefícios do uso tecnológico. Na sua visão, a tecnologia escraviza e torna o ser humano dependente, menos criativo e reflexivo. Considera que o valor gasto,

hodiernamente, com aparatos tecnológicos sobressai aos destinados à redução das disparidades sociais:

> Hoje depositamos mais confiança na tecnologia do que no nosso relacionamento com os outros. Nada vemos de estranho na criação de assentos aquecidos de vasos sanitários mesmo que muitas pessoas sequer tenham acesso ao saneamento básico. Não nos importam estas contradições quando se trata de promover o consumo. Investem-se grandes recursos para desenvolver novas e sofisticadas tecnologias que servem ao conforto de uns poucos, enquanto outros não conseguem satisfazer suas necessidades básicas. (MARTINS, 2019, p. 03).

A era tecnológica se destaca nos âmbitos das relações de consumo. Críticos do pós modernismo asseveram as amarras e consequências do encantamento e uso indiscriminado desses recursos, na saúde e qualidade de vida e que as conexões interpessoais se perdem e se desvalorizam. Bauman (2008) sublinha as trocas líquidas advindas do consumismo e o rompimento dos vínculos sociais e afetivos. Segundo Lipovestsky, os sentimentos gerados com o advento da sociedade hiperglobalizada são contraditórios: de um lado os prazeres das compras *on line* e do outro a contínua sensação de frustração e decepção: ‘‘Assim caminha a felicidade paradoxal: quanto mais se exprimem as exigências de proximidade emocional e de comunicação intensa, mais as decepções pontuam as exigências individuais.’’ (2007, p.170).

É essencial ressaltar que a inserção das novas tecnologias na educação muito contribui para a eficácia da inclusão escolar das pessoas com deficiência. De acordo com Pereira e Fernandes (2020), a utilização de vídeos na ministração das aulas tem previsão na Lei de Diretrizes e Base da Educação, sendo relevante ferramenta e iniciativa na desconstrução do ensino rígido e formal. Nunes (2011) expõe a relevância das mídias no processo de inclusão digital e meio para redução das desigualdades sociais. Observou nas escolas públicas pesquisadas, a atuação positiva do poder público voltada à instalação de equipamentos e aparatos tecnológicos, embora acredite ser elementar assegurar formação adequada aos professores.

Entende-se, assim como Martins, que a tecnologia não pode ser romantizada e elevada ao único meio possível de aperfeiçoamento da educação brasileira:

> Diante dessa nova geração, encontramos os que acreditam que a tecnologia pode salvar a educação. Crescentemente, a tecnologia é vista como a grande e, talvez, única possibilidade de fazer da sala de aula um ambiente próprio para enfrentar os desafios das sociedades contemporâneas. Existem muitos benefícios e possibilidades para a tecnologia na educação, mas, mesmo assim, é preciso estar atento ao uso indiscriminado da tecnologia e desconfiar da promessa de que a tecnologia é a redenção quase milagrosa de todos os problemas e dificuldades enfrentados pela educação na atualidade. A emancipação que buscamos, certamente, tem como um de seus requisitos tanto a familiarização com as

> possibilidades quanto a resistência ao encantamento exagerado com relação à tecnologia. (MARTINS, 2019, p. 05).

No entanto, o mesmo autor (2019) alude à crise de inteligência, a qual, na era virtual é impositiva, de vez que se perde a capacidade comunicativa e crítica do pensamento. Habitua- se ao individualismo e deixa-se de cooperar para o bem-estar dos demais membros da comunidade. Neste ponto, diverge-se da referenciada posição. A adoção de um pensamento radical tanto na defesa das tecnologias quanto nas críticas deixa de angariar as novas possibilidades e horizontes, se instruídas de modo responsável. Diversas pesquisas foram possíveis devido á gama de informações que a *internet* contém e disponibiliza aos usuários. Laços e conexões foram estabelecidos, antes impossibilitados pelo distanciamento físico, as reivindicações dos grupos sociais são difundidas e atendidas por meio desse espaço. Portanto é razoável equilibrar as vantagens e desvantagens que o novo período carrega.

Sabe-se que o uso imoderado desses dispositivos, como as redes de interação social, tais como o *instagram* e o *whathsaap*, traz consequências à saúde física e emocional e causa dependência. Logo, pensar a educação digital implica refletir sobre os problemas acarretados pela sociedade moderna. A tecnologia quando inserida de maneira consciente nesse âmbito pode trazer benefícios expressivos e valorizar o desenvolvimento cognitivo dos alunos e professores. O mundo virtual agrega conhecimento e habilidades. Contudo tem de ser feita de maneira responsável e qualitativa. A escola corrobora-se no espaço de absorção do conhecimento, desenvolvimento cognitivo, mas essencialmente de socialização. Assim, a substituição total pelos ambientes virtuais inviabiliza o estabelecimento e concretização das relações físicas tão caras aos indivíduos e nunca antes tão estimadas como no atual contexto pandêmico.

Desse modo, as tecnologias adicionam informações, saberes e culturas ao nosso intelecto, contudo, não suprem as necessidades indispensáveis do bem viver: as trocas tangíveis, o acolhimento dos abraços e o olho no olho, elementos essenciais ao florescimento das capacidades dos sujeitos com deficiência, impulsionando aqueles a atuação cada vez mais contundente nos meios coletivos.

CONCLUSÃO

Diante das modificações impostas pela atual pandemia, também na seara educacional, faz-se obrigatório debater a incorporação e influência dos meios digitais no

referido campo. A educação caminha no sentido de utilizar cada vez mais ferramentas tecnológicas, tanto em ambientes físicos quanto virtuais, no ato de ensinar. Verificou-se que a legislação brasileira tão somente salienta a pertinência, no entanto, não se ocupa do tema de modo apropriado.

A educação digital contribui para a democratização do ensino. Para ser feita de maneira adequada e sob a ótica da segurança jurídica demanda estar em conformidade com a realidade brasileira, pautada por distintas localidades, cidadãos e questões sociais desiguais, como a renda e acesso a bens básicos. As pessoas com deficiência carecem ainda dos recursos humanos e dispositivos acessíveis, similarmente nas instituições especializadas e regulares.

Destaca-se a importância das relações físicas, evitadas devido às medidas de higiene decretadas. O distanciamento social aflorou nos indivíduos a necessidade das interações físicas, outrora esquecidas por conta dos novos ambientes virtuais. A *internet* modificou o relacionamento interpessoal dos sujeitos. Contudo, nota-se, nestes tempos, o valor conferido a esse tipo de interação. Portanto, os ambientes físicos, as salas de aulas proporcionam a socialização e o desenvolvimento afetivos, tão caros em um mundo cada vez mais imerso em novas tecnologias, sobretudo ao grupo referenciado, o das pessoas com deficiência, os quais, lutaram por décadas pelo direito de estar e atuar nesse espaço coletivo.

Assim entende-se que a educação na era virtual é uma realidade, a qual soma significativamente no processo de aprendizado e desenvolvimento dos alunos nas mais distintas áreas. Igualmente desperta o olhar ao compartilhamento de ideias e redes de solidariedade. A despeito disso, é preciso, diante dos entraves vivenciados na pandemia por profissionais e indivíduos que não estavam habituados a essas novas práticas, refletir a respeito do seu uso consciente e responsável, sobretudo, no que concerne aos grupos vulneráveis, com ênfase nas
pessoas com deficiência, que, diante de uma sociedade desigual, enfrentam situações adversas mais acentuadas tanto nas escolas comuns quanto nas especiais.

Os estudos notabilizados dividem-se entre os apoiadores e críticos do uso das tecnologias na educação. A pandemia demonstrou que a era digital consolidou-se e barganha cada vez mais áreas de interesse em comum. Destarte, muito mais do que apontar os benefícios e malefícios sociais, culturais e pessoais é necessário ponderar os lados opostos, enriquecer o debate mediante novas investigações, precipuamente, práticas e avaliar a importância de se ter uma legislação mais aprimorada sobre esse tema.

REFERENCIAS

ALMEIDA, Siderly do Carmo Dahle; JUNIOR, Alvaro Martins Fernandes; GOI, Viviane Marques. El uso de las tecnologías digitales en las escuelas: um estudio basado en los informes de políticas públicas brasileñas. **Revista de Educação da Universidade Federal de Santa Maria.** v.44. 2019. Disponível em: https://periodicos.ufsm.br/reveducacao/article/view/36752. Acesso em 01 de outubro de 2020.

BAUMAN, Zygmunt. **Vida para o consumo: a transformação das pessoas em mercadoria**. Rio de Janeiro: Zahar,2008, p.7-106.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, Distrito Federal, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 28 de set. de 2020.

BRASIL. **Decreto nº 6949 de 25 de agosto de 2007**. Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. Brasília, Distrito Federal, 2008. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm. Acesso em 28 de set. de 2020.

BRASIL. **Decreto nº 9057 de 25 de maio de 2017**. Brasília, Distrito Federal, 2017. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/decreto/d9057.htm. Acesso em 28 de set. de 2020.

BRASIL. **Decreto nº 10.502 de 30 de setembro de 2020**. Política Nacional de Educação Especial: Equitativa, Inclusiva e com Aprendizado ao Longo da Vida. Brasília, Distrito Federal, 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/decreto/D10502.htm. Acesso em 03 de outubro de 2010.

BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística-IBGE. 2010. Disponível em: https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/94/cd_2010_religiao_deficiencia.pdf . Acesso em 30 de set.2020.

BRASIL. **Lei nº 9394 de 20 de dezembro de1996**. Lei de Diretrizes e Base da Educação. Brasília, Distrito Federal,1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9394.htm. Acesso em 28 de set. de 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.146 de 06 de julho de 2015**. Lei Brasileira de Inclusão. Brasília, Distrito Federal, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm. Acesso em 28 de set. de 2020.

BRASIL. **Portal da Universidade Federal do Pará**. Belém, 2020 Disponível em: https://portal.ufpa.br/index.php/ultimas-noticias2/11822-inscricoes-abertas-para-o-auxilio-kit- pcd-de-tecnologia-assistiva-para-a-inclusao-digital. Acesso em 28 de set. de 2020.

BRASIL. **Portal do Ministério da Educação**. Declaração de Salamanca. Brasília, DF1994. Disponível em: http://portal.mec.gov.br/seesp/arquivos/pdf/salamanca.pdf. Acesso em 02 de outubro de 2020.

CAPELLINI, Vera L. Messias Fialho; ZERBATO, Ana Paula. **O que é o ensino colaborativo?** São Paulo: Editora Edicon, 2019.

ESPINDOLA, Marina Bazzo de; CENRNY, Rosely Zen; XAVIER, Rachel Seixas. As perspectivas de tecnologia dos educadores em formação: valores em disputa. **Revista Eletrônica de Educação.** São Carlos, São Paulo. V. 14, 1-17, e3833009, jan./dez. 2020. Disponível em: http://www.reveduc.ufscar.br/index.php/reveduc/article/view/3833. Acesso em 02 de outubro de 2020.

FUHR, Regina Cândida. **Educação 4.0 nos impactos da Revolução Industrial**. Curitiba: Editora Appris. 2019.

HABERMAS, Jurgen. **Sobre a Constituição da Europa**. Tradução Denilson Luís Werle, Luiz Repa, Rúrion Melo. São Paulo: Editora UNESP, 2012.

LIPOVESTKY, Gilles. A felicidade paradoxal. **Ensaio sobre a sociedade do hiperconsumo**. São Paulo: Companhia das Letras, 2007, p.151-332.

LOUREIRO, Violeta Refkalefsky. **A pesquisa nas ciências sociais e no direito**. Pará: Editora Cultural Brasil: UFPA/NAEA, 2018.

MARTINS, Maurício Rebelo. Educação e tecnologia: a crise de inteligência. **Revista de Educação da Universidade Federal de Santa Maria.** v. 44. 2019. Disponível em: https://periodicos.ufsm.br/reveducacao/article/view/37943. Acesso em 01 de outubro de 2020.

MANTOAN, Maria Teresa Égler. Inclusão escolar: caminhos, descaminhos, desafios, perspectivas. Mantoan, Maria Teresa Égler (org.). **O desafio das diferenças nas escolas**. 5ª edição. Rio de Janeiro: Editora Vozes. 2013.

MANTOAN, Maria Teresa Eglér. **Inclusão Escolar- O que é? Por quê? Como fazer?** São Paulo: Editora Summus, 2015.

MOSCOVICI, Serge. **Representações sociais**: investigações em psicologia social. 11ª.ed. Tradução: Pedrinho A. Guareschi. Petrópolis, 2015.

NERI, Marcelo. **Retratos da deficiência no Brasil.** Rio de Janeiro: FGV/IBRE, CPS, 2003. Disponível em: https://cps.fgv.br/livros/retratos-da-deficiencia-no-brasil. Acesso em 30 de setembro de 2020.

NUNES, Lina Cardoso. Relações entre a situação sócio-econômica-cultural e o acesso ás mídias com vistas à inclusão digital. **Educação em Perspectiva**, Viçosa, v. 2, n. 1, p. 133-153, jan./jul. 2011.

PEREIRA, Bianca Cassola; FERNANDES, Hylio Laganá; Por que professores utilizam vídeos como mediadores no processo de aprendizagem? **Revista Eletrônica de Educação**. São Carlos, São Paulo.V. 14, 1-14, e3831004, 2020. Disponível em: http://www.reveduc.ufscar.br/index.php/reveduc/article/viewFile/3831/956. Acesso em 02 de outubro de 2020.

SARLET, Ingo Wolfang. **Dignidade (da Pessoa) Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 10ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado.2015.

UNICEF. **Declaração Mundial sobre a Educação para Todos**. 1990. Disponível em: https://www.unicef.org/brazil/declaracao-mundial-sobre-educacao-para-todos-conferencia-de- jomtien-1990. Acesso em 02 de outubro de 2020.

PROCESSO ESTRUTURAL E O CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS: VISTAS A JUDICIALIZAÇÃO DE DIREITOS

Luiz Alberto Pereira Ribeiro
Graduado em Direito pela Universidade Estadual de Londrina (1996). Mestre em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina (2003). Doutor em Direito pela PUCPR (2017). Professor Adjunto do Curso de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR) - Campus Londrina, Professor Adjunto do Departamento de Direito Público da Universidade Estadual de Londrina. Professor da Pós-graduação Teoria e Prática de Direito Empresarial da PUCPR, campus Londrina. Professor da Pós-graduação em Direito Civil e Direito Processual Civil da UEL. Professor do Curso de Pós-graduação em Direito Processual Civil: Teoria e Prática da Fundação Escola Superior do Ministério Público de Mato Grosso. Professor colaborador de Mestrado em Direito Negocial da UEL. Professor Líder do Grupo de Pesquisa Novos Paradigmas do Processo Civil Contemporâneo e o Estado Democrático de Direito (PUCPR). Membro do Instituto Paranaense de Direito Processual. Membro da Associação dos Advogados Trabalhistas do Paraná. Advogado.

Lucas Mantovoni Chiquetti
Pós-graduando em Direito penal e processo penal econômico pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR). Pós-graduado em *Compliance* pela Faculdade Venda Nova do Imigrante (FAVENI). Licenciado em Letras - Português e Espanhol pela Universidade Cruzeiro do Sul (UNICSUL). Pesquisador de Iniciação Científica (PIBIC) na área de Direitos Humanos e Direito Global Processual. Participante do grupo de pesquisa: Novos Paradigmas do Direito Processual Civil e o Estado Democrático de Direito. Participante do grupo de pesquisa: Arbitragem e outras soluções pela PUCPR. Possui vários artigos científicos publicados em Congressos e eventos por todo o país. Foi palestrante idiomático convidado pela escola All Idiomas durante o ano de 2018. Sócio Fundador da empresa Academico´s Londrina. Professor e corretor de Língua Portuguesa na mesma empresa estudantil.

RESUMO: A crescente judicialização dos direitos sociais no Brasil levou grande parte da doutrina a indagar sobre as condições que favorecem a intervenção dos tribunais constitucionais quando da violação destes direitos. Diante desse cenário, no qual se faz necessária a busca de instrumentos que rompam com a visão tradicional de solução de conflitos que se mostram inábeis a dar real efetividade e satisfação das políticas públicas é que emerge a técnica do processo estrutural como um mecanismo a ser utilizado pelo Poder Judiciário. Para tanto, o presente artigo tem como objetivo analisar como a processo estrutural se apresenta como um instrumento mais adequado de controle jurisdicional de políticas públicas na atualidade, capaz de promover a efetividade da decisão judicial, possibilitando a implementação da política pública discuta em juízo. Para isso, utilizar-se-á do método de abordagem dedutivo, aliado ao procedimento monográfico, com a técnica de pesquisa bibliográfica, com um conjunto de teorias que dialogam entre si. Ao final,

conclui-se que o processo estrutural surge com o escopo de enfrentar as instituições típicas da sociedade contemporânea, revelando-se como uma técnica de decisão juridicamente adequada na busca por uma rela e completa implementação das políticas públicas.
PALAVRAS-CHAVE: Litígio complexo. Processo Estrutural. Política Pública.

ABSTRACT: The increasing judicialization of social rights in Brazil has led much of the doctrine to inquire about the conditions that favor the intervention of constitutional courts when these rights are violated. In view of this scenario, in which it is necessary to search for instruments that break with the traditional view of resolving conflicts that prove to be incapable of giving real effectiveness and satisfaction to public policies, the technique of the structural process emerges as a mechanism to be used by the Judiciary. To this end, the present article aims to analyze how the structural process presents itself as a more adequate instrument of jurisdictional control of public policies today, capable of promoting the effectiveness of the judicial decision, enabling the implementation of public policy to argue in court. for this, it will use the deductive approach method, combined with the monographic procedure, with the technique of bibliographic research, with a set of theories that dialogue with each other. In the end, it is concluded that the structural process arises with the scope of facing the typical institutions of contemporary society, revealing itself as a legally appropriate decision technique in the search for a complete and complete implementation of public policies.
KEY-WORDS: Civil Procedure. Complex litigation. Structural Process. Public policy.

INTRODUÇÃO

A compreensão no tocante aos provimentos judiciais decisórios enquanto atos de adjudicação de direitos passa por nova etapa no âmbito da processualística contemporânea. Tipicamente, percebia-se a presença do processo subjetivo, o micro litígio e os conflitos individuais como um padrão. Todavia, hodiernamente, dentro dos novos paradigmas do processo civil contemporâneo, a mesma situação já não mais se verifica.

Os conflitos em massa, os danos coletivos e decisões que ultrapassam a tradicional leitura de institutos como o princípio da congruência, além do próprio papel desempenhado pelo juiz em tempos contemporâneos, desafiam a discussão de meios e modos capazes de atingir, a um só tempo, a efetividade que se espera dos direitos fundamentais e a máxima plenitude das disposições constitucionais.

Tribunais e juízes, através de suas atuações criativas, por intermédio das chamadas decisões estruturais, podem transformar a realidade social e até mesmo auxiliar na concretização e garantia dos direitos previstos na Constituição Cidadã de 1998. Não obstante, é cediço que a utilização dessas medidas estruturais potencializa a efetividade do provimento jurisdicional em momento de mudanças sociais, contribuindo para o alcance efetivo da tutela dos direitos sociais. Nesse ínterim, não se pode olvidar que a função típica do Poder Judiciário se resume apenas os conflitos de caráter individual.

É sabido que os provimentos judiciais decisórios conhecidos como estruturais apresentam, pois, além da característica de adjudicarem direitos, programarem a execução do decidido. Independentemente de fiel observância ao quadrante normativo positivado, com frequência vão além, estabelecendo a forma da execução do decidido, ademais de normatizarem, por vezes, todo um setor ou segmento social, na busca pelo fiel comprimento do decidido.

O contencioso da reforma estrutural poderia ser interpretado de maneira muito usual como os novos mecanismos utilizados pelos Tribunais Constitucionais que buscam solucionar problemas coletivos ou violações sistemáticas devido a falhas estruturais de natureza muito complexa.

Após a redemocratização do Brasil com a promulgação da Constituição Federal de 1988, vários direitos fundamentais sociais foram outorgados aos cidadãos que, infelizmente, com o passar dos anos, não conseguem exercer adequadamente esses direitos. Diante do descaso do Executivo e do Legislativo no trato dessas questões, o Judiciário passa a ser provocado com mais frequência pela população, colocando tal poder no centro das discussões de políticas públicas.

Neste contexto, discute-se de que modo podem as decisões estruturais auxiliar a atividade jurisdicional enquanto vetor de implementação de políticas públicas e como as regras e os princípios do Código de Processo Civil de 2015 podem funcionar como base normativa no cumprimento desse objetivo.

Para isso, o presente artigo busca, através do método de abordagem qualitativo, aliado ao procedimento monográfico, baseado em um conjunto de teorias consistentes que dialogam entre si, sustentar que a decisão de caráter estrutural se apresenta como uma saída para o controle jurisdicional adequado das políticas públicas, na medida em que se utiliza de mecanismos processuais (remédios estruturais) que não fazem parte da rotina de atuação diária do Poder Judiciário, em razão de envolver uma ampla participação de agentes processuais, por intermédio do contraditório cooperativo e participativo, de

fiscalização de metas, além de adoção de remédios jurisdicionais negociados e prospectivos.

Por fim, conclui-se que as decisões estruturantes se apresentam como o instrumento mais adequado de controle jurisdicional de políticas públicas dentro dos novos paradigmas do processo civil contemporâneo, capaz de promover a efetividade da decisão judicial, possibilitando a implementação da política pública discuta em juízo.

1 O PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO E AS POLÍTICAS PÚBLICAS: BREVES CONSIDERAÇÕES

No Brasil, as discussões sobre o papel do Poder Judiciário na democracia são altamente atuais e o escopo que sua intervenção deve ter ao solucionar casos submetidos à sua jurisdição. É cada vez mais comum o debate sobre uma suposta judicialização da política, com o objetivo de sinalizar a intrusão de juízes em um campo reservado aos Poderes Executivo e Legislativo e, mais amplamente, à discussão de decisão eleitorais.

É um cenário comum em grande parte do mundo. A tendência para sistemas com constituições rígidas, com extensas declarações de direitos e poderes de controle constitucional nas mãos do poder judicial, transfere, cada vez mais, as cotas de poder para os Tribunais de Justiça.

No contexto de notáveis deficiências na dinâmica social e organizacional, esses desenhos institucionais incentivam maior intervenção judicial em assuntos públicos e, particularmente, em assuntos anteriormente excluídos de seu julgamento, vinculados às políticas governamentais.

O processo descrito é plenamente visível na América Latina: diferentes reformas constitucionais ampliaram direitos, incorporando fundamentalmente direitos econômicos, sociais e culturais, máxime direitos coletivos, dentre outros. Em contextos de extrema pobreza e desigualdade social, criou-se um terreno fértil para o aumento da demanda por justiça por diferentes grupos negligenciados, o que exige que os juízes respondam a questões que antes eram consideradas eminentemente políticas (VITORELLI, 2016).

De fato, tanto a quantidade quanto o tipo de direitos incluídos na Constituição têm impacto na atividade judicial e sua relação com as políticas públicas[1].

[1] Cumpre esclarecer desde já que o enfoque nas políticas públicas é natural quando se fala em processos estruturais, e há razões históricas e pragmáticas para isso. Do ponto de vista histórico, as primeiras sentenças de caráter estrutural – decisões estruturantes - foram proferidas em casos envolvendo políticas públicas prisionais segregacionistas. Do ponto de vista pragmático, grande parte dos processos estruturais envolverão o interesse público.

É verdade que uma distinção acentuada entre direitos negativos[2] e direitos positivos[3] é conceitualmente controversa. A distinção é especialmente relevante no ponto da maneira pela qual os tribunais exercem seus poderes de controle. Diferentes violações constitucionais requerem diferentes formas de intervenção judicial. As maiores dificuldades não surgem quando o governo é processado por violar um direito por meio de uma ação específica (cujo remédio[4] seria encontrado no governo se abstendo de continuar exercendo a ação prejudicial), mas nos casos em que a ação é intentada pelo fracasso em planejar ou aplicar uma determinada política pública necessária para o gozo do direito em jogo.

Geralmente, a última situação ocorre quando os direitos sociais estão em jogo. Quando a política pública do governo não atende à necessidade de satisfazer um certo mínimo de acesso aos direitos sociais e o Poder Judiciário é chamado a exigir a satisfação desses direitos, deve-se ter em mente que o judiciário não deve apenas ordenar ao governo que pare de executar sua política econômica. Nesses casos, para que o governo satisfaça os direitos exigidos por certos grupos sociais, será necessário começar a executar uma política pública específica. Assim, quando nessas circunstâncias o Poder Judiciário é chamado a exigir a satisfação do direito, é implicitamente necessário ordenar que o governo implemente uma nova política pública apta a concretizar tais preceitos (VITORELLI, 2016).

De uma certa perspectiva, isso parece problemático, uma vez que as decisões de políticas públicas seriam uma questão para os poderes representativos do Estado (Poder Executivo). Cabe ressaltar, no entanto, que a tensão entre os poderes judiciais de controle constitucional e a elaboração democrática de políticas públicas não é propriedade

---

[2] A definição tradicional de direitos negativos os associa a uma concepção negativa de liberdade, como a não interferência no sentido de Isaiah Berlin, em "Two Concepts of Liberty", Four Essays on Liberty, Oxford University Press, Oxford, 1969, pp. 122-131. Esses direitos criariam uma área de liberdade pessoal que o governo não poderia violar ou especificaria determinadas ações às quais as pessoas não poderiam ser submetidas. Direitos negativos são geralmente associados a direitos civis e políticos, mas essa associação não é exata. Nem todos os direitos civis e políticos são negativos. Sobre este ponto, veja Cecile Fabre, Direitos Sociais sob a Constituição: Governo e Vida Decente, Clarendon Press, Oxford, 2000, pp. 44/45.

[3] A ideia de direitos positivos é que os mesmos são caracterizados exigindo não apenas a inação do governo em determinadas áreas, mas também realizando certas tarefas necessárias para a satisfação da lei.

[4] Este trabalho se refere ao termo "remédio" em um sentido amplo, com o significado de qualquer medida, ação ou programa que seja adotado para pôr fim a uma violação de direitos. No sistema jurídico argentino, a ação processual apropriada para reivindicar certas intervenções judiciais era tradicionalmente entendida como remédio. Para uma análise clara e aprofundada da questão, consulte Alfredo Urteaga, "Remédios Constitucionais", em Suplemento à Jurisprudência Argentina de 30 de setembro de 2009 (Lexis No. 0003/014691). Parece conveniente afastar-se do sentido tradicional do termo, capaz de lançar mais confusões conceituais do que esclarecimentos, para atribuir um significado amplo que permita distinguir determinadas medidas (por exemplo, as reparações típicas do modelo de justiça bilateral tradicional) de outras (por exemplo, medidas dialógicas como os que serão descritos neste trabalho).

exclusiva da discussão sobre a “constitucionalização” dos direitos sociais (BAROSSO, 2018).

Esse cenário especial, no qual o poder judicial é chamado a adotar um papel menos passivo e não indiferente em questões de políticas e instituições públicas; é apresentado toda vez que um processo é aberto com o argumento de que um direito está sendo violado por certas condições gerais ou estruturais que não são atendidas adequadamente para o estado. Em todos esses casos, existem desafios relacionados à forma e ao grau adequados de intervenção judicial.

2 DOS CASOS DE REFORMA ESTRUTURAL: ABORDAGEM E CONCEITUAÇÃO

Há um consenso na doutrina processual em localizar em diferentes decisões do Supremo Tribunal da América do Norte, nas décadas de 1950 e 1960, presididas pelo juiz Warren, que demonstram o início de uma nova forma de intervenção judicial destinada a promover ou alcançar reformas estruturais.

O caso identificado por unanimidade como ponto de partida do processo de reforma estrutural é o caso Brown v. Conselho de Educação. O objeto desse caso foi o exercício do direito à educação em condições de igualdade e proteção essencialmente igual à lei, violada de maneira maciça e sistemática por meio das políticas de segregação racial praticadas no sistema educacional dos Estados Unidos (DIDIER JR, 2017).

Em uma primeira decisão, conhecida como Brown I - *Brown v. Board of Education* (1954), a Corte Norte-Americana declarou que o sistema segregacionista predominante era inconstitucional, ou seja, que toda a política educacional segregada por motivos raciais - aprovada até então pela própria Suprema Corte Estadunidense[5] - era, em geral, violadora de direitos fundamentais e necessitava ser modificada. Um ano depois, alertando para as enormes dificuldades existentes para executar a decisão, o tribunal emitiu uma nova decisão - Brown II

- *Brown v. Board of Education*, (1955) - encarregando as autoridades locais de reformar as políticas necessárias para adaptá-las ao mandato constitucional e ordenando os

[5] Essa decisão estabeleceu um marco da doutrina conhecida como "separados, mas iguais", segundo a qual o sistema de segregação racial não era inconstitucional. Somente a partir de Brown v. Board of Education (1954), a Suprema Corte reconheceu a inconstitucionalidade desta segregação racial.

juízes que supervisionassem o local de tais reformas, a fim de verificar se a sentença estava sendo de fato devidamente cumprida.

Essas decisões deram origem a muitos processos judiciais e intervenções de diferentes autoridades - executivas e legislativas - ao longo de muitos anos, até os dias atuais. Nos casos pós-Brown, o Tribunal Warren lidou com resultados mistos, como a reforma penitenciária e instituições de saúde mental, políticas de moradia e educação, entre outros assuntos (FISS, 1978).

Consequentemente, as primeiras tentativas de alcançar uma estrutura conceitual que ajudaria a entender e melhorar a intervenção judicial nesses casos também surgiu da academia jurídica norte-americana. Esse novo modelo, que melhor descreveu o que estava acontecendo perante os tribunais federais dos Estados Unidos, foi chamado por Chayes (1976, p. 1284) como "litígio de direito público". Sua principal característica era “que os processos não são gerados a partir de disputas entre particulares sobre direitos privados. Em vez disso, o objeto do litígio é a reivindicação de políticas constitucionais ou legais”.

Para Chayes (1976, p. 1295) “em casos desse tipo, a concepção fundamental do litígio como mecanismo de solução de controvérsias privadas não resulta mais. A discussão é sobre até que ponto uma política do governo pode ser realizada”.

O autor citado já apontou que as consequências de modificar o eixo do litígio de maneira a resolver disputas entre duas partes claramente diferenciadas para discutir políticas e sua adaptação aos padrões de direito público eram múltiplas, explicitando que “as características distintivas do modelo de direito o público é muito diferente daquele do modelo tradicional” ao passo que “a estrutura das peças é expandida e amorfa, sujeita a alterações durante o curso do litígio” e “o relacionamento tradicional de adversidade é coberto e combinado com processos de negociação e mediação em todas as etapas” (ABRAHAM, 1976, p. 1284).

O juiz é a figura principal na organização e orientação do caso e conta não apenas com as partes e seus advogados, mas também com uma grande variedade de figuras fora do caso - especialistas e agentes de supervisão (ABRAHAM, 1976).

Mais importante, o tribunal se tornou o criador e administrador de formas complexas de remédios contínuos, que têm amplos efeitos sobre as pessoas que não participaram do caso e que exigem o envolvimento contínuo do juiz em sua administração e implementação. Desagregação escolar, discriminação no emprego e casos de direitos de pessoas privadas de liberdade rapidamente vêm à mente como avatares dessa nova forma

de litígio. Mas seria errado supor que o novo modelo se limite a essas áreas (BERGALLO, 2005).

No entanto, o nome desse tipo de caso como litígio de direito público parecia ser abrangente, uma vez que nem em todos os litígios sobre questões de direito público seria possível notar essa multiplicidade de elementos. Owen Fiss (1979) corrigiu a nomenclatura atribuída por Chayes e escolheu o litígio mais específico sobre “reforma estrutural”.

Fiss (1979, p. 02) também especificou a análise conceitual realizada por Chayes e entendeu que seria "aquela voltada para a reforma estrutural [...] é um tipo de intervenção judicial que se distingue pela natureza constitucional dos valores públicos em jogo, e ainda mais porque envolve o judiciário em uma discussão com burocracias estatais”. Ou seja, “o juiz tenta dar sentido aos nossos valores constitucionais por meio das ações dessas organizações”.

Chayes e Fiss basicamente descreveram e analisaram as mesmas formas de intervenção em conflitos públicos que os tribunais norte-americanos estavam desenvolvendo. Tais formas de intervenção judicial foram criticadas por outro importante teórico jurídico, Lon Fuller. Estes os classificaram como “litígios policêntricos” (1978, p. 368), com base no fato de envolverem casos com relações diversas e complexas entre diferentes grupos de pessoas e agências. Fuller (1978, p. 368) argumentou que o caráter distintivo do trabalho judicial é conferir "às partes envolvidas uma forma peculiar de participação na decisão, através da apresentação de evidências e argumentos para obter uma decisão a seu favor".

O que Fuller (1978, p. 395) observou foi que em conflitos policêntricos, “é simplesmente impossível conceder a cada parte afetada uma participação significativa que lhes permita fornecer evidências e argumentos”.

De fato, em casos de reforma estrutural, muitas das características dos processos judiciais tradicionais são obscurecidas. Isso é derivado do objeto desse tipo de caso, que por sua vez é o que fornece sua especificidade.

3 OBJETIVO E CARACTERÍSTICAS DISTINTIVAS DO PROCESSO DE REFORMA ESTRUTURAL

O objetivo distintivo do litígio de reforma estrutural é a eliminação ou modificação de condições estruturais que dão origem a uma determinada situação de fato - produto complexo de diferentes decisões de várias agências[6] - que é uma violação de direitos.

As formas bilaterais tradicionais de litígio, destinadas a determinar fatos e decidir sobre reparação, são substituídas por outras. Primeiro, a estrutura de partes do caso é diferente. Não se tem mais um demandante claramente determinado, mas grupos de pessoas que sofrem a violação de seus direitos sofrendo as mesmas condições estruturais. Isso introduz um grande número de dificuldades processuais, principalmente em relação ao processo de ações coletivas (SABEL e SIMON, 2004).

Quanto aos réus, uma vez que a violação de direitos é o produto de um conjunto de condições estruturais, é difícil entrar com uma ação contra uma única pessoa ou agência estatal. Dessa maneira, a solução para o conflito se torna complexa. Não basta identificar e reparar, através do retorno à situação anterior, uma ação individual, grupal ou estatal contrária à ordem legal. O que é necessário é que o tribunal estabeleça certas medidas para que as condições sociais ou institucionais existentes deixem de existir e sejam substituídas por outras de acordo com os padrões constitucionais; mudar a situação de fato (MALLESON, 1999).

Nas palavras de Chayes (1976, p. 1298), "em vez de uma disputa orientada retrospectivamente sobre as consequências de um conjunto fechado de eventos, o tribunal tem uma controvérsia sobre probabilidades futuras".

Para Chayes (1976, p. 1298), nesses casos, a sentença "procura ajustar o comportamento futuro", ademais, "fornece um regime complexo e contínuo de atividades, em vez de uma ação simples ou um único ato de reparação. Finalmente, prolonga e aprofunda, em vez de acabar, o envolvimento do tribunal na disputa".

De fato, o objeto do processo judicial tem um impacto singular no desenho e na execução dos recursos que o judiciário deve ordenar para reverter a negação de direitos e no volume de atividades que o tribunal adquire por sua responsabilidade no caso.

O problema é que uma coisa é reconhecer a existência de direitos violados e outra é determinar quais medidas devem ser tomadas para reverter a situação. O que se busca não

[6] Geralmente, esses são direitos constitucionais, embora possa haver casos de reforma estrutural que visem satisfazer os direitos adquiridos por fonte legal ou outro.

é terminar um ato específico, mas modificar certas condições alcançadas por meio de práticas sustentadas, possivelmente estendidas e enraizadas em diferentes agências estatais e não estatais, em muitos casos em jurisdições diferentes e sob autoridades diferentes (RODRÍGUEZ e RODRÍGUEZ, 2015).

Por esses motivos, o desafio na fase de elaboração dos remédios é que, ao contrário do modelo tradicional, as características do remédio necessário não derivam logicamente do ato ilegal que é o objeto do processo. O juiz deve avaliar as potencialidades e possíveis consequências de programas alternativos que possam corrigir a situação (CAMPOS, 2016).

Assim, a reparação não é uma compensação final, mas um esforço para elaborar um programa que contenha consequências futuras para se ajustar à variedade de interesses envolvidos.

Nessas circunstâncias, o juiz deve procurar o remédio mais aconselhável, mas como sua decisão deve incorporar considerações tão amplas quanto à eficácia e a justiça, bem como a ameaça e o valor constitucional que dão origem à intervenção judicial, nunca pode ser definida com grande precisão, a escolha específica do remédio nunca pode ser defendida com certeza. Deve sempre estar sujeito a revisão (CABRAL, 2018).

Isso determina novas consequências em relação ao papel do juiz, que em casos de reforma estrutural deve abandonar a posição passiva típica do modelo tradicional de resolução de litígios. Isso é motivado por razões epistêmicas e de legitimidade institucional: geralmente, dada a complexidade do caso e sua possível solução, o juiz não possui as informações e conhecimentos necessários para saber com certeza qual solução é apropriada. Informações precisas são essenciais, tanto para o *design* do remédio quanto durante o estágio de sua execução, uma vez que é essencial que as ações sejam conduzidas de maneira adaptada às necessidades reais existentes (COTA e NUNES, 2018).

Nesse sentido, é essencial que as partes coletem as informações necessárias, mas também é essencial que o juiz não se limite a decidir com base nas informações que as partes lhe oferecem e tente corroborá-las ou expandi-las através da participação de outros atores.

Deve, assim, compreender não apenas a situação factual existente, mas também o que é mais conveniente para as pessoas afetadas e a validade da lei em geral (COTA e NUNES, 2018).

Analistas de litígios de reforma estrutural nos Estados Unidos apontaram que, em muitos casos, os recursos ordenados pelos juízes são muito abrangentes e não necessariamente adaptados para proteger os interesses dos queixosos (JOBIM, 2017).

Isso pode ser devido à dificuldade de estabelecer uma relação clara entre o direito violado e o remédio necessário, e parece oferecer razões para que a fase de reparação não permaneça nas mãos exclusivas das partes ou apenas nas mãos do juiz (JOBIM, 2017).

Por outro lado, quando se trata de programas a serem implantados, a legitimidade do juiz para cumprir essa missão parece estar diminuindo, pelo menos de acordo com a visão tradicional que incorporava o modelo de justiça bilateral. O próprio Chayes (1976, p. 1296) conclui que "todo o processo começa a ser visto como a descrição tradicional do ato de legislar: a atenção é trazida ao dano, existente ou iminente, e a atividade das partes e do juiz visa desenvolver medidas contínuas para remediá-lo".

Nesse ponto, vale a pena parar para avaliar quais possibilidades o tribunal tem para agir. Existem duas visões extremas que merecem ser destacadas, não tanto por seu valor persuasivo ou porque são em sua maioria defendidas - na verdade, são possivelmente posições marginais entre operadores judiciais, advogados ou professores de direito - mas porque seu estudo facilita a análise conceitual dos problemas em jogo e das principais questões colocadas pelos casos de reforma estrutural. Essas duas visões extremas propõem, uma, aplicar a situações de violação de direitos a doutrina de "questões políticas não-justificáveis"; o outro, ativismo judicial ilimitado (VITORELLI, 2016).

A doutrina de questões políticas não-justificáveis basicamente sustenta que os tribunais não devem se envolver na formulação de políticas ou em qualquer assunto cuja essência seja política. A ideia é baseada no princípio da separação estrita de poderes, segundo a qual questões políticas devem ser decididas pelos poderes escolhidos pelo voto popular. Como o povo é soberano e democrático, deve se autogovernar, e como os juízes não têm legitimidade popular (e levando em consideração a indeterminação da constituição e o fato de que cada juiz tem seus próprios interesses subjetivos em jogo), essa doutrina sustenta que a atitude correta dos tribunais em todas as questões políticas é restrição (VITORELLI, 2016).

Assim, de acordo com essa visão, os tribunais incorrem em ativismo judicial inaceitável quando "eles não se limitam à decisão de conflitos legais e se arriscam a criar políticas sociais, consequentemente afetando muito mais pessoas e interesses do que se eles se limitassem à resolução limitada de disputas" (SUNSTEIN, 2004, p. 2).

Essa posição foi adotada por muitos juristas norte-americanos a época em que a Suprema Corte de Warren estava avançando nas novas formas de intervenção judicial em análise (WALDRON, 1999).

Também dominou o cenário jurídico britânico entre as décadas de 1880 e 1960, e tem sido a visão tradicional na maioria dos poderes judiciais da América Latina. Em muitos casos, o argumento continua a alimentar as respostas que os estados oferecem em resposta a ações judiciais. que exigem reformas estruturais (WALDRON, 1999).

Por outro lado, de uma posição que pode ser denominada ativismo judicial ilimitado, há quem defenda que, ao enfrentar casos em que os direitos são violados pela falta de elaboração ou reforma de políticas públicas, os tribunais devem não apenas intervir e identificar as causas. violação constitucional, mas também ordenar ao governo os recursos específicos a serem implementados, estabelecendo como e quando sua implementação (WALDRON, 1999).

Ambas as posições têm pontos fortes e fracos argumentativos. Em relação à doutrina de questões políticas não-justificáveis, é importante levar em consideração que uma coisa é o juiz se aventurar na formulação de políticas e outra a tomar medidas para proteger os direitos que a Constituição colocou sob sua jurisdição.

Nesse sentido, a Suprema Corte da Argentina decidiu no caso *Verbitsky*, quando alertou com extrema precisão e clareza que o contrário da avaliação de políticas, uma questão claramente não julgadora, "é sem dúvida responsabilidade do Poder Judiciário da Nação garantir a eficácia direitos e evite que sejam violados, como um objetivo fundamental e orientador quando se trata de administrar a justiça e decidir controvérsias" (ARGENTINA, 2005, p. 27).

De fato, nos sistemas constitucionais, a proteção e a interpretação dos direitos incorporados ao texto constitucional foram acordadas pela comunidade com o judiciário. Nas democracias constitucionais com constituições rígidas e poderes de controle judicial da constitucionalidade, a constitucionalização de direitos significa precisamente a exigibilidade judicial desses direitos (CABRAL, 2018).

A ideia que é implantada em apoio a essa concepção foi bem representada por Dworkin (1984, p. 153), no sentido de que os direitos funcionam como "trunfos sobre qualquer justificativa que funcione para decisões políticas que definem os objetivos da sociedade".

A concepção seria de que a proteção dos direitos prevaleça contra qualquer decisão tomada pelos poderes políticos do governo. Os direitos constitucionais são retirados da

discussão política, independentemente de qualquer justificativa que tenha como objetivo limitá-los para o benefício dos grupos majoritários, e isso é válido tanto quando sua satisfação é alcançada através da abstenção do governo quanto quando é alcançada apenas graças à reforma de políticas públicas[7].

Agora, é verdade que todos os textos constitucionais oferecem espaço para diversas interpretações, e perguntar por que a interpretação final deve ser a realizada pelos tribunais é uma questão legítima. É possível perguntar se o fato de que todos os direitos constitucionais devem ser cumpridos. Satisfeito, se compromete com a ideia de que todas as decisões interpretativas finais devem ser atribuídas ao judiciário (RAWLS, 2005).

Por outro lado, o ativismo ilimitado recebeu críticas diferentes relacionadas à já apontada falta de legitimidade popular direta dos tribunais e com sua capacidade epistêmica limitada para tomar as melhores decisões[8]. Nesse sentido, geralmente se destaca que as decisões relativas ao desenho das políticas públicas são essencialmente de natureza distributiva, e os tribunais dificilmente têm conhecimento preciso sobre o orçamento público e a disponibilidade de recursos. Por essas razões, um ativismo judicial ilimitado pode ser ineficaz, produzir consequências não intencionais ou promover desigualdades.

4 O PODER JUDICIÁRIO E A BUSCA DA REGULAMENTAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

Atualmente, no ordenamento jurídico brasileiro, é possível constatar uma crescente onda de ações judiciais decorrente da ausência ou da pouca efetividade dos direitos sociais. Esta ocorrência se dá pela omissão estatal, seja do Poder Executivo, seja do poder

[7] Contra essa afirmação, pode-se argumentar que, às vezes, a "constitucionalização" dos direitos ocorre não para atribuir proteção judicial, mas para incluí-los como aspirações ou objetivos desejáveis e, portanto, não é legalmente aplicável. No entanto, quando essas formas especiais de "constitucionalização" ocorrem, isso é explicitado no texto constitucional, como ocorre nos casos das constituições de Honduras ou da República Dominicana.

[8] Mark Tushnet, por exemplo, sugere que as disputas sobre o significado e o escopo das normas constitucionais sejam resolvidas por meio de decisões democráticas e procedimentos de debate. Em Tirando a Constituição dos Tribunais, Princeton University Press, Princeton, 1999, capítulos 7 e 8. A dificuldade com essa posição é que ela não resolve casos em que violações constitucionais constantes e claras não são tratadas por agências representativas. A questão seria qual é o sentido de incorporar direitos à constituição se nenhum órgão estatal tivesse o poder de intervir na ausência de intervenção dos poderes representativos. Frank Michelman, "A Constituição, os Direitos Sociais e a Justificação Política Liberal", no International Journal of Constitutional Law, Vol. 1, No. 1, 2003, p. 29. De fato, foi apontado que a inação generalizada para implementar políticas adequadas pode ser entendida como uma forma de opressão. Veja Bellamy, p. 58.

Legislativo, de abster-se de dar, parcial ou totalmente, de sua obrigação em positivar e/ou implantar políticas públicas advindas dos direitos sociais fundamentais.

O pano de fundo acerca da definição de política pública e a quem incumbe sua elaboração e execução, tem por pressuposto a distinção entre direito e política. Nada obstante, "não é possível ignorar que a linha divisória entre ambos, que existe inquestionavelmente, nem sempre é nítida, e certamente não é fixa" (BARROSO, 2013, p. 16).

Destarte, frente a essas ponderações acerca das sucessivas violações aos direitos sociais, estas que se constituem por meio práticas ininterruptas advindas dos responsáveis pelo Poder Executivo e pelo Poder Legislativo, que se abstém sobre a regulamentação e implementação de políticas públicas efetivas, ficando a cargo do Poder Judiciário se envolver para poder decidir determinadas questões a respeito de tais políticas.

> Ainda que as ideias de 'representação do povo' e de 'vontade da maioria' não sejam persuasivas, deve se levar em conta a qualidade desse foro deliberativo. Trata- se de um valor epistêmico remanescente que não pode ser ignorado. O parlamento tem, numa escala incomparável em relação à corte, capacidade de coletar informações, obter avaliações técnicas de todos os pontos de vista, considerar a multiplicidade de interesses em jogo, balancear interesses, fazer concessões e compromissos. Não está preso a uma lógica adversarial, e por isso lida com conflitos policêntricos de maneira mais eficaz. Considera os direitos fundamentais dentro da gama diversificada de ponderações necessárias de uma política pública. Isso não se confunde com 'baratear direitos', mas consiste numa estratégia mais responsável e menos retórica e polarizada de tomar decisões coletivas (MENDES, 2008).

Diante o exposto, é capaz de se extrair que a postura ativista do Poder Judiciário no que tange as políticas públicas, não deve ser regra, deve apenas agir quando os demais poderes permanecerem inertes frente a determinadas questões de risco à sociedade. Para tanto, deve o judiciário ser acionado, não podendo agir por conta própria, tal qual está disposto na Magna Carta e nas legislações infraconstitucionais.

Neste diapasão, Owen Fiss (1978) ao ponderar acerca do envolvimento do judiciário na sistemática norte-americana, especificamente nas políticas públicas, traz que essa atuação representa um reforço de representação, assim, não há que se falar em desrespeito a separação dos poderes quando insurge o Poder Judiciário frente a esse cenário, de igual modo que está cumprindo com seu dever constitucional de não deixar de julgar quaisquer demandas trazidas a ele, principalmente quando os demais poderes forem omissos.

No que tange a viabilidade de intervenção do Poder Judiciário na seara das políticas públicas, o Supremo Tribunal Federal já abordou o tema no caso SL 47 - AgR, de

relatoria do Ministro Gilmar Mendes (Presidente), pelo Tribunal Pleno, em 17/03/2010, julgando em sentido a favorecer essa atuação, desde que seja excepcionalmente, para que possam salvaguardar direitos sociais.

Desta forma, pode-se constatar a intervenção judiciária no âmbito das políticas públicas nos casos em que os demais poderes (Poder Executivo e Poder Legislativo) permanecerem inertes quanto a incumbência legal e imperativa que lhe fora imposta, no que diz respeito a proteção de direitos fundamentais.

A frente será discutida a perquirição do judiciário por mecanismos de efetivação de suas decisões quando a matéria versar sobre políticas públicas, visto que, como será explanado mais adiante, o atual sistema e a busca por solução de conflitos em nada colabora com a imposição dessas decisões, principalmente em se tratando de lides que envolvam direitos mais complexos[9], justamente por não ser possível o restabelecimento da tranquilidade social (CABRAL, 2018).

4.1 O Poder judiciário e as políticas públicas

No ordenamento jurídico brasileiro, como descrito no capítulo anterior, há uma crescente onda de demandas judiciais versando sobre matéria de direitos coletivos, tais como, educação, saúde, sistema penitenciário, que não são implementados pelo Poder Executivo e positivado pelo Poder Legislativo, deixando a cargo do Poder Judiciário realizar intervenções de forma excepcional, traçando políticas públicas por meio de decisões judiciais (VIOLIN, 2013).

Neste aspecto, a estrutura processual cível no Brasil, de maneira notória, não está apta a resolução de conflitos que versem sobre matéria de direito coletivos e difusos complexos. Esta ausência de aptidão se evidencia quando o judiciário se depara com ações que envolvem direitos de matéria pública que ultrapassam a esfera individual, todavia, ainda é possível visualizar está precariedade quando está em pauta direitos individuais mais complexos (VIOLIN, 2013).

Desta forma, a atual estrutura processual civil, ao organizar a forma de intervenção dos poderes acerca das políticas públicas, demonstrou-se incapaz de solucionais tais casos,

[9] Os juristas classificam esses casos de diferentes maneiras: estrutural, coletiva, sistêmica, agregativa, impacto, estratégica, redistributiva, ações de classe, casos de interesse público, litígios públicos, reivindicações de direitos de segunda e terceira geração, litígios de direitos sociais, ou simplesmente, manifestações de um ativismo judicial emergente, que é o produto da expansão da ideologia neoconstitucional.

visto que não é possível, pelos mecanismos disponíveis, trazer novamente a paz social, bem jurídico a qual o próprio direito tutela.

Nesta senda, com a aplicação crua do princípio da adstrição, há a possibilidade de não se fazer justiça quando do julgamento de um caso concreto que abarca políticas públicas, visto que há uma necessidade de visualizar a lide de maneira diferente pelo próprio magistrado, pois estar-se-á diante de uma situação com direitos diversos envolvidos (VIOLIN, 2013).

Destarte, os litígios com maior complexidade, especificamente os que estão vinculados com a matéria de políticas públicas, como por exemplo a segurança e a saúde, necessitam de efetividade acerca de suas decisões, assim, em um primeiro olhar, seria propício as decisões estruturais.

Assim, frente a imprescindibilidade de adaptação de um novo mecanismo que traga maior eficácia surge a decisão estrutural com o intento de trazer novos padrões para as próprias instituições, novos paradigmas, ou seja, uma necessária transformação para as estruturas das políticas públicas, para tanto é necessária a participação de uma coletividade de agentes.

Deste modo, o fim para que se destina as sentenças estruturantes é exatamente viabilizar um remédio eficaz para o litígio causado, buscando maneiras para que a sentença seja eficaz, como a exemplificar, o cumprimento da decisão proferida em âmbito judiciário de forma progressiva.

As cortes, ao utilizarem as sentenças estruturantes não possuem o intuito de interferir nos Poderes Executivo e Legislativo, buscam tão somente fazer com que os direitos sociais sejam efetivados por meio das decisões proferidas, com uma ótica voltada para cada caso concreto.

Outrossim, se faz pertinente entender que a utilização dos processos estruturais não deve ocorrer como regra, devendo ser utilizada em última hipótese. No caso das outras formas de resolução do litígio não se mostrarem eficientes para realizarem a pacificação do problema abordado devido à dificuldade do mesmo, seja pela falta de orçamento público ou pelos problemas enraizados nas instituições.

Neste diapasão, a intervenção judiciária será realizada de forma organizada, buscando tirar os entes estatais da inércia e das lacunas permanentes. Desta forma cumpre trazer à baila que não se demonstra cabível que as sentenças estruturantes ultrapassem as fronteiras do caso sobre qual ela versa, o que incorreria claramente em uma violação de poderes, visto que o judiciário estaria utilizando-se da função de agente político.

Incluso nos mecanismos que possuem os agentes inseridos em um processo e que podem dar maior eficácia à busca pela proteção do bem jurídico no que tange as normas públicas, é pertinente se atentar aos negócios jurídicos, os quais enaltecem a solução consensual de uma questão e a democracia.

Os negócios processuais, disposto no art. 190, do Código de Processo Civil (CPC), foi concebido com o intento de encorajar os agentes inseridos no processo a terem mais atuação, visando que as mesmas se harmonizem-se a fim de que possam compreender que um remédio assentado entre ambos, na maioria das vezes, mais apropriado que uma sentença proferida pelo magistrado, o qual não integra aquele litígio. Assim, o que se visa é trazer uma maior participação dos polos de um processo.

Destarte, através de um negócio processual, torna-se plausível o aperfeiçoamento de mecanismos aptos a ultrapassar os mais diversos problemas buscando uma maior efetividade dos direitos sociais.

Inserido no rol de viabilidade, valer-se dos negócios jurídicos, evidenciam-se os pactos procedimentais, e os de prazos, a interrupção do litígio, trazer de forma acordada sobre quais matérias da lide serão produzidas as provas.

A interrupção do processo acordado pelas partes é uma ferramenta de suma relevância para que seja possível proferir uma sentença com maior efetividade no que tange as políticas públicas, visto que a continuidade de ações dispostas no CPC e o impulso oficial, em alguns casos, acaba por dificultar o seguimento do processo, frente a probabilidade do direito se precluir ou de se realizar determinada ação que não seja compatível com a compostura dos agentes processuais (CANELA JUNIOR, 2011).

Desta forma, com os assuntos complexos abancando as disciplinas das políticas públicas, pertinente o desenvolvimento melhor do assunto, sobre as medidas que poderão ser tomadas, sendo a interrupção do litígio uma necessária ferramenta para que o magistrado possa dar maior efetividade no que tange as políticas públicas (VIOLIN, 2013).

Neste diapasão, as audiências públicas detêm importante atuação no processo, pois há assuntos que fogem da bolha de conhecimento técnico-jurídico do magistrado, ou de assunto específico e de matéria técnica que não se tem contato na labuta jurídica.

A base para dar legitimidade à audiência pública a ser realizada nos casos dos processos estruturais é retirada do acordo processual realizado pelos polos da ação e, do princípio da cooperação, o qual está disposto no art. 6º do CPC (THEODORO JÚNIOR, 2016, p. 63).

Estas audiências públicas auxiliam com significante influencia no desenvolvimento dessas sentenças, fundamentalmente no que tange ao envolvimento dos entes públicos e de toda a sociedade, que possui instituições com vasto *know-how* sobre os objetos que versam sobre o processo judicial (CANELA JUNIOR, 2011).

Faz-se necessário que o litígio possa ser apto a se beneficiar do traquejo técnico dos peritos sobre a matéria do litígio, que serão responsáveis a elucidar fatos de temas que fogem da prática forense, criando assim uma perspectiva de possibilidade de solução alternativa ao ato (MENDES, 2008).

Ademais, se valer de mediadores e conciliadores nesses tipos de processos são vitais, na proporção que a deliberação pactuada entre as partes e fluida do consenso dos polos da demanda pode ser mais eficaz que uma decisão impositiva e unilateral do magistrado, que poderá causar insatisfação e não solucionar eventuais questões periféricas e anseios do nicho social que acaba por ser abarcado por aquela decisão (JOBIM, 2017).

Demonstra-se imprescindível descontruir os paradigmas até então criados nos processos que versam sobre políticas públicas, devendo ser flexibilizados, tanto quanto a forma e seu andamento, quanto ao seu prazo, destacam-se neste ponto a necessidade de pactuar os negócios processuais, visto que irão auxiliar no desenvolvimento de uma solução mais eficaz para cada caso concreto. Não se discute a violação dos poderes, tão somente o encorajamento para mudanças institucionais dos mesmos (CANELA JUNIOR, 2011).

Outra ótica que deve ser abordada acerca dos processos estruturais é a viabilidade de mais complacência no que diz respeito a mudança do pedido para algo mais adequado no litígio, possibilitando desta forma, que não haja uma imposição, mas sim um acordo entre os polos da demanda, bem como o envolvimento dos poderes (JOBIM, 2017).

É substancial de um remédio estruturante que sua execução seja realizada de forma progressiva, observando que apenas com a execução de cada ato no dia a dia é que será possível verificar seus resultados e, consequentemente os impasses durante sua concretização. Arenhart (2008), aduz que com o enredamento do litígio e seu desenvolvimento, será necessária aplicação de da técnica de tentativa-erro-acerto, visto que desta forma o julgador conseguirá observar o que melhor se adequa para aquela lide, trazendo melhores resultados em sua solução.

A execução das decisões judiciais de maneira gradual é oriunda dos modelos norte-americanos. No litígio de Holt v. Sarver o magistrado J.S. Henley executou uma tática de ações frente à comissão de prisões visando frear a aplicação de penas que ferissem a

constituição e os acordos de direitos humanos dentro dos presídios. Essas ações graduais se deram ao longo de 12 anos de execução, decorrendo de audiências públicas, vistoria em cárceres, averiguação de cumprimento das decisões proferidas.

Desta forma, a sentença estrutural, acaba gerando um efeito dominó, pois profere uma decisão com maior abstração, com ordens de execuções mais simples e serem implementadas pelos polos. Conforme os comandos vão se implementando, é possível iniciar maiores contornos nas decisões futuras.

CONCLUSÃO

Hodiernamente, no sistema jurídico brasileiro, é possível se constatar corriqueiras negligências aos direitos fundamentais, que decorrem não tão somente de ações unitárias, porém repetidas ações enraizadas nas instituições dos Poderes Executivo e Legislativo, que acabam por infringir diversos direitos fundamentais ou não dão efetividade aos mesmos.

Frente a essa situação, o magistrado poderá atuar frente as políticas públicas. Todavia, não poderá ser regra. Para tanto, terá que possuir uma visão que foge aos parâmetros que há muito tempo foram estabelecidos nas soluções dos litígios que versam sobre estas matérias, possuindo o intuito de trazer uma maior participação dos polos e com resolução consensual, onde deixe de lado o modelo procedimental antigo.

Desta feita, visando a proteção de direitos sociais as sentenças estruturais, além de impor as instituições do Estado uma diretriz, através de um diálogo onde todos participaram, traz reais transformações nos posicionamentos burocratas no Estado quando o assunto abarca políticas públicas.

Destarte, as sentenças estruturais demonstram-se como um mecanismo capaz de implementar e efetivar as políticas públicas que foram negligenciadas pelos demais poderes estatais, visto que o Poder Judiciário, utilizando de um fluxo de ideias participativas dos polos da demanda, e tornando mais flexível o processo com os acordos dos procedimentos processuais, utilização de audiências públicas, conciliadores e mediadores a fim de traçar uma meta de ações a serem implantadas gradativamente ao perdurar dos anos, para satisfazer e preencher lacunas em políticas públicas ineficazes e, até mesmo estabelecer uma nova.

Por fim, pode-se entender, que os litígios estruturais insurgem contra o estado burocrático e os órgãos defeituosos da sociedade atual, demonstrando-se como mecanismo jurídico eficaz e capaz de promover a efetivação de políticas públicas.

REFERÊNCIAS

ABRAHAM, Chayes. **The Role of the Judge in Public Law Litigation**. Harvard Law Review, Vol. 89, nº. 7, 1976.

ARGENTINA. Corte Suprema de Justicia de la Nación.Verbitsky, Horacio S/ **Habeas Corpus. Julgado em 03.05.2005**. Disponível em: <http://www.saij.gob.ar/corte-suprema-justicia-nacion-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires-verbitsky-horacio-habeas-corpus-fa05000319-2005-05-03/123456789-913-0005-0ots-eupmocsollaf>. Acesso em: 14 de junho de 2020.

ARENHART, Sérgio Cruz. **Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro**. Revista de Processo. Vol. 225, 2013.

BARROSO, Luís Roberto. **Constituição, Democracia e Supremacia Judicial**: Direito e Política no Brasil contemporâneo. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2017/09/constituicao_democracia_e_supremacia_judicial.pdf>. Acesso em: 15 de junho de 2020.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção de um novo modelo**. 7 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

BERGALLO, Paola. **Justicia y experimentalismo**: la función remedial del poder judicial en el litigio de derecho público en Argentina. SELA (Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política) Papers. 45, 2005. Disponível em: https://digitalcommons.law.yale.edu/yls_sela/45. Acesso em: 27 de março de 2020.

BRASIL. **Código de Processo Civil**, 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm> Acesso em: 08 de julho de 2020.

CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções Processuais**. 2. ed. rev., atual., e ampl. Salvador: JusPodivm, 2018.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de Coisas Inconstitucional**. Salvador: JusPodivm, 2016.

CANELA JUNIOR, Osvaldo. **Controle judicial de políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2011.

COTA, Samuel Paiva; NUNES, Leonardo Silva. Medidas estruturais no ordenamento jurídico brasileiro: os problemas da rigidez do pedido na judicialização dos conflitos de

interesse público. **Revista de Informação Legislativa**. V. 55, n. 217, p 243-255, jan./mar. 2018.
Disponível em: <http://www12.senado.leg.br/ril/edi-coes/55/217/ril_v55_n217_p243>. Acesso em 10 de julho de 2020.

DIDIER JR., Fredie. ZANETI JR., Hermes**. Curso de Direito Processual Civil**: processo coletivo. 11. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

DWORKIN, Ronald. **Rights as Trumps**, Jeremy Waldron, Ed. Theories of Rights. Oxford University Press, Oxford, 1984.

ESTADOS UNIDOS DA AMERICA. Suprema Corte. **Acórdão de decisão que declarou inconstitucionais leis estaduais estabelecendo a segregação racial em escola públicas**, julgando a ação Brown et al. X The Board of Education of Topeka. 347 U.S. 483. Chief Justice Warren. 17 de maio de 1954. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/347/483/case.html>. Acesso em: 06 julho de 2020.

ESTADOS UNIDOS DA AMERICA. Suprema Corte. **Acórdão de decisão que determinou como inconstitucionais leis estaduais estabelecendo a segregação racial em escola públicas**, dando continuidade ao julgamento da ação Brown et al. X The Board Education of Topeka. 349 U.S. 294. Chief Justice Warren. 31 de maio de 1955. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/349/294/case.html>. Acesso em 06 de julho de 2020.

FISS, Owen M. **The Civil Right Injunction**, Indiana University Press, Bloomington & London, 1978.

FULLER, Lon**. The Forms and Limits of Adjudication**. Harvard Law Review, Vol. 94, 1978.

JOBIM, Marco Félix. Reflexões sobre a necessidade de uma teoria dos litígios estruturais: bases de uma possível construção. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (Org.). **Processos estruturais.** Salvador: Juspodvim, 2017.

MALLESON, Kate. **The New Judiciary**. Ashgate/Dartmouth, Londres, 1999.

MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. 2008. 224 f. Tese (Doutorado em Ciência Política) - Departamento de Ciência Política da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008.

RAWLS, John. **Political Liberalism. Expanded Edition**. Columbia University Press, New York, 2005.

RODRÍGUEZ César; RODRÍGUEZ, Diana. Juicio a la exclusión. **El impacto de los tribunales sobre los derechos sociales en el sur global.** Buenos Aires, Argentina: Editorial Siglo XXI, 2015.

SABEL, Charles F; SIMON William H**. Destabilization Rights**: How Public Law Litigation Succeeds. Harvard Law Review, Vol. 117, 2004.

SUNSTEIN, Cass. **The Second Bill of Rights: FDR'S Unfinished Revolution and Why We Need It More than Ever**, Basic Books, Cambridge (MA), 2004.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. 57. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. v. 1.

VIOLIN, Jordão. **Protagonismo judiciário e processo coletivo estrutural**: O controle judicial de políticas públicas. Salvador: JusPodivm, 2013.

VITORELLI, Edilson. **O devido processo legal coletivo: dos direitos aos litígios coletivos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

WALDRON, Jeremy. **Law and Disagreement**, Oxford University Press, Oxford, 1999.

WALZER, Michael. **Philosophy and Democracy**. Thomas Christiano, Ed. Philosophy and Democracy. An Antology, Oxford University Press, Oxford, 2003.

DIREITO FUNDAMENTAL À ASSISTÊNCIA SOCIAL E O POSICIONAMENTO DO STF COM RELAÇÃO AO REQUISITO DA RENDA PER CAPITA

André dos Santos Gonzaga
Mestre em Direito Internacional e Efetividade dos Direitos Fundamentais pela Universidade de Itaúna. Pós-graduado em Direito Civil.

Fernanda Resende Severino
Mestre em Proteção aos Direitos Fundamentais pela Universidade de Itaúna. Especialista em Direito Público e Formação Superior de Professores. Especializando em Docência pela Faculdade Arnaldo. Advogada. Currículo lattes: http://lattes.cnpq.br/0705404933469657

RESUMO: O presente estudo tem como objetivo analisar o requisito da renda per capita para a concessão do benefício da prestação continuada. Isso pois, há um distanciamento entre o direito fundamentação à assistência social e a sua efetivação. Referido critério é polêmico em razão da impossibilidade de verificação da real situação daquele que o pleiteia. A presente pesquisa tem a finalidade primordial de verificação e estudo a respeito do que o Supremo Tribunal Federal considera e fundamenta a este respeito. Para tanto, utilizar-se-á na pesquisa a metodologia bibliográfica e documental, tendo como base a primeira para a compreensão da segunda.
PALAVRAS-CHAVE: Assistência Social; Benefício; Renda; Direito Fundamental; Efetividade

ABSTRACT: The presente study aims to analyse the requirement of per capita income to grant the benefit of continued provision. This is because there is a gap between the fundamental right to social assistance and its implementation. Said criterion is controversial due to the impossibility of verification the real situation of the one who claims it. This research has the primary purpose of verification and stydy about what the Supreme Federal Court considers and justifies in this regard. To this end, the bibliographic and documentary methodology will be used in the research, based on the first to understand the second.
KEYWORDS: Social assistance; Benefit; Income; Fundamental right; Effectiveness

INTRODUÇÃO

Objetiva-se com o presente estudo analisar e pesquisar o entendimento atual do Supremo Tribunal Federal a respeito da Assistência Social, e mais especificamente, do requisito objetivo criado pela Lei 8.742/1993 para a concessão do benefício da prestação continuada, qual seja, o de ¼ do salário mínimo por membro da família. Para tanto, analisar-se-á a lei em questão, bem como as discussões e as decisões pertinentes a ela. E, por fim, se há efetividade e respeito aos direitos fundamentais daqueles que necessitam do benefício.

Justifica-se o interesse no tema relacionado à pesquisa, o fato de haver muitas discussões a respeito da previsão constitucional quanto à assistência social, bem como os aspectos práticos oriundos da literalidade do parágrafo 3º do artigo 20 da Lei 8.742/993. Além da dificuldade daqueles que necessitam da prestação continuada em conseguir efetivar o direito.

Embora a norma constitucional proteja a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais, a associação destes preceitos constitucionais com a efetivação do benefício da prestação continuada, oriundo da assistência social, é duvidosa, trabalhosa e sem efetivação.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 em seu capítulo da ordem social, estabeleceu a assistência social como sendo uma das formas de se efetivar e garantir a seguridade social a todos os brasileiros, e inclusive aos estrangeiros residentes no país. Lado outro, o Instituto Nacional do Seguro Social - INSS - utiliza-se da literalidade de um dispositivo para negar a assistência social àqueles que de fato precisam.

Em um país com tanta desigualdade, o benefício da prestação continuada tem a finalidade de conceder aos mais necessitados um pouco de dignidade. Por meio deste benefício, é possível que idosos e pessoas com deficiência tenham acesso a outros direitos fundamentais. Contudo, tendo em vista a eficácia contida da norma constitucional, muitas pessoas, que se enquadram como destinatários do benefício, encontram-se em situação de extrema dificuldade e com violação direta a seus direitos.

Este estudo é de extrema relevância jurídica, inclusive social. Ainda é um tema atual e objeto de discussões. Sendo necessário não somente direcionar o intérprete da lei, mas todos os cidadãos com relação aos seus direitos básicos.

Com o objetivo de elucidação do tema, a metodologia utilizada basear-se-á no estudo bibliográfico e documental no ramo jurídico. Para tanto, além de estudos bibliográficos, será analisado o posicionamento do Supremo Tribunal Federal a respeito.

1 DESENVOLVIMENTO

1.1 Previsão Constitucional da Assistência Social

Os direitos podem ser conceituados como aquelas normas declaratórias, as quais especificam, determinam e preveem situações de interesse e proteção a respeito de algo. São aquelas normas que se relacionam com o mínimo necessário para convivência e sobrevivência na sociedade.

Na verdade, declaram disposições para a relação entre as pessoas, além daquelas situações de poder sobre determinados bens. Tendem a limitar a atuação não somente das pessoas, mas também do Estado, com o objetivo maior, qual seja a plena convivência em um Estado Democrático de Direito.

É a possibilidade de realizar algo, ou até mesmo de deixar de fazer, tendo em vista a previsão de referida situação no ordenamento jurídico. Todavia, na maioria das vezes, a previsão do direito no ordenamento, por si só, não o efetiva. Por essa razão, tornam-se, de grande valia, as garantias.

As garantias são assecuratórias, efetivam os referidos direitos. Permitem que os direitos não apenas estejam presente na esfera jurídica das pessoas, mas que eles atuem de modo a ajudar, efetivar, e realmente se torne significativo. Elas determinam o exercício do interesse, do direito.

Logo, podem ser conceituadas como os mecanismos de defesa e de proteção do direito. Por meio delas, as pessoas têm seus direitos respeitados. Pode-se dizer que aquilo que o direito se ocupa de declarar, as garantias se ocupam de preservar. Assim, como a garantia se coloca como meio de defesa diante do direito, não pode ser confundida com ele.

A assistência social é um direito social e fundamental de brasileiros e estrangeiros residentes no Brasil. É assim uma das espécies da seguridade social, a qual estabelece entre outros princípios, a universalidade da cobertura e do atendimento, bem como o seu caráter democrático.

Os direitos fundamentais são básicos, essenciais e necessários os quais permitem ao ser humano viver em sociedade de maneira digna, com o mínimo de possibilidades de desenvolvimento e crescimento. São aqueles direitos conquistados no decorrer de muitos anos, por meio de lutas, sacrifícios e violações às pessoas com relação ao mínimo necessário para se viver.

Bonavides a este respeito

> Criar e manter os pressupostos elementares de uma vida na liberdade e na dignidade humana, eis aquilo que os direitos fundamentais almejam, segundo Hesse, um dos clássicos do direito público alemão contemporâneo. Ao lado dessa acepção lata, que é a que nos serve de imediato no presente contexto, há outra, mais restrita, mais específica e mais normativa, a saber: direitos fundamentais são aqueles direitos que o direito vigente qualifica como tais. (BONAVIDES, 2008, p.560)

De maneira tal que, os direitos fundamentais são aqueles que recebem proteção diferenciada por parte do Estado. Que, além de serem nomeados e garantidos como fundamentais, recebem a mais elevada proteção, tanto no que tange à sua efetividade, quanto com relação à sua possível alteração.

Como parte do conjunto integrado das ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, a assistência social é um direito fundamental, bem como organizada de forma descentralizada político-administrativamente. Depende da participação da população, através de organizações, políticas e controle das ações em todos os níveis da federação, para que se efetive.

Frederico Amado define assistência social como sendo

> [...] as medidas públicas (dever estatal) ou privadas a serem prestadas a quem delas precisar, para o atendimento das necessidades humanas essenciais, de índole não contributiva direta, normalmente funcionando como um complemento ao regime de previdência social, quando este não puder ser aplicado ou se mostrar insuficiente para a consecução da dignidade humana. (AMADO, 2016, p. 44)

Bem-estar, justiça social e a dignidade da pessoa humana são diretrizes e fundamentos para que a assistência social seja concedida a quem dela realmente necessite, sendo irrelevante contribuição prévia à seguridade social. Uma das características relevantes da assistência social é o caráter não contributivo, isso pois, visa a proteção das pessoas mais carentes, além da garantia de suas necessidades básicas como moradia, vestuário e alimentação.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, conhecida como Constituição Cidadã, apresenta a previsão da assistência social nos art. 203 e 204.

> Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos:
> I - a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice;
> II - o amparo às crianças e adolescentes carentes;
> III - a promoção da integração ao mercado de trabalho;
> IV - a habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária;
> V - a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei. (BRASIL, 1988)

> Art. 204. As ações governamentais na área da assistência social serão realizadas com recursos do orçamento da seguridade social, previstos no art. 195, além de outras fontes, e organizadas com base nas seguintes diretrizes:
> I - descentralização político-administrativa, cabendo a coordenação e as normas gerais à esfera federal e a coordenação e a execução dos respectivos programas às esferas estadual e municipal, bem como a entidades beneficentes e de assistência social;
> II - participação da população, por meio de organizações representativas, na formulação das políticas e no controle das ações em todos os níveis.
> Parágrafo único. É facultado aos Estados e ao Distrito Federal vincular a programa de apoio à inclusão e promoção social até cinco décimos por cento de sua receita tributária líquida, vedada a aplicação desses recursos no pagamento de:
> I - despesas com pessoal e encargos sociais;
> II - serviço da dívida;
> III - qualquer outra despesa corrente não vinculada diretamente aos investimentos ou ações apoiados. (BRASIL, 1988)

Nestes dispositivos, é possível extrair quais são os objetivos básicos da assistência social, bem como quais são as diretrizes das ações governamentais realizadas em tal área.

Como objetivos da assistência social, ressalta-se que o Estado tem o dever de proteger a família, a maternidade, a infância, a velhice; bem como amparar crianças e adolescentes carentes; além de promover a integração ao mercado de trabalho; a habitação e reabilitação das pessoas com deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária; e, por fim, garantir um salário mínimo de benefício mensal à pessoa com deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, o conhecido benefício de prestação continuada.

Referidos objetivos, os quais podem ser compilados em apenas um: garantia de um salário mínimo à pessoa com deficiência e ao idoso. É possível resumir tais objetivos neste pois com o benefício, aquele que dele necessita terá meios capazes de efetivar os demais objetivos. E estes devem ser considerados com princípios constitucionais como o da dignidade da pessoa humana, bem como universalidade da cobertura e do atendimento.

Sendo este um princípio considerável quando se analisam questões referentes à assistência social.

Amado continua

> Com propriedade, os princípios formadores da assistência social brasileira revelam o seu espírito, pois este subsistema da seguridade social objetiva realizar as necessidades básicas das pessoas em situação de vulnerabilidade social, buscando restaurar ou preservar a sua dignidade, e não obter rentabilidade econômica, mesmo porque as prestações assistenciais independem de contribuição dos beneficiários. (AMADO, 2016, p. 46)

O mínimo que o Estado pode, e deve, oferecer à população é vida digna, devendo fazer de acordo com as necessidades de cada indivíduo. Mas fazem-se necessários o bom senso e a ponderação no momento da concessão do benefício da assistência social, isso pois, se insuficiente, fundamental será a revisão, de maneira a garantir a dignidade dos cidadãos; em contrapartida, o pagamento facilitado poderá gerar certa acomodação aos que a ele têm direito, afastando-os, ainda mais, do mercado de trabalho.

Mas como chegar a este bom senso, concedendo o benefício a quem realmente precisa, sendo coerente e condizente? A Constituição da República prevê apenas a possibilidade de concessão de um salário mínimo àqueles que comprovem não possuir meios capazes de prover a própria subsistência, sendo eles idosos ou pessoas com deficiência.

No entanto, permitiu que tal benefício assistencial fosse regulamentado por lei infraconstitucional. Sendo assim, a Lei nº 8.742 publicada em 1993, mas com devidas alterações, regulamenta o art. 203, inciso V.

1.2 Legislação Infraconstitucional da Assistência Social

A Lei nº 8.742 de 07 de dezembro de 1993, como as atualizações realizadas, dispõe sobre a organização da Assistência Social e demais providências. E, logo no primeiro artigo conceitua como sendo o direito do cidadão, bem como dever do Estado, responsável pelos mínimos direitos sociais fundamentais ao atendimento das necessidades básicas.

Tal lei infraconstitucional regulamenta o inciso V do art. 203 da CRFB/88, qual seja: “a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.” (BRASIL/1988).

Este benefício mensal garantido à pessoa com deficiência e ao idoso é conhecido como LOAS, e concedido consoante a complementação de alguns requisitos previstos nos artigos 20 ao 21-A, e complementados pelo artigo 34[1] do Estatuto do Idoso (Lei 10.741/03).

O LOAS será concedido à pessoa com deficiência ou ao idoso com 65 anos de idade, desde que mediante a demonstração da inexistência de meios para própria manutenção, ou que esta não possa ser provida pela respectiva família. É neste requisito que o princípio da universalização da cobertura e do atendimento se faz presente, isso pois há "uma extensão da proteção social em favor dos necessitados, na medida em que surgiram mais recursos públicos disponíveis." (AMADO, p.52, 2016)

A lei infraconstitucional tratou, ainda, de demonstrar quem é a pessoa com deficiência, sendo aquela que "tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas." (BRASIL, 1993)

E, para os efeitos legais, família é considerada pela pessoa que pleiteia o benefício, bem como ao seu cônjuge ou companheiro; pais, na ausência, madrasta e/ou padrasto; irmãos, desde que solteiros; filhos, enteados solteiros e, por fim, menores tutelados. Mas, que comprovadamente residam na mesma casa.

A exigência de convivência do requerente ao benefício e sua família sob o mesmo teto demonstrará a impossibilidade não somente daquele de garantir o próprio sustento e manutenção, mas desta, inclusive. Isso pois, caso a família consiga prover a sobrevivência do requerente, o LOAS não será concedido.

No decorrer do procedimento administrativo no qual requer o benefício assistencial, necessária a demonstração e a comprovação não somente a sua impossibilidade de sustento, mas inclusive que este não pode se dar por sua família. Para tanto, a lei infraconstitucional limitou a renda mensal por pessoa da família a ¼ (um quarto do salário mínimo), consoante parágrafo 3º do art. 20: "Considera-se incapaz de prover a manutenção da pessoa com deficiência ou idosa a família cuja renda mensal **per capita** seja inferior a 1/4 (um quarto) do salário-mínimo." (BRASIL, 1993)

---

[1] Art. 34. Aos idosos, a partir de 65 (sessenta e cinco) anos, que não possuam meios para prover sua subsistência, nem de tê-la provida por sua família, é assegurado o benefício mensal de 1 (um) salário-mínimo, nos termos da Lei Orgânica da Assistência Social – Loas.
Parágrafo único. O benefício já concedido a qualquer membro da família nos termos do **caput** não será computado para os fins do cálculo da renda familiar **per capita** a que se refere a Loas. (BRASIL, 2003)

Assim, um cálculo matemático será realizado e todo o rendimento da família será somado e dividido pelo número de integrantes, e friamente este resultado terá que ser inferior a um quarto do salário mínimo para que o requisito objetivo da renda per capita esteja preenchido.

Mas como é possível constatar de maneira objetiva se a família consegue garantir o sustento da pessoa com deficiência ou idosa?

Este requisito objetivo é utilizado de maneira a ainda mais lesar o direito daquele que requereu o LOAS, do que propriamente efetivar. A necessidade econômica deveria ser analisada de maneira mais subjetiva, a partir da verificação das peculiaridades e particularidades do requerente e de sua família.

Além da avaliação referente à deficiência, se o requerente do benefício for pessoa com deficiência, ou ao idoso, se com 65 anos ou mais, a concessão do benefício de prestação continuada está condicionada aos graus do impedimento, os quais serão constatados por meio da realização no Instituto Nacional do Seguro Social de avaliação médica e avaliação social, respectivamente, pelos médicos peritos e pelos assistentes sociais.

Para a concessão do benefício em questão, faz-se imprescindível a complementação dos seguintes requisitos: a) pessoa com deficiência ou idoso com 65 anos de idade; b) inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas (CPF); c) inscrição no Cadastro Único para Programas Sociais do Governo Federal - Cadastro Único; d) renda mensal *per capita* seja inferior a 1/4 (um quarto) do salário-mínimo.

Contudo, este critério de renda mensal é capaz de assegurar a necessidade e a miserabilidade da pessoa que esteja pleiteando o LOAS? A legislação previu como critério objetivo o que necessita de análise prévia da real situação da pessoa. Tal critério é sim subjetivo, e não objetivo. E, assim objetivamente o Instituto Nacional do Seguro Social nega ou concede o benefício assistencial sem, ao menos, analisar as peculiaridades do caso que lhe é narrado.

A miserabilidade do grupo familiar, bem como a situação de vulnerabilidade devem ser consideradas no momento da análise do requerimento do amparo assistencial. O que embora considerado pela Lei da Assistência Social, é, lado outro, limitado pela renda per capita de ¼ do salário mínimo.

Este critério legal é de extrema miserabilidade e necessidade, e foi objeto de muita discussão entre aplicadores e estudiosos do Direito, tendo em vista a impossibilidade de analisar uma situação de fato subjetiva tendo como base critérios objetivos.

A Turma Nacional de Uniformização editou um Súmula no sentido de permitir que a miserabilidade seja comprovada por meio de perícia social judicial:

> Súmula 79, TNU - Nas ações em que se postula benefício assistencial, é necessária a comprovação das condições socioeconômicas do autor por laudo de assistente social, por auto de constatação lavrado por oficial de justiça ou, sendo inviabilizados os referidos meios, por prova testemunhal. (BRASIL, 2015)

A súmula da TNU apresenta flexibilização a respeito do critério da miserabilidade, de maneira a afastar a sua objetividade. Deve ser considerada no processo administrativo do benefício de prestação continuada. Mas, não é suficiente para o Instituto Nacional do Seguro Social, o qual permanece considerando a miserabilidade como critério objetivo.

1.3 Posicionamento do Supremo Tribunal Federal a Respeito da Miserabilidade

Inicialmente, com a propositura da Ação Direita de Inconstitucionalidade nº 1.232-1/Distrito Federal[2], cujo legitimado ativo fora o Procurador Geral da República à época, o Supremo Tribunal Federal, a respeito da análise sobre a inconstitucionalidade, ou não, do dispositivo, decidiu que o parágrafo 3º do art. 20 da Lei 8.742/93 seria constitucional.

Julgou-se, assim, improcedente referida ação, e fundamentou no sentido de que a Constituição da República Federativa do Brasil permitiu que a lei dispusesse a respeito de como seria comprovada a necessidade para ter direito ao benefício. No sentido de que "o gozo do benefício depende de comprovar na forma da lei, e esta entendeu de comprovar dessa forma" (BRASIL/1998), além de que o estabelecimento de situações ou condições para a efetivação do benefício não seria capaz de gerar inconstitucionalidade.

Todavia, este entendimento não foi unânime, havendo assim outro voto, embora vencido, qual seja o de que o valor correspondente a ¼ do salário mínimo por pessoa da família geraria automaticamente a concessão do benefício, e que quando superior seria necessária a comprovação da necessidade para a concessão do benefício.

Seria imprescindível, assim, realizar interpretação conforme à Constituição com relação ao artigo que fazia previsão à renda per capita. Com esta interpretação, o direito ao LOAS poderia ser mais efetivo com relação àquele que de fato precisasse e demonstrasse subjetivamente.

---

[2] Ação Direita de Inconstitucionalidade nº 1.232-1/DF. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=385451> Acesso em: 09 set. 2020.

> Por isso, ao estabelecer que, em se tratando de 'família cuja renda mensal **per capita** seja inferior a ¼ (um quarto) do salário mínimo', **automaticamente** 'considera-se incapaz de prover a manutenção da pessoa portadora de deficiência', o §3º do art. 20 da Lei federal nº8.742, de 1993, nada mais estava fazendo, senão instituindo típica **presunção jures et de jure**, ou seja, dispensando qualquer comprovação, no específico caso considerado – continuando **os demais casos** submetidos regra geral de **comprovação** -, no que não extrapolou a outorga que lhe foi conferida pelo texto constitucional. (BRASIL, 1998)

A comprovação da necessidade ao benefício da prestação continuada faz-se fundamental e totalmente necessária no procedimento administrativo. É por meio da análise da real situação do requerente que o Instituto do Seguro Social poderá constatar se aquele faz jus ou não à assistência social.

Com o julgamento improcedente da ADI nº 1232-1/DF, as discussões permaneceram a respeito da constitucionalidade do dispositivo em questão. Como seria possível avaliar objetivamente elementos subjetivos?

O Instituto Nacional do Seguro Social, com esta decisão relevante e totalmente condizente com suas práticas, continuou utilizando objetivamente o critério per capita, tendo em vista a declaração de constitucionalidade do art. 20, §3º, Lei 8.742/93. Para referida autarquia, a decisão foi pertinente e totalmente coerente. Lado outro, aos necessitados do benefício não se pode afirmar da mesma maneira.

E, diante de todas as manifestações em sentido contrário, bem como a insistência de muitos em afastar tal dispositivo no momento da concessão ou não do benefício, houve o ajuizamento, por parte do INSS, de Reclamação perante o Supremo Tribunal Federal.

Na Reclamação nº 4.374/Pernambuco[3], o INSS alegou que a decisão proferida na ADI nº 1.232/DF estaria sendo ofendida e violada, de maneira que haveria ocorrido a desconsideração do requisito objetivo da renda per capita de ¼ do salário mínimo por membro da família.

Mas, para surpresa do Reclamante, o STF considerou defasado o critério objetivo para a constatação da miserabilidade, declarando, assim, a inconstitucionalidade do parágrafo 3º do artigo 20 da Lei 8.742/1993.

> Benefício assistencial de prestação continuada ao idoso e ao deficiente. Art. 203, V, da Constituição. A Lei de Organização da Assistência Social (LOAS), ao regulamentar o art. 203, V, da Constituição da República, estabeleceu critérios para que o benefício mensal de um salário mínimo fosse concedido aos portadores de deficiência e aos idosos que comprovassem não possuir meios de

[3] Supremo Tribunal Federal. Reclamação nº 4374/Pernambuco**.** Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4439489. Acesso em: 09 set. 2020.

> prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família. 2. Art. 20, § 3º da Lei 8.742/1993 e a declaração de constitucionalidade da norma pelo Supremo Tribunal Federal na ADI 1.232. Dispõe o art. 20, § 3º, da Lei 8.742/93 que "considera-se incapaz de prover a manutenção da pessoa portadora de deficiência ou idosa a família cuja renda mensal per capita seja inferior a 1/4 (um quarto) do salário mínimo". O requisito financeiro estabelecido pela lei teve sua constitucionalidade contestada, ao fundamento de que permitiria que situações de patente miserabilidade social fossem consideradas fora do alcance do benefício assistencial previsto constitucionalmente. Ao apreciar a Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.232-1/DF, o Supremo Tribunal Federal declarou a constitucionalidade do art. 20, § 3º, da LOAS. 3. Reclamação como instrumento de (re)interpretação da decisão proferida em controle de constitucionalidade abstrato. Preliminarmente, arguido o prejuízo da reclamação, em virtude do prévio julgamento dos recursos extraordinários 580.963 e 567.985, o Tribunal, por maioria de votos, conheceu da reclamação. O STF, no exercício da competência geral de fiscalizar a compatibilidade formal e material de qualquer ato normativo com a Constituição, pode declarar a inconstitucionalidade, incidentalmente, de normas tidas como fundamento da decisão ou do ato que é impugnado na reclamação. Isso decorre da própria competência atribuída ao STF para exercer o denominado controle difuso da constitucionalidade das leis e dos atos normativos. A oportunidade de reapreciação das decisões tomadas em sede de controle abstrato de normas tende a surgir com mais naturalidade e de forma mais recorrente no âmbito das reclamações. É no juízo hermenêutico típico da reclamação – no "balançar de olhos" entre objeto e parâmetro da reclamação – que surgirá com maior nitidez a oportunidade para evolução interpretativa no controle de constitucionalidade. Com base na alegação de afronta a determinada decisão do STF, o Tribunal poderá reapreciar e redefinir o conteúdo e o alcance de sua própria decisão. E, inclusive, poderá ir além, superando total ou parcialmente a decisão-parâmetro da reclamação, se entender que, em virtude de evolução hermenêutica, tal decisão não se coaduna mais com a interpretação atual da Constituição. 4. Decisões judiciais contrárias aos critérios objetivos preestabelecidos e Processo de inconstitucionalização dos critérios definidos pela Lei 8.742/1993. A decisão do Supremo Tribunal Federal, entretanto, não pôs termo à controvérsia quanto à aplicação em concreto do critério da renda familiar per capita estabelecido pela LOAS. Como a lei permaneceu inalterada, elaboraram-se maneiras de contornar o critério objetivo e único estipulado pela LOAS e avaliar o real estado de miserabilidade social das famílias com entes idosos ou deficientes. Paralelamente, foram editadas leis que estabeleceram critérios mais elásticos para concessão de outros benefícios assistenciais, tais como: a Lei 10.836/2004, que criou o Bolsa Família; a Lei 10.689/2003, que instituiu o Programa Nacional de Acesso à Alimentação; a Lei 10.219/01, que criou o Bolsa Escola; a Lei 9.533/97, que autoriza o Poder Executivo a conceder apoio financeiro a municípios que instituírem programas de garantia de renda mínima associados a ações socioeducativas. O Supremo Tribunal Federal, em decisões monocráticas, passou a rever anteriores posicionamentos acerca da intransponibilidade do critérios objetivos. Verificou-se a ocorrência do processo de inconstitucionalização decorrente de notórias mudanças fáticas (políticas, econômicas e sociais) e jurídicas (sucessivas modificações legislativas dos patamares econômicos utilizados como critérios de concessão de outros benefícios assistenciais por parte do Estado brasileiro). 5. Declaração de inconstitucionalidade parcial, sem pronúncia de nulidade, do art. 20, § 3º, da Lei 8.742/1993. 6. Reclamação constitucional julgada improcedente. (BRASIL, 2013)

Com a declaração de inconstitucionalidade da norma, o INSS deveria analisar o caso concreto, suas particularidades, bem como as provas apresentadas no requerimento

administrativo para que pudesse, então, conceder ou não o benefício de prestação continuada.

Desta maneira, o requisito referente à miserabilidade deve ser observado subjetivamente no momento da concessão do benefício. Tornando a decisão coerente e condizente com a real situação daquele que pleiteia a prestação continuada.

Embora o STF tenha se manifestado a respeito da inconstitucionalidade do referido parágrafo, cogitou-se a aplicação do instituto da modulação dos efeitos desta decisão, relativizando a sua eficácia, com o fito de ter a edição de nova norma pelo Congresso Nacional. Isso, pois, a inconstitucionalidade fora declarada incidentalmente, e não abstratamente.

Ocorre que esta nova norma, que seria capaz de resolver toda esta controvérsia, até o momento não foi editada, permanecendo o Congresso Nacional inerte e silente com relação a este ponto.

Em contrapartida, este posicionamento do STF foi confirmado no Recurso Extraordinário nº 567.985/Mato Grosso[4], o qual fora apresentado pelo INSS em razão da relativização do parâmetro de ¼ do salário mínimo, adequando-o às especificidades do caso concreto. Ressalta-se que "o real estado de miserabilidade social das famílias com entes idosos ou deficientes" (BRASIL, 2013) deve avaliado.

De acordo com A Constituição e o Supremo

> A Lei de Organização da Assistência Social (LOAS), ao regulamentar o art. 203, V, da Constituição da República, estabeleceu os critérios para que o benefício mensal de um salário mínimo seja concedido aos portadores de deficiência e aos idosos que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família. [...] Ao apreciar a ADI 1.232-1/DF, o STF declarou a constitucionalidade do art. 20, § 3º, da Loas. [...] A decisão do STF, entretanto, não pôs termo à controvérsia quanto à aplicação em concreto do critério da renda familiar *per capita* estabelecido pela Loas. Como a lei permaneceu inalterada, elaboraram-se maneiras de se contornar o critério objetivo e único estipulado pela Loas e de se avaliar o real estado de miserabilidade social das famílias com entes idosos ou deficientes. Paralelamente, foram editadas leis que estabeleceram critérios mais elásticos para a concessão de outros benefícios assistenciais, tais como: a Lei 10.836/2004, que criou o Bolsa Família; a Lei 10.689/2003, que instituiu o Programa Nacional de Acesso à Alimentação; a Lei 10.219/2001, que criou o Bolsa Escola; a Lei 9.533/1997, que autoriza o Poder Executivo a conceder apoio financeiro a Municípios que instituírem programas de garantia de renda mínima associados a ações socioeducativas. O STF, em decisões monocráticas, passou a rever anteriores posicionamentos acerca da intransponibilidade dos critérios objetivos. Verificou-se a ocorrência do processo de inconstitucionalização decorrente de notórias mudanças fáticas (políticas, econômicas e sociais) e jurídicas (sucessivas modificações legislativas dos

[4] Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 567.985/Mato Grosso. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4614447. Acesso em: 09 set. 2020.

> patamares econômicos utilizados como critérios de concessão de outros benefícios assistenciais por parte do Estado brasileiro). Declaração de inconstitucionalidade parcial, sem pronúncia de nulidade, do art. 20, § 3º, da Lei 8.742/1993.
> [RE 567.985, rel. p/ o ac. min. Gilmar Mendes, j. 18-4-2013, P, *DJE* de 3-10-2013, Tema 27.]
> ≠ ADI 1.232, rel. p/ o ac. min. Nelson Jobim, j. 27-8-1998, P, *DJ* de 1º-6-2001

O Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional o dispositivo em questão, tendo em vista a impossibilidade de análise abstrata e impessoal do valor correspondente à renda *per capita*.

> A declaração que ainda é desrespeitada pelo INSS, na grande maioria dos casos, tendo em vista as reiteradas decisões as quais negam o benefício, sob o fundamento de que o requerente não se enquadra ao requisito constante no art. 20, §3º, Lei 8.742/93 sem qualquer análise peculiar e subjetiva daquele. Vale registrar que a decisão do STF não é vinculante, vez que não tomada em controle abstrato de constitucionalidade, razão pela qual o INSS continua a adotar na via administrativa o critério da renda per capita familiar inferior a ¼ do salário mínimo. [...] Para conferir um mínimo de segurança jurídica ao INSS e ao Poder Judiciário na aferição concreta da miserabilidade, é necessário que o Congresso Nacional atue rapidamente na votação de um novo critério para substituir o §3º, do artigo 20, da lei 8.742/93. (AMADO, p.56, 2016)

Com a negativa do INSS, em processo administrativo, o requerente, para ter a efetivação de seu direito à assistência e consequentemente ao benefício, solicita ao Poder Judiciário a solução desta controvérsia. Ajuíza-se, então, ação perante a Justiça Federal, prática que ocasiona um significativo acúmulo de ações perante o Judiciário para resolução e efetivação de direitos que poderiam ter sido concedidos administrativamente.

CONCLUSÃO

Com a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 é possível perceber um significativo avanço com relação aos direitos fundamentais, aos direitos sociais e à dignidade da pessoa humana. Embora, muito ainda a República Federativa do Brasil tenha que evoluir nestes aspectos.

A presente pesquisa tornou possível a conclusão de que há uma real dificuldade em se efetivar um direito básico e fundamental aos que necessitam, qual seja, o benefício da prestação continuada. Instituído por meio de norma constitucional de eficácia contida, necessária é a publicação de norma fixando limites para sua concessão.

Tal norma foi publicada em 1993, sendo ela a Lei 8.742. Contudo, esta apresentou requisitos restritivos demais para a concessão, exigindo que o cidadão esteja em situação de extrema miserabilidade para que tenha direito a ele.

Para o Instituto Nacional do Seguro Social, o artigo 20, §3º da Lei 8.742/1993 deve ser interpretado objetivamente, sem a análise e a utilização de qualquer juízo de valor. Então, com suporte e fundamento neste dispositivo, passou-se a negar a concessão do benefício da prestação continuada nos processos administrativos.

Diante de todas as discussões a este respeito e a possível violação à norma constitucional, o STF analisou a questão. E, inicialmente, em sede de controle concentrado de constitucionalidade, considerou o dispositivo em apreço constitucional. Decisão esta totalmente agradável e satisfatória ao INSS.

Mas, os intérpretes e aplicadores do Direito, bem como os juristas, continuaram a questionar este ato normativo, bem como, inclusive, a própria decisão do Supremo Tribunal Federal. Tais questionamentos originaram a Reclamação do INSS perante o STF e um Recurso Extraordinário.

E, somente após tais discussões, o STF passou a entender e considerar que as questões subjetivas circundantes do caso se fazem de plena importância para a concessão ou não do LOAS. Houve, desta feita, a declaração da inconstitucionalidade do parágrafo 3º do artigo 20 da Lei 8.742. Decisão aplicada em sede de controle incidental de constitucionalidade.

Com a pesquisa e análise das decisões do STF, possível considerar e concluir que a norma constitucional da assistência social referente ao benefício de prestação continuada é de pouco efetivação, em razão das dificuldades impostas na Lei 8.742/1993, às quais foram corroboradas pelo STF, dificultando a efetivação da dignidade da pessoa humana e de seus direitos.

Atualmente, o posicionamento do STF é o de relativização do critério da renda per capita familiar do parágrafo 3º do artigo 20 da Lei 8.742. O que não auxilia e facilita a situação daqueles que pleiteiam o benefício da prestação continuada. Já que os cidadãos os quais necessitam do benefício em questão ainda tenham dificuldades para seu acesso, sendo necessário o acesso ao Poder Judiciário para ter a efetivação deste direito.

REFERÊNCIAS

AMADO, Frederico. **Curso de Direito e Processo Previdenciário.** 8 ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2016.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 26. ed, atualizada. São Paulo: Editora Malheiros, 2011.

BRASIL. **Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais.** https://www.cjf.jus.br/phpdoc/virtus/sumula.php?nsul=79&PHPSESSID=217gcucbkhlfgr5vsdltm33to0. Acesso em: 14 set. 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 09 set. 2020.

BRASIL. **Lei nº 8.742 de 07 de dezembro de 1993:** Dispõe sobre a organização da Assistência Social e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8742compilado.htm. Acesso em: 09 set. 2020.

BRASIL. **Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003**: Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.741.htm. Acesso em 27 de set.2020.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal.** A Constituição e o Supremo. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigoBd.asp#visualizar. Acesso em: 09 set. 2020.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal.** Ação Direita de Inconstitucionalidade nº 1.232-1/DF. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=385451. Acesso em: 09 set. 2020.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal. Reclamação nº 4374/Pernambuco.** Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4439489. Acesso em: 09 set. 2020.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 567.985/Mato Grosso.** Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4614447. Acesso em: 09 set. 2020.

FERRAJOLI, Luigi, et. al. **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. Madrid: Editorial Trotta, 2001.

MORAES, Alexandre de; **Constituição Do Brasil Interpretada E Legislação Constitucional.** 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

OMMATI, José Emílio Medauar. **Uma Teoria dos Direitos Fundamentais**. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

SILVA, Antônio Álvares da; PAULA, Carlos Alberto Reis de. **Ética, justiça e trabalho no século XXI.** Belo Horizonte: RTM, 2013.

SUPIOT, Alain; **O Espírito De Filadélfia***:* A justiça social diante do mercado total. Trad. Tânia do Valle Tschiedel. Porto Alegre: Sulina, 2014.

O DIREITO FUNDAMENTAL DE ACESSO AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS, DIFUSOS E COLETIVOS: DESAFIOS À SUA PLENA CONCRETIZAÇÃO

Larissa Shubert Nascimento
Mestra Acadêmica em Direito, com ênfase na Concretização de Direitos Sociais, Difusos e Coletivos, pelo Centro Universitário Salesiano de São Paulo (UNISAL). Professora Universitária e de Cursos Preparatórios para Concursos Públicos e para o Exame da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Pesquisadora e autora. Lattes: http://lattes.cnpq.br/1330684650418269.
E-mail: larissaschubertnascimento@gmail.com.

Consuelo Yatsuda Moromizato Yosheda
Mestra e Doutora pela PUC/SP, Professora do Departamento e do Núcleo de Pesquisa em D. Difusos e Coletivos (PUC/SP) e do Programa de Mestrado em Direito "Concretização dos Direitos Sociais, Difusos e Coletivos" (UNISAL/Lorena). Coordenadora do Curso de Especialização em D. Ambiental e Gestão Estratégica da Sustentabilidade (PUC/COGEAE/SP) e do Centro de Estudos e Pesquisas Tecnológicas em Direito Minerário Ambiental (PUC/SP). Desembargadora Federal Vice-Presidente do TRF-3 Região. Lattes: http://lattes.cnpq.br/6376624087344424. ORCID: https://orcid.org/0000-0003-3049-8420. E-mail: cyoshida@trf3.jus.br.

RESUMO: Entende-se por direitos fundamentais os direitos humanos positivados na ordem jurídica interna de um País. No Brasil, a grande maioria deles está disposta na Constituição da República Federativa de 1988, conhecida como "Constituição Cidadã" por destinar maior proteção à pessoa humana, conferindo-lhe mais direitos e prevendo um conjunto de garantias para assegurá-los. A despeito dos esforços do constituinte para proteger e garantir os direitos fundamentais, após mais de trinta anos da Constituição Cidadã, há, ainda, grande dificuldade para concretizá-los. Diante desse contexto, o presente trabalho visa, escorado em pesquisa bibliográfico-documental e no estudo de alguns casos, a responder por que persiste a dificuldade de se efetivar direitos fundamentais se a atual Constituição brasileira é tão avançada em sua proteção quantitativa e qualitativa. Para tanto, serão analisados a configuração constitucional do direito de acesso como direito fundamental de acesso universal, igualitário e digno à ampla gama de direitos sociais, difusos e coletivos, bem como o papel do Poder Público na efetivação desses direitos.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos fundamentais. Direito de acesso. Efetividade. Concretização.

ABSTRACT: Fundamental rights are understood as the human rights established in the domestic legal order of a country. In Brazil, most part of them is disposed in the Constitution of the Federative Republic of 1988, known as “Citizen Constitution” for destining more protection to the human person, granting it more rights and previewing a group of guarantees to ensure them. Despite the legislator’s efforts to protect and guarantee the fundamental rights, more than thirty years after the Citizen Constitution, there is still great difficulty to concrete them. Before that context, the present work, based on bibliographic-documentary research and the study of some cases, aims to answer why the difficulty to carry out fundamental rights persists if the current Brazilian Constitution is so advanced in their quantitative and qualitative protection. To that end, the constitutional configuration of the right to access as a fundamental right to the universal, equal and worthy access to the wide array of social, diffuse and collective rights, as well as the role of Public Power in the concretion of those rights will be analyzed.
KEYWORDS: Fundamental rights. Right to access. Effectivity. Concretion.

INTRODUÇÃO

São chamados direitos fundamentais, em breves palavras, os direitos humanos positivados na ordem jurídica interna de um País, utilizados como instrumentos jurídicos para promover a proteção do indivíduo diante da atuação do Estado.

A intenção da tutela dessa espécie de direitos é que o indivíduo obtenha o mínimo necessário para a sua subsistência, bem como para ser respeitado na sociedade e usufruir de condições de vida dignas.

No Brasil, a grande maioria deles está disposta na Constituição da República Federativa de 1988 (CRFB/88), no Título II, do artigo 5º ao artigo 17, mas podem ser encontrados, também, em normas infraconstitucionais, como o Código Civil, o Estatuto da Criança e do Adolescente, entre outras.

Denominada por Ulysses Guimarães “Constituição Cidadã”, a Constituição de 1988 representou uma conquista na história brasileira à medida que, fundamentada no princípio da dignidade da pessoa humana, conferiu-lhe maior proteção, elencando um maior número de direitos e prevendo um conjunto de garantias materiais e processuais para assegurá-los. Além disso, demonstrou um passo muito importante na busca da construção, da manutenção e do aperfeiçoamento do Estado Democrático de Direito.

Ocorre que, apesar dos esforços do constituinte para proteger e garantir os direitos humanos na esfera nacional, inclusive enfatizando, em certos dispositivos, como os artigos 196 e 205 da Constituição Federal, o fato de serem direitos de todos e dever do Estado, existe, ainda, mais de trinta anos depois do nascimento da "Constituição Cidadã", grande dificuldade para efetivá-los.

Questiona-se, nesse contexto, como é possível que a Constituição brasileira de 1988 seja tão avançada na proteção quantitativa e qualitativa dos direitos da pessoa humana e ainda haja tantos desafios à sua plena concretização.

É o que, motivado pela relevância prático-teórica da compreensão dos obstáculos que dificultam a efetivação dos direitos fundamentais, este artigo, escorado em pesquisa bibliográfico-documental e no estudo de alguns casos, busca responder, analisando, para tanto, a configuração constitucional do direito de acesso como direito fundamental de acesso[1] universal, igualitário e digno à ampla gama de direitos sociais, difusos e coletivos, bem como o papel do Poder Público na efetivação desses direitos.

1 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988

Espelhada na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, primeira tentativa da humanidade de estabelecer parâmetros humanitários válidos universalmente, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 consagrou, em seu Título II, os direitos e garantias fundamentais.

Direitos fundamentais são os direitos humanos objetivamente vigentes numa ordem jurídica concreta, ou seja, os enunciados constitucionais de cunho declaratório, cujo objetivo consiste em reconhecer, no plano jurídico, a existência de uma prerrogativa fundamental do cidadão.

Assim, essa espécie de direitos se constitui como prerrogativa ou vantagem jurídica que estrutura a existência, a afirmação e a projeção da pessoa humana e de sua vida em sociedade, trazendo como foco o próprio ser humano, que é detentor do atributo da dignidade da pessoa humana (FRANCESCHINA, 2017, p. 04).

Já as garantias fundamentais são os enunciados de conteúdo assecuratório, cujo propósito consiste em fornecer mecanismos ou instrumentos para a proteção, reparação ou

[1] O direito de acesso como direito fundamental não tem sido abordado na doutrina com o enfoque analisado neste artigo. Daí a ausência de referência bibliográfica a respeito.

reingresso em eventual direito fundamental violado. São remédios jurídicos, tais como o contraditório (art. 5º, inciso V), a vedação à censura, o *habeas corpus* e o *habeas data*.

Segundo Ingo Wolfgang Sarlet (2018), na história das Constituições, a Constituição de 1988 se destacou e foi considerada a mais inovadora por atribuir às normas de direitos fundamentais a prerrogativa de vincularem, diretamente, todos os atores (poderes/funções) estatais, e criar instrumentos processuais destinados exclusivamente à proteção daqueles direitos.

Desse modo, os atos legislativos, administrativos e judiciais devem ter por objetivo a efetivação dos direitos fundamentais, mediante impulsos e direções de atuação (NOVAIS, 2009, p. 47-125).

A Constituição de 1988 divide os direitos e garantias fundamentais constantes do Título II em cinco capítulos. O primeiro deles, voltado aos direitos individuais e coletivos, aqueles ligados ao conceito de pessoa humana e à sua personalidade, tais como os direitos à vida, à igualdade, à dignidade, à segurança, à honra, à liberdade e à propriedade, previstos no artigo 5º e seus incisos.

O segundo, aos direitos sociais, elencados a partir do artigo 6º, referentes à educação, à saúde, ao trabalho, à previdência social, ao lazer, à segurança, à proteção à maternidade e à infância e assistência aos desamparados, cuja finalidade é a melhoria das condições de vida dos menos favorecidos, concretizando, assim, a igualdade social.

O terceiro, aos direitos de nacionalidade, aqueles relativos ao vínculo jurídico e político que liga um indivíduo a um determinado Estado, conferindo-lhe a possibilidade de exigir do Estado sua proteção, e, a este, a de exigir daquele o cumprimento de seus deveres enquanto cidadão.

O quarto, aos direitos políticos, aqueles elencados no artigo 14, que permitem ao indivíduo exercer sua cidadania, participando de forma ativa dos negócios políticos do Estado.

Por fim, o quinto, aos direitos relacionados à existência, à organização e à participação em partidos políticos, elencados no artigo 17 e responsáveis pela autonomia e pela liberdade plena dos partidos políticos como instrumentos necessários e importantes na preservação do Estado democrático de Direito.

A Constituição Cidadã, que, no ano de 2018, completou 30 anos, foi, indubitavelmente, a primeira Constituição brasileira a conceder aos direitos fundamentais, dos pontos de vista quantitativo (número de direitos expressa e implicitamente positivados

no texto constitucional) e qualitativo (regime jurídico qualificado atribuído aos direitos fundamentais), o seu devido tratamento.

Contudo, a despeito dos esforços do constituinte para consagrar e assegurar todos os direitos entabulados no texto constitucional, existe, ainda hoje, grande dificuldade para efetivá-los.

A mera previsão dos direitos na Constituição não é suficiente para a sua efetiva proteção. Os direitos fundamentais devem ser concretizados de forma ética e substancial (CANELA JUNIOR, 2009, p. 26).

Para Canela Junior, os direitos fundamentais são positivados somente a partir do momento em que atingem sua irradiação máxima na Constituição por meio da prática de atos formais e materiais necessários para o desfrute do bem da vida por parte de seu titular (CANELA JUNIOR, 2009, p. 26).

Isso significa dizer que tais prerrogativas ou vantagens jurídicas apenas são efetivadas quando os indivíduos podem gozá-las de fato, ou seja, quando a proteção transcende a mera tutela legal, sem a supressão e/ou a redução dos direitos inclusive na prática.

Infelizmente, a descrição acima não corresponde à realidade da sociedade brasileira contemporânea, em que se verifica uma série de desafios à plena concretização dos direitos fundamentais.

2 A DIFICULDADE DE CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO BRASIL

Sabe-se que a Constituição de 1988 foi uma conquista para o povo brasileiro no que tange à proteção dos direitos fundamentais e à observação do princípio da dignidade da pessoa humana. Esse é um mérito que não se pode dela retirar. Todavia, do reconhecimento expresso dos direitos à sua efetiva concretização, há um enorme lapso, que nem mesmo os trinta e dois anos de existência da Lei Maior foram capazes de superar.

O plano de concretização deve ser entendido como a atribuição de substância a algo de modo a torná-lo manifesto no mundo dos fenômenos. Nesse sentido, a concretização de direito fundamental se consubstancia na ultrapassagem do direito fundamental no âmbito do “dever ser”, que está inscrito na norma, para a condição de “ser”, que é exprimida por condutas de fato praticadas. O ato de concretizar um direito fundamental consiste, portanto, em torná-lo realidade (XEREZ, 2012, p. 118).

Contudo, essa não é uma missão fácil e a dificuldade em realizá-la traz consequências. A falta de efetividade dos direitos fundamentais é um problema preocupante na medida em que conduz a uma crescente desvalorização de sua força normativa e à falta de confiança social. Trata-se de realidade que aflige a sociedade e desafia o chamado "Estado de bem-estar social", responsável pela concretude dos direitos.

O Estado de bem-estar social tem, como principal característica, a necessidade de atuação positiva do Estado, ou seja, a intervenção estatal nas relações privadas, visando a reduzir as desigualdades existentes e fornecer o mínimo necessário para que os indivíduos possam viver de forma digna.

Com o advento da Constituição de 1988, passou a ser função do Estado disponibilizar aos menos favorecidos o acesso à educação, à saúde, à cultura, etc. Para tanto, o constituinte traçou diretrizes para a atuação dos órgãos estatais, estabelecendo um ideal social que deveria ser por eles concretizado.

Trata-se das normas programáticas, definidas nas lições de José Afonso da Silva como:

> [...] normas constitucionais por meio das quais o constituinte, em vez de regular, direta e imediatamente, determinados interesses, limitou-se a traçar- lhes os princípios para serem cumpridos pelos seus órgãos (legislativos, executivos, jurisdicionais e administrativos), como programas das respectivas atividades, visando à realização dos fins sociais do Estado. (SILVA, 1998, p. 138).

Ocorre que, para perseguir a realização de seus fins sociais, o Estado precisa, dentre outros subsídios, de recursos financeiros, dos quais, muitas vezes, por diversas razões, como a corrupção e o consequente desvio de verbas, não dispõe, o que dificulta a implementação de medidas efetivas.

É comum a divulgação de políticas públicas infrutíferas. Tais medidas precisam ser desenvolvidas e implantadas levando-se em consideração o orçamento e sua real viabilidade. Do contrário, continuarão a ser ineficazes para solucionar o problema da dificuldade de concretização dos direitos fundamentais.

Deve-se considerar, ainda, a vontade política como um fator essencial à promoção dos meios necessários à efetivação dos direitos, cuja ausência, geralmente decorrente da prevalência de interesses particulares em detrimento de interesses públicos, implica a não realização dos fins sociais pelo Estado.

Não se pode ignorar, todavia, que os desafios à concretização dos direitos fundamentais vão, na realidade, ainda além da questão orçamentária e da falta de vontade política. Há o problema da falta de acesso universal, igualitário e digno às políticas

públicas e outras medidas promovidas pelo Poder Público com o fim de concretizar os direitos dos cidadãos, algumas vezes acarretado inclusive pelo próprio Poder Público.

É o que ocorreu no Município de Guararema, com a criação de um cartão cidadão para acesso a serviços voltados à concretude dos direitos fundamentais que, ao invés de aproximar a população daqueles, promoveu um cenário de segregação e falta de acesso a direitos, resultando na propositura de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade. A seguir, a descrição do caso.

3 A LEI N.º 2.600/09, O DECRETO N.º 2.716/09 E O ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

O Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo julgou procedente, em sessão realizada no dia 30 de março de 2011, a Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 990.10.427914-3, proposta em face da Lei Municipal n.º 2.600/2009 e do Decreto 2.716/2009, do Município de Guararema, responsáveis, respectivamente, pela instituição e regulamentação do "cartão cidadão" como documento hábil e de porte obrigatório para acesso aos serviços públicos municipais de educação, saúde, esporte, lazer e assistência social (Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, 2011).

O programa foi instituído com intuito excludente e discriminatório, visando somente aos habitantes do Município, impondo, ainda, obstáculos aos próprios munícipes, caso não obtivessem o cartão ou não o detivessem quando do comparecimento perante os órgãos públicos.

A ação foi movida pelo procurador-geral de Justiça do Estado, que, em síntese, alegou que o cartão cidadão, como documento hábil e de porte obrigatório para acesso aos serviços públicos municipais de educação, saúde, esporte, lazer e assistência social, excluía as pessoas não residentes na localidade. Além disso, a política pública tratava de maneira uniforme serviços públicos de naturezas distintas, os quais, por isso, deveriam receber tratamento de acordo com as suas especificidades.

Ao condicionar o acesso aos serviços públicos de saúde ao porte de um cartão, excluindo do gozo de tais serviços as pessoas que não residiam na localidade ou que, residindo, não detinham o cartão, o Município violou a natureza universal e igualitária que a Constituição conferiu a esses serviços no artigo 196.

Violou, também, o artigo 205, que fixa a educação como direito de todos e dever do Estado, e o artigo 206, ambos da CRFB/88, o qual estabelece, entre os princípios norteadores do ensino no Brasil, a igualdade de condições para o acesso e a permanência na escola.

Inconformada com a decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP), a Câmara Municipal de Guararema interpôs recurso de agravo contra a decisão que não admitiu o recurso extraordinário, não conhecido pela Turma por unanimidade de votos. O Município de Guararema também agravou, e, desta vez, por maioria de votos, a 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal (STF) conheceu do agravo interposto pelo Município para admitir o recurso excepcional, ao qual, todavia, acompanhando os votos do Ministro Relator, Dias Toffoli, unanimemente negou provimento (ARE 661.288, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 6-5-2014, 1ª T, *DJE* de 24-9-2014).

4 O DIREITO FUNDAMENTAL DE ACESSO

O caso ocorrido em Guararema, narrado acima, exemplifica bem o que se tenta apontar neste trabalho: o fato de que, para a plena concretização dos direitos fundamentais, não bastam a sua vasta positivação e a previsão de garantias na Constituição, notadamente quando se trata de direitos sociais que demandam prestações positivas do Poder Público, incumbindo-lhe "prover os meios necessários para concretizá-lo[s], por meio do acesso universal e igualitário [, bem como, vale dizer, digno] às ações e serviços indispensáveis à sua efetivação".

O direito de acesso aos direitos fundamentais sociais traz esta dupla imposição ao Poder Público: além de estar obrigado a prover os meios necessários à concretização desses direitos, deve assegurar o acesso universal, igualitário e essencialmente digno às ações e serviços que provê. Qualquer embaraço ao pleno exercício e acesso a esses direitos, de modo universal, igualitário e digno, a todos, por todos, atenta contra os princípios e preceitos constitucionais, como é o caso da instituição do "cartão cidadão".

Por certo, há outros exemplos. Veja-se o caso do Sistema Único de Saúde (SUS). O direito à saúde é um direito fundamental; recebe a proteção constitucional do artigo 6º, que o enquadra como um direito social, e do artigo 196, que o assegura a todos. O SUS foi criado para disponibilizar os serviços que concretizem tal direito e, diferentemente do caso do Município de Guararema narrado, não há óbice ao acesso daqueles que não possuem o respectivo cartão de saúde.

Isso porque, ao mesmo tempo em que instituiu referido cartão, a Portaria n.º 1560/2002 do Ministério da Saúde determinou, no artigo 5º, que sua ausência não poderia impedir o atendimento à pessoa brasileira ou estrangeira, com qualquer tipo de visto de entrada no país, em qualquer unidade de saúde integrante do Sistema Único de Saúde, sob pena do cometimento de crime de omissão de socorro.

Entretanto, existe, ainda assim, grande dificuldade de acesso, principalmente acesso digno, aos serviços básicos de saúde, seja pela pouca mão de obra face ao grande número de usuários, resultante na ausência de vagas e na consequente demora para atendimento, seja pela falta da necessária e adequada infraestrutura, ou, ainda, em alguns casos, pela infundada negativa pelo próprio Ente Público em conceder assistência.

A esse respeito, a jurisprudência:

> MANDADO DE SEGURANÇA – NECESSIDADE DE INTERNAÇÃO URGENTE – FALTA DE VAGAS NO SUS – DIREITO LÍQUIDO E CERTO GARANTIDO PELO ARTIGO 196 CF – RESPONSABILIDADE DO MUNICÍPIO – INTERNAÇÃO EM HOSPITAL PARTICULAR – PAGAMENTO REALIZADO SEGUNDO A TABELA DO SUS. O artigo 196 da Constituição Federal estabelece ser a saúde "direito de todos e dever do Estado", constituindo em direito líquido e certo a internação em hospital para tratamento de enfermidade que cause risco de morte, sendo a referida norma de eficácia plena. (TJ-MG 101450630522970011 MG 1.0145.06.305229-7/001(1), Relator: VANESSA VERDOLIM HUDSON ANDRADE, Data de Julgamento: 23/10/2007, Data de Publicação: 14/11/2007).

> APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO ORDINÁRIA DE OBRIGAÇÃO DE FAZER - DIREITO À SAÚDE – CONDENAÇÃO DO MUNICÍPIO DE ARACAJU EM FORNECER TRATAMENTO MÉDICO DEVIDO. A GARANTIA AO ACESSO UNIVERSAL E IGUALITÁRIO DE TODOS ÀS AÇÕES E SERVIÇOS DE SAÚDE É DEVER DO ESTADO – DETERMINAÇÃO CONSTITUCIONAL CONTIDA NO ART. 196 DA CF. PRECEDENTES DESTA CORTE DE JUSTIÇA E DOS T R I B U N A I S SUPERIORES. 1 - O direito à saúde é assegurado pela Constituição Federal em seu art. 196, devendo o Poder Público prover os meios necessários para concretizá-lo, por meio do acesso universal e igualitário às ações e serviços indispensáveis à sua efetivação 2 - No caso dos autos, o recorrido necessita submeter-se à cirurgia de ressecção endoscópica da próstata, o que justifica a condenação dos Entes Públicos na obrigação de fazer indicada no decisum de origem. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO - DECISÃO UNÂNIME. (TJ-SE - AC: 00395130920178250001, Relator: José dos Anjos, Data de Julgamento: 21/05/2019, 2ª CÂMARA CÍVEL).

Vê-se que, nas situações acima, os usuários não conseguiam acesso aos serviços do SUS, no primeiro, por ausência de vagas, e, no segundo, pela negativa de cobertura pelo Ente Público, e os Tribunais, considerando o dever do Estado de garantir o direito à saúde a todos, determinaram, respectivamente, que o Município arcasse com as despesas

hospitalares realizadas na instituição particular e que os Entes Públicos realizassem a cirurgia de que o usuário necessitava.

Tome-se, como exemplo, agora, o Programa “Minha Casa, Minha Vida” (PMCMV), estabelecido pela Lei Federal n.º 11.977/09. O direito à moradia, consistente, basicamente, em assegurar uma moradia digna para todas as pessoas e suas respectivas famílias, é um direito social constitucionalmente protegido pelo artigo 6º e assegurado pelo artigo 23, que estabelece que são da atribuição de todos os entes federados a promoção de programas de construção de moradias e a melhoria das condições de habitação e de saneamento básico. Há políticas públicas para tentar concretizá-lo, como esse e outros programas. No entanto, nem todos são contemplados e, quando o são, nem sempre conseguem acesso imediato à sua moradia ou acesso à moradia digna. Às vezes, há grande atraso na entrega das casas ou as casas oferecidas são muito próximas, sem luminosidade e com problemas estruturais.

Nesse sentido, a jurisprudência:

> Apelação Cível. Ação Indenizatória. Dano material e moral. Atraso na entrega de imóvel. Relação de consumo. Aquisição de imóvel em construção pelo programa "Minha casa, minha vida". Indenização por danos morais e materiais. Sentença de procedência parcial. Irresignação das partes. Programa "Minha casa, minha vida" que visa a atender a universalização do acesso à moradia regulamentado pela Lei n. 11.977/2009. Imóvel que não pode ser utilizado para outra finalidade, que não seja a garantia do direito à moradia. Impossibilidade de lucros cessantes. Dano moral *in re ipsa*. Redução do quantum indenizatório que não atende aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade. R. Sentença que não merece reparo. NEGA-SE PROVIMENTO AO RECURSO DO AUTOR E DÁ-SE PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO DO RÉU. (TJ-RJ - APL: 00513709820148190203 RIO DE JANEIRO JACAREPAGUA REGIONAL 1 VARA CIVEL, Relator: ANA CÉLIA MONTEMOR SOARES RIOS GONÇALVES, Data de Julgamento: 01/02/2017, VIGÉSIMA QUARTA CÂMARA CÍVEL CONSUMIDOR, Data de Publicação: 06/02/2017).

Infelizmente, o atraso na entrega dos imóveis ainda é o menor dos problemas. Pesquisas indicam que, nos últimos anos, o déficit habitacional no Brasil cresceu. Um estudo da Fundação Getúlio Vargas, apoiado em dados coletados em Pesquisas Nacionais de Amostra Domiciliar do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatísticas (IBGE), mostra que, em 2015, o déficit habitacional no País chegou a 7,7 milhões de domicílios (AECWEB, 2017).

Segundo o estudo, o déficit aumentou 5% entre os anos de 2009 e 2015, tendo como componentes com maior alta a habitação precária e o alto gasto da população com aluguel. Com isso, as pessoas que mais sofreram foram as que integravam famílias de baixa renda, as quais o mercado imobiliário não tem interesse em atender por não terem

condições financeiras para adquirir um imóvel sem a intervenção do Estado por meio dos programas habitacionais.

O interessante da pesquisa é que, no período por ela compreendido, já estava em vigor o mencionado Programa “Minha Casa, Minha Vida”, iniciado em 2009. O programa já entregou mais de 4,5 milhões de moradias no País, dentre as quais 3,2 foram destinadas a famílias de baixa renda. Ainda assim, houve uma intensificação da carência habitacional no País (AECWEB, 2017).

Outro exemplo é o Financiamento Estudantil (FIES). O direito à educação também é um direito social constitucional previsto pelo artigo 6º, assegurado pelo artigo 205, que deve, por força do artigo 23 da Constituição, ser proporcionado pelos entes federados a todos os indivíduos de modo a contribuir a contento para o seu desenvolvimento e a sua formação, acadêmica, profissional ou pessoal. Existem políticas públicas que objetivam promover o acesso à educação, como o próprio FIES. Todavia, é notória a falta de condições para se conseguir o efetivo acesso ao ensino, especialmente o superior.

A jurisprudência confirma:

> AGRAVO DE INSTRUMENTO. ENSINO SUPERIOR. ALUNA VINCULADA AO FIES – FINANCIAMENTO ESTUDANTIL. INDEFERIMENTO DE MATRÍCULA POR FALTA DE PAGAMENTO INTEGRAL DA PRIMEIRA MENSALIDADE ESCOLAR. DIREITO DE ACESSO À EDUCAÇÃO. Busca a Agravada, aluna vinculada ao FIES – Financiamento Estudantil, o direito de realizar a sua matrícula no Curso de Medicina oferecido pela Agravante. Tendo que a estudante demonstrou sua intenção em adimplir o débito que lhe incumbe por meio de depósito judicial, fica mantido o deferimento da matrícula perseguida, com base no artigo 206 da CF, que garante o direito de acesso à educação. RECURSO IMPROVIDO. (TJ-BA - AI: 00047426320178050000, Relator: José Olegário Monção Caldas, Quarta Câmara Cível, Data de Publicação: 27/09/2017).

Pode-se destacar, ainda, o Programa “Bolsa Família”, criado pela Lei Federal n.º 10.836/04, que, por meio da vinculação da concessão dos benefícios que institui à frequência escolar devidamente controlada, reforça a obrigatoriedade de os filhos menores de famílias pobres frequentarem, regularmente, a escola, a fim de lhes garantir o direito fundamental à educação, mas que não garante que conseguirão ter, posteriormente, acesso ao ensino superior.

Aliás, a dificuldade de acesso ao ensino superior não é uma surpresa. Geralmente, as crianças e adolescentes de famílias de baixa renda não enfrentam dificuldade para acessar a educação básica. A realidade, todavia, muda quando tentam ingressar no ensino superior. É fácil compreender a lógica que leva a esse desfecho. Como as crianças e

adolescentes pobres geralmente não recebem uma educação de excelência na base, quando mais velhos, deparam-se com grande dificuldade para competir igualmente pelas vagas das instituições públicas, em que seus concorrentes, em regra, são jovens que receberam educação de qualidade e foram melhor preparados em instituições particulares. Essa disputa injusta acaba por criar uma falsa seleção natural, desenvolver um cenário de segregação e reproduzir um sistema de classes no ensino, evidenciando a necessidade das cotas.

Há muitos mais exemplos em que os direitos são constitucionalmente previstos, há políticas públicas e/ou outras medidas para torná-los concretos, mas persiste a dificuldade de efetivação. Veja-se o Programa "Áreas Protegidas da Amazônia", criado no ano de 2002 pelo Ministério do Meio Ambiente e gerenciado pelo Fundo Brasileiro para a Biodiversidade (FUNBIO).

A Constituição Federal prevê, no artigo 225, que os indivíduos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, competindo, conforme disposição do artigo 23, à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, a proteção do meio ambiente e o combate à poluição em todas as suas formas. Mais uma vez, existem políticas públicas que visam ao acesso a esse direito. E, também aqui, a dificuldade para concretizar o direito subsiste.

O Programa "Áreas Protegidas da Amazônia", regulamentado pelo Decreto n.º 8.505 de 20 de agosto de 2015, tem como meta a conservação de florestas no Brasil, principalmente, na região amazônica.

Todavia, de acordo com pesquisas realizadas pelo próprio governo, o desmatamento na Amazônia bateu recorde na última década. Em 2018, 7.900 quilômetros quadrados foram destruídos, o que representa um aumento de 13,7% em um ano (VEJA, 2018).

Não bastasse, um estudo realizado pelo Instituto Homem e Meio Ambiente da Amazônia (Imazon) demonstrou que, no mês de janeiro de 2019, o desmatamento aumentou 54% em comparação com o mesmo mês do ano anterior, sendo detectados 108 quilômetros quadrados de desmatamento na Amazônia Legal. A pesquisa evidencia que a maior parte da destruição ocorreu em áreas privadas, em unidades de conservação e em terras indígenas (GREENPEACE, 2019).

A revelação de tais dados não é de surpreender, pois, no ano de 2013, o Sistema de Alerta de Desmatamento (SAD) apresentou um estudo que já declarava a tendência de

crescimento de desmatamento da Amazônia ao longo dos anos, a qual, em 2020, apenas se confirma (IMAZON, 2013).

O fato é que o desmatamento acentua a alteração climática, a perda da biodiversidade, o genocídio e o etnocídio dos povos indígenas, bem como erosão do solo e a desertificação (UNAMA, 2018), e tais consequências, por obviedade, prejudicam de forma direta a concretização do direito de acesso ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Por fim, a título de último exemplo, pode-se mencionar o Programa Nacional de Acesso ao Ensino Técnico e Emprego (Pronatec), que foi criado pelo Governo Federal no ano de 2011 e é gerenciado pelo Ministério da Educação.

O direito social ao trabalho também é tutelado pelo artigo 6º da Constituição, que dispõe, no artigo 7º, uma série de direitos que visam à melhoria das condições sociais do indivíduo, como o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço e o salário- mínimo. Diante das crises econômicas enfrentadas, as políticas de emprego, trabalho e renda se tornaram muito comuns na sociedade contemporânea. Porém, vive-se, ainda, num cenário onde o efetivo acesso ao mercado de trabalho parece uma realidade distante para muitos brasileiros.

O objetivo do Programa Nacional de Acesso ao Ensino Técnico e Emprego (Pronatec) é proporcionar a capacitação profissional de jovens e adultos de baixa renda para facilitar o acesso ao ensino técnico ou profissionalizante e a inserção no mercado de trabalho.

Contudo, um estudo realizado pelo Ministério da Fazenda expressou que, em comparação com aqueles que não participaram do programa, os beneficiados pelos cursos não tiveram vantagens ao tentarem se inserir no mercado de trabalho (G1- GLOBO, 2015).

Esses exemplos evidenciam que o povo brasileiro está, há algum tempo, diante de uma nova realidade, em que a luta pelo reconhecimento da necessidade de proteção e a consagração dos direitos fundamentais não é mais um desafio; o real desafio é a sua materialização.

Afinal, já existe no ordenamento jurídico brasileiro um extenso rol de direitos e garantias fundamentais, verificado tanto nas previsões contidas no texto constitucional, quanto na legislação infraconstitucional, mas nem sempre se verificam, na prática, mecanismos ou condições para acessá-los universal, igualitária e dignamente, o que deixa mais que claro que sua mera positivação com a previsão de mecanismos assecuratórios, ainda que vastas, não são suficientes para o atendimento das necessidades da sociedade brasileira contemporânea.

Dispor, de maneira expressa, na ordem constitucional do País, os direitos que devem ser assegurados a cada cidadão não garante, necessariamente, sua concretude. Os cidadãos precisam ter condições para acessá-los e tal acesso também deve ser considerado um direito fundamental,

o que compreende ter tanto a prerrogativa e a possibilidade de usufruir das medidas que visam à sua efetivação, quanto delas poder usufruir de forma universal, igualitária e digna.

CONCLUSÃO

Em 2018, a Constituição da República Federativa do Brasil realizou seu trigésimo aniversário e o povo brasileiro pôde celebrar, pela terceira década consecutiva, a existência daquela que, popularmente denominada "Constituição Cidadã", representou a conquista de diversos direitos fundamentais, até então, negligenciados.

A Constituição de 1988 foi um marco na história brasileira. Com fundamento no princípio da dignidade da pessoa humana, ampliou a gama de direitos fundamentais nela consagrados e inovou ao trazer, de forma expressa, um conjunto de garantias para satisfazê-los. Ainda, atribuiu às normas de direitos fundamentais a prerrogativa de vincularem, diretamente, todos os atores (poderes/funções) estatais. Era evidente a preocupação do constituinte em fazer valer o respeito aos direitos ali expressados.

Contudo, para a plena concretização dos direitos fundamentais sociais, difusos e coletivos, não basta que a Constituição disponha expressamente os vários direitos do povo brasileiro, preveja uma série de mecanismos para garanti-los e defina a quem cabe o dever de assegurá-los. É indispensável a promoção, pelo Poder Público, dos meios necessários à efetivação dos direitos fundamentais, bem como a viabilização, aos cidadãos, do acesso universal, igualitário e, também, digno a essas medidas e direitos.

Destacam-se, nesse sentido, as políticas públicas e outras medidas voltadas à efetivação dos direitos fundamentais. Entretanto, como ilustrado anteriormente, nem mesmo o conjunto de políticas adotadas ao longo dos anos com esse fim solucionou cabalmente o problema da dificuldade de concretização dos direitos fundamentais.

Dentre outros desafios como a falta de recursos financeiros e de vontade política, compromete a eficácia dessas medidas e a consequente efetivação dos direitos fundamentais a dificuldade de acesso universal, igualitário e digno aos meios de realização dos direitos.

Isso significa que a sociedade brasileira está diante de uma nova realidade, em que dispor, de maneira ampla e expressa, na Constituição, os direitos que devem ser assegurados a cada cidadão e uma série de mecanismos para assegurá-los não garante, necessariamente, sua concretude. Como já mencionado, os cidadãos precisam ter condições para acessá-los e tal acesso também deve ser considerado um direito fundamental, o que compreende ter tanto a

prerrogativa e a possibilidade de usufruir dos serviços e medidas que visam à sua efetivação, quanto deles poder usufruir de forma universal, igualitária e digna.

Se, na primeira dimensão dos direitos fundamentais, a luta era para que fossem reconhecidos; na segunda, para que fossem garantidos a todos de forma equânime; e, na terceira, para que fossem universalizados; hoje, é para que se reconheça e assegure o próprio acesso universal, igualitário e digno aos meios de efetivação dos direitos fundamentais como um direito fundamental, e, dessa forma, vença-se um dos grandes desafios à plena concretização dos direitos fundamentais sociais, difusos e coletivos.

REFERÊNCIAS

AECWEB. **Pesquisa revela crescimento do déficit habitacional, apesar do MCMV**. 29 de maio de 2017. Disponível em: https://www.aecweb.com.br/cont/n/pesquisa-re vela-crescimento-do-deficit-habitacional-apesar-do-mcmv_15798. Acesso em: 05 set. 2020.

BAHIA. Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento n.º 00047426320178050000**. Agravante: Facs Serviços Educacionais Ltda. Agravada: Bruna Marcella Silva Guimarães. Relator: José Olegário Monção Caldas. Salvador, 27 de setembro de 2017. Disponível em: https://tj-ba.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/504077099/agravo-de-instru mento-ai-47426320178050000/inteiro-teor-504077126?ref=juris-tabs. Acesso em: 08 set. 2020.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: Promulgada aos 5 de outubro de 1988. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: 05 out. 1988.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário com Agravo n.º 661.288**. Recorrentes: Município de Guararema; Câmara Municipal de Guararema. Recorrido: Procurador Geral de Justiça do Estado de São Paulo. Relator: Dias Toffoli. São Paulo, 24 de setembro de 2014. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/ paginador.jsp?docTP=TP&docID=6796318. Acesso em: 27 ago. 2020.

FRANCESCHINA, Aline Oliveira Mendes de Medeiros. **Possibilidade de efetivação dos direitos fundamentais através da tutela jurisdicional em contrapartida a teoria da separação dos poderes**. Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/artigos/?c od=cb0d6d3459c57b7a. Acesso em: 20 ago. 2020.

G1-GLOBO. **Pronatec não dá vantagem na volta ao mercado de trabalho**. Disponível em: http://g1.globo.com/educacao/noticia/2015/09/pronatec-nao-traz-vantag em-para-insercao-no-mercado-diz-pesquisa.html. Acesso em: 18 set. 2020.

GREENPEACE. **Desmatamento cresce no primeiro mês de 2019**. Disponível em: https://veja.abril.com.br/brasil/desmatamento-da-amazonia-atinge-recorde-em-uma-dec ada/. Acesso em: 15 set. 2020.

IMAZON. **Imazon demonstra tendência de crescimento do desmatamento da Amazônia**. Disponível em: https://imazon.org.br/imprensa/imazon-mostra-tendencia-de

-crescimento-do-desmatamento-na-amazonia/. Acesso em: 15 set. 2020.

CANELA JUNIOR, Osvaldo. **A efetivação dos direitos fundamentais através do processo coletivo**: o âmbito de cognição das políticas públicas pelo Poder Judiciário. 2009. 151 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2009. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde- 03062011-114104/publico/Arquivo_completo_pdf.pdf. Acesso em: 25 ago. 2020.

NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**. Coimbra: Coimbra Ed., 2003, p. 47-125.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. **Mandado de Segurança n.º 101450630522970011**. Impetrante: Aloísio Mendes Bertuhan. Impetrados: Município de Juiz de Fora; Secretária de Saúde. Relatora: Vanessa Verdolim Hudson Andrade. Juiz de Fora, 11 de novembro de 2007. Disponível em: https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jur isprudencia/5937984/101450630522970011-mg-1014506305229-7-001-1/inteiro-teor12 074070?ref=juris-tabs. Acesso em: 31 ago. 2020.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. **Apelação n.º 00513709820148190203**. Apelantes: Nilton Amaral Filho e Cury Construtora e Incorporadora S/A. Relatora: Ana Célia Montemor Soares Rios Gonçalves. Rio de Janeiro, 01 de fevereiro de 2017. Disponível em: https://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/426255453/apelacao-apl-513 709820148190203-rio-de-janeiro-jacarepagua-regional-1-vara-civel/inteiro-teor-426255 472?ref=juris-tabs. Acesso em: 03 set. 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Os direitos fundamentais aos 30 anos da Constituição** – do entusiasmo à frustração? Disponível em: https://www.conjur.com.br/2018-out-12/dir eitos-fundamentais-direitos-fundamentais-aos-30-anos-constituicao-federal. Acesso em: 25 ago. 2020.

SERGIPE. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n.º 00395130920178250001**. Apelante: Município de Aracaju. Apelado: Clóvis Jesus de Melo. Relator: José dos Anjos. Aracaju, 21 de maio de 2019. Disponível em: https://tj-se.jusbrasil.com.br/jurisprudenci a/712864597/apelacao-civel-ac-39513092O178250001?ref=serp. Acesso em: 02 set. 2020.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. São Paulo: Malheiros Editores, 1998.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA ESTADO DE SÃO PAULO. **Lei que criou cartão cidadão em Guararema é julgada inconstitucional**. Disponível em: http://www.tjsp.jus.br/Noti cias/noticia?codigoNoticia=10078. Acesso em: 30 ago. 2020.

UNAMA. **Veja 5 consequências do desmatamento de florestas**. Disponível em: http://www.unama.br/noticias/veja-5-consequencias-do-desmatamento-de-florestas. Acesso em: 16 set. 2020.

VEJA. **Desmatamento da Amazônia atinge recorde em uma década**. Disponível em: https://veja.abril.com.br/brasil/desmatamento-da-amazonia-atinge-recorde-em-uma-dec ada/. Acesso em: 14 set. 2020.

XEREZ, Rafael Marcílio. **Dimensões da concretização dos direitos fundamentais**: Teoria, método, fato e arte. 2012. 281 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal da Bahia,

2012. Disponível em: https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/15282/1/TeseDoutoradoRafaelXerez.pdf. Acesso em: 26 ago. 2020.

A ADOÇÃO DOS NETOS PELOS AVÓS Á LUZ DO PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Lino Rampazzo
Doutor em Teologia (PUL/Roma), Pós-Doutor em Democracia e Direitos Humanos (Universidade de Coimbra Portugal). Professor do Programa de Mestrado em Direito pelo Centro Universitário Salesiano de São Paulo –
U.E. Lorena – SP. E-mail: lino.rampazzo@uol.com.br

Fábia de Oliveira Rodrigues Maruco
Advogada, Mestre em Direitos Difusos e Coletivos pelo Centro Universitário Salesiano de São Paulo – U.E. Lorena – SP. E-mail: maruco.fabia@gmail.com

RESUMO: O artigo trata da questão da adoção dos netos pelos avós com vedação expressa no artigo 42, §1º, do Estatuto da Criança e do Adolescente. Por entender que este dispositivo legal é inconstitucional, a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, no dia 10 de março de 2020, por unanimidade, proferiu decisão inédita onde os avós poderão adotar seus netos em atendimento ao princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, fim social este objetivado pela Constituição Federal de 1988 e pelo próprio Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei 8.069/90 em seu artigo 19. Exige, contudo, situações excepcionais: que os avós exerçam o papel de pais, não haja conflito familiar acerca da adoção e que represente reais vantagens ao adotando. A pesquisa se caracteriza como bibliográfica e documental.
PALAVRAS-CHAVE: Adoção; Avós; ECA; Proteção Integral; Família.

ABSTRACT: The article deals with the issue of the adoption of grandchildren by their grandparents, which is expressly prohibited in article 42, paragraph 1, of the Child and Adolescent Statute. Knowing that this legal provision is unconstitutional, the Fourth Panel of the Superior Court of Justice, on March 10,2020, unanimously issued in unprecedented decision where grandparents will be able to adopt their grandchildren in compliance with the principle of the best interest of the child and the adolescent, a social purpose objectified by the Federal Constitution of 1988 and by the Statute of Children and Adolescents. Law 8.069/90 in its article 19. However, it requires exceptional situations: that grandparents exercise the role of parents, no family conflict about adoption and grandparents exercise the role of parentes, no Family conflict about adoption and that representes real advantages to the adopte. The research is characterized as bibliographic and doucmentary.
KEYWORDS: Adoption; Grandparents; ECA; Full Protection; Family.

INTRODUÇÃO

O tema escolhido está articulado com as temáticas do GT "Concretização dos direitos sociais fundamentais, difusos e coletivos na sociedade contemporânea" no item da 'Proteção à maternidade, à infância e à juventude'. E uma das modalidades de proteção à infância e à juventude é o estatuto da adoção.

Adotar é um ato de amor ao próximo, ainda mais quando existe a possibilidade de que possa ser plenamente exercido pelos avós em relação aos seus netos. Os avós adotam com o objetivo de dar continuidade aos valores éticos e morais que carregam ao longo da história da família e com maior alegria e dedicação podem educar, dar carinho, respeito e amor aos seus netos. Não há como negar o que dizem popularmente, que os avós são pais duas vezes.

Em algumas famílias acontece que os papéis ficam diferenciados, quando aquele que seria o neto não se reconhece como neto, mas sim como filho do seu avô, inclusive chamando de pai/mãe. E por sua vez, aquele avô/avó assume o papel de mãe/pai do neto.

O presente artigo pretende demonstrar que é plenamente possível a adoção dos netos pelos avós e em situação excepcional como garantia do princípio da proteção integral da criança bem como do adolescente, embora o Estatuto da Criança e do Adolescente não reconheça tal possibilidade.

A pesquisa deste estudo é documental e bibliográfica.

1 A ADOÇÃO NO BRASIL

O instituto da adoção é um dos mais antigos que se tem notícia (DIAS, 2015, p. 480).

A existência de filhos não desejados, pais que assumem ou não o compromisso de criar sua prole, crianças afastadas do convívio de seus pais ou simplesmente abandonadas à própria sorte, maltratadas, violentadas retratam uma triste realidade que sempre existiu.

No entanto, há pessoas que desejam adotar crianças ou adolescentes para a formação de uma família, seja ela matrimonial, monoparental, homoparental, dentre outras.

A adoção é considerada um ato voluntário irrevogável, um direito civil e constitucional, devendo ser realizado dentro da lei, para garantir segurança jurídica tanto para adotante e adotado (SOUZA, 2019, p.1).

É um ato jurídico pelo qual, observados os requisitos legais, alguém estabelece, independentemente de qualquer relação de parentesco consanguíneo ou afim, um vínculo fictício de filiação, trazendo para a sua família, na condição de filho, pessoa que, geralmente lhe é estranha (DINIZ, 2009, p. 520).

Nesse sentido, Maria Berenice Dias (2015, p. 818) define que:

> A adoção cria um vínculo fictício de paternidade-maternidade-filiação entre pessoas estranhas, análogo ao que resulta da filiação biológica. [...] A adoção constitui um parentesco eletivo, por decorrer exclusivamente de um ato de vontade. Trata-se de modalidade de filiação construída no amor, na feliz expressão de Luiz Edson Fachin, gerando vínculo de parentesco por opção. A adoção consagra a paternidade socioafetiva, baseando-se não em fator biológico, mas em fator sociológico.

O Código Civil de 1916 chamava de simples a adoção tanto de maiores como de menores de idade, só podendo adotar quem não tivesse filhos. A adoção era levada a efeito por escritura pública e o vínculo de parentesco estabelecia-se somente entre o adotante e o adotado. A Lei 4.655/65 admitiu a chamada legitimação adotiva. Dependia de declaração judicial, era irrevogável e fazia cessar o vínculo de parentesco com a família natural. Posteriormente o Código de Menores (Lei 6.697/79), revogado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente substituiu a legitimação adotiva pela adoção plena, mas manteve o mesmo espírito, sendo o vínculo entre adotante e adotado estendido à família dos adotantes, de modo que o nome dos avós passou a constar no registro de nascimento do adotado, independentemente de consentimento expresso dos ascendentes (DIAS, 2015, p.480 - 481).

A Constituição Federal de 1988, no artigo 227, § 6º, consagrou o princípio da proteção integral, proibindo qualquer tipo de distinção entre filhos biológicos de filhos adotados (BRASIL, 1988).

Dois são os Tratados Internacionais incorporados à legislação brasileira que dispõem sobre a matéria de adoção e aos direitos da criança e do adolescente.

O primeiro é a Convenção Relativa à Proteção das Crianças e à Cooperação em Matéria de Adoção Internacional, mais conhecida como Convenção da Haia, reconhecendo que a adoção internacional pode apresentar a vantagem de dar uma família permanente a uma criança que não encontra uma família conveniente no seu Estado de origem. Convencidos da necessidade de adotar medidas para garantir que as ações internacionais devem ser feitas no interesse superior da criança e no respeito dos seus direitos fundamentais, assim como para prevenir o rapto, a venda ou o tráfico de crianças (CONFERÊNCIA DE HAIA, 1995):

> CAPÍTULO I
> Campo de Aplicação da Convenção
>
> *Artigo 1.º*
> A presente Convenção tem por objeto:
> a) estabelecer garantias para assegurar que as adoções internacionais sejam feitas no interesse superior da criança e no respeito dos seus direitos fundamentais, nos termos do direito internacional;
> b) estabelecer um sistema de cooperação entre os Estados contratantes que assegure o respeito dessas garantias, prevenindo assim o rapto, a venda ou o tráfico de crianças;
> c) assegurar o reconhecimento, nos Estados contratantes, das adoções realizadas de acordo com a Convenção.
> *Artigo 2.º*
> §1. A Convenção aplica-se sempre que uma criança, com residência habitual num Estado contratante ("O Estado de origem"), tenha sido, seja, ou venha a ser transferida para outro Estado contratante ("O Estado receptor"), seja após a sua adoção no Estado de origem por casal ou por pessoa residente habitualmente no Estado receptor, seja com o objetivo de ser adotadas no Estado receptor ou no Estado de origem.
> §2. A Convenção abrange unicamente as adoções que estabeleçam um vínculo de filiação.

O segundo é a Convenção sobre os Direitos da Criança que foi adotada pela Assembleia Geral da ONU em 20 de novembro de 1989 tendo entrado em vigor em 2 de setembro de 1990. É o instrumento de direitos humanos mais aceito na história universal. Foi ratificado por 196 países. Somente os Estados Unidos não ratificaram a Convenção. O Brasil ratificou a Convenção sobre os Direitos da Criança em 24 de setembro de 1990, reconhecendo que a criança, para o pleno e harmonioso desenvolvimento de sua personalidade, deve crescer no seio da família, em um ambiente de felicidade, amor e compreensão (UNICEF, 1990, p. 1).

Dispõe o artigo 19 do Estatuto da Criança e do Adolescente que a criança ou adolescente tem o direito de ser criado e educado no seio de sua família e, excepcionalmente, em família substituta. No mesmo sentido, o artigo 39 também do mesmo diploma legal dispõe que a adoção é medida à qual se deve recorrer apenas quando esgotados os recursos de manutenção da criança ou adolescente na família natural ou extensa (BRASIL, 1990).

De acordo com levantamento feito pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), 8,7 mil crianças e adolescentes em todo o país estão aptas para receber uma família, em meio a um total de 43,6 mil pessoas que constam como pretendentes no Cadastro Nacional de Adoção. Entre os adotados, mais de 73,48% são maiores de 5 anos, 65,85% são negras ou pardas, 58,52% possuem irmãos, 25,68% têm alguma doença ou deficiência. Já entre os adotantes cadastrados, 77,79% só aceitam crianças até 5 anos, 17% querem apenas crianças brancas, 63,27% optam por não adotar aquelas que têm doenças ou deficiências e 64,27% não estão abertos a receber irmãos (CNJ, 2018, p.1).

Para adotar uma criança ou adolescente um dos requisitos é ser maior de 18 anos e 16 anos mais velho que o adotado (MPPR, 2020, p.1).

No Brasil, muitos jovens são afastados de seus pais e familiares por falta de condições de crescerem e de serem educados em determinado lar. E para estes jovens quanto mais o tempo passa, menores são as chances de serem acolhidos por uma outra família. O acolhimento em instituições para menores deveria ser a exceção porque a solução é a família, mas não é o que acontece. Segundo o Cadastro Nacional de Adoção, existem mais pretendentes (adotantes) do que crianças e/ou adolescentes para serem adotados (BRASIL, 2013, p.1).

A adoção dos netos pelos avós (adoção avoenga) é vedada no artigo 42, § 1º, do Estatuto da Criança e do Adolescente. Entretanto, a proibição é inconstitucional e violenta a dignidade da pessoa humana e o princípio da proteção integral da criança e do adolescente. Os avós adotam com o objetivo de dar continuidade aos valores éticos e morais que carregam ao longo da história da família e com maior alegria e dedicação podem educar, dar carinho, respeito e amor. Não há como negar o que dizem popularmente, que os avós são pais duas vezes (ROMANO, 2020, p.1).

Apesar da vedação prevista no parágrafo 1º do artigo 42 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), a adoção pelos avós (adoção avoenga) é possível quando for justificada pelo melhor interesse do menor, como vai ser considerado a seguir.

2 O PRINCÍPIO FUNDAMENTAL DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Princípios jurídicos são:

> dentre as formulações deônticas de todo o sistema ético-jurídico, os mais importantes a serem considerados, não só pelo aplicador do Direito, mas por todos aqueles que, de alguma forma, ao sistema jurídico se dirijam. Assim, estudantes, professores, cientistas, operadores do Direito – advogados, juízes, promotores públicos etc. – todos têm de, em primeiro lugar, levar em consideração os princípios norteadores de todas as demais normas jurídicas existentes e nenhuma interpretação será bem feita se for desprezado um princípio. É que ele, como estrema máxima do universo ético-jurídico, vai sempre influir no conteúdo e alcance de todas as normas. (NUNES, 2007, p.19).

A partir da consagração da dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil (CF, art. 1º, III), estendeu-se à criança posição de valor central do

ordenamento (CF, art. 227, caput), cuja dignidade também deve ser objeto de proteção (GONÇALVES, 2011, p.1).

O princípio do melhor interesse da criança não se encontra expresso na Constituição Federal ou no Estatuto da Criança ou do Adolescente, sustentando a doutrina especializada ser ele inerente à doutrina da proteção integral (CF, art. 227, caput e ECA, art. 1º), da qual decorre o princípio do melhor interesse como critério hermenêutico e como cláusula genérica que inspira os direitos fundamentais assegurados pela Constituição às crianças e adolescentes (LAFER, 2015, p.13; FACHIN, 2008, p. 179).

Com efeito, a Constituição Federal dispõe em seu artigo 227:

> É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (BRASIL, 1988).

A Doutrina da Proteção Integral está alicerçada em três pilares: (I) a criança adquire a condição de sujeito de direitos; (II) a infância é reconhecida como fase especial do processo de desenvolvimento**;** (III) a prioridade absoluta a esta parcela da população passa a ser princípio constitucional, como se verifica do texto do artigo 227 da Constituição Federal (CRISTO, 2015, p.1).

No que tange às garantias fundamentais da criança e do adolescente trazidas pelo ECA, destacam-se três artigos (FERNANDES, 2019, p. 10-11):

> Art. 4º. É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária. [...]
>
> Art. 19. É direito da criança e do adolescente ser criado e educado no seio de sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente que garanta seu desenvolvimento integral. [...]
>
> Art. 100. Na aplicação das medidas levar-se-ão em conta as necessidades pedagógicas, preferindo-se aquelas que visem ao fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários. Parágrafo único. São também princípios que regem a aplicação das medidas: [...] X – Prevalência da família: na promoção de direitos e na proteção da criança e do adolescente deve ser dada prevalência às medidas que mantenham ou reintegrem na sua família natural ou extensa ou, se isto não for possível, que promovam a sua integração em família substituta. (BRASIL, 1990).

Sobre a proteção à criança, entende Heloísa Helena Gomes Barboza (2011, p. 836):

> Nessa linha, passa a criança a ter direito à vida, a um nome, à nacionalidade, a preservar sua identidade, à liberdade de expressão e opinião, devendo ser ouvida em todo processo judicial que lhe diga respeito, à liberdade de pensamento, de consciência, de crença, de associação, enfim, tem reconhecidos a dignidade inerente e os direitos iguais e inalienáveis de todos os membros da família humana. Observe-se que a educação não é mais um "direito dos pais", como referido na Constituição de Weimar, mas uma "responsabilidade primordial" dos pais (Convenção de 1989, art. 18, 1).

O Brasil ratificou a Convenção dos Direitos da Criança em setembro de 1990, tendo ela sido promulgada internamente pelo Decreto Executivo nº 99.710, em 21.11.90, com força de lei ordinária e apta a revogar o ECA naquilo que com ele conflitasse, a partir da aplicação do princípio segundo o qual norma posterior revoga anterior (MONACO, 2009, p. 467).

O princípio do melhor interesse estende-se a todas as relações jurídicas envolvendo os direitos das crianças e adolescentes, perdendo sentido a limitação própria do Código de Menores, que se aplicava somente às hipóteses de situação irregular, como bem ressalta em breves considerações sobre o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente a autora Camila de Jesus Melo Gonçalves (2011, p.1).

Em julgamento do Recurso Especial 1.607.472, assim entendeu o Ministro Herman Benjamin (STJ, 2016):

> A família, a sociedade e o Estado não podem falhar na formação humana das crianças, devendo propiciar meios para a formação de nossos futuros adultos. Nenhum interesse de caráter político-administrativo, especialmente os de índole discricionária, pode se sobrepor ao dever de tutela dos interesses infantis. Nesse sentido, acertadamente vem decidindo o Superior Tribunal de Justiça que no "campo dos direitos individuais e sociais de absoluta prioridade, o juiz não deve se impressionar nem se sensibilizar com alegações de conveniência e oportunidade trazidas pelo administrador relapso. Se um direito é qualificado pelo legislador como absoluta prioridade, deixa de integrar o universo de incidência da reserva do possível, já que a sua possibilidade é obrigatoriamente, fixada pela Constituição ou pela lei", como restou decidido pela 2ª Turma ao julgar o Recurso Especial 1.607.472/PE, Relator: Ministro Herman Benjamin**,** julgado em 15/9/2016. (STJ, 2016).

A proteção à criança deve ser de forma integral, isto é, abranger a todos os aspectos que impactam sobre a vida do infante: saúde, educação, lazer, desporto, cuidados especiais, dentre tantos outros (VALE, 2020, p.1).

Rose Melo Venceslau Meirelles (2006, p. 472) apresenta a seguinte lição:

> O princípio do melhor interesse da criança foi introduzido no ordenamento brasileiro como consequência da doutrina da proteção integral. Sua aplicação é requerida quando a peculiar situação da criança demanda uma interferência do Judiciário, Legislativo e Executivo. Trata-se de circunstâncias que envolvam a guarda e visita de filhos de pais separados, medidas socioeducativas, colocação em família substituta, dentre outras.

O princípio do interesse do menor obteve tamanha preeminência na seara do Direito de Família que passou a ser o elemento norteador dos ordenamentos, nesse âmbito. Assim, o legislador indicou que o Juiz e o Tribunal devem solucionar as divergências nesse campo, levando sempre em consideração o melhor interesse da criança. A adoção do princípio é opção pelo favorecimento de um determinado valor, estabelecendo a busca desse melhor interesse da criança e do adolescente como um preceito geral, de largo alcance, que deverá orientar o aplicador do Direito sempre que ele tiver que enquadrar um fato concreto humano que envolva menores em uma norma jurídica, amenizando muitas vezes o rigor da lei, de forma a satisfazer as necessidades sociais de proteção integral à população infanto-juvenil, e guiando-o também nos casos em que a lei for omissa, obscura ou lacunosa, mas que ele não pode se eximir de julgar e sentenciar (CRISTO, 2015, p.1).

O Princípio 6° da Declaração Universal dos Direitos da Criança e do Adolescente (ONU, 1959) afirma que:

> para o desenvolvimento completo e harmonioso de sua personalidade, a criança precisa de amor e compreensão. Criar-se-á sempre que possível, aos cuidados, e sob a responsabilidade dos pais, e em qualquer hipótese, num ambiente de afeto e de segurança moral e material [...].

A família representa o agente socializador do ser humano. E a ausência de família, a carência de amor e de afeto comprometem o desenvolvimento da criança e do adolescente. A adoção, mais do que uma questão jurídica, constitui-se em uma postura diante da vida, uma opção, escolha, um ato de amor (AZAMBUJA, 2001, p.163)

Em atendimento ao melhor interesse da criança e do adolescente, não há nada que justifique a impossibilidade de adoção dos netos pelos avós.

3 A ADOÇÃO E A POSSIBILIDADE DO EXERCÍCIO PELOS AVÓS: SITUAÇÕES EXCEPCIONAIS

A adoção realizada pelos avós é denominada ‘adoção avoenga’. O Estatuto da Criança e do Adolescente proíbe expressamente a adoção avoenga, buscando preservar cada um dos integrantes na sua posição dentro da família. Contudo, quando se consideram algumas famílias percebe-se que os papéis ficam diferenciados, e assim, aquele que seria o neto não se reconhece como neto, mas sim como filho do seu avô, inclusive chamando-o/a de pai/mãe. E, por sua vez, aquele avô/avó assume o papel de mãe/pai do neto. Não se trata de arcar com as despesas materiais, ajudando economicamente na criação dos netos, mas, mais do que isso, trata-se da representatividade familiar (VILAS-BÔAS, 2020, p.1).

Na atual construção do ordenamento jurídico brasileiro, esta opção ainda é expressamente vedada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, que dispõe em seu art. 42 que “podem adotar os maiores de 18 (dezoito) anos, independentemente do estado civil. §1º Não podem adotar os ascendentes e os irmãos do adotando” (BRASIL, 1990).

Essa vedação emergiu com a prática constante da população em tentar fraudar a seguridade social. Mediante ela os proventos se manteriam na família com a morte dos avós. Somado a isto, por se tratar de um filho adotado que, a partir da Magna Carta de 1988, adquiriu os mesmos direitos dos filhos biológicos, a Previdência Social não poderia recusar de dar este benefício (FERNANDES, 2019, p.19).

Nesse sentindo, há o entendimento da doutrina, nas lições de Madaleno (2018, p.59):

> A adoção por um avô, além de ensejar a confusão familiar do neto transmudado em irmão de seu pai, nada modifica em referência à principal função do instituto da adoção, de criar laços afetivos, porque esses vínculos de afeto já existem entre avós e netos, e tampouco com o propósito de formar uma família substituta a quem não a tem, circunstância igualmente inocorrente no caso dos netos adotados por avós.

Seguindo o mesmo entendimento:

> A referida vedação encontra respaldo em grande parcela da doutrina, que, de modo geral, defende que, sendo a adoção uma das modalidades de colocação da criança em família substituta, naturalmente o acolhimento de um neto pelos avós não poderia ser realizado através desse instituto, tendo em vista o caráter de excepcionalidade que lhe é atribuído pelo ordenamento jurídico. Em casos tais, a situação deveria ser regularizada através dos institutos da guarda ou tutela, suficientes para resguardar os interesses de um infante à falta ou impedimento dos pais, mantendo-se o equilíbrio das relações de parentesco, patrimoniais e sucessórias. (GOMES, 2018, p.13).

Na mesma linha de pensamento, Gomes (2018, p. 13) cita doutrinadores como Guilherme de Souza Nucci, Galdino Augusto Coelho, Cristiano Chaves de Farias, Nelson Rosenvald, Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona, favoráveis à vedação da adoção avoenga.

Argumento contrário à adoção pelos avós (e irmãos) mais compatível com um Direito das Famílias em sua leitura contemporânea é o apresentado por Digiácomo e Digiácomo, por ressaltar a falta de real vantagem ao adotando (GOULART FILHO, 2016, p.137):

> O deferimento da adoção aos ascendentes e irmãos do adotando não lhe traria qualquer vantagem (o que de per se já se constituiria em impeditivo para a concretização da medida, ex vi do disposto no art. 43, do ECA), podendo em contrapartida lhe trazer prejuízos, seja devido à "confusão".decorrente da transformação de avós e irmãos em "pais", seja em razão da perda dos direitos sucessórios em relação a seus pais biológicos. Para o amparo de crianças e adolescentes afastados do convívio dos pais junto a seus irmãos, suficiente e mais adequado o emprego dos institutos da guarda ou tutela, que não importam no rompimento de vínculos com seus pais biológicos, tal qual ocorre com a adoção. (DIGIÁCOMO; DIGIÁCOMO, 2010, p.52).

Na atual conjuntura, a aplicabilidade fria do artigo 42, § 1º, do ECA, tem caráter inconstitucional em alguns casos, na medida em que ela atenta contra a dignidade da pessoa humana e o princípio da proteção integral da criança e do adolescente (TALAVERA, 2016, p.1). Na mesma linha se posiciona Danielle Pereira Fernandes:

> [...] a criança deve permanecer em seu lar natural, a fim de manter vivo o elo de afinidade e afetividade já construído, bem como a expõe a um ambiente conturbado, onde a mesma ficará à mercê de um sistema de adoção burocrático e moroso, que privilegia crianças de até cinco anos. Contudo, antes de iniciar uma análise principiológica e hermenêutica do ordenamento jurídico brasileiro, no que tange a questão da adoção avoenga, faz-se necessário verificar a crescente atuação dos avós na construção familiar. (FERNANDES, 2019, p. 20).

O Estatuto da Criança e do Adolescente contradiz a Constituição Federal de 1988 e o seu próprio conteúdo porque defende a proteção integral da criança e do adolescente, afirmando que o infante deve permanecer com sua família natural ou extensa e, excepcionalmente, ser transferido para uma família substituta. Entretanto, traz medida expressa que contraria claramente esta normativa e, como dito anteriormente, o contexto para a inserção desta medida foi patrimonial sobressaindo a um direito fundamental. Frisa-se que o que deve ser buscado é o melhor interesse do infante (FERNANDES, 2019, p. 23-24).

Apesar da vedação prevista no parágrafo 1º do artigo 42 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), a adoção pelos avós (adoção avoenga) é possível quando for justificada pelo melhor interesse do menor.

Em decisão inédita proferida pela Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça no dia 10 de março de 2020, por unanimidade, através do relator Luiz Felipe Salomão, os avós a partir de agora e em situações excepcionais poderão adotar seus netos em atendimento ao princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, fim social este objetivado pela Constituição de 1988 e pela Lei 8.069/90. Porém, exige situação excepcional (MARUCO, 2020, p.1):

> RECURSO ESPECIAL Nº 1.587.477 - SC (2016/0051218-8)
>
> RELATOR: MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO
>
> RECORRENTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA
>
> EMENTA RECURSO ESPECIAL. ADOÇÃO DE MENOR PLEITEADA PELA AVÓ PATERNA E SEU COMPANHEIRO (AVÔ POR AFINIDADE). MITIGAÇÃO DA VEDAÇÃO PREVISTA NO § 1º DO ARTIGO 42 DO ECA. POSSIBILIDADE.
> 1. A Constituição da República de 1988 consagrou a doutrina da proteção integral e prioritária das crianças e dos adolescentes, segundo a qual tais "pessoas em desenvolvimento" devem receber total amparo e proteção das normas jurídicas, da doutrina, jurisprudência, enfim de todo o sistema jurídico.
> 2. Em cumprimento ao comando constitucional, sobreveio a Lei 8.069/90 – reconhecida internacionalmente como um dos textos normativos mais avançados do mundo –, que adotou a doutrina da proteção integral e prioritária como vetor hermenêutico para aplicação de suas normas jurídicas, a qual, sabidamente, guarda relação com o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, que significa a opção por medidas que, concretamente, venham a preservar sua saúde mental, estrutura emocional e convívio social.
> 3. O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente tem por escopo salvaguardar "uma decisão judicial do maniqueísmo ou do dogmatismo da regra, que traz sempre consigo a ideia do tudo ou nada" (PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Dicionário de direito de família e sucessões. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 588/589).
> 4. É certo que o § 1º do artigo 42 do ECA estabeleceu, como regra, a impossibilidade da adoção dos netos pelos avós, a fim de evitar inversões e confusões (tumulto) nas relações familiares – em decorrência da alteração dos graus de parentesco –, bem como a utilização do instituto com finalidade meramente patrimonial.
> 5. Nada obstante, sem descurar do relevante escopo social da norma proibitiva da chamada adoção avoenga, revela-se cabida sua mitigação excepcional quando: (i) o pretenso adotando seja menor de idade; (ii) os avós (pretensos adotantes) exerçam, com exclusividade, as funções de mãe e pai do neto desde o seu nascimento; (iii) a parentalidade socioafetiva tenha sido devidamente atestada por estudo psicossocial; (iv) o adotando reconheça os – adotantes como seus genitores e seu pai (ou sua mãe) como irmão; (v) inexista conflito familiar a respeito da adoção; (vi) não se constate perigo de confusão mental e emocional a ser gerada no adotando; (vii) não se funde a pretensão de adoção em motivos ilegítimos, a exemplo da predominância de interesses econômicos; e (viii) a adoção apresente reais vantagens para o adotando. Precedentes da Terceira Turma.
> 6. Na hipótese dos autos, consoante devidamente delineado pelo Tribunal de origem: (i) cuida-se de pedido de adoção de criança nascida em 17.3.2012, contando, atualmente, com sete anos de idade; (ii) a pretensão é deduzida por sua avó paterna e seu avô por afinidade (companheiro da avó há mais de trinta anos); (iii) os adotantes detém a guarda do adotando desde o seu décimo dia de vida, exercendo, com exclusividade, as funções de mãe e pai da criança; (iv) a mãe biológica padece com o vício de drogas, encontrando- se presa em razão da prática do crime de tráfico de entorpecentes, não tendo contato com o filho desde sua tenra idade; (v) há estudo psicossocial nos autos, atestando a parentalidade socioafetiva entre os adotantes e o adotando; (vi) o lar construído pelos adotantes reúne as condições necessárias ao pleno desenvolvimento do menor; (vii) o adotando reconhece os autores como seus genitores

> e seu pai (filho da avó/adotante) como irmão; (viii) inexiste conflito familiar a respeito da adoção, contra qual se insurge apenas o Ministério Público estadual (ora recorrente); (ix) o menor encontra-se perfeitamente adaptado à relação de filiação de fato com seus avós; (x) a pretensão de adoção funda-se em motivo mais que legítimo, qual seja, desvincular a criança da família materna, notoriamente envolvida em criminalidade na comarca apontada, o que já resultou nos homicídios de seu irmão biológico de apenas nove anos de idade e de primos adolescentes na guerra do tráfico de entorpecentes; e (xi) a adoção apresenta reais vantagens para o adotando, que poderá se ver livre de crimes de delinquentes rivais de seus parentes maternos.
> 7. Recurso especial a que se nega provimento. (STJ, 2020).

Um dos argumentos citados pelo Ministro Luiz Felipe Salomão em sua decisão foi a de que (STJ, 2020, p. 11-12):

> [...] o artigo 5º da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro (Decreto-Lei 4.657/42) preceitua que, "na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum". Tal comando foi parcialmente reproduzido no artigo 6º do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90), que assim dispõe: Art. 6º Na interpretação desta Lei levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento (STJ, 2020).

Entre as condições para isso, Salomão destacou a necessidade de que o pretenso adotando seja menor de idade; que os avós exerçam o papel de pais, com exclusividade, desde o nascimento da criança; que não haja conflito familiar a respeito da adoção e que esta apresente reais vantagens para o adotando (VILAS-BÔAS, 2019, p.1).

Assim, a superação dessa proibição não decorre de ativismo judicial, mas de um dever imposto ao julgador intérprete de salvaguardar o melhor interesse da criança e conferir uma ponderação equilibrada e concatenada da vontade social exercida pela atuação do legislador (VITAL, 2020, p.1).

Os avós desempenham um papel importante na vida de seus netos e esta decisão inédita que reconhece o direito à adoção avoenga representa uma verdadeira restruturação familiar, onde além do afeto, estará, de fato, em consonância com o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente.

CONCLUSÃO

A relação entre avós e netos é de puro afeto e essa interação favorece na formação do indivíduo, sobretudo quando se trata de criança ou de adolescente em formação.

O Brasil é signatário de diversos Tratados Internacionais de Direitos Humanos e a nossa Constituição, dentre inúmeros dispositivos, traz a previsão da proteção dos direitos da criança e do adolescente e o princípio do melhor interesse.

Contudo, o Estatuto da Criança e do Adolescente contraria dispositivo constitucional em seu artigo 42, inciso I, quando veda expressamente a possibilidade de adoção dos netos pelos avós. A maioria dos doutrinadores ainda segue este entendimento, argumentando tratar- se de confusão na estrutura familiar.

No dia 10 de março de 2020, a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, em decisão inédita e por unanimidade reconheceu a possibilidade de adoção dos netos pelos avós como garantia de proteção dos interesses do menor e, sobretudo, definindo que a situação poderá apenas ocorrer em situações excepcionais.

Esta decisão contribui para que futuramente muitas situações que envolvam avós e netos sejam normalizadas, sobretudo com a opção de se obter a guarda ou a tutela ou a adoção, regularizando situações de fato e dando maior efetividade às relações protegidas pelo Direito de Família.

REFERÊNCIAS

AMARAL JUNIOR, Alberto do; JUBILUT, Liliana Lyra (org.). **O STF e o direito internacional dos direitos humanos**. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

AZAMBUJA, Maria Regina Fay de. **Adoção**: um ato de amor. Direito de Família e Interdisciplinaridade. Curitiba: Juruá, 2001.

BARBOZA, Heloisa Helena. Melhor interesse da criança e do adolescente (princípio do). *In*: TORRES, Ricardo Lobo; KATAOKA, Eduardo Takemi; GALDINO, Flávio (org.). **Dicionário de princípios jurídicos**. Rio de Janeiro: Elsivier, 2011.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 1990.
BRASIL. Planalto. **Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm#art266. Acesso em: 20 set. 2020.

BRASIL. Senado Federal. **Realidade brasileira sobre adoção**. 2013. Disponível em: https://www.senado.gov.br/noticias/Jornal/emdiscussao/adocao/realidade-brasileira-sobre-adocao.aspx. Acesso 20 set.2020.

CONFERÊNCIA DA HAIA de Direito Internacional Privado. **A Convenção Relativa à Proteção das Crianças e a cooperação em matéria de adoção internacional**. 01 maio 1995. Disponível em: http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Crian%C3%A7a/convencao-relativa-a- protecao-das-criancas-e-a-cooperacao-em-materia-de-adocao-internacional.html. Acesso em: 30 set.2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Dia da adoção: 8,7 mil crianças a espera de uma família no cadastro nacional do CNJ. **CNJ**, 24 maio 2018. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/dia-da-adocao-8-7-mil-criancas-a-espera-de-uma-familia-no-cadastro-nacional-do-cnj/. Acesso em: 02 out. 2020.

CRISTO, Isabela. Adoção por casais homoafetivos e o melhor interesse da criança. **Ibdfam**, 10 jun. 2015. Disponível em: https://www.ibdfam.org.br/artigos/1043/Ado%C3%A7%C3%A3o+por+casais+homoafetivos+e+o+melhor+interesse+da+crian%C3%A7a. Acesso em: 20 set.2020.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 10. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

DIGIÁCOMO, Murillo José; DIGIÁCOMO, Ildeara de Amorim**. Estatuto da Criança e do Adolescente Anotado e Interpretado**. Curitiba: Ministério Público do Estado do Paraná, 2010.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil**. Direito de Família, 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

FACHIN, Luiz Edson. O princípio do melhor interesse da criança e a suspensão da extradição de genitora de nacionalidade estrangeira. *In*: **Questões de Direito Civil Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

FERNANDES, Danielle Pereira. **A possibilidade da adoção avoenga frente ao princípio da efetividade**. 2019. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) – Centro Universitário São Lucas, Ji-Paraná, 2019. Disponível em: http://repositorio.saolucasjiparana.edu.br:8080/bitstream/123456789/81/1/Danielle%20Pereira%20Fernandes%20-%20A%20possibilidade%20da%20ado%C3%A7%C3%A3o%20avoenga%2C%20frente%20o%20princ%C3%ADpio%20da%20afetividade.pdf. Acesso em: 02 out.2020.

GOMES, Marcelo Winter. Adoção avoenga: primazia do afeto sobre a formalidade. **Caderno IEP/MPRJ**, v. 1, n. 1, p. 1-32, jun. 2018. Disponível em: http://rj.consumidorvencedor.mp.br/documents/221399/353479/Adoao_Avoenga_Marcelo_Winter_Caderno_IEP_MPRJ_Junho_2018.pdf>. Acesso em: 20 set. 2020.

GONÇALVES, Camila de Jesus Mello. Breves considerações sobre o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. **Revista Brasileira de Filosofia**, v. 236, jan./jun. 2011. Disponível em: http://www.editoramagister.com/doutrina_23385195_BREVES_CONSIDERACOES_SOBRE_O_PRINCIPIO_DO_MELHOR_INTERESSE_DA_CRIANCA_E_DO_ADOLESCENTE.aspx. Acesso em: 26. set. 2020.

GOULART FILHO, Antonio Cezar Quevedo de. **Relação avoenga**: apreensão jurídica e expressão eficacial na senda das vulnerabilidades. 2016. 195 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2016. Disponível em: https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/44733/R%20-%20D%20-%20ANTONIO%20CEZAR%20QUEVEDO%20GOULART%20FILHO.pdf?sequence=1&isAllowed=y Acesso em 29 set.2020.

LAFER, Celso. **A internacionalização dos direitos humanos.** Barueri: Manole, 2015.

MADALENO, Rolf. **Direito de Família.** 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

MARUCO, Fábia de Oliveira Rodrigues. **A adoção dos netos pelos avós**. Disponível em: http://www.rededeconselhos.com/blog/2020/08/31/podcast-legal-a-adocao-dos-netos-pelos-avos/. Acesso em 02 out.2020.

MEIRELLES, Rose Melo Vencelau. O Princípio do Melhor Interesse da Criança. *In*: MORAES, Maria Celina Bodin de (coord.). **Princípios do Direito Civil Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO PARANÁ (MPPR). **Quem pode adotar?** Disponível em: http://mppr.mp.br/pagina-6099.html#:~:text=posso%20me%20arrepender%3F-,%2DQuem%20pode%20adotar%3F,o%20adolescente%20que%20pretende%20adotar.. Acesso em: 02 out.2020.

MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. O Direito Internacional dos Direitos Humanos da Criança e do Adolescente e a Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. *In*: AMARAL JUNIOR, Alberto do. JUBILUT, Liliana Lyra (org.). **O STF e o direito internacional dos direitos humanos**. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 443-467.

NUNES, Luiz Antônio Rizzatto**. O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana**. São Paulo: Saraiva, 2007.

ONU. **Declaração Universal dos Direitos da Criança**. 20 nov. 1959. Disponível em: http://crianca.mppr.mp.br/pagina-1069.html#:~:text=Princ%C3%ADpio%206%C2%BA&text=Criar%2Dse%2D%C3%A1%2C%20sempre,n%C3%A3o%20ser%C3%A1%20apartada%20da%20m%C3%A3e. Acesso em: 10 set. 2020.

ROMANO, Rogério Tadeu. A possibilidade de adoção dos netos pelos avós. **Jus**, mar. 2020. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/80093/a-possibilidade-de-adocao-dos-netos-pelos-avos. Acesso em 30 set.2020.

SOUZA, Maciana de Freitas e. **Adoção tardia na realidade brasileira. Justificando**, 25 maio 2019. Disponível em: http://www.justificando.com/2019/05/25/a-adocao-tardia-na-realidade-brasileira/#:~:text=A%20ado%C3%A7%C3%A3o%20%C3%A9%20considerada%20um,quem%20%C3%A9%20adotada(o).&text=Cuidar%20para%20que%20os%20direitos,o%20primeiro%20passo%20nesse%20processo. Acesso em: 02 out.2020.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial. **REsp nº 1.587.477**. Relator: Ministro Luiz Henrique Salomão. 29 abr. 2011. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1907263&num_registro=201600512188&data=20200827&formato=PDF. Acesso em: 20 set.2020.

TALAVERA, Vera Mônica de Almeida. Tribunais reconhecem possibilidade de adoção por avós. **Conjur**, 29 jul. 2016. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2016-jul-29/vera-talavera-adocao-avos-proibicoes-possibilidades#:~:text=Tribunais%20reconhecem%20possibilidade%20de%20ado%C3%A7

%C3%A3o%20por%20av%C3%B3s&text=Adotar%20%C3%A9%20muito%20mais%20do,ou%20a%20mesma%20carga%20gen%C3%A9tica.&text=Trata%2Dse%20tamb%C3%A9m%20do%20ato,de%20uma%20filia%C3%A7%C3%A3o%20de%20sangue.. Acesso em: 01 out.2020.

UNICEF. **Convenção sobre os direitos da criança**. 2 set. 1990. Disponível em: https://www.unicef.org/brazil/convencao-sobre-os-direitos-da-crianca. Acesso em: 30 set. 2020.

VALE, Horácio Eduardo Gomes. O princípio do melhor interesse da criança. **Jus**, 17 abr. 2020. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/81317/principio-do-melhor-interesse-da- crianca/2. Acesso em 01 out.2020.

VILAS-BÔAS, Renata. Adoção avoenga: uma possível realidade. **Estado de Direito**, 24 mar. 2020. Disponível em: http://estadodedireito.com.br/adocao-avoenga-uma-possivel-realidade/. Acesso em: 20 set.2020.

VITAL, Danilo. STJ admite adoção dos avós para desvincular criança de lastro criminal. **Conjur**, 28 ago. 2020. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2020-ago-28/stj-admite-adocao-avos-desvincular-crianca-lastro-criminal. Acesso em: 29 set.2020.

GT 2 - 2
CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS FUNDAMENTAIS, DIFUSOS E COLETIVOS NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA II

Coordenadores:
Prof. Dr. Pablo Jiménez Serrano (UNISAL)
Prof. Dr. Zulmar Fachin (Faculdades Londrina)
Prof. Ms. Gianfranco Silva Caruso (UNISAL)

A DIGNIDADE HUMANA FRENTE AS NOVAS TECNOLOGIAS: UMA ANÁLISE CENTRADA NO FUTURO DO TRABALHO

Helíssia Coimbra de Souza
Especialista em Direito Digital – Faculdade CERS. Mestranda em Direitos Fundamentais – PPGDF | Unama

RESUMO: A presente pesquisa tem como proposta uma análise reflexiva das tecnologias nas múltiplas formas de trabalho, observando as realidades formais das empresas e modelos de negócios independentes das *startups*. O tom conciliador que prepondera nas formas de resolução dos desafios enfrentados permeia o artigo, aclarando as situações evidenciadas no trabalho subordinado e independente a luz do princípio da dignidade humana. As tecnologias utilizadas de modo sem precedentes nos diversos estágios de realização das atividades laborais são observadas com potencial agregador, retirando os rigores da automação exclusiva, mas otimizando os afazeres dos trabalhadores. A contemporaneidade que atingiu o ápice do dataísmo é observada na cidadania física e virtual, onde o gerenciamento das informações possibilita destinar recursos com precisão para a educação e crescimento profissional, resultando em maior igualdade de acesso as formas laborais, garantindo sustento individual e colaboração mútua. Por fim, o presente artigo objetiva expor as atividades futuristas que garantem o renovo sustentável do trabalho, colocando tecnologia a serviço das pessoas.
PALAVRAS-CHAVE: Dignidade humana; tecnologias; futuro; trabalho.

ABSTRACT: The present research has as a proposal a reflexive analysis of technologies in the multiple forms of work, observing the formal realities of companies and business models independent of startups. The conciliatory tone that prevails in the ways of solving the challenges faced permeates the article, clarifying the situations evidenced in subordinate and independent work in the light of the principle of human dignity. The technologies used in an unprecedented way in the various stages of work activities are observed with potential aggregator, removing

the rigors of exclusive automation, but optimizing the tasks of workers. The contemporaneity that has reached the apex of dataism is observed in physical and virtual citizenship, where information management makes it possible to allocate resources precisely for education and professional growth, resulting in greater equality of access to working forms, ensuring individual sustenance and mutual collaboration. Finally, this article aims to expose the futuristic activities that guarantee the sustainable renewal of work, putting technology at the service of people.
KEYWORDS: Human dignity; technologies; future; job.

INTRODUÇÃO

No começo da história humana pequenos grupos organizavam-se de modo a satisfazer necessidades básicas e tornar o cotidiano funcional frente às imposições da natureza. Contudo, o ciclo da vida impulsionado pelas inovações trouxe cenários de integração além-fronteiras, e, como consequência, possibilidades inimagináveis para trabalho e geração de renda. O íntimo movido pelas descobertas, alinhado com as necessidades ambientais que se modificavam intensamente impôs deslocamentos e formação de novos núcleos, originando as primeiras tribos urbanas.

Os experimentos e potencialização das múltiplas inteligências humanas criaram um cotidiano de coexistência com máquinas, transpondo para o desenvolvimento de tecnologias informacionais, atingindo o ápice com os sistemas de informação e robôs. No âmbito laboral, especialmente, são notórias as divisões das tarefas e até substituições de indivíduos, ocasionando um cenário de crise pelas demissões em massa sem capacitação desses indivíduos para o desempenho de outras atividades ainda não afetas pelas tecnologias artificiais.

Observadas as referidas inovações sem precedentes, um ponto de equilíbrio é almejado com vistas a diferenciar, efetividade no desenvolver das funções, dos bens comuns que perpassam os processos produtivos e a oferta de serviços. Pela fraca sensibilidade para acompanhar o dinamismo informacional, novas estratégias em âmbito do direito digital vêm sendo fomentadas no sentido de remanejar os trabalhadores, bem como, ponderar práticas futuras com os vastos ecosistemas das *startups*, que mesmo nos casos que não ocasionam substituição, ofuscam a dignidade do trabalhador pela ausência de relações efetivas entre desenvolvedores e cadastrados, bem como, rasas bases legais, sendo o Marco Regulatório ainda em expansão, sem apresentar definições precisas para às intercorrências já evidenciadas.

A sociedade contemporânea demanda a projeção de novos ofícios para atender seus anseios, bem como, assertividade e otimização na execução destas atividades. O potencial humano, apesar de estar desenvolvido a nível geracional *alpha*, qual seja, imersão nas inovações desde a primeira infância, não consegue alcançar os dados e sistematizá-los na prática como uma inteligência artificial. Verifica-se que, apesar das limitações quanto a realização de múltiplos comandos e ausência afetiva, um sistema artificial quando bem programado consegue executar uma mesma tarefa por jornada superior a humana, além da incapacidade de exercer ilicitamente comandos estabelecidos.

Os empregadores e profissionais liberais, no sentir urgente de atuar com solidez e expansão das suas atividades, preferencialmente escolhem tecnologias robóticas e sistemas de informação ao invés de colaborações humanas. A realidade instável que vivencia-se no mundo em consequências dos fatores econômicos é agravada pela redução na admissão de forças individuais, resultando impactos na dignidade humana e mínimo existencial, sendo notável o aumento sem precedentes de famílias que não recebem um salário, e vendo as carências na capacidade comparadas com os sistemas de inteligência artificial, acabam por recorrer a formas de sustento degradantes ou ilícitas.

O presente artigo objetiva, conforme exposto anteriormente, promover uma análise reflexiva quanto o direito humano fundamental ao trabalho, mensurando os impactos que as tecnologias de informação e inteligências artificiais vem ocasionando na colaboração, ou substituição do labor de indivíduos, sendo as estratégias existentes revisadas para garantir que o capital da efetividade no trabalho não diminua o capital humano do bem-estar e dignidade. Assim, o tom ponderado que marca o tripé direito, inovação e múltiplas inteligências faz-se presente no decorrer do artigo, sendo a metodologia hipotética-dedutiva utilizada de forma estratégica para fomentar os debates quanto às potenciais partilhas entre humanos e robôs.

1 A EVOLUÇÃO DO DIREITO SOCIAL AO TRABALHO

A humidade organizou-se de modo a romper fronteiras e promover o relacionamento interpessoal com alcance mundial, contudo, a ausência de regramentos acordados mutuamente originou a sociedade dos riscos quanto a guerras, genocídios e estigmas ao cotidiano das comunidades que não conseguiam ter pertencimento nessas transformações. A teoria dos direitos humanos fora projetada no final da Segunda Guerra mundial, em 1945, com o objetivo de estabelecer princípios e valores comuns, sendo a Organização das Nações Unidas uma âncora no tocante as análises dos acordos de paz e situações conflituosas a nível global.

Os ideais do pós-positivismo, qual seja, a hermenêutica dos acontecimentos sociais para além do que é legalmente aceitável, buscando atender as peculiaridades que cada caso apresenta, foi um marco jurídico na solução mais harmoniosa para casos de maior complexidade. Assim, a mentalidade afetada pelos efeitos degradantes da Segunda Guerra e genocídios isolados, trouxe a conclusão da necessidade imprescindível de se ter uma Declaração Universal dos Direitos Humanos, alicerçada em 1948, bem como, a compreensão "da importância constitucional para a ciência do direito e cumprimento dos princípios de cada país, evitando conflitos internos que evoluíssem para outras esferas" (MARMELSTEIN, 2019).

A evolução histórica dos direitos humanos na esfera privada, que juntos culminaram na concepção da dignidade humana como fator inerente a uma sobrevivência propositiva, foram elevados para uma segunda dimensão, sendo aclarado o entendimento coletivo que a economia, organização social e cultura do século XIX precisavam firmar o estado do bem estar social (*welfare state*) onde "sem afastar os anseios individuais do capitalismo, o Estado compromete-se a promover igualdade e condições mínimas para que cada indivíduo externe seus potenciais por meio de trabalhos justos e favoráveis" (MARMELSTEIN, 2019). Assim, posto pela referendada Declaração Universal dos Direitos Humanos:

> Artigo 23
> 1. Todo ser humano tem direito ao trabalho, à livre escolha de emprego, a condições justas e favoráveis de trabalho e à proteção contra o desemprego.
> 3. Todo ser humano que trabalha tem direito a uma remuneração justa e satisfatória que lhe assegure, assim como à sua família, uma existência compatível com a dignidade humana e a que se acrescentarão, se necessário, outros meios de proteção social.

Os primeiros ideais de equilíbrio nas relações sociais, ainda que observados de forma tímida na Constituição de Weimar em 1919, tiveram importância para a postulação da tutela dos bens coletivos no status global, sendo o trabalho firmado como instrumento para cada indivíduo formar sua identidade enquanto cidadão útil e participativo nas dinâmicas de desenvolvimento pessoal e local. No cenário brasileiro, a referida Constituição de Weimar foi inspiradora para a Carta Magna de 1988, sendo o Capítulo II, artigo 7º dedicado exclusivamente para tratar das relações de emprego e renda, bem como, positivar todas as formas de estruturação dos trabalhadores para melhorar a condição social das funções desenvolvidas. A base legislativa fundamental assim pontua:

> Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

> XX - proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei;
> XXVI - reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho;
> XXVII - proteção em face da automação, na forma da lei;

As bases jurídicas foram elevadas com o conceito *get in the loop*, sendo este fomentador da cidadania a nível global em que, para além das normas, o humanismo será o mensurador das evoluções na seara laboral, colocando as tecnologias a serviço dos trabalhadores. Por todo exposto, na sociedade informatizada que vivenciamos, não há possibilidades de retrocesso frente aos avanços das múltiplas tecnologias, mas abertura para diálogos e proposituras estratégicas que coloquem as inteligências artificiais de modo agregador aos trabalhadores, e não excludentes, com especial atenção para os cenários em que o direito humano fundamental ao trabalho envolve grupos minoritários.

2 A TRANSFORMAÇÃO DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E SEUS DESAFIOS

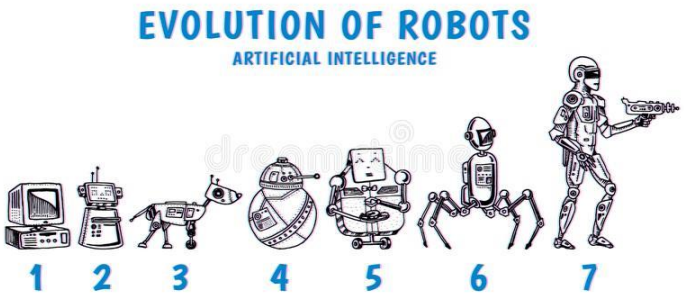
O ser humano coexistia em comunidades determinadas, aprendendo a aprender com as vivências naturais e estímulos laborais de semelhantes. A urbanização em crescente, transpondo para os processos de integração além-fronteiras, originou em 1956 o campo de pesquisa em inteligência artificial, tendo como base um computador digital programável. As práticas experimentais isoladas alinharam-se com a internet em 1980, passando as múltiplas inteligências a serem utilizadas para atividades que auxiliassem os seres humanos na reunião de páginas e documentos digitalizados, evoluindo para os conceitos de grande rede social democrática, até o ápice dos dados utilizados para elaboração de atividades educativas e laborais.

O histórico da inteligência artificial está embasado na Lei da Aceleração do Retorno, sendo definido pela vanguardista Patrícia Peck que “os avanços proporcionados pelas tecnologias são funcionais, mas eles não significam progresso, pois há atividades a serem desempenhadas que necessitam do *face to face*, e isso é essencialmente humano” (PECK, 2017). A trajetória embasada neste marco teórico considera que a inteligência artificial está projetada em três fases, sendo elas: crescimento inicial lento, expansão atual e com padrões disruptivos, culminado em um nivelamento futuro, sendo a consciência da manutenção do ciclo da vida o grande ponderador na utilização das múltiplas inteligências.

O vasto campo da inteligência artificial está estruturado em três categorias: estreita, geral ou forte, e a superinteligência. No ano de 1956 os fabricantes definiram atividades específicas e

maçantes, sendo consideradas disfuncionais a longos períodos para serem realizadas por trabalhadores, além de ocasionarem baixa produtividade nas indústrias, assim, buscava-se a programação aperfeiçoada em uma área para utilização da inteligência artificial. Na crescente evolução, em 1984, começaram a ser projetadas múltiplas tecnologias com nível geral ou forte, sendo as capacidades do cérebro humano mensuradas por testes em placas, inseridas nas máquinas programadas para externar as capacidades de compreensão dos robôs. A contemporaneidade da imersão tecnológica prepara-se para uma superinteligência, na ciência, sabedoria geral e habilidades sociais.

Figura 1: Linha evolutiva da inteligência artificial



Fonte: (BALYTSKYI, 2019)

As demandas sociais tornam-se cada dia mais heterogêneas e intensificadas, o que leva ao uso e aprimoramento em constância de tecnologias, desde dispositivos portáteis, até robôs que atuam com obediência aos comandos das áreas de atuação. O processo de automação não fora mediado por bases legais e decisões sensatas, ocasionando desafios para a manutenção dos postos de trabalho ou criação de oportunidades proporcionais de empregabilidade em outros fazeres. Na geração que coexiste em realidades eletrônicas e físicas, aclara-se a consciência da necessidade de agir com cautela, tendo em vista que o estágio de inteligência artificial forte já pode ser observado, e sua evolução culminará na autoprogramação dessas múltiplas tecnologias, levando a um cenário laboral marcado pela incapacidade de controle das informatizações excludentes do pertencimento humano.

3 AS NOVAS TECNOLOGIAS E A DIGNIDADE HUMANA NO TRABALHO

A estruturação histórica dos indivíduos estava determinada por variações culturais, contudo, após a Grande Depressão de 1929 fora observado um novo desafio frente ao cenário global de produção e oferta laboral, sendo o sistema capitalista desenvolvido ao longo de mínimos variáveis, e a não previsibilidade dos fatores de recessão o gravame para manutenção das relações privadas na geração de emprego e renda, bem como, o firmamento de políticas públicas que garantam o equilíbrio dos cofres estatais para assistir a população. Após a era de iniciação e fomento do capital, o mundo adentrou no prisma do individualismo em 1973, sendo a era moderna geradora de um individualismo democrático que se preocupava com o lucro acima dos valores humanos de produção.

No final do século XX iniciava-se a globalização, tendo como marco a integração entre os povos e o atendimento das necessidades comuns, sendo utilizados como meios de sociabilidade além-fronteiras as tecnologias computacionais. A aceleração da sociedade que se transforma mais rápido que o direito deu abertura para as possibilidades de trabalho com deslocamentos ou em multinacionais, contudo, logo foram observadas as diferenças de desenvoltura entre os povos, sendo o nivelamento funcional possibilitado pela utilização de tecnologias que mediavam e direcionavam o fim das atividades. Desse modo, o reconhecimento da necessidade de investimentos globais em múltiplas inteligências tornou obscuro as habilidades humanas, colocando o cenário de desemprego e desigualdades em exponencial.

O conceito de valor humano acalorado após guerras e crises econômico-sociais começou a ser observado sob o prisma laboral, sendo a dignidade externalizada em dons e talentos tidos como “garantidores das condições existenciais mínimas para uma vida saudável, propiciando a participação ativa corresponsável na comunhão dos interesses humanos, sendo alcançados de modo digno e sustentável pelo trabalho de cada dia” (SARLET, 2001, *apud* GUERRA, 2017). Desse modo, sendo o trabalho um direito humano fundamental, a proteção em face das automações prevista na Constituição Federal deve ser viabilizada por meio de políticas concretas, não podendo o Estado abster-se de garantir a dignidade humana por fatores de produtividade e eficiência das máquinas.

O ciclo de garantia do bem-estar está envolto nas dinâmicas de atuação justas e consequente distribuição de renda, contudo, a fase exponencial das novas tecnologias tem modificado as formas de se atuar, desde os processos na seleção e formação de vínculo laboral, perpassando pela definição de jornadas não exaustivas e proteção contra danos ou retirada destes sem critérios. A automação encontra previsão legal na Constituição de 1988, sendo

pontuado seu desenvolvimento de forma ponderada para não afetar a garantia da manutenção dos postos de trabalho, contudo, o dinamismo na ligação do homem com as múltiplas inteligências enseja revisões legais e jurisprudenciais quanto ao crescente desafio de acompanhar e regular as inovações que não substituem o indivíduo, mas ofuscam sua integridade física e moral com dinâmicas sem garantias de sustentabilidade.

O cenário cotidiano marcado pela utilização de aplicativos apresenta a escalabilidade, sendo as *startups* intermediárias no estabelecimento das novas formas de gerar trabalho e renda, ocorre que, tal característica de crescimento incerto e sem regulamentação própria enseja dubiedades que ferem princípios internacionais e bases da Carta Magna. As múltiplas inteligências inerentes a criação e firmamento dos aplicativos existentes não aclara uma forma de gerenciar o número de horas por dia, afim de guiar os usuários na preservação do repouso e saúde, ainda, os danos sofridos durante o período de atividades não estão sendo observados pelos juristas quanto as formas proporcionais de reparação, culminando em casos de lesões materiais, quando não são verificadas situações em que a reputação pessoal é abalada, sendo o trato excludente com fracas possibilidades de reversão. Dado exposto, tem-se evidenciado na jurisprudência:

> "AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER CUMULADA COM INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS" Sentença de procedência Insurgência da ré Possibilidade. Prestação de Serviços Intermediação digital para transporte de passageiros - UBER Descredenciamento de motorista Autor que pretendeu o restabelecimento do contrato com recredenciamento no sistema UBER Descabimento Motorista que mesmo depois de notificado continuou abaixo da média de avaliação pelos usuários - Alto índice de cancelamento de viagens, o que justificou a inativação de sua conta pela ré Contrato livremente pactuado, cujo teor era de conhecimento do demandante - O número de reclamações e as avaliações negativas dos usuários acarretaram nota média insuficiente, de forma que a desativação dos serviços por inciativa da ré se deu por justo motivo Sentença reformada Recurso provido" (Apelação nº 1010731-15.2017.8.26.0011, 18ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, julgamento 14 de agosto de 2018, Relator Desembargador Hélio Faria).

A questão litigiosa envolvendo a comumente realidade de motoristas cadastrados na *startup* Uber, sendo tais dinâmicas baseadas na aceitação pelos motoristas do deslocamento de passageiros que solicitam os serviços ofertados, culminando na entrega destes com preço e rota calculados pelas inteligências da plataforma. A situação de elevada tenuidade está centrada no

crescimento escalável do aplicativo em detrimento das relações com os motoristas, que acabam por terem sujeições impostas, tanto pelos desenvolvedores que não preocupam-se em buscar alternativas para efetivar um vínculo frutífero com os motoristas, perpassando pelos passageiros que respondem a critérios de avaliação bastante restritos, sem garantias finais aos condutores quanto ao direito constitucional de contraditório e ampla defesa.

Analisando a questão, tem-se que a recusa do motorista fora verificada em corridas que exigiam deslocamentos para áreas longínquas e perigosas, contudo, a ausência de relacionamento mediado entre a plataforma e o condutor gerou o descredenciamento desarrazoado. Ainda, é notório que a *startup* não dispõe de armazenamento e trato correto quanto as considerações dos passageiros, pois, na tentativa do motorista de revisar as ocorrências e realizar o recredenciamento, a incisiva resposta do aplicativo *Uber* norteava a inexistência de vínculos trabalhistas, considerando este que não há qualquer obrigatoriedade de manutenção da parceria. Por fim, observa-se a carência no domínio das relações na sociedade dos riscos, que norteada pelos contratos com aplicativos enseja posicionamentos magistrais inovadores, rompendo hostilidades impostas pelo domínio crescente das *startups*, regulamentando as ações destas para o bem comum.

4 O DIREITO DO TRABALHO PARA HUMANOS E MÚLTIPLAS INTELIGÊNCIAS

A sociedade que transpôs para o modelo conectivo informacional na década de 70, atualmente encontra-se no estágio de convergência, sendo necessário estabelecer diretrizes magnas para que as carências jurídicas no acompanhamento das múltiplas inteligências não culminem em abalos transnacionais ao direito de desenvolver atividades economicamente sustentáveis, alinhadas à dignidade humana através do labor. A Organização Internacional do Trabalho (OIT), objetivando gerenciar desafios comuns fomentados pelas tecnologias disruptivas, considerou três princípios de fundamental importância para serem observados em âmbito multisetorial: incentivo ao capital humano, sustentabilidade das relações laborais, especialmente quanto as populações vulneráveis, e tratativas de tutela para as tecnologias, de forma peculiar as robóticas.

Os incentivos globais, reafirmados na Constituição Federal de 1988 quanto a inclusão e crescentes protótipos da ciência tecnológica não terão suas estruturas desestabilizadas, mas repensadas de modo sensível aos objetivos que compõem a agenda elaborada pela Organização das Nações Unidas (ONU) para o desenvolvimento sustentável. A preocupação com a crise econômico-social que se estende pelo globo é agravada pela redução dos postos de trabalho,

tendo em vista o incentivo na redução dos custos e aumento da produtividade de empresas estar centrado em plataformas e inteligências artificiais, sendo o processo do capital humano (educação, remanejamento de funções e desempenho) considerado moroso e inviável frente a eficiência dos comandos artificiais.

Figura 2: 17 objetivos para transformar nosso mundo

Fonte: (NAÇÕES UNIDAS, 2015)

As questões globais referentes a direito, inovação e tecnologia nos ambientes laborais culminaram na Comissão denominada Futuro do Trabalho, tendo como marco o relatório de outubro de 2017 que estabeleceu as preocupações quanto a sociedade da informação, sendo a governança desses dados de fundamental importância para controlar a evolução das múltiplas inteligências e garantir, para além dos postos de trabalho em crescente, a permanência de profissionais com respeito as condições de gênero, aptidões pessoais e uso de tecnologias que otimizem a produtividade, não sendo ameaçadoras da estabilidade contratual. Dado exposto, tem-se a criatividade desde a concepção como elemento essencial para trabalhar novas formas de emprego e renda compartilhadas com o cenário dos dados algorítmicos e automações inerentes.

O panorama emergente do Brasil traz um histórico de desigualdades sociais evidenciadas na seleção e crescimento dentro do mercado de trabalho, sendo o grande desafio da atualidade o gerenciamento das novas tecnologias, que na visão de empresários e desenvolvedores de *startups* apresentam usabilidade muito mais funcional do que a realização de investimentos

constantes no desenvolvimento dos trabalhadores. Assim, a Organização Internacional do Trabalho (OIT) propôs uma Agenda Humana para o Futuro do Trabalho, sendo essa a reunião de estratégias práticas para conciliar o apoio ao desenvolvimento informacional com as necessidades humanísticas de cada país, logo, a tem-se propostas de colocar tecnologias a serviço das pessoas, tornando o ciclo econômico criativo e compartilhado de forma multisetorial.

Ao longo da evolução cultural no Brasil fora evidenciado como marco a imersão em múltiplas inteligências, desde polos de ensino e pesquisa, perpassando pelos impactos no mercado de trabalho com a inserção mediada ou substituição da força humana por máquinas. A Constituição Federal de 1988, reafirmando o tom democrático que enseja o engajamento plural na formação de políticas públicas, considera a cidadania digital uma realidade sem possibilidades de retrocessos, contudo, aponta a necessidade de incentivos para que o lucro do capital não traga como consequências a indignidade do ser humano, mas possa ser destinado parcialmente a educação dos profissionais, tanto no tratamento das múltiplas inteligências artificiais, como nos casos em que haja necessidade de realocação, garantindo que estes estejam felizes e atuantes nas denominadas profissões do futurismo.

> Art. 218. O Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa, a capacitação científica e tecnológica e a inovação.
> § 3º O Estado apoiará a formação de recursos humanos nas áreas de ciência, pesquisa, tecnologia e inovação, inclusive por meio do apoio às atividades de extensão tecnológica, e concederá aos que delas se ocupem meios e condições especiais de trabalho.

5 NOVOS PRINCÍPIOS MEDIATIVOS PARA O TRABALHO CRIATIVO E TECNOLÓGICO

A realidade incontestável de novas tecnologias nas atividades laborais, sendo as carreiras da atualidade vistas como um grande processamento de dados, levou a reflexão visionária do dataísmo quanto a importância de projetar o futuro nos denominados institutos de trabalho, sendo estes expansíveis conforme a necessidade de cada país, proporcionando “a inversão da cadeia natural de aprendizado e práticas, sendo o sistema algorítmico considerado, não mais o primeiro passo, e sim o esteio vital para o sucesso de qualquer atuação, das autônomas as vinculadas nas grandes corporações” (HARARI, 2015). Desse modo, temos como ponto mediador o humano no comado, logo, a complexa estrutura semântica da grande rede sendo desenvolvida pelas inteligências das máquinas, e a sensibilidade característica do cérebro

humano verificando a estabilidade dessas tecnologias conjuntamente com o capital de pessoas na dignidade laboral.

O atraente universo das múltiplas inteligências, na visão inerente aos referendados institutos de trabalho, tem como responsável principal o Estado, haja vista que as desigualdades históricas inviabilizam o acesso e imersão em iguais oportunidades, assim, a educação voltada para disciplinas de informática e robótica são vistas como essenciais nas matrizes curriculares. Por conseguinte, diretores dos setores em potencial para uso de novas tecnologias incrementarão estruturas para a sustentabilidade e atuação decente dos trabalhadores frente as máquinas. A contemporaneidade marcada pelos modelos de negócios escaláveis das *startups* também apresenta papel importante na dignidade humana no ambiente de trabalho, sendo os investimentos do governo realizados, segundo as bases do Marco Regulatório, após o cumprimento de regulações mínimas quanto ao contrato com os colaboradores diretos e indiretos conforme a área de atuação.

O Brasil encontra-se na linha tênue das múltiplas inteligências disruptivas, sendo o grande desafio conciliar com o histórico nacional que privilegia a estabilidade do trabalho, sendo as representações laborais atuantes no sentido de frear medidas que não promovam um bem comum, alinhando a eficiência objetivada no desenvolver das atividades com o respeito a dignidade humana externada por meio do exercício laboral. O caso marcante de Curitiba quanto a Bilhetagem Eletrônica, lei nº 15.463 de 2019, firma a importância da soma de esforços para a conciliação dos interesses, sendo a situação dos cobradores de ônibus inicialmente sensível frente as tecnologias inerentes aos cartões-transporte, contudo, a atuação preventiva do Ministério Público do Trabalho (MPT) e representantes dos sindicatos de ambas as partes resultou em projeto para requalificação e remanejamento destes profissionais que atuarão nas funções internas de controle e fiscalização dos sistemas informatizados.

Para além das questões envolvendo substituições no ambiente de trabalho, análises estabilizadoras vêm sendo levadas para dentro do ambiente das *startups*, sendo essas consideradas vanguardistas na criação de plataformas tecnológicas que permitem a realização de atividades específicas por quem tem interesse e obedece aos critérios cadastrais. Ocorre que, a carência de regulações na atualidade frente ao enorme número de modelos de negócios que propiciam novas carreiras autônomas aos envolvidos com a prestação de serviços tem colocado em risco princípios básicos, constitucionais e específicos, quanto ao desenvolver de atividades para sustento e desenvolvimento profissional. Assim, o pilar da liberdade de atuação está envolto “na lesividade que o exercício de determinada atividade acarreta, causando danos ao profissional, e, consequentemente, a toda sociedade” (MARMELSTEIN, 2019).

Os aplicativos que preponderam no cotidiano ocupacional através de cadastro dos usuários que realizam atividades independentes têm promovido reflexões em âmbito judicial quanto ao trato durante a usabilidade, sendo os riscos inerentes a contratos que não reconhecem o vínculo trabalhista ainda mais sensíveis frente aos meios provincianos de comunicação e solução amigável das ocorrências, o que culmina em frequentes demandas judiciais acerca de pontos cruciais para o bem-estar e dignidade humana. A elevada expansão das tecnologias no cenário de redução dos gastos laborais e desemprego leva a uma falsa impressão de alternativa aos que não estão satisfeitos no mercado de trabalho, contudo, os ganhos pecuniários obtidos confrontam princípios constitucionais, além do desrespeito a integridade dos usuários que realizam atividades independentes, conforme estabelece a sensível decisão jurisprudencial.

> RECURSO INOMINADO. AÇÃO DE COBRANÇA. APLICATIVO DE TRANSPORTE (UBER). TRANSFERÊNCIA DE VALORES AO MOTORISTA NÃO EFETUADA. DÉBITO INCONTROVERSO. AUSÊNCIA DE PROVA DO ENVIO DOS VALORES DEVIDOS AO AUTOR. ÔNUS DA PARTE RÉ. ART. 373, II, DO CPC. DEVER DE PAGAR A QUANTIA NÃO TRANSFERIDA AO MOTORISTA. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO. (Recurso Cível Nº 71007942089, Segunda Turma Recursal Cível, Turmas Recursais, Relator: Ana Cláudia Cachapuz Silva Raabe, Julgado em 26/09/2018).
>
> 1 – EXTINGUIR O FEITO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO, em relação ao Banco Bradesco S/A, por ilegitimidade passiva, nos termos do artigo 485, inciso VI, do CPC;
> 2- CONDENAR o demandado Uber do Brasil Tecnologia Ltda. no pagamento do valor de R$ 989,46 (novecentos e oitenta e nove reais e quarenta e seis centavos), corrigido monetariamente pelo índice do IGP/M a contar da data do ajuizamento do pedido e acrescido de juros legais a razão de 12% (doze por cento) ao ano, a partir da citação. [...]"
> (TJ-RS - Recurso Cível: 71007942089 RS, Relator: Ana Cláudia Cachapuz Silva Raabe, Data de Julgamento: 26/09/2018, Segunda Turma Recursal Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 28/09/2018)

A referendada situação dos modelos escaláveis nas *startups* ensejou o Marco Legal que passou por período de consulta pública, contudo, o impacto das múltiplas inteligências artificiais sobre a dignidade humana no exercício de atividades laborais precisa ser observado, também em ambientes formalizados, onde a existência de contratos trabalhistas torna ainda mais gravosa a situação de quem está sentindo a necessidade de lidar com mediações tecnológicas sem a devida formação, quando não ocorrem de estes profissionais serem substituídos pelo alcance das máquinas. Dado exposto, as cíclicas relações informacionais que o mundo enfrenta na atualidade, com especial enfoque para o futuro laboral, culminou na mobilização de autoridades centrais que compõem a Organização Internacional do Trabalho

(OIT), objetivando dirimir dubiedades nas legislações internas com posicionamentos acordados mutuamente e transnacionais.

Apoiados no documento mor elaborado pela Organização das Nações Unidas (ONU), qual seja, os Objetivos Globais para o Desenvolvimento Sustentável até 2030, a Comissão Global para o Futuro do Trabalho estabeleceu o incentivo das inovações tecnológicas desde a concepção, contudo, estas precisariam ser observadas no cotidiano do trabalho em três princípios unificadores: escolarização com empreendedorismo digital, suporte as transações para os cenários virtuais nos países emergentes, além de estratégias quanto a engenharia social para a sustentabilidade do meio ambiente laboral, especialmente em zonas que vivem comunidades minoritárias. Assim, conforme externado pelo capital humano que norteia o Relatório Futuro do Trabalho são necessários novos padrões cognitivos para a compreensão de que não há como parar a era tecnológica, sendo a exigência de ambientes que atendam as relações físicas e artificiais.

O universo semântico que observa os seres humanos pelo valor dos dados externados, sendo a vida concebida como um grande processamento, firmou em 2017 a *Universal Labour Guarantee*, objetivando assegurar a manutenção de trabalhos que envolvem a subsistência das camadas mais vulneráveis, acompanhar os projetos da economia criativa nas transições para carreiras futuristas, bem como, assegurar que toda inovação inerente as atividades desempenhadas serão adequadas a uma vida longa e saudável, sendo o trabalho uma forma de garantir efetivas possibilidades de uma renda digna mensal, sendo as relações sociais alicerçadas na colaboração mútua para um Estado próspero e conectado as demandas da cidadania virtual. Assim, a garantia universal de trabalho para o século XXI compila os históricos da Organização Internacional do trabalho (OIT) conjuntamente com as bases da Declaração Universal dos Direitos Humanos para colocar tecnologias exponenciais a serviço, e não meio de segregação das relações sociais trabalhistas.

A responsabilidade pela dignidade humana externada no ambiente de trabalho, seja ele formalizado contratualmente ou disruptivo segundo a autonomia e inovação dada pelas *startups*, vem ensejando diálogos abertos e receptivos as demandas sociais, sendo propostas no exterior já evidenciadas quanto a limitação do número de horas atuantes em aplicativos de transporte urbano, sendo a máxima de 12 horas com informe pelos motoristas do tempo de repouso diário. No cenário brasileiro, os exemplos consensuais exitosos firmados entre usuários que realizam atividades independentes e aplicativos vem aclarando as possibilidades de melhoria nas relações, a exemplo do Projeto de Lei nº 448 de 2019, que após observação das crescentes demandas judiciais quanto a pagamentos, estabelece taxa máxima de 10%

destinada as *startups* de transporte urbano. A realidade de empresas também apresenta caminhos alternativos, sendo os profissionais que já tem bom desempenho requalificados para as profissões do futuro, atuando como fiscalizadores e mantenedores do bom desempenho das inteligências artificiais.

CONCLUSÃO

A sociedade transforma-se muito mais rápido que o direito, assim, compreende a seguinte pesquisa o ânimo palpitante pela revisão dos institutos legais que compõe o tripé: direito, inovação e tecnologia. Na seara trabalhista, âmbito de grande relevância social do Brasil, o impacto causado pelas novas tecnologias é evidente e afeto a dignidade humana. O pensar conciliador, que não contraria as evoluções naturais do ciclo da vida, mas tem como objetivo final de cada inovação o atendimento ao bem-estar humano, está sendo avaliado de forma gradativa, tanto nas dinâmicas internas das localidades de trabalho, como no reflexo extensivo quanto a formação do pensar decisório em âmbito judicial.

O princípio transnacional da dignidade da pessoa é observado com primor nas diversas formas de trabalho, onde, para além da subsistência mensal, o capital humano tem valoração embasada nas competências e habilidades de servir em prol das finalidades coletivas. Nos ambientes formalizados de labor ou em dinâmicas escalonáveis das *startups*, a cada dia firma-se o entendimento da importância de atuações justas e qualificadas que atendam as conceituações da sustentabilidade global, sendo os esforços evidenciados em âmbito multisetorial para dirimir lacunas internas nas legislações e favorecer o tom mediador que prevalece frente aos desafios contemporâneos, buscando funcionalidades de potencializar as múltiplas inteligências artificiais com a sensibilidade característica dos seres humanos.

A análise histórica das questões sociais tênues apresenta como ponto comum a suscetibilidade humana para lograr interesses pessoais ou da comunidade pertencente, o que vem ensejando de organizações com força transnacional a habilidade de compilar as necessidades principais das nações e organizar documentos acordados consensualmente, evitando a possibilidade de imposições contrárias e hostis que coloquem em risco o equilíbrio da cidadania física e virtual. Dado exposto, a presente pesquisa salientou o clamor dos grupos minoritários, que na atualidade veem-se em extinção quanto a identidade de seus povos pela eficiência apresentada nas inovações disruptivas. Assim, o papel sensível da Organização Internacional do Trabalho (OIT) e Organização das Nações Unidas (ONU), para além das preocupações quanto ao futuro do trabalho, está focado em reservar investimentos

pecuniários, destinando ações no âmbito da educação digital para que as tecnologias agreguem valor, e não segreguem as atividades tradicionais desses povos.

O marco contemporâneo da informatização está voltado para a filosofia do dataísmo, sendo cada pessoa valorada pela contribuição ao processamento de dados, especialmente os inerentes as funções laborais que estão em crescente transformação. Ainda, tem-se no dataísmo a constatação da impossibilidade humana de acompanhar o estágio semântico das tecnologias, necessitando de bases legais flexíveis para solucionar os litígios com abertura e receptividade as questões apresentadas. O ciclo da vida laboral que antes era discutido e projetado fisicamente, hoje encontra-se difuso e polarizado pelas mídias digitais, sendo o futuro sustentável das relações calcado em empresas e modelos de *startups* com canais de conexão para receber notificações e dar respostas de forma precisa e habilidosa.

A reflexão da presente pesquisa reafirma o tom jurídico-social da mediação, onde rigores individuais são transpostos para visões que logram o bem comum. O trabalho historicamente concebido como propulsor da dignidade humana, na atualidade pode ocorrer de modo mais eficiente e plural, sendo as potencialidades tecnológicas colocadas a serviço das pessoas, e não contrárias as suas estabilidades de produção e geração de renda. Por todo exposto, o controle do trabalho que antes estava centrado nos prestadores de serviços, com as possibilidades geradas pela inovação podem ser compartilhados de forma criativa e voltada para os interesses específicos de cada setor, conectando a sociedade para um futurismo laboral que une capital eletrônico e valor humano.

REFERÊNCIAS

BALYTSKYI. **Evolução de robôs inteligência artificial**. Disponível em: <https://www.dreamstime.com/robots-technology-evolution-stages-development-androids-artificial-intelligence-concept-hand-drawn-future-vintage-engraved-image136041418>. Acesso em: 28. Ago. 2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Processo digital nº: 1038346-25.2018.8.26.0114**. Ação de obrigação de fazer cumulada com indenização por danos morais. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/indenizacao-pedido-motorista-uber-danos.pdf.>. Acesso em: 26. Ago. 2019.

BRASIL. Tribunal. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Processo digital nº: 71007942089**. Recurso inominado. Ação de cobrança. Aplicativo de transporte (UBER). Transferência de valores ao motorista não efetuada. Disponível em: < https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/631730650/recurso-civel-71007942089-rs/inteiro-teor-631730656?ref=juris-tabs>. Acesso em: 27. Ago. 2019.

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL, de 05.10.1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 26. Ago. 2019.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS, de 10.12.1948. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 25. Ago. 2019.

FUTURO DO TRABALHO NO BRASIL, de 26.04.2018. Disponível em: <https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---ilo-brasilia/documents/publication/wcms_626908.pdf>. Acesso em: 24. Ago. 2019.

GUERRA, Sidney. **Direitos humanos curso elementar**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

HARARI, Yuval. **Homo deus**. 15ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2016.

MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2019.

MINAS GERAIS (CIDADE). **Projeto de lei nº: 448**, de 05.02.2019. Disponível em:< https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2191126>. Acesso em: 26. Ago. 2019.

ONU BRASIL. **17 objetivos para transformar nosso mundo**. Disponível em: < https://nacoesunidas.org/pos2015/agenda2030/>. Acesso em: 28. Ago. 2019.
PECK, Patrícia. **#Direitodigital**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

ASPECTOS DA PROTEÇÃO NORMATIVA AO TRABALHADOR CONTRA O ASSÉDIO SEXUAL

Gianfranco Silva Caruso
Doutorando em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Mestre em Direitos de Titularidade Difusa e Coletiva pelo Centro Universitário Salesiano de São Paulo. Especialista em Direito Público e em Direito Penal pelo Centro Universitário Salesiano de São Paulo. Professor do Centro Universitário Salesiano de São Paulo - Unidade Lorena (UNISAL). Promotor de Justiça do Ministério Público de São Paulo.

Lucas Naif Caluri
Doutorando em Direito pela Universidade Mackenzie de São Paulo. Mestre em Direito pela Universidade Metodista de Piracicaba. Especialista pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas. Graduado em Direito pela Faculdade de Direito de São Carlos. Professor do Centro Universitário Salesiano de São Paulo - Unidade Campinas (UNISAL). Professor da Pontifícia Universidade Católica (PUC-Campinas). Professor da Faculdades de Campinas (FACAMP). Advogado.

RESUMO: Aborda o problema da violência sexual no ambiente de trabalho fazendo uma análise da legislação brasileira sobre o assunto, percorrendo as implicações penais e extrapenais do fato. A partir da tentativa de se lançar mão de um conceito sociológico do fenômeno da violência, pretende analisar como a legislação brasileira construiu uma série de normas para dar proteção à dignidade do trabalhador que é hipossuficiente na relação jurídica laboral. Antes mesmo de adentrar ao texto constitucional, repercute o tema diante de compromissos internacionais assumidos pelo Estado Brasileiro, para reconhecer a atenção dispensada a esse tema. Após analisar aspectos de proteção no Código Civil e na Consolidação das Leis do Trabalho, analisa como a legislação penal enfrentou o tema propondo um tipo penal que sofreu algumas alterações com o tempo. Conclui pelo reconhecimento de um razoável sistema normativo de proteção sem prejuízo dos já conhecidos déficits de eficiência do modelo.
PALAVRAS-CHAVE: Violência – Emprego – Assédio Sexual – Legislação Brasileira

ABSTRACT: The text addresses the problem of sexual violence in the workplace by analyzing the Brazilian legislation on the subject, looking at the criminal and civil implications of the fact. Based on the attempt to use a sociological concept of the phenomenon of violence, it intends to analyze how Brazilian legislation has constructed a series of norms to protect the dignity of the worker who is weaker in the legal employment relationship. Even before entering in the

constitutional text, the text reverberates the theme in the face of international commitments assumed by the Brazilian State, to recognize the attention paid to this theme. After analyzing aspects of protection in the Civil Code and in the Consolidation of Labor Laws, the text analyzes how criminal law faced the issue by proposing a penal type that has undergone some changes over time. It concludes by recognizing a reasonable normative protection system but it show us that we yet have efficiency troubles in this model.
KEYWORD: Violence - Employment - Sexual Harassment - Brazilian Legislation

INTRODUÇÃO

O assédio sexual é mais um daqueles temas que aparentemente parece se tratar de um assunto já desgastado, já investigado, sobre o qual todos tem significativo conhecimento e que um trabalho de pesquisa e exposição seria uma simples compilação de dados que todos tem em mente.

No entanto, a experiência tem demonstrado que quanto mais pensamos conhecer uma realidade científica mais nosso conhecimento se mostra insuficiente para os anseios daquele que pretende debater com relativo grau de cientificidade e profundidade um tema.

No particular aspecto do assédio sexual nas relações de emprego, que nada mais é do que uma forma de expressão da violência contra o empregado não sucede diferente.

Quando o tema é colocado a maioria das pessoas pensam já conhecer todos, ou pelo menos os principais, tópicos a ele relacionados. Porém, na medida em que uma pesquisa mais percuciente se inicia e avança, torna-se perceptível o quanto ele se mostra complexo e digno de receber maior atenção.

No presente estudo, pretende-se analisar o tema da violência sexual nas relações de emprego, partindo-se de uma exposição geral e introdutória sobre o fenômeno social da violência, passando pelos aspectos constitucionais, extrapenais e, finalmente, penais[1].

Pode-se afirmar que a violência é um fenômeno social, que está presente desde que o homem vive em sociedade, desde os tempos mais primitivos e que somente se acentuou nos tempos mais modernos.

Nesse sentido, Alkimin observou que:

[1] Para estudo mais aprofundado do tema no Direito Comparado (E.U.A., Japão, Argentina, Pacraguai, Bolívia, Costa Rica, Uruguai, Peru, Hungria, Nova Zelândia, França, Canadá, Chile e outros), remetemos os interessados à obra "**O Dano moral, o assédio moral e o assédio sexual nas relações de trabalho**", de Reginald Delmar Hintz Felker. (2.ed, LTr: São Paulo, 2007).

> A história da humanidade bem revela que a violência nasceu nos primórdios como um instituto de sobrevivência, muito embora hodiernamente faça parte de forma de organização da sociedade, revelando o homem, através de ações e criações, sua imensa capacidade de produzir violência em comparação com os outros animais, mas isso se deve, justamente, ao fato de ser racional. (2008, p. 103).

Por outro lado, a violência é um fenômeno que, embora multicausal, posto sofrer forte influência de diversos fatores de ordem histórica, cultural, econômica, social e somente tem lugar dentro de uma intencionalidade humana.

Neste passo, sendo a violência um fenômeno que envolve intencionalidade humana, é este elemento que serve para diferenciar o homem dos animais; estes não são violentos, são agressivos ou ferozes; o homem, apesar dos instintos naturais, pode ser violento.

Quoist observou que o homem é mesmo um ser em construção e difere das plantas e dos animais: "A rosa e o cachorro são serem acabados. Logo que nasceram, atingiram imediatamente sua perfeição limitada de planta ou animal. A grandeza do homem, ao contrário, é construir-se a si mesmo*"* (2014, p. 31).

A violência, entrementes, representa uma forma de dominação, de preservação dos interesses próprios ou de grupo sobre outros.

Nessa medida, é possível relacioná-la com o exercício do poder, a necessidade de subjugar o semelhante para imposição da própria vontade ou afastamento da contestação da própria autoridade num espaço social.

Nesse passo, Arendt bem exprimiu que *"*se nos voltarmos para os debates sobre o fenômeno do poder, descobriremos logo que existe um consenso entre os teóricos políticos da esquerda e da direita de que a violência nada mais é do que a mais fragrante manifestação de poder". (1985, p. 19).

E referida autora, apesar de afirmar que a violência pode até destruir o poder, mas jamais será capaz de criá-lo (1985, p. 31), adverte que:

> toda diminuição de poder é um convite à violência – quando pouco porque aqueles que detêm o poder e o sentem escorregar por entre as mãos, sejam eles o governo ou os governados, encontraram sempre dificuldade em resistir à tentação de substituí-lo pela violência. (1985, p. 49).

Dentro deste contexto se localiza a violência nas relações de emprego.

É bem verdade que a violência com natureza sexual é apenas uma vertente no espectro de relações firmadas dentro da relação laboral.

O presente estudo pretende, entretanto, analisar especificamente o tema do assédio sexual na relação de emprego buscando responder se a construção legislativa vigente, neste aspecto, oferece proteção suficiente à dignidade do trabalhador, em conformidade, inclusive, com compromissos internacionais assumidos pelo Estado Brasileiro.

1 ASPECTOS CONSTITUCIONAIS E EXTRAPENAIS

O conceito jurídico de assédio sexual encontra-se em construção nos ordenamentos jurídicos.

Segundo Delgado,

> Define-se o assédio sexual como a conduta de importunação reiterada e maliciosa, explícita ou não, com interesse e conotações sexuais, de uma pessoa física com relação a outra.
> É ofensa de natureza essencialmente emocional, psicológica, embora podendo ter também dimensão física. A relevância do assunto desde a Constituição de 1988, em face do novo status jurídico conferido às mulheres (art. 5º, caput e I, CF/88, por exemplo) e, de resto, aos direitos de personalidade da pessoa humana, fez este censurável comportamento ultrapassar o acanhado conceito de incontinência de conduta (quando se tratando de infração do trabalhador: art. 482, 'b', ab initio, CLT) ou do tipo jurídico também indicado pelo art. 483, 'e', da CLT (quando se tratar de infração empresarial: 'ato lesivo à honra e boa fama'). " (2012, p. 1249).

Barros, aprofundando os conceitos e os comportamentos que configuram assédio sexual, ensina:

> São inúmeras as manifestações do assédio sexual. Poderá assumir a forma não verbal (olhares concupiscentes e sugestivos, exibição de fotos e textos pornográficos seguidos de insinuações, passeios frequentes no local de trabalho ou diante do domicílio da vítima, perseguição à pessoa assediada, exibicionismo, entre outros); verbal (convites reiterados para sair, pressões sexuais sutis ou grosseiras, telefonemas obscenos, comentários inoportunos de natureza sexual); e física (toques, encurralamento dentro de um ângulo, roçaduras, apertos, palpadas, esbarrões propositais, apalpadelas, agarramentos, etc). Na maioria das vezes, os gestos são acompanhados de linguagem sexista. (2016, p. 614).

No preâmbulo da Constituição da Organização Internacional do Trabalho encontra-se o escopo da preservação dos direitos fundamentais, dentre os quais se pode inserir o direito a preservação da intimidade e da liberdade sexual:

> Considerando que existen condiciones de trabajo que entrañan tal grado de injusticia, miseria y privaciones para gran número de seres humanos, que el descontento causado constituye una amenaza para la paz y armonía universales; y considerando que es

> urgente mejorar dichas condiciones, por ejemplo, en lo concerniente a reglamentación de las horas de trabajo, fijación de la duración máxima de la jornada y de la semana de trabajo, contratación de la mano de obra, lucha contra el desempleo, garantía de un salario vital adecuado, protección del trabajador contra las enfermedades, sean o no profesionales, y contra los accidentes del trabajo, protección de los niños, de los adolescentes y de las mujeres, pensiones de vejez y de invalidez, protección de los intereses de los trabajadores ocupados en el extranjero, reconocimiento del principio de salario igual por un trabajo de igual valor y del principio de libertad sindical, organización de la enseñanza profesional y técnica y otras medidas análogas; [...]. (g.n.)

Na mesma esteira de tratamento internacional, o artigo primeiro da Convenção número 111, da OIT, ao tratar do tema discriminação nas relações de emprego deixa claro sinal de que as distinções ou exclusões fundadas no aspecto sexual – dentro das quais se poderá inserir o assédio sexual, conforme será demonstrado - podem produzir o efeito de destruir a igualdade de oportunidades:

> Para os fins da presente Convenção, o termo "discriminação" compreende:
>
> a) Toda a distinção, exclusão ou preferência fundada na raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social, que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidades ou de tratamento em matéria de emprego ou profissão;
>
> b) Toda e qualquer distinção, exclusão ou preferência que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidades ou de tratamento em matéria de emprego ou profissão, que poderá ser especificada pelo Estado Membro interessado depois de consultadas as organizações representativas de patrões e trabalhadores, quando estas existam, e outros organismos adequados.

Analisando o tema de acordo com a legislação brasileira, é possível sistematizar o estudo conforme as questões de ordem constitucional, civil, trabalhista e penal.

A Constituição Federal, já no seu primeiro artigo, persegue a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho como fundamentos da República.

> Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:
> [...]
> III - a dignidade da pessoa humana;
> IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;
> [...]

Mais adiante, quando trata dos direitos e garantias individuais, no famoso e sempre invocado artigo quinto, estabelece as bases para reparação pelos danos extrapatrimoniais que podem ser causados à pessoa humana, especialmente, no que importa ao presente estudo, em razão de violações da intimidade, da honra e da vida privada das pessoas:

> 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:
> [...]
> V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;
> [...]
> X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

Por outro lado, o fato do texto constitucional garantir determinados direitos, por muito tempo, não teve o condão de produzir a eficácia que hoje se tem procurado empreender ao texto da lei maior.

Isso porque, conforme correta observação de Barroso, a acidentada tradição constitucional brasileira, construída sobre sucessivos períodos de rupturas históricas e pouca tradição de estabilidade constitucional, contribuiu para que demorasse muito para que os intérpretes da Constituição enxergassem a força normativa que ela possui:

> A acidentada experiência constitucional brasileira produziu, desde a independência, em 1822, oito cartas políticas. Além da evidente instabilidade, o projeto institucional brasileiro, até a Constituição de 1988, foi marcado pela frustração de propósito dos sucessivos textos que procuravam repercutir sobre a realidade política e social do país. (2009, p. 217).

O mesmo autor é forte com as palavras no sentido de "sacudir" o intérprete constitucional e mesmo aqueles que tem o dever de fazer cumprir os comandos da carta magna a partir da força normativa da lei maior "a doutrina da efetividade consolidou-se no Brasil como um mecanismo eficiente de enfrentamento da insinceridade normativa e de superação da supremacia política exercida fora e acima da Constituição" (2009, p. 218).

Assim, não pode ser letra morta o texto da Constituição Federal, devendo servir para inspirar a legislação ordinária no caminho da construção de um sistema jurídico que busque uma realidade social que preserve a vida, a liberdade, a intimidade e a dignidade da pessoa humana nos seus mais amplos e variados aspectos.

Dentro da legislação trabalhista, a Consolidação das Leis do Trabalho, conquanto não disponha especificamente sobre a matéria, traz, em seus artigos 482 e 483, a possibilidade de

rescisão, direta ou indireta, do contrato de trabalho, em razão de determinadas condutas lesivas à honra ou boa fama.

No caso da legislação do trabalhador, cumpre observar duas situações distintas em que o assédio sexual pode aparecer, com consequências distintas: uma em que será o próprio empregador que pratica os atos de constrangimento, outra em que um empregado pratica os atos de constrangimento contra outro funcionário.

Embora em ambos a vítima possa considerar rescindido o contrato de trabalho, no primeiro caso, estaríamos diante do clássico assédio sexual, punido inclusive na instancia penal, conforme será visto adiante, permitindo que a vítima invoque o artigo 483, da CLT:

> Art. 483 - O empregado poderá considerar rescindido o contrato e pleitear a devida indenização quando:
> a) forem exigidos serviços superiores às suas forças, defesos por lei, contrários aos bons costumes, ou alheios ao contrato;
> […]
> e) praticar o empregador ou seus prepostos, contra ele ou pessoas de sua família, ato lesivo da honra e boa fama; (g.n.)

No segundo caso proposto, também a vítima poderá invocar o aludido disposto legal (art. 483, alínea "e"), mas também surgirá a possibilidade do empregador efetuar a demissão por justa causa do empregado que empreendeu no ato de assédio, podendo ser invocado, concomitantemente o artigo 482, do mesmo diploma, agora para punir o empregado autor do assédio.

> Art. 482 - Constituem justa causa para rescisão do contrato de trabalho pelo empregador:
> […]
> j) ato lesivo da honra ou da boa fama praticado no serviço contra qualquer pessoa, ou ofensas físicas, nas mesmas condições, salvo em caso de legítima defesa, própria ou de outrem;

Comentando sobre o tema do assédio sexual e analisando o artigo 483 da CLT, obtempera Saad:

> 6.6) A CLT e o assédio sexual: O nosso Estatuto Obreiro não faz referência expressa ao assédio sexual. Inobstante, se esse fato ocorrer na esfera das relações empregatícias, é ele enquadrável na alínea e do art. 483 da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT – *verbis*: "O empregado poderá considerar rescindido o contrato e poderá pleitear a devida indenização quando: a) *omissis*; e) praticar o empregador ou seus prepostos, contra ele ou pessoas de sua família, ato lesivo da honra e boa fama;" (2016, p. 745).

Com efeito, referidas circunstâncias ganharão relevo ao se analisar o problema da responsabilidade civil pelos atos de assédio sexual, tema que será a seguir analisado.

O Código Civil enfrenta o tema dentro do sistema da responsabilidade civil pelo ato de assédio sexual gerador do dano moral.

Neste caminho, o Código estabelece a responsabilidade do empregador pelos atos de seus empregados, donde a importância da distinção entre as duas formas de assédio sexual propostas acima.

No primeiro caso, tratava-se da responsabilidade civil por fato próprio, no segundo da responsabilidade pelo fato de outrem (art. 932, inciso III, CC), sem afastar, contudo, a solidariedade entre o empregado e o empregador, perante a vítima.

É o que vem sendo consagrado pela doutrina mais abalizada que entende que no caso do assédio ter sido cometido por outro empregado, o empregador será solidariamente responsável pela reparação material ou moral (STOCO, 2004, p. 1.727).

Como adverte Brito:

> Se o ato de assédio sexual advém de empregado do mesmo nível ou inferior, não tem a conotação de crime. No entanto, ainda assim, a empresa responde porquanto compete à mesma manter comportamento saudável no ambiente de trabalho. Nessa hipótese pode e deve providenciar o desligamento ou punição do assediador, respondendo na forma do artigo 483, letra e, da CLT, ou por danos morais se assim não proceder, anuindo, pela sua omissão, com o comportamento inadequado. (2010, p. 83).

Confirmada a responsabilidade civil, cumpre assinalar a opção do legislador civilista em aplicar a responsabilidade objetiva nos casos em exame, conforme artigo 933, CC, registrando-se, outrossim, que ainda que não o fizesse de forma clara, subsistiria a responsabilidade subjetiva pela clássica óptica da culpa *in eligendo / in vigilando*.

No mesmo sentido do exposto, a jurisprudência já se posicionou:

> ASSÉDIO SEXUAL NO LOCAL DE TRABALHO. DANO MORAL. RESPONSABILIDADE DO EMPREGADOR. **O empregador tem o dever de assegurar ao empregado, no ambiente de trabalho, a tranquilidade indispensável às suas atividades, prevenindo qualquer possibilidade de importunações ou agressões, principalmente as decorrentes da libido, pelo trauma resultante às vítimas**. (TRT 12.reg. – 2.T, RO 2.125/00, Rel. José Luiz Moreira Cacciari, j. 26.03/2001) (g.n.)

Acerca da responsabilidade objetiva e solidária do empregador, pelos atos ocasionados por seus empregados e prepostos, dispõem os civilistas Farias; Braga Netto e Rosenvald: “Cabe sublinhar que, provada a culpa do empregado, surge a responsabilidade objetiva (e solidária) do empregador”. (2019, p. 994).

Ainda no sentido de mensurar o dano decorrente do assédio sexual, a doutrina considera que o dano moral, especialmente na hipótese em tela, possui caráter eminentemente subjetivo e conteúdo personalíssimo donde somente a vítima poderia postular pela indenização e, em caso de falecimento, não seria cabível a sucessão processual por seus familiares ou herdeiros (STOCO, 2004, p. 1.729).

Finalmente, para concluir a análise dos aspectos extrapenais do assédio sexual, de se ressaltar que a competência para apreciar as ações de indenização por dano moral decorrente do assédio sexual é da Justiça do Trabalho, a teor do artigo 114, da Constituição Federal, mas que controverte a doutrina acerca do prazo prescricional para se intentar a ação, sendo defensável que o prazo prescricional deveria seguir o art. 206, CC ou que o prazo bienal após o fim do contrato (CLT), ou, ainda, a ausência de qualquer prazo, donde uma imprescritibilidade decorrente do conteúdo personalíssimo de direito de personalidade.

Sobre a temática da responsabilização do empregador e da competência para o ajuizamento da ação reparatória e rescisão indireta do contrato, dispõe Saad (2016, p. 745):

> 6.7) Competência da Justiça do Trabalho: Está acima e fora de qualquer discussão que compete à Justiça do Trabalho conhecer e julgar o pedido de extinção do contrato de trabalho da empregada por ter sido assediada sexualmente por seu superior hierárquico na empresa.

Parece-nos, também, inquestionável que, na hipótese de a empregada postular indenização por dano moral, cabe ao empregador pagá-la porque a culpa é in elegendo, isto é, escolheu mal o subordinado acusado da autoria do assédio.

Escusado dizer que a absolvição do réu, pela Justiça Criminal, por falta de provas, não impede que, na Justiça do Trabalho, se comprove a prática de outro ato faltoso que inviabilize a mantença do vínculo empregatício.

2 ASPECTOS PENAIS

Na sequência, serão analisados os aspectos penais do assédio sexual, a partir do crime previsto no artigo 216-A, do Código Penal, assim redigido:

> Art. 216-A. Constranger alguém com o intuito de obter vantagem ou favorecimento sexual, prevalecendo-se o agente da sua condição de superior hierárquico ou ascendência inerentes ao exercício de emprego, cargo ou função.
> Pena - detenção, de 1 (um) a 2 (dois) anos
> Parágrafo único: VETADO

> § 2º A pena é aumentada em até um terço se a vítima é menor de 18 (dezoito) anos. (incluído pela Lei 12.015/09)

O artigo 216-A nasce com a Lei 10.224/01, tendo sido modificado pela Lei 12.015/09 que acrescentou uma causa de aumento de pena, conforme será analisado adiante. Parte da doutrina critica o dispositivo pela sua rara aplicabilidade e pela possibilidade de subsunção da conduta do agente em outros dispositivos penais (ex : constrangimento ilegal, estupro, importunação ofensiva ao pudor).

Nesse sentido, o minimalismo penal não consegue compreender a razão de se criminalizar uma conduta que já é tratada com suficiente proteção nas instancias extrapenais, afinal de contas, já se verificou que no âmbito trabalhista e nos aspectos da responsabilidade civil, as sanções são severas contra o agente que pratica o assédio sexual.

Analisando, por outro lado, o tipo penal, observa-se que o legislador não tipificou o chamado "Assédio Sexual Ambiental", aquele que se caracteriza quando qualquer pessoa assediar a outra, no ambiente de trabalho, independentemente de qualquer hierarquia ou ascendência. Optou o legislador penal pátrio por criminalizar somente o chamado "Assédio Sexual Laboral", caracterizado pela necessidade da condição de superioridade hierárquica do agente em relação à vítima numa relação de trabalho.

Aqui reside um ponto interessante que revela o caráter fragmentário da legislação penal, na medida em que, como se viu, em sede extrapenal ambas as situações encontram definição jurídica carreada de respectivas sanções.

Também interessa registrar que o tipo em exame não cuidou de abranger o chamado "Assédio Moral", conduta abusiva, de natureza psicológica, que atenta contra a dignidade do empregado e que tenha por efeito excluir a posição do empregado no emprego ou deteriorar o ambiente de trabalho, podendo, no entanto, caracterizar outros crimes já previstos no Código Penal.

Crime que preserva a liberdade sexual, a tranquilidade e paz de espírito nas relações de emprego (do homem ou da mulher), o crime em exame é considerado bipróprio, conforme acertada observação de Mirabete (2010, p. 392), eis que exigirá uma qualidade especial tanto do sujeito ativo quanto do sujeito passivo; o primeiro deverá ser superior hierárquico ou aquele que tem ascendência profissional sobre a vítima, o segundo subalterno, subordinado hierárquico[2].

O crime se perfaz tanto nas relações heterossexuais quanto nas homossexuais e, como se viu, pode ser praticado tanto por homem, quanto por mulher.

---

[2] Semelhante sistematização se encontra no crime de infanticídio em que o sujeito ativo deve ser a mãe e o passivo o nascente ou o neonato.

Interessante observar que, geralmente quando a lei penal utiliza a expressão "constranger" ela se refere a atos praticados com violência ou grave ameaça, no sentido de que constranger é compelir, forçar, obrigar.

Aqui, no entanto, segundo a doutrina majoritária, não há violência ou grave ameaça como meios executivos sendo que a conduta não é violentar a vítima e sim molestá-la, embaraçá-la, podendo ser praticada verbalmente ou por escrito, eis que crime de forma livre.

Dissidência na doutrina existe em se tratado de relações inerentes à docência (professores em relação aos alunos), havendo entendimento de que não há subordinação hierárquica razão pela qual impossível de caracterizar o crime em apreço, podendo caracterizar constrangimento ilegal ou, se for uma grave ameaça, estupro.

Em sentido contrário, todavia, Prado (2010, p. 673).

Capez, por seu turno, reconhece a possibilidade do crime em exame, exceto quando for professor de cursinho (2010, p.70).

Tipo penal que exige como elemento subjetivo o desejo de obter vantagem ou favorecimento sexual, tem prevalecido o entendimento de que não se perfaz quando o agente visa ter um relacionamento duradouro com a vítima, como nas hipóteses em que o chefe está apaixonado pela vítima.

Quanto ao momento consumativo, importa registrar que o crime não exige habitualidade, perfazendo-se com um só ato de constrangimento, se o caso, tratando-se de crime formal, que não exige, para consumação, que o agente efetivamente tenha conseguido os favores sexuais pretendidos.

A tentativa, embora de difícil visualização e utilidade prática, é em tese admissível, como num bilhete que não chega ao conhecimento da vítima.

Em relação às causas de aumento de pena aplicáveis, assinalam-se:

Art. 226. A pena é aumentada:

I – de quarta parte, se o crime é cometido com o concurso de 2 (duas) ou mais pessoas;

II - de metade, se o agente é ascendente, padrasto ou madrasta, tio, irmão, cônjuge, companheiro, tutor, curador, preceptor ou empregador da vítima ou por qualquer outro título tiver autoridade sobre ela;

Evidentemente que, no caso do inciso II, não haveria a possibilidade de incidência do aumento de pena decorrente do sujeito ativo ser empregador da vítima, posto que já se tratou de constituir elementar do crime de assédio sexual.

Cabette, em excelente estudo sobre as inovações legislativas referentes aos crimes sexuais, observa que em se tratando do preceptor não se deve aplicar o aumento de pena, a uma porque, se o intérprete se filiar à corrente que admite a prática do delito em exame pelo docente em relação ao aluno, estaríamos no mesmo caso acima tratado, ou seja, referida circunstância já seria utilizada como elementar do crime, evitando-se o *bis in idem,* a duas porque, se o intérprete se filiar à corrente que inadmite a prática do assedio pelo professor em relação ao aluno, sequer se estaria a cogitar um crime sexual, para o qual o artigo 226 gera incidência, pois o caso seria de um crime comum de constrangimento ilegal, por exemplo (2010, p.119).

Ainda no tema "causas de aumento de pena", a Lei 12.015/09, que entrou em vigor em agosto de 2009, criou uma nova causa de aumento de pena para o crime em estudo: "§ 2º A pena é aumentada em até um terço se a vítima é menor de 18 (dezoito) anos".

Referida inovação não pode ficar imune a críticas.

Isso porque, o legislador criou um parágrafo segundo quando o antigo parágrafo único já havia sido vetado desde a Lei 10.224/01, assim, foi criado um parágrafo segundo num crime que não tem e não tinha parágrafo primeiro.

Além disso, não se estabeleceu o mínimo de aumento de pena, como é tradicional no Código Penal, fazendo com que a doutrina discuta esse aumento mínimo; Rogério Greco sugere 1/6 ((2010, p.506), mas Mirabete observa que poderia ser até mesmo 1 dia, apenas (2010, p.405).

Entrementes, interessante observar as razões que levaram o legislador ao novel aumento de pena: O Estatuto da Criança e do Adolescente permite o trabalho para adolescentes (artigos 60 e seguintes), o que os poderia colocar em situação de subordinação hierárquica, e, mesmo diante da relação laboral irregular de trabalho infantil, é preciso assegurar maior proteção às crianças envolvidas e punir com maior rigor os agentes aliciadores.

Finalmente, no que respeita ao tema ação penal, ou seja, titularidade subjetiva para ação penal pelo crime de assédio sexual, importa observar que, para os crimes praticados antes de 10/08/2009, a ação penal era de Iniciativa Privada; a partir da vigência da Lei 12.015/09 e até a Lei 13.718/2018, a ação penal passou a ser Pública Condicionada à Representação, exceto se vítima menor de 18 anos ou vulnerável, hipótese em que seria Pública Incondicionada, respeitando, sempre a possibilidade da Ação Privada Subsidiária da Pública; finalmente, após referida, a ação penal se tornou Pública Incondicionada (ARAÚJO, 2020, p. 662).

A atribuição de titularidade subjetiva para a ação penal neste caso repercute bem como o legislador penal evoluiu ao tratar da matéria, ou seja, desde a criação do crime em exame, o legislador percorreu um caminho progressivo no rigor processual para condutas dessa natureza,

na medida em que iniciou prevendo uma ação penal ao livre alvedrio da vítima, passou por uma fase em que outorgou ao Ministério Público a promoção da respectiva ação penal, porém sob a necessidade de autorização da vítima até culminar com a possibilidade do Parquet promover a ação independentemente de qualquer manifestação positiva de vontade do ofendido.

CONCLUSÃO

Ao cobro deste breve percurso sobre a legislação brasileira que trata da violência sexual na relação de emprego, especialmente aquela ultimada de forma velada ou não ostensiva, percebe-se que a legislação infraconstitucional edificou um sistema razoavelmente adequado para proteção do trabalhador.

Constitucionalmente assegurados direitos intrínsecos da personalidade, em consonância com compromissos internacionais dos quais o Brasil é signatário, coube a legislação infraconstitucional dar contornos mais precisos a essas questões.

Numa evolução deverás organizada, desde a Consolidação das Leis do Trabalho já se fazia previsão de figuras que permitiriam a rescisão do contrato de trabalho, ganhando feições singulares com o Código Civil e a edição de uma norma penal incriminadora específica.

A proteção ao trabalhador menor de idade não passou desapercebida na proporção em que se pensou na elevação da pena privativa de liberdade quando a vítima for menor de dezoito anos.

A efetivação destas normas, no entanto, especialmente a de natureza penal, ainda revela-se, pela experiência, tímida diante do universo de situações experimentadas por muitos trabalhadores talvez sendo necessária a implementação de mecanismos que permitam maior facilidade para apuração e punição a condutas desse jaez.

REFERÊNCIAS

ALKIMIN, Maria Aparecida. **Violência na relação de trabalho e a proteção à personalidade do trabalhador**. Curitiba: Juruá, 2008.

ARAÚJO, Fábio Roque. **Direito Penal Didático**. Parte Especial. Salvador: Juspodivm, 2020.

ARENDT, Hannah. **Da violência**. Editora Universidade de Brasília, Trad. Maria Claudia Drummond Trindade, Brasília, 1985.

BARROS, Alice Monteiro. **Curso de Direito do Trabalho**. 10. ed., LTr: São Paulo, 2016.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. Saraiva: São Paulo, 2009.

BRITO, Jonas Santana de. Assédio Moral e Sexual *in* **Revista do TRT 2. Reg**. São Paulo, 4/2010.

CABETTE, Eduardo Luiz Santo. **Crimes contra a Dignidade Sexual – temas relevantes**. Juruá : Curitiba, 2010.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**, vol. 3, 8. ed., Saraiva: São Paulo, 2010.
DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 11. ed., São Paulo: LTr, 2012.

FARIAS, Cristiano Chaves; NETTO, Felipe Braga; ROSENVALD, Nelson. **Manual de Direito Civil.** 4. ed. JusPodivm: Salvador, 2019.

FELKER, Reginald Delmar Hintz. **O Dano moral, o assedio moral e o assédio sexual nas relações de trabalho,** 2.ed, LTr: São Paulo, 2007.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal, vol.III**, 7 ed., Impetus: Niterói, 2010.

MIRABETE, Júlio Fabrini. **Manual de Direito Penal**, 27 ed., Atlas: São Paulo, 2010.

PRADO, Luiz Régis. **Comentários ao Código Penal**, 5 ed., Revista dos Tribunais: São Paulo, 2010.

QUOIST, Michel. **Construir o homem e o mundo.** Lorena: Cléofas, 2014.

SAAD, Eduardo Gabriel. **CLT Comentada**, 49. ed., LTr: São Paulo, 2016.

STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**, 6. ed., Revista dos Tribunais: São Paulo, 2004.

A NOVA LEI DE ABUSO DE AUTORIDADE NA ATIVIDADE DO POLICIAL MILITAR

Rodrigo dos Santos Andrade
Mestre, pós-graduado e bacharel em Direito pela Universidade UNICESUMAR; Pós-graduado em Gestão Pública pela UEPG; Pós-graduado em Análise Criminal pela UNINA; Professor de Direito. Endereço eletrônico: rodrigoandradedireito@gmail.com

Marcelo Santos da Costa
Graduado em Processo Gerencial pelo Centro Universitário Cesumar (UNICESUMAR); pós-graduado pela Faculdade venda nova do Imigrante (FAVENI). Servidor público do estado do Paraná. Endereço eletrônico: mar.amanegra@gmail.com

RESUMO: Foi sancionada em 2019 uma nova lei de abuso de autoridade, apresentando mais objetividade e tipificações criminais especificas. Através da nova lei a interpretação subjetiva e aplicação genérica ao caso concreto foram diminuídas, evitando a aplicação de forma diferente em casos análogos, em razão do interesse do aplicador da lei. Para tanto, o presente artigo será desenvolvido através de pesquisa qualitativa, cujos métodos serão teóricos e pautados em livros, artigos, leis, normas e em dados governamentais, esclarecendo os fins da lei e a influência que ela exerce na proteção dos direitos fundamentais e na atividade do Polícia Militar.
PALAVRAS-CHAVE: Abuso de poder; Abuso de autoridade; Administração Pública; Direitos fundamentais; Polícia Militar.

ABSTRACT: A new law of abuse of authority was passed in 2019, showing more objectivity and specific criminal typifications. Through the new law, the subjective interpretation and generic application to the specific case were reduced, avoiding the application differently in analogous cases, due to the interest of the law enforcer. To this end, this article will be developed through qualitative research, whose methods will be theoretical and based on books, articles, laws, rules and government data, clarifying the purposes of the law and the influence it has on the protection of fundamental rights and on Military Police activity.
KEYWORDS: Abuse of power; Abuse of authority; Public administration; Fundamental rights; Military police.

INTRODUÇÃO

Entre os anos de 1964 à 1985, o Brasil vivenciou um período militar, o qual mitigou de direitos e garantias individuais e coletivas para legitimar as ações governamentais. Com ações ilegítimas as prerrogativas estatais eram ilimitadas e as atuações abusivas dos agentes públicos eram frequentes, assim como a minimização de direitos e garantias fundamentais.

Embora os direitos fossem mínimos e a atuação governamental imoderada, o governo ditatorial chegou ao fim, sendo que no ano de 1988 foi promulgada a nova Constituição Federal, a qual delimitou prerrogativas ao Estado, para que este promovesse o os direitos fundamentais dos homens.

Com a delimitação das prerrogativas estatal para a busca do bem coletivo, a legislação tipificou condutas criminosas decorrentes de abusos de autoridade praticadas por agentes públicos, as quais, atualmente, estão na Lei nº 13.869/19 e visam evitar violações arbitrárias nos direitos fundamentais dos indivíduos.

Assim, é de suma importância compreender se esta legislação é necessária para a defesa dos direitos fundamentais, bem como se ela se faz imprescindível para o desenvolvimento da ação pública e, principalmente, para a função policial? Ademais, com os constantes conflitos quanto à finalidade real da lei de abuso de autoridade, esta lei limita a atuação dos servidores públicos, lesando a ação governamental e os direitos fundamentais?

Diante dos questionamentos, o desenvolvimento de estudos sobre o a temática proporcionará a qualificação da atuação policial na defesa dos direitos fundamentais, haja vista que a lei não limita a atuação do servidor público, mas clarifica os atos e os limites da legalidade, evitando a ocorrência de abuso, bem como de dualidade na aplicação da lei.

Nesse sentido, o presente trabalho tem por desígnio analisar a nova lei de abuso de autoridade e sua influência nos direitos fundamentais e na atuação da polícia militar, sendo que especificamente objetiva compreender as finalidades da legislação e as consequências do limite legal na atuação pública através da tipificação de condutas que divergem do interesse público.

O conhecimento sobre a legislação e direitos fundamentais dos indivíduos é essencial para a atuação lícita e regular do agente público, em especial do policial militar, pois através do saber condutas imorais e abusivas podem ser evitadas, demostrando a relevância o desenvolvimento do presente trabalho, uma vez que apenas com a sabedoria atos desmedidos podem ser extintos.

Para tanto, o presente trabalho será desenvolvido através de pesquisa qualitativa, cujos métodos serão teóricos e pautados em livros, artigos, leis, normas e em dados governamentais, esclarecendo os fins da lei e a influência que ela exerce na proteção dos direitos fundamentais e no exercício da função pública.

1 DIREITOS FUNDAMENTAIS

1.1 Conceito e historicidade

Antes de adentrar especificamente ao tema é importante apresentar conceitos de grande relevância, os quais serão essenciais para a clarificação do conceito direitos fundamentais, uma vez que o conhecimento sobre as palavras auxilia a compreensão da matéria discorrida no presente trabalho.

Assim sendo, de acordo com o minidicionário Aurélio (2001, p. 258) direito é "10. Faculdade legal de praticar ou não praticar um ato. 11. Prerrogativa que alguém tem de exigir de outrem, em seu proveito, a prática ou abstenção de um ato. 12. O conjunto das normas jurídicas vigentes num país". Enquanto fundamental (Aurélio, 2001, p. 363) é aquilo "que serve de fundamento básico".

Ou seja, direitos fundamentais, conforme conceitos trazidos no minidicionário Aurélio, são prerrogativas, faculdade legal disciplinada em normas jurídicas que versam sobre o que é essencial ao ser humano. Em aspecto jurídico, conforme afirma Lenza (2012, p. 741) os direitos constitucionais fundamentais são direitos subjetivos e essenciais à Dignidade da Pessoa humana, os quais objetivam proteger os indivíduos nas relações das pessoas com o Estado e na sociedade – relações privadas.

Para Pinto (2009, p. 126) os direitos fundamentais são àqueles que:

> [...] em essência, são direitos representativos das liberdades públicas, constituem valores eternos e universais, que impõem ao Estado fiel observância e amparo irrestrito. Constituem os direitos fundamentais legítimas prerrogativas que, em um dado momento histórico, concretizam as exigências de liberdade, igualdade e dignidade dos seres humanos, assegurando ao homem uma digna convivência, livre e isonômica.

Com perfil declaratório, os direitos fundamentais têm por finalidade resguardar os indivíduos de arbitrariedades, garantindo-lhes a conivência harmônica, digna, livre e igualitária, minimizando lesões e ameaças de lesões aos direitos nacionalistas que positivados na ordem interna de um Estado.

Embora estruturado no atual ordenamento jurídico pátrio, os direitos fundamentais não eram assim, não possuíam estruturas e nem importância, sendo que a essencialidade destes para a formação de uma sociedade justa surgindo e se fortalecendo com o tempo, através das transformações que ocorreram na sociedade.

"Na Antiguidade Clássica, até 476 D.C., não existia conhecimento sobre Direitos Fundamentais", haja vista que não havia a noção de indivíduo como sujeito livre e participante das decisões políticas do Estado, sendo que esse período "na verdade [...] não pode ser considerada como verdadeiro berço histórico dos direitos humanos fundamentais" (FILHO, 2010, p. 192).

Os primeiros indícios de reconhecimento de direitos fundamentais básicos do homem se iniciam com o fortalecimento do cristianismo, uma vez que através dessa filosofia o ser humano era visto como a imagem de Deus, ou seja, como algo divino que não poderia sofrer violências arbitrariamente.

Entretanto, conforme salienta Filho (2011), mesmo com o início do desenvolvimento dos direitos fundamentais, estes só se fortaleceram, de modo a ser reconhecidos e proteger os indivíduos, com o Estado Liberal – indivíduo tem direitos diante do detentor do poder, o qual não governa de forma irrestrita e absoluta - e com o Estado de Direito – divisão de poder e estabelecimento de direitos e garantias.

Através do reconhecimento de garantias essenciais ao homem, os direitos fundamentais foram se adaptando às transformações e à realidade social, não ficando estáticos ao tempo e ao meio que estavam, mas sim em constantes transformações com escopo de maximizar a proteção dos indivíduos. Resplandece, assim, que os direitos fundamentais nunca estão acabados e concretizados, mas estão em adaptações e reformulações para atingir de maneira eficaz o fim a que se destina.

Nesse sentido, cada período de adaptação e transformações nos direitos fundamentais, conforme salienta Lenza (2010, p. 740), foram classificados pela doutrina em gerações de direitos, as quais visam delimitar a evolução dos direitos fundamentais do homem.

O doutrinador Lenza (2010, p. 740), descreve que a primeira geração de direitos fundamentais ficou marcada pelas obrigações de não fazer, ou seja, ausência e distanciamento do Estado das relações individuais, garantindo a liberdade do homem. A segunda geração, em complemento a primeira geração, impõe ao Estado não apenas a abstenção de ações, mas a obrigação de fazer e agir para efetivar o Estado de Bem-estar social, fixando "direitos sociais".

Segundo Bobbio (1995, p. 06) "ao lado dos direitos sociais, que foram chamados de direitos de segunda geração, emergiam hoje os chamados direitos de terceira geração, que

constituem uma categoria, para dizer a verdade, ainda excessivamente heterogênea e vaga", a qual, em completo com as demais gerações, passa a ser reconhecer os direitos difusos e não apenas os direitos fundamentais individuais, possibilitando que grupos passassem a titularidade de direitos e garantias.

Através da terceira geração de direitos fundamentais há o reconhecimento dos direitos coletivos, os quais viabilizam maior humanidade, abrangência e universalização, por ser "direitos de todos, mas que não pertencem a ninguém isoladamente. São de grupos cuja titularidade é absolutamente indeterminada" (FILHO, 2012, p.13).

Embora as três gerações de direito fundamental abranjam direitos negativos, positivos e coletivos, os doutrinadores não se limitaram a elas, sendo que eles reconhecem a necessidade e a existência de direitos de quarta, quinta e até mesmo de sétima geração. Entretanto, o STF

– Supremo Tribunal Federal – na decisão do Mandado de Segurança nº 22.164/1995, no tocante as gerações dos direitos fundamentais reconheceram, até o momento, apenas três gerações dos direitos fundamentais, sendo que:

> [...] os direitos de primeira geração (direitos civis e políticos) – que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais – realçam o princípio da liberdade e os direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais) – que se identifica com as liberdades positivas, reais ou concretas – acentuam o princípio da igualdade, os direitos de terceira geração, que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados, enquanto valores fundamentais indisponíveis, pela nota de uma essencial inexauribilidade.

Embora haja teorias quanto a novas gerações dos direitos fundamentais, há muita divergência quanto ao conteúdo destas, assim como questionamentos se estas são necessárias para a compreensão da evolução dos direitos fundamentais, existindo grande dicotomia sobre o tema.

Assim, sem a possibilidade de delimitar apenas um conceito único para essas gerações, é de suma importância apenas definir que, independe de qual geração estão, os direitos fundamentais são essenciais para a convivência harmônica e digna do homem.

2 DIREITOS FUNDAMENTAIS E CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

O Brasil, durante os anos de 1964 e 1984, vivenciou um regime governamental de caráter absolutamente ditatorial, em que os direitos e garantias individuais eram diminuídas a

fim de fortalecer o Poder Executivo, garantindo uma legitimidade forçada. Ocorre que, mesmo com a minimização de direitos do homem, o povo foi às ruas, requerendo a volta das eleições diretas para presidente e o fim do regime militar, o que amparou a o fim do regime militar instaurado. (SALOMÃO, p. 54)

Com a ruptura havida no regime ditatorial, uma nova Constituição foi promulgada e nela direitos fundamentais foram consagrados amplamente, maximizando os direitos que sofreram diminuição com o antigo período e garantindo a proteção aos indivíduos e à coletividade, a fim de evitar violações a este e danos aos seus titulares.

Nesse sentido, "a Constituição Federal de 1988, foi a oitava da história do Estado Brasileiro e a quarta a ser promulgada", sendo que como já explanado, veio a acontecer após um período histórico conturbado o que levou a efetivação do "movimento Diretas Já" e a retomada, pelo povo da trajetória democrática.

Denominada como "Constituição Cidadã por Ulysses Guimarães", a Constituição de 1988 restaurou os direitos e garantias fundamentais, assim como aplicou a capacidade jurídica dos princípios e da dignidade da pessoa humana, estabelecendo procedimentos legislativos, competências e atribuições e divisão efetiva dos poderes, os quais são independes e harmônicos entre si, e devem buscar o bem dos indivíduos e da coletividade.

Nesse sentido, conforme LENZA (2010, p.139) "a Constituição Federal, em seu título II, classifica o gênero direitos e garantias fundamentais em importantes grupos", ou seja, os direitos fundamentais apresentados no texto constitucional são classificados em "direitos individuais e coletivos, direitos sociais, direitos de nacionalidade, direitos políticos e partidos políticos" (MORAES, p. 91).

Com previsão constitucional, os direitos fundamentais não têm rol taxativo e não são apenas os previstos expressamente na Constituição Federal, podendo estar de forma implícita e em outras normas, até mesmo em tratados internacionais ou em princípios que forem compatíveis com a ordem jurídica vigente no Brasil, desde que objetivem a proteção à vida, à liberdade, à incolumidade física e psíquica, à proteção a imagem, a paz e ao patrimônio, à inviolabilidade da residência, assim como a proteção dos particulares frente às ações do Estado que limitem direitos e garantias.

2.1 (In) concretização na realidade social

A Constituição Federal objetiva a concretização dos direitos fundamentais do homem, a convivência harmônica e digna, além da efetivação de um Estado de Bem-Estar social, sendo

que cabe ao Estado o desenvolvimento de ações que promovam e materializam estes, observado, conforme salienta Silva e Pereira (2017, p. 03) que:

> Os direitos fundamentais, fins constitucionais, são, como se sabe, aqueles que exigem do Estado uma prestação e compõem o núcleo essencial do sistema constitucional, do qual se extrai a ideia de dignidade da pessoa humana. Tal atuação por parte do ente estatal, por sua vez, encontra-se vinculada à atuação político-legislativa, ao que se pode fazer referência imediata a um mecanismo de conformação do público espectador.

Ou seja, através de ações estatais e de políticas públicas as delimitações constitucionais passaram a serem implementadas na realidade social. Contudo, a consolidação dos direitos fundamentais e de um estado de bem-estar social está longe de atingir seus anseios, uma vez que as dificuldades na implementação e reconhecimento de direitos fundamentais impossibilitam a eficácia destes, causando imenso prejuízo aos indivíduos.

A concretização de direitos básicos aos homens no texto constitucional encontra-se distante da realidade social, uma vez que a população está desamparada e sofre com a não materialização dos direitos postos no ordenamento jurídico pátrio e com as constantes violações e violências que toleram. (SILVA, 2006)

Assim, embora o texto constitucional seja belo, inspirador e essencial à vida digna, o Estado não supre as demandas sociais, relativizando o ordenamento jurídico pátrio e inaplicando-o à realidade social.

A minimização estatal dos direitos fundamentais causa danos aos indivíduos, os quais constantemente sofrem abusos e danos por não ser amparado de modo eficaz pelo ordenamento jurídico pátrio, por estar este fragilizado e inconcretizado nas relações pessoais.

3 ABUSO DE AUTORIDADE

3.1 Aspectos gerais

Com escopo de atingir o bem estar social, suprir os interesses coletivos e principalmente efetivar direitos fundamentais, a Constituição Federal atribuiu ao Estado prerrogativas, as quais delimitam poderes a ele para que interfira na realidade social, sobrepondo seus anseios e interesses na busca pelo bem coletivo, minimizando a vontade e direitos individuais. (DI PIETRO, 2003)

As referidas prerrogativas atribuídas ao Estado lhe conferem poderes administrativos, os quais são instrumentos para sua atuação na busca da efetivação de direitos fundamentais e do

Estado de Bem-estar social. Segundo Mazza (2012, p.253) “a legislação confere à Administração Pública competências especiais. Sendo prerrogativas ligadas a obrigações, as competências administrativas constituem verdadeiros poderes-deveres instrumentais para a defesa do interesse público”.

Assim, compete ao Ente Público o desenvolvimento de metodologias capazes de viabilizar a aplicação e materialização de direitos fundamentais, minimizando violações e maximizando a aplicabilidade deste na realidade social. Para MEIRELLES (1999, p. 88) a prerrogativa é um poder estatal atribuído a um agente público para que este o use de acordo com as normas éticas e morais, assim como de forma razoável e proporcional, conforme delimitação da lei.

Todavia, embora sejam essenciais à consolidação dos direitos fundamentais, as ações estatais podem ser utilizadas de forma ilegal, inadequada, imoral e com escopo de prejudicar ou minimizar direitos de outrem, sendo que os vícios contidos nestas ações não são passiveis de consolidação, uma vez que toda vez que o poder administrativo atribuído ao Estado não for utilizado como instrumento legal para a aplicação das normas constitucionais, haverá abuso de poder, por ultrapassar o caráter instrumental lhe atribuído. De acordo com GASPARINI (1993, p. 57):

> O uso do poder, prerrogativa da Administração Pública, não é incondicionado ou ilimitado. Seu uso, para ser legal, há de ser normal. Assim, usar normalmente o poder significa, de acordo com Hely Lopes Meirelles (direito Administrativo) “empregá-lo segundo as normas legais, a moral da instituição, a finalidade do ato e as exigências do interesse público”.

Conquanto a Constituição Federal confira ao Estado a prerrogativa de mediar às relações humanas, tanto entre particulares, quanto entre particular e Administração Pública, a ele não é atribuído a atuação irrestrita e imoderada, sendo que, para tanto, ao atuar deve pautar-se no ordenamento jurídico pátrio.

Ocorre que, apesar de ser evidente a necessidade de atuação dentro dos parâmetros legais, o Estado, através de seus agentes, atua de forma ilegal e imoral, abusando da prerrogativa que detém de forma a prejudicar e violar os indivíduos, abusando do poder que detém. Para DI PIETRO (2003, p. 116):

> Todo ato administrativo, a medida de polícia, ainda que seja discricionária, sempre esbarra em algumas limitações impostas pela lei, quanto à competência e à forma, aos fins e mesmo com relação aos motivos ou ao objeto; quanto aos dois últimos, ainda eu a Administração disponha de certa dose de discricionariedade, esta deve ser exercida nos limites traçados pela lei.

Embora vise o bem coletivo, a ação estatal não pode atuar de forma irrestrita, devendo respeitar a legislação vigente o fim a que se destisna, pois, na ordem jurídica pátria, a atuação do Estado não pode ser imoderada, pelo contrário, ela deve ser limitada às delimitações legais, resguardando direitos e não os violando.

Conforme ensinamento de GASPARINI (1993, p. 57) "o uso anormal do poder é circunstância que torna ilegal, total ou parcialmente, o ato administrativo ou irregular a sua execução" e esse uso anormal é delimitado como Abuso de Poder. Para CARVALHO (2017, p 120):

> [...] o abuso de poder são situações nas quais a autoridade pública pratica o ato extrapolando a competência legal ou visando uma finalidade diversa daquela estipulada pela legislação. [...] o abuso de poder pode ocorrer de condutas comissivas - quando o ato administrativo é praticado fora dos limites legalmente posto - ou de condutas omissivas - situações nas quais o agente público deixa de exercer uma atividade imposta a ele por lei, ou seja, quando se omite no exercício de seus deveres. Em ambos os casos, o abuso de poder configura ilicitude que atinge o ato dele decorrente.

O abuso de poder é a utilização ilegal, imoral e desrespeitosa às normas vigentes no Estado, do poder público, o qual é utilizado fora dos limites adequados para o fiel cumprimento do dever legal, sendo que esse agir abusivo pode ser dividido em excesso de poder e desvio de poder.

O primeiro "o agente atua fora dos limites de sua competência, enquanto o segundo o agente, embora dentro de sua competência, afasta-se do interesse público que deve nortear todo o desempenho administrativo". Ressalta-se que a incidência de ambas as delimitações não pode ser aceitas, uma vez que o agir estatal deve estar em conformidade com o que a lei dispuser e defender os indivíduos, evitando que eles tenham direitos e garantias violadas.

Para tanto, desde o ano de o ano de 1965, através de Lei nº 4.898, o ordenamento jurídico pátrio regula o "processo de Responsabilidade Administrativa Civil e Penal, nos casos de abuso de autoridade". Entretanto, a referida lei foi revogada, no ano de 2019, por meio da Lei nº 13.869, a qual versa sobre o mesmo tema e visa minimizar a incidência de atos abusivos ilegais.

3.2 Antiga lei de abuso de autoridade

A Lei nº 4.898 de 1965 foi sancionada com a finalidade e evitar a atuação irrestrita dos agentes públicos no desenvolvimento de suas ações ou em razão delas. Ocorre que a sociedade se transformou, o direito evoluiu e a lei sancionada na década de 1960 não mais era eficaz na

realidade social, pois perdia vigência diante das mudanças havidas na sociedade, como afirma LIMA (2019, p. 22):

> [...] o exercício das prerrogativas conferidas a todos aqueles que agem em nome do Estado deve atender à satisfação do interesse público, jamais ultrapassando os limites estabelecidos pela lei, é de rigor coibir todo e qualquer exercício abusivo do poder por esses agentes públicos. [...] dotada de dispositivos vagos e aberta, a revogada Lei n. 4.898/65 dispensava aos crimes de abuso de autoridade uma sanção penal absolutamente incompatível com o desvalor do injusto, deixando-a, assim, desprovida de qualquer poder dissuasório sobre os agentes públicos.

Com a antiga lei, a criminalização da conduta de abuso de poder pautava-se em tipos penais abertos, ou seja, dependiam da interpretação do aplicador da lei ao analisar o caso concreto, pois a discricionariedade e a subjetividade influenciariam significativamente na definição da conduta praticada pelo agente público.

A relativização e opinião subjetiva sobre os tipos penais da Lei nº 4.898 de 1965, assim como a ausência de proteção específica e objetiva a um bem jurídico, gerava inúmeras dificuldade de aplicar a legislação ao caso concreto, como também havia grande possibilidade de direcionamentos diversos das finalidades da lei.

Assim, com intuito de tipificar de forma objetiva e sem possibilidade de análise e aplicação subjetiva, foi sancionada em 2019 a Lei nº 13.869, a qual estipulou as condutas que se típicas do crime de abuso de poder praticado pelo servidor público, evitando dualidades na aplicação da lei, assim como subjetividade e direcionamentos na persecução criminal.

3.3 Nova lei de abuso de autoridade

Adaptando as normas as mutações que ocorreram na sociedade, a lei 13.869/19, nova lei de crimes de abuso de autoridade, revogou a Lei nº 4.898/65, uma vez que foi sancionada para colocar fim aos tipos penais abertos que necessitavam de análise subjetiva para sua aplicação, como afirma NUCCI (2019):

> A lei anterior, editada na época da ditadura militar, carecia de reforma integral, adaptando-se aos tempos atuais. Nesse perfil, é extremamente relevante destacar que os tipos penais da lei 4.898/65 eram muito mais abertos e não taxativos do que o cenário ofertado pela lei 13.869/19. Para se certificar disso, basta a leitura do art. 3º, "a", da lei anterior: constitui abuso de autoridade qualquer atentado à liberdade locomoção. Seria perfeitamente amoldável a esse tipo penal toda e qualquer prisão preventiva decretada "sem justa causa" ou até mesmo uma condução coercitiva "fora das hipóteses legais". Dependeria de interpretação? Sem dúvida. Porém, na atual lei tudo ficou muito mais claro e taxativo.

A subjetividade na aplicação da antiga legislação de abuso de autoridade gerava muitos conflitos e dificuldades, demostrando que esta estava incompleta para ser aplicada a realidade social, estando deficiente nos objetivos que visava atingir, tendo em vista que apresenta de forma abrangente condutas que poderiam ser amoldadas em crime de abuso de poder, sem, contudo, apresentar condutas tipificas e conceitos específicos para estas.

Assim, a nova legislação, embora verse sobre o mesmo assunto, apresenta texto mais completo e objetivo, diminuindo interpretações e subjetividades, facilitando o entendimento sobre a matéria da lei.

Porém, embora apresente conceitos importantes para a tipificação das condutas criminais de abuso de autoridade e proteja os indivíduos de ações violentas e abusivas cometidas por agentes públicos, a Lei 13.869/2019 foi sancionada em um contexto histórico- político conturbado e críticas surgem sobre o real interesse da lei. Sobre o momento histórico-político em que a nova lei de abuso de autoridade foi sancionada, LIMA (2019, p. 22) afirma que:

> Inegavelmente, a Lei n. 13.869/19 não foi aprovada pelo Congresso para atender a essa finalidade, mas sim de modo a impedir o exercício das funções dos órgãos de soberania, bem como legitimar uma verdadeira vingança privada contra aqueles que, de alguma forma, se sentirem incomodados pela atuação dos órgãos de persecução penal, fiscal e administrativa. [...] o Congresso Nacional deliberou pela aprovação 'a toque de caixa' do novo diploma normativo com a nítida intenção de buscar uma forma de retaliação a esses agentes públicos, visando ao engessamento da atividade-fim de instituições de Estado responsáveis pelo combate à corrupção.

Apesar de posicionamentos críticos a lei e ao momento em que esta fora sancionada, em razão de ser um momento político conflituoso, a nova lei de Abuso de Autoridade criou novos tipos penais, bem como apresentou conceitos importantes para a aplicação da legislação e atuação dos agentes públicos, uma vez que apresentou tipos penais específicos e objetivos, incapazes de permitir interpretações extremante subjetivas sem analise ao processo.

Com isso, observa-se que a nova lei de abuso de autoridade impacta a realidade social, observado que clarifica as limitações dos agentes públicos, assim como oportuniza conhecimento específicos sobre quais atos se amoldam em tipos penais e sobre quais ações são fundamentais para o desenvolvimento das atividades públicas e efetivação do bem comum, impedindo que os servidores ajam de forma ineficiente e indiscricionária e protegendo de forma eficaz os direitos fundamentais dos indivíduos, conferindo maior "segurança jurídica" a estes.

3.4 A polícia militar e a lei nº 13.869/2019

A Constituição Federal traz em seu texto direitos fundamentais, os quais visam à proteção e o resguardo da dignidade da pessoa humana. Entretanto, esses direitos humanos essenciais não são absolutos, podendo ser mitigados em prol da coletividade e do interesse público, como afirma BRANCO (2007, p.272): "[...] os direitos fundamentais podem ser objeto de limitações, não sendo, pois, absolutos. [...] Até o elementar direito à vida tem limitação explícita no inciso XLVII, a, do art. 5º, em que se contempla a pena de morte em caso de guerra formalmente declarada".

Todavia, a minimização e relativização dos direitos fundamentais dos homens devem ocorrer apenas com respaldo na legislação, devendo os agentes públicos, atuar e forma efetiva e limitada à lei, sendo defeso o agir de absoluto e imoderado.

Vislumbra-se assim, como afirma TELLES (2019), que a nova lei de abuso de autoridade tem por escopo regular a relação entre direitos fundamentais e sua relativização em benefício da coletividade, sendo essencial para a proteção dos direitos e garantias fundamentais dos indivíduos, assim como é basilar para limitar o agir estatal dentro dos paramentos constitucionais, evitando dualidade de interpretação e agir público imoderado em prejuízo excessivo aos particulares.

Com a nova lei não há que se falar em limitação do agir dos agentes públicos, mas sim em resguardo aos direitos e garantias individuas diante da ação estatal, evitando violações a abusos aos particulares, tendo em vista que direitos não poderão ser mitigados pela vontade arbitrária do Estado, mas apenas quando embasados dentro dos limites constitucionais e da lei, impedindo o agir pessoal e direcionado dos funcionários públicos a atos que não visem o interesse público.

Ressalta-se que a nova tipificação das condutas criminosas não impede o agir estatal, sendo que os atos essenciais para o desenvolvimento das atividades públicas e para a efetivação do Estado de bem-estar social são fortalecidos com a objetividade da lei, a qual protege os particulares de ações abusivas, assim como limitam o agir imoderado dos agentes públicos às ações que realmente demandam inferência estatal para a busca do bem coletivo.

Nesse sentido, a polícia militar, a qual possui atribuições constitucionais de "prevenir a prática de delitos ou reprimi-los de forma imediata" (SILVA e GURGEL, p. 145), com escopo de manter a ordem pública, não teve suas imputações essenciais modificadas ou limitadas, pelo contrário, suas ações com a nova tipificação criminal de condutas e ações abusivas fortaleceu sua atuação.

Ao estabelecer tipos penais objetivos com condutas definidas como crimes, os agentes policiais miliares ficaram com respaldo legal para agir em defesa do interesse público, assim como tiveram ciência com exatidão de quais condutas, que no exercício de suas funções, poderiam se amoldar aos crimes de abuso de autoridade, minimizando o medo de agir em prol da coletividade e ser responsabilizado em razão da grande subjetividade da aplicação da lei – como ocorria com a Lei nº 4.898/65.

A nova lei foi benéfica aos particulares e aos policiais militar, uma vez que o desenvolvimento de suas ações não fica limitado ao medo de agir e ser responsabilizado indevidamente em conduta que, por interpretação subjetiva do aplicador da lei, fosse considerada abusiva, permitindo autonomia e discricionariedade aos militares estaduais para realizar condutas essenciais para o bem coletivo e para a materialização de suas funções.

Ademais, através da nova lei a segurança pública torna-se mais efetiva na realidade social, pois os agentes públicos militares encontram um elemento e fundamento favorável para desenvolver suas atribuições constitucionais em busca do bem comum, uma vez que compreendem os limites de seu agir, assim como os tipos penais derivados do abuso de autoridade e suas responsabilidades ao atuar em nome do Estado.

CONCLUSÃO

O ordenamento jurídico pátrio estabelece direitos e garantias fundamentais, a fim de possibilitar a convivência harmoniosa e a proteção a dignidade do homem, sendo que ao Estado cabe a atribuição para desenvolver ações de concretizar os direitos postos na Constituição Federal, buscando sempre o bem coletivo.

Para tanto, ao Estado é atribuído prerrogativas que visam a mitigação dos direitos fundamentais para atingir o interesse público e o bem estar da coletividade. Ocorre que, embora a finalidade da limitação de direitos fundamentais em prol do bem coletivo seja coesa, muitas vezes as ações governamentais são arbitrárias e abusivas, de modo a ferir direitos dos particulares, sendo que em razão dessas circunstâncias foi imprescindível a sanção de uma lei penal para diminuir a incidências de ações abusivas.

A Lei nº 4.898/65, até 2019, era a norma que tipificava os crimes decorrentes de condutas abusivas e desviantes praticadas por agentes públicos, sendo que com a sanção da Lei nº 13.869/19, ela foi revogada. Dando continuidade aos objetivos da antiga lei, a nova lei tornou o tipo penal dos crimes de abuso de autoridade mais objetivos, evitando subjetividades na aplicação da lei e punições indevidas decorrente de interpretações equivocadas.

Ocorre que com a nova lei muitos apontamentos críticos foram feitos, porém, o que nota-se é que com ela a objetividade legal no tipo penal foi concretizada, resguardando direitos fundamentais e o agir público e policial lícito. Nesse sentido, a compreensão dos direitos fundamentais, assim como da nova lei de abuso de autoridade e a influência que ela tem sobre a atuação policial militar é de suma importância, pois compreendendo a relação entre as temáticas é possível o desenvolvimento de ações preventivas e ostensivas de segurança pública dentro da legalidade e do respeito aos direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo; Saraiva, 2007.

BRASIL, Governo Federal**. Lei nº 4.898 de 1965**. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 20 jul. 2020.

_____. **Lei nº 13.869 de 2010**. Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em: 20 jul. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Julgamento do Mandado de Segurança nº 22.164/1995**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portalTvJustica/portalTvJusticaNoticia/anexo/DIREITOSEGARANTIASFUNDAMENTAISJOaOALEXANDREVIEGAS> Acesso em: 22 jul. 2020.

BOBBIO, Noberto. **A era dos Direito**. Tradução de Carlos N. Coutinho. Rio de Janeiro: Ed. Campus, 1992.

CARVALHO, Matheus de. **Manual de Direito Administrativo**. 4. ed. rev. ampl. e atual. - Salvador: JusPODIVM, 2017.

COSTA, Arthur Riboo da. **Lei de Abuso de Autoridade**. Disponível em: <https://lex.com.br/doutrina_27966122_LEI_DE_ABUSO_DE_AUTORIDADE_1.aspx>. Acesso em: 18 de Abr. de 2020.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

DUARTE, Leonardo Avelino. **Constituição Cidadã**. Ordem dos Advogados do Brasil, Seccional de Mato Grosso do Sul. Disponível em:<https://oab-ms.jusbrasil.com.br/noticias/2871580/constituicao-cidada>. Acesso em: 22 jul. 2020.

FACHIN, Zulmar. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. Revista atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Forense. 2012.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Minidicionário Aurélio**. 5. ed. Rio de Janeiro: Editora nova Fronteira, 2001.

FILHO, Alberto de Magalhães Franco. **A Proto-História dos Direitos Fundamentais**. Revista Direitos Fundamentais e Democracia. Vol. 7, n. 7, 2010. Disponível em: <https://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br>. Acesso em: 13 de jul. 2020.

FILHO, João Trindade Cavalcante. **Teoria Geral Dos Direitos Fundamentais**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portalTvJustica/portalTvJusticaNoticia/anexo/Joao_Trindadade_Teoria_Geral_dos_direitos_fundamentais.pdf>. Acesso em: 11 jul. 2020.

GAGLIARDI, José Renato. **Evolução e Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/34254/evolucao-dos-direitos-fundamentais>. Acesso em: 12 jul. 2020.

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1993.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

LIMA, Renato Brasileiro. **Nova Lei de Abuso de Autoridade**. Editora JusPODIVM. São Paulo, 2019.

MAZZA, Alexandre. **Manual de Direito Administrativo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 24. ed. São Paulo: Melheiros, 1999.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 32. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

MORGADO, Gerson Marcos. **A importância do cristianismo para a concepção da dignidade da pessoa humana e para a universalização de sua consciência**. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-116/a-importancia-do-cristianismo-para-a-concepcao-da-dignidade-da-pessoa-humana-e-para-a-universalizacao-de-sua-consciencia>. Acesso em:20 jul. 2020.

NUCCI, Guilherme. **A nova lei de abuso de autoridade**. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/312282/a-nova-lei-de-abuso-de-autoridade>. Acesso em 22 jul. 2020.

PINHO, Débora. **O dia em que a Constituição de 1988 foi promulgada**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2009-jun-18/imagens-historia-dia-nasceu-constituicao-1988>. Acesso em: 22 jul. 2020.

PINTO, Alexandre Guimarães Gavião. **Direitos Fundamentais: Legítimas prerrogativas de liberdade, igualdade e dignidade**. Revista da EMERJ, v. 12, nº 46. Disponível em: <https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista46/Revista46_126.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2020.

RAMOS, Jefferson Evandro Machado. **Diretas já**. Disponível em: <https://www.suapesquisa.com/historiadobrasil/diretas_ja.htm>. Acesso em: 11/07/2020.

SALOMÃO, Ivan. **Da Distensão Política à Nova República**: Apontamentos Sobre A Vitória Oposicionista no Colégio Eleitoral. Disponível em:

<https://revista.ufrr.br/textosedebates/article/viewFile/4085/pdf>. Acesso: 23 jul. 2020.

SILVA, Gabriela Galiza; GURGEL, Yara Maria Pereira. **A polícia na Constituição Federal de 1988: apontamentos sobre a manutenção de um órgão militarizado de policiamento e a sua incompatibilidade com a ordem democrática vigente no Brasil**. Disponível em: <http://revista.forumseguranca.org.br/index.php/rbsp/article/download/597/232>. Acesso em 23 jul. 2020.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

SILVA, Marilia Ferreira; Pereira, Erick Wilson. **Dever Fundamental De Atuação Do Estado Como Elemento Promotor Da Igualdade Substancial E Efetividade Do Sistema Constitucional**: Desdobramentos Da Dignidade Da Pessoa Humana. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=3423c8199b1e39e9>. Acesso em: 22 jul. 2020.

SILVA, Romeu Adriano. **GOLPE MILITAR E ADEQUAÇÃO NACIONAL À INTERNACIONALIZAÇÃO CAPITALISTA (1964-1984).** Disponível em: <http://www.histedbr.fe.unicamp.br/navegando/periodo_militar_intro.html>. Acesso em: 22 jul. 2020.

TELLES, Cássio Lisandro. **Lei de abuso de autoridade**: proteção à cidadania e às garantias fundamentais. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-set-02/cassio-lisandro-telles-protecao-cidadania-lei-abuso>. Acesso em 23 jul 2020.

VASCONCELOS, João Paulo Farias. **Poderes e deveres dos agentes públicos**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/63222/poderes-e-deveres-dos-agentes-publicos>. Acesso em: 23 jul. 2020.

WESTPHAL, Daniel. **Uma análise acerca da lei de abuso de autoridade frente à proposta de atualização no projeto de lei do senado nº 85/2017**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/75808/uma-analise-acerca-da-lei-de-abuso-de-autoridade-frente-a-proposta-de-atualizacao-no-projeto-de-lei-do-senado-n-85-2017>. Acesso em: 20 jul 2020.

A CONSTITUCIONALIDADE DA AVERBAÇÃO PRÉ-EXECUTÓRIA E O DIREITO DE PROPRIEDADE NO ESTADO FISCAL

Vicente Férrer de Albuquerque Júnior
Procurador da Fazenda Nacional. Mestrando em Direito pela Universidade Federal do Pará. Pós-graduação em Direito Tributário e Direito Processual Civil.

RESUMO: O objetivo deste artigo é investigar se a averbação pré-executória, prevista no art. 20-B, § 3º, inc. II da Lei nº 10.522/02, efetivamente, trata-se de um instrumento fiscal constitucional para o contribuinte e eficiente para o Fisco, reduzindo a demanda para o Poder Judiciário, elevando a recuperação do crédito público e consolidando o direito de propriedade no contexto do Estado Fiscal. Para isto, aplicou-se o método dedutivo, com as técnicas de pesquisa documental e bibliográfica, com o exame dos dados oficiais de recuperação de receita e a cobrança administrativa. Primeiramente, foram analisados quais débitos e que medida podem ser inscritos em dívida ativa da União; posteriormente, verificou as possibilidades e condições para a averbação pré-executória nos registros de bens e direitos sujeitos a penhora ou arresto; por fim, relacionou-se o direito de propriedade, o pagamento das exações fiscais e o Estado Fiscal, partindo da Teoria de Liam Murphy e Thomas Nagel. Os resultados mostram que a averbação pré-executória amolda-se ao contexto constitucional, contribuindo para o ajuizamento seletivo das execuções fiscais, a proteção dos terceiros de boa-fé, da economia de mercado e da livre concorrência. No contexto do Estado Fiscal, só existe direito a propriedade pós-tributária, após o pagamento das exações fiscais, pois o patrimônio decorre das instituições jurídicas criadas pelo Estado.
PALAVRAS-CHAVE: Averbação pré-executória. Direito de propriedade. Estado fiscal.

ABSTRACT: The objective of this article is to investigate whether the pre-execution record, provided for in art. 20-B, § 3, inc. II of Law nº 10.522/02, effectively, it is a constitutional fiscal instrument for the taxpayer and efficient for the Tax Authorities, reducing the demand for the Judiciary, increasing the recovery of public credit and consolidating the property right in the context of the Fiscal State. For this, the deductive method was applied, with the techniques of documentary and bibliographic research, with the examination of the official data of revenue recovery and the administrative collection. First, it was analyzed which debts and what measure can be entered in the Union's active debt; subsequently, it verified the possibilities and

conditions for pre-executory registration in the records of assets and rights subject to attachment or attachment; finally, the right to property, the payment of tax assessments and the tax status were related, based on the theory of Liam Murphy and Thomas Nagel. The results show that the pre-executory registration conforms to the constitutional context, contributing to the selective filing of tax executions, the protection of third parties in good faith, the market economy and free competition. In the context of the Fiscal State, there is only the right to post-tax property, after the payment of the tax exemptions, since the equity derives from the legal institutions created by the State.

KEY WORDS: Pre-executory registration. Property right. Fiscal State.

INTRODUÇÃO

"Os direitos de propriedade são direitos que as pessoas têm sobre aquilo que lhes resta depois de cobrados os impostos, e não antes" (MURPHY; NAGEL, 2005, p. 240). O termo 'imposto', tal qual apresentado pelos autores, deve ser lido com uma visão ampla que abarque toda a incidência fiscal do Estado em face do contribuinte.

Este artigo trata a respeito do procedimento de cobrança administrativa da dívida ativa da União denominado averbação pré-executória, na esteira da inovação promovida pela Lei Federal nº 13.606/2018, que acrescentou o art. 20-B, § 3º, inc. II da Lei nº 10.522/02, que estabeleceu a possibilidade de fazer constar nos registros de bens e direitos sujeitos a penhora ou arresto a inscrição em DAU, tornando os bens indisponíveis.

Regulamentado pela Portaria PGFN nº 33/2018, o novo instituto jurídico ampara-se na função social da propriedade – fundada nos art. 5º, inc. XXIII, art. 170, inc. III, art. 182, § 2º e art. 186, todos da CRFB/88 –, na publicidade das inscrições em dívida ativa – art. 198, § 3º, inc. II –, na defesa do terceiro de boa-fé contra alienações fraudulentas – art. 185 do CTN –, na defesa da economia de mercado, livre concorrência e da existência de propriedade no contexto do Estado Fiscal.

Constitucionalmente, coube a Procuradoria Geral da Fazenda Nacional efetuar a gestão, execução e cobrança da dívida ativa da União, conforme art. 131, § 3º, responsável pela representação judicial e extrajudicial da União nas causas de natureza fiscal.

Todo débito, tributário ou não, que puder ser cobrado diretamente na via administrativa, independentemente da intervenção judicial, poderá ser inscrito em dívida ativa, conforme art. 39 da Lei 4.320/64, cabendo a PGFN efetuar o controle de legalidade e regularidade, podendo alterar ou extinguir a CDA ainda na via administrativa. Desta inscrição, será originada a certidão

de dívida ativa, dotada de certeza e liquidez, que poderá ser questionada pelo contribuinte tanto na via administrativa quanto na judicial, uma vez adotado o sistema jurisdicional inglês ou da jurisdição única (MEIRELLES, 2016, p. 55-56).

Importante inovação legislativa, num processo de investimento na desjudicialização da cobrança, através do ajuizamento seletivo da execução fiscal, a Lei Federal nº 13.606, de 09 de janeiro de 2018, trouxe vários elementos para a cobrança administrativa dos valores inscritos em dívida ativa, com atividades efetivas que não demandam reserva jurisdicional para serem executadas de imediato.

Passado o processo administrativo de constituição do crédito, caso não haja pagamento nesta via, haverá a inscrição em dívida ativa da União. Após este procedimento administrativo de controle da legalidade, onde foi concedido o contraditório e a ampla defesa para a constituição definitiva do crédito, o contribuinte será novamente intimado, desta vez para efetuar o pagamento do valor inscrito na DAU. Caso não seja realizado, é facultado a Fazenda Nacional informar o débito aos órgãos de proteção ao crédito do consumidor e a averbação do título nos órgãos de registros de bens e direitos, como os Departamentos Estaduais de Trânsito e os Cartórios de Registro de Imóveis.

Ainda, é possível condicionar o ajuizamento de novas execuções fiscais a existência de indícios de bens úteis para a satisfação do crédito a ser executado. Além de diminuir o número de processos judiciais em curso, esta estratégia serve para concentrar esforços em devedores e corresponsáveis que possuam patrimônio para arcar com o adimplemento do débito inscrito em DAU.

Em outra medida, a propriedade é uma convenção do Estado fiscal, financiado pela receita proveniente da economia de mercado, da qual é garante, possibilitando o arcabouço jurídico para o desenvolvimento livre desta atividade, sendo o sistema fiscal elemento integrante e essencial.

Nos dois exercícios financeiros em que foram aplicados, 2018[1] e 2019[2], a estratégia de cobrança administrativa possui boa repercussão na recuperação de recursos públicos, representando mais de três bilhões de reais recuperados em cada ano financeiro.

Deste desenho inicial, é possível verificar que os contornos da cobrança administrativa são acessíveis exclusivamente para atos que não importem constrição de bens e direitos sujeitos

[1] PGFN em números 2019. Disponível em: http://www.pgfn.fazenda.gov.br/acesso-a-informacao/institucional/pgfn-em-numeros-2014/pgfn_em_numeros_2019.pdf. Acessado em: 12 de maio de 2020.
[2] PGFN em números 2020. Disponível em: http://www.pgfn.fazenda.gov.br/acesso-a-informacao/institucional/pgfn-em-numeros-2014/pgfn-em-numeros-2020/view. Acessado em: 12 de maio de 2020.

a reserva jurisidicional, que só poderá ser realizado por intermédio da execução ou cautelares fiscais específicas.

Desse modo, reconhecida a possibilidade de cobrança administrativa dos créditos inscritos em Dívida Ativa da União, estando em pauta a desjudicialização das execuções fiscais, este trabalho debruçar-se-á sobre a política de recuperação administrativa do crédito público estabelecida na Lei Federal nº 13.606/2018, mais precisamente a averbação pré- executória, no intuito de questionar se, efetivamente, trata-se de um instrumento fiscal constitucional para o contribuinte e eficiente para o Fisco, reduzindo a demanda para o Poder Judiciário, elevando a recuperação do crédito público e consolidando o direito de propriedade no contexto do Estado Fiscal.

Empregando o método dedutivo, serão utilizadas as técnicas de pesquisa bibliográfica e documental, para aproximar-se com a realidade estudada, com o exame da legislação federal, da constituição, dos atos regulamentares emitidos pela PGFN para executar as ações previstas em lei e dos dados oficiais da recuperação e gestão da dívida ativa.

Com isso, este artigo foi estruturado em três seções, com a abordagem do conceito de Dívida Ativa da União, a possibilidade de inscrição, o controle de legalidade e a competência constitucional para fazê-lo, indicando a execução fiscal como o instrumento histórico de cobrança; em segundo lugar, foi desenvolvida a inovação do art. 20-B, § 3º, inc. II da Lei nº 10.522/02, abordando as possibilidades e condições para a averbação pré-executória nos registros de bens e direitos sujeitos a penhora ou arresto; e, por fim, avaliou-se a relação entre o direito de propriedade, o pagamento das exações fiscais e o Estado Fiscal, partindo da Teoria de Liam Murphy e Thomas Nagel.

1 INADIMPLEMENTO E A INSCRIÇÃO EM DÍVIDA ATIVA DA UNIÃO

Inicialmente, a constituição do crédito fiscal é realizada por um ato de lançamento, que cria uma norma individual e concreta (CARVALHO, 2015, p. 365) entre as partes, com a ciência e oportunidade de participação dada ao sujeito passivo. Este crédito advém de uma relação jurídica de cunho patrimonial, sendo quantificado e qualificado, fazendo o cotejo entre o fato real ocorrido e a previsão legal.

O procedimento administrativo de constituição da exação fiscal demanda o estabelecimento do contraditório e da ampla defesa, com a possibilidade de recurso na via administrativa, motivação das decisões e possibilidade de pagamento na via administrativa.

Dessa forma, somente haverá a inscrição em dívida ativa depois de ultrapassado o debate administrativo de constituição do crédito e se estiver configurado o inadimplemento. Poderão ser inscritos os débitos tributários ou de qualquer natureza, desde que seja passível de cobrança direta na via administrativa, já que estará constituindo um título executivo extrajudicial em favor da Fazenda Pública, conforme art. 784, inc. IX do CPC/15.

Mas, afinal de contas, o que pode ser inscrito em dívida ativa? Os débitos com o erário que possam ser constituídos e cobrados diretamente na via administrativa, dependendo da previsão expressa em lei autorizando a inscrição. Assim, a resposta depende da análise do caso concreto. Título ilustrativo, o servidor público federal em débito com o erário que for demitido, exonerado ou tiver sua aposentadoria ou disponibilidade cassada e não quitar ou parcelar o débito em até 60 dias, poderá ter o valor inscrito em DAU, pelo art. 47, § Ú da Lei nº 8.112/1990.

De tal modo, valores cuja cobrança seja conferida diretamente a União por lei, de natureza tributária ou não, tais como tributos – teoria pentapartite[3]: impostos, taxas, contribuições de melhoria, empréstimos compulsórios e contribuições especiais –, foros, laudêmios, taxas de ocupação, multas de contratos administrativos em geral e demais previstos no art. 39, § 2º da Lei 4.320/64.

Não obstante a definição ampla dos créditos da União passíveis de inscrição em dívida ativa é fundamental entender qual realmente deve ser classificado como tal. Devendo representar obrigação líquida, certa e exigível.

Quando tratamos de crédito tributário, mesmo aqueles decorrentes de lançamento pelo contribuinte[4], como a entrega da Declaração de Débitos e Créditos Tributários Federais – DCTF, não é possível desconsiderar que a lei vincula a atuação da autoridade pública o dever de constituir e cobrá-lo, conforme art. 142 do CTN. Nestes casos, fácil perceber que o título

[3] "De efeito, a par das três modalidades de tributos (os impostos, as taxas e as contribuições de melhoria) a que se refere o artigo 145 para declarar que são competentes para instituí-los a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, os artigos 148 e 149 aludem a duas outras modalidades tributárias, para cuja instituição só a União é competente: o empréstimo compulsório e as contribuições sociais, inclusive as de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais ou econômicas". RE nº 146.733-9/SP.

[4] "Desse modo, em nosso direito positivo, **o lançamento é sempre necessário**, ainda que se opere por omissão da autoridade encarregada de prática. Augusto Fantozzi, comentando a legislação italiana, mostra que a função do lançamento se tem modificado, deixando-o de preocupar-se com a problemática do fato gerador e da obrigação tributária para centrar-se na atividade de controle administrativo sobre a atividade do sujeito passivo. O que se nota no direito tributário positivo brasileiro é um descompasso entre as normas gerais (do CTN) e a evolução da legislação ordinária, que caminha claramente para a 'dispensa' do lançamento nas situações, em quantidade crescente, em que o sujeito passivo tem o dever de pagar o tributo, independentemente de qualquer provocação do Fisco, de modo que este só procede ao lançamento quando o sujeito passivo descumpra esse dever legal." (AMARO, 2006, p. 343)

executivo extrajudicial formado possui autoexecutoriedade, pois lançado a partir de previsão em lei e submetido a procedimento administrativo de constituição e cobrança.

A celeuma é verificada quanto aos créditos não tributários. Especificamente, quais deles podem ser inscritos na dívida ativa da União?

Não há resposta pronta. Todavia, poderemos definir os requisitos a serem analisados antes da inscrição em DAU.

Do contexto exposto, é possível identificar que créditos originários de ilícitos extracontratuais, sem fundamento legal que autorize sua inscrição em dívida ativa, demandará ação de conhecimento para formar o título executivo, não sendo facultada a cobrança através da execução fiscal. Dos créditos extracontratuais, deve-se visualizar a inexistência de liquidez– quanto é devido – e certeza – o conteúdo do débito, requisitos essenciais a quaisquer títulos executivos. Assim, entende-se pela impossibilidade de inscrição dos débitos extracontratuais, apurados por ato unilateral da Administração pública, ainda que o seja em sede de processo administrativo legalmente instruído.

Seguindo esta linha legalista, a jurisprudência do STJ aponta para a necessidade de lei, quanto aos valores extracontrutuais, para que autorize a inscrição em dívida ativa, conforme o tema repetitivo nº 598[5]. Em outras palavras, é fundamental a existência de autorização legal para inscrição em dívida ativa de valores extracontratuais, do contrário, deverá ajuizar ação de conhecimento para reconhecer a responsabilidade civil e formar o título executivo judicial. Por sua pedagógica lição, transcrevo parte da fundamentação do voto proferido no RECURSO ESPECIAL Nº 1.350.804 – PR:

> Veja-se que o que aqui afirmamos não agride os valores decorrentes de casos de **ilícitos administrativos cometidos por servidores públicos federais** da autarquia previdenciária como **o alcance, a reposição e a indenização**, justamente porque sua inscrição em dívida ativa se submete **a disciplina legal específica.** Além disso, nesses casos **há uma relação jurídica entre o causador do dano e a administração pública** (condição de servidor ou funcionário público) que preexiste ao próprio dano causado, veja-se: [...]
> Observe-se também que as hipóteses citadas para o servidor público em muito diferem da inscrição em dívida ativa de pessoa que, sem qualquer relação jurídica prévia com a administração pública, lhe causa dano, v.g. acidente de veículo ou outros ilícitos extracontratuais de natureza civil para os quais a lei não expressamente reserva o rito da inscrição em dívida ativa. Essas hipóteses de inscrição foram rechaçadas pela jurisprudência do STJ (REsp. Nº 441.099 - RS, Primeira Turma, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, julgado em 07 de outubro de 2003, e REsp. Nº 362.160 - RS, Rel. Min. José Delgado, julgado em 05 de Polícia, decorrente da supremacia geral da

[5] Tema repetitivo nº 598/STJ: *"**À mingua de lei expressa,** a inscrição em dívida ativa não é a forma de cobrança adequada para os valores indevidamente recebidos a título de benefício previdenciário previstos no art. 115, II, da Lei n. 8.213/91 que devem submeter-se a ação de cobrança por enriquecimento ilícito para apuração da responsabilidade civil."*

> Administração Pública, ou seja, aplicando-se a todos os particulares, **sem a necessidade de qualquer vínculo de natureza especial.** Isso porque, não obstante a Carta Magna e a legislação infraconstitucional definam direitos e garantias aos particulares, o exercício desses direitos deve ser feito em adequação ao interesse público." (CARVALHO, 2017, p. 132)

A contrário senso, nas relações privadas da qual a Administração Pública for parte e houver fundamento legal ou contratual prévio (vínculo pré-existente), poderá ser formado o título executivo uniliteral.

Com viés exemplificativo, temos algumas previsões de inscrições em DAU de débitos não tributários: i) crédito constituído pelo INSS em decorrência de benefício previdenciário ou assistencial pago indevidamente ou além do devido, pelo art. 115, § 3º da Lei nº 8.213/91; ii) os débitos de servidor federal com o erário, conforme art. 47, § único da Lei 8.112/90; iii) alugueis, taxas, foros laudêmios e demais contribuições devidas pela utilização privativa dos bens públicos federais, prevista no art. 201 do DL nº 9.760/46; iv) valores e multas devidas ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, previsto no art. 2º da Lei 8.844/94; v) cobrança das multas lavradas por agentes da auditoria fiscal do trabalho, pelo art. 642 da CLT; vi) multas lavradas pela Justiça Eleitoral, prevista no art. 367, inc. IV do Código Eleitoral; vii) multa por ato atentatório a dignidade da justiça, estabelecida no art. 77, § 3º do CPC/15; viii) multa criminal, pelo art. 51 do CP; ix) multa pelo descumprimento de contrato administrativo ou regras do edital de licitação; v) multa por infração a legislação de trânsito, exarada pela Polícia Rodoviária Federal.

De tal modo, como título conclusivo desta seção é importante destacar que os valores não tributários poderão ser inscritos em dívida ativa da União quando puder ser lançada e constituída no âmbito administrativo, com previsão legal própria para a cobrança na via administrativa. Quanto aos débitos tributários, pela forma de constituição e autorização legal para inscrição, não há controvérsias quanto à formação e execução do título executivo extrajudicial, a Certidão de Dívida Ativa.

2 COBRANÇA ADMINISTRATIVA DE DÉBITOS INSCRITOS EM DAU E A AVERBAÇÃO PRÉ-EXECUTÓRIA

Tradicional mecanismo executivo ao longo dos anos, a execução fiscal veio se mostrando um método ineficaz e custoso para a cobrança de alguns débitos inscritos na dívida ativa da União, principalmente aquelas de pequeno valor, originando o art. 1º, inc. II da Portaria

MF 75/12, determinando o não ajuizamento de execuções fiscais cujo valor consolidado junto a Fazenda Nacional seja inferior a R$ 20.000,00 (vinte mil reais).

Esta junção de fatores fez com que outros métodos de cobrança, principalmente extrajudiciais, fossem pensados e postos em prática com o objetivo de incrementar a recuperação da receita pública. Neste sentido foram as inovações advindas da lei nº 13.606, de 09 de janeiro de 2018, com previsões legais como a notificação do devedor para pagamento e a possibilidade comunicar a inscrição aos órgãos de proteção ao crédito e encaminhar pedido para averbação das CDAs nos registros de bens e direitos sujeitos a penhora ou arresto.

A notificação para o devedor, após a inscrição do crédito em dívida ativa, possibilita ao devedor a oportunidade de pagamento do valor, atualizado monetariamente e acrescidos dos demais encargos, conforme art. 20-B da Lei nº 10.522/02. Somente após decorrer o prazo para pagamento, é facultado a Fazenda Nacional comunicar o débito aos órgãos de crédito e averbar a CDA nos órgãos de registro de bens e direitos.

Importa frisar que, firme nas lições de Murphy e Nagel (2005), o sujeito passivo com débito junto ao fisco, que não efetuou o pagamento no ato da constituição nem após a inscrição em dívida ativa, está, na verdade, em poder de sua renda pré-tributária, concentrando recursos públicos com destinação eminentemente privada.

O sistema tributação exige um tratamento equitativo, tanto do ponto de vista horizontal, quando se refere a pessoas que detém a mesma base tributária; quanto na linha vertical, onde a exigência de justiça exige uma incidência da tributação de forma diferente em relação em relação a pessoas que apresentam diferenças na base tributária. Tomando como exemplo o imposto sobre a renda da pessoa física, a equidade horizontal exige que haja a mesma tributação de quem possui igualdade de renda, enquanto a equidade vertical trata da justiça na incidência de quem possui diferentes níveis de renda, para que todos contribuam com um mesmo nível de esforço para a realização da receita pública, com uma faixa isenta de tributação pela renda reduzida.

Estabelecido nos incisos do § 3º do art. 20-B da Lei 10.522/02, foi idealizado com viés de possibilitar efetividade a cobrança na via administrativa, registrando o débito nos órgãos de proteção do crédito ao consumidor e possibilitando a averbação da CDA nos sistemas de registros de bens e direitos legalmente passíveis de constrição, tornando-os indisponíveis.

Nesta nova roupagem do processo administrativo tributário, é observada a concentração de esforços nas dívidas recuperáveis, o combate às fraudes fiscais, atuando contra os sonegadores contumazes e a utilização de instrumentos para facilitar ao contribuinte o pagamento de seus tributos inscritos em dívida ativa.

Numa amostra comparativa quanto ao combate da sonegação fiscal e a recuperação de ativos, os países da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE vêm adotando as seguintes práticas: i) divulgação do nome dos devedores em atraso, seguido com a implementação do aplicativo Dívida Aberta[6]; ii) alargar o prazo para pagamento facilitado, implementada pela Lei 13.988/2020; iii) retenção dos pagamentos dos órgãos públicos aos devedores, atuando antes do recebimento de precatórios, por exemplos, que podem ser utilizados para adimplir o débito; e iv) redirecionamento da cobrança em face de terceiros, como disposição do art. 20-D da Lei nº 10.522/02. Ou seja, as alterações recentes colocam o Brasil na linha dos principais países do mundo no combate a sonegação fiscal, recuperação de ativos, defesa da economia de mercado e da livre concorrência.

Essencial destacar o papel do Estado, financiado pelas exações fiscais, como o responsável pela existência dos mecanismos e convenções jurídicas que possibilitam a existência da propriedade para cada indivíduo, dado que *"O mundo sem governo é o estado de natureza de Hobbes, que ele apropriadamente definiu como uma guerra de todos contra todos."* (MURPHY; NAGEL, 2005, p. 23).

Nesse contexto, a averbação pré-executória, inovação conferida pela lei nº 13.606, de 09 de janeiro de 2018, que acrescentou o art. 20-B, § 3º, inc. II na Lei 10.522/02, representa um mecanismo jurídico para a localizar previamente os bens do devedor, indicando-os a penhora na futura execução fiscal, possibilitando maior eficácia no combate as alienações em fraudes a execução e na defesa do terceiro de boa fé, ao comunicar a ineficácia da alienação em face da Fazenda Nacional, conforme art. 185 do CTN.

Pelo dispositivo legal citado, há uma presunção relativa na alienação ou oneração de bens ou rendas por devedores inscritos em dívida ativa, sendo a data da inscrição o termo *a quo*. A prevenção de fraude contra o crédito público é questão muito debatida, com a previsão, por lei ordinária, de instrumentos jurídicos como a medida cautelar fiscal, prevista na Lei nº 8.397/1992, onde se requisita, contudo, a comprovação do risco de insolvência do devedor (THEODORO JÚNIOR, 2016, p. 242). Pois bem, tratando-se de crédito não tributário inscrito em DAU, teremos a incidência do art. 792 do CPC/15, que exige a averbação nos órgãos de registro de bens e direitos para possibilitar o conhecimento de terceiros e impedir alienação em fraude à execução.

---

[6] APP Dívida Aberta. Disponível: http://www.pgfn.fazenda.gov.br/noticias/2020/pgfn-lanca-aplicativo-para-dispositivos-moveis-com-foco-na-transparencia-publica-e-no-consumo-consciente. Acessado em: 15/05/2020.

Também, a possibilidade de realização da averbação pré-executória na via administrativa ostenta natureza transitória, até o ajuizamento da execução fiscal, quando caberá ao Poder Judiciário decidir quanto ao levantamento, a manutenção da indisponibilidade ou a conversão em penhora. Há previsão de impugnação na via administrativa, com a promoção do contraditório e da ampla defesa, implicando na perda de sua eficácia caso não seja ajuizada a execução fiscal no prazo de 30 dias, contado da averbação pré-executória.

Regulamentado pela Portaria PGFN nº 33/2018, a operacionalização da averbação pré-executória prevista no art. 20-B, § 3º, inc. II na Lei 10.522/02 se faz observando os estritos limites legais, possibilitando a defesa na via administrativa e prevenindo lesão contra terceiro de boa-fé, que ficaria ciente da ineficácia da alienação de bens de devedor inscrito em DAU, em face da União, por configurar-se fraude à execução fiscal.

O ato de regulamentação foca no controle de legalidade exercido pelos Procuradores da Fazenda Nacional, em respeito ao contribuinte, aos precedentes judiciais, a redução da litigiosidade, a discussão administrativa do débito inscrito em DAU através do pedido de revisão de dívida inscrita, possibilidade de garantir antecipadamente o débito na esfera administrativa para liberar certidão positiva com efeitos de negativa e o fortalecimento dos meios judiciais e extrajudiciais de cobrança. Além disso, o sistema administrativo de cobrança está focado no monitoramento patrimonial do devedor e na localização de bens úteis a garantia do crédito como pressuposto para o ajuizamento da execução fiscal.

A averbação pré-executória é o ato pelo qual a Fazenda Nacional anota nos órgãos de registro de bens e direitos sujeitos a penhora ou arresto a existência de débitos inscritos em DAU, prevenindo alienações em fraude à execução fiscal. Prefere-se a averbação em bens imóveis, porém é direcionado a todos o patrimônio sujeito a registro público. A pequena propriedade rural, o bem de família, os bens e direitos de empresa com falência decretada ou recuperação judicial deferida e demais patrimônio indisponível não será objeto da averbação, conforme art. 23 da Portaria PGFN nº 33/2018.

Da averbação o devedor será notificado para apresentar impugnação, instruída com a documentação que comprove suas alegações para julgamento através de ato administrativo. Na defesa administrativa em face da averbação pré-executória o devedor pode alegar qualquer causa em direito admitida, inclusive ilegalidades no processo de constituição ou inscrição do débito, bem como a existência de bens ou rendas suficientes ao total pagamento da dívida inscrita, exceção do art. 185, § único do CTN.

Do julgamento administrativo, sendo procedente a impugnação, será determinado o cancelamento ou a substituição da averbação, devendo ser protocolada a petição inicial da

execução fiscal em até trinta dias, contado do primeiro de útil após esgotar o prazo de impugnação ou da sua rejeição, sendo levantada a averbação caso desrespeitado o prazo do ajuizamento, exceto por suspensão da exigibilidade do débito em momento anterior ao seu efetivo ajuizamento.

Quando há um inadimplemento de tributos, estaremos diante de uma injustiça na partilha dos ônus tributários entre os indivíduos (MURPHY; NAGEL, 2005, p. 21), onerando excessivamente uns, enquanto existe um benefício injusto para outros, fomentando a noção equivocada de que haveria direitos de propriedade pré-tributários. Na verdade, os atos de constrição nos bens supostamente pertencentes aos devedores tributários não atingem a propriedade privada, pois esta só passa a existir após o pagamento da carga tributária.

Diante deste cenário, é possível concluir que o instituto jurídico da averbação pré-executória atende a todos os requisitos de legalidade, fazendo constar no título de registro público de bens e direitos a existência de débitos inscritos em dívida ativa, possibilitando a ciência de terceiros e o resguardo do crédito público. Pelas circunstâncias apresentadas, com a possibilidade de impugnar a averbação, pelas condições específicas do crédito e a salvaguarda dos direitos de terceiros adquirentes, tanto a previsão legal do art. 20-B, § 3º inc. II da Lei nº 10.522/02, quanto a sua regulamentação pela Portaria PGFN nº 33/2018, estão dentro do crivo da constitucionalidade e no contexto de proteção da propriedade dentro do Estado Fiscal.

3 A PROPRIEDADE, O ESTADO FISCAL E O PAGAMENTO DAS EXAÇÕES FISCAIS

Necessário fazer constar, nesta sede inicial, que tributo é espécie de exação fiscal. Por tributo se entende a receita secundária, derivada da cobrança sobre parcela das receitas geradas na economia; enquanto as exações fiscais, além dos tributos, incluem também as multas não tributárias, receitas originárias, aquelas derivadas da exploração direta do patrimônio do Estado, e demais créditos cuja cobrança é atribuída ao Estado.

O foco deste artigo é além dos créditos de natureza tributária, receita derivada da existência de um sistema econômico necessariamente desvinculado do Estado, mas regulado por ele, analisando o contexto da cobrança das exações fiscais, em especial aquelas passíveis de inscrição em dívida ativa da União.

Importa destacar que direito de propriedade possui a característica de ser originado do sistema jurídico, do qual o tributário é parte integrante. Podemos apontar uma dupla finalidade

a exação fiscal: i) financiar os gastos públicos; e ii) possibilitar ao cidadão viver em um Estado Fiscal, que se sustenta a partir da arrecadação fiscal e possibilita a existência de propriedade privada, desde que cumpra sua função social, conforme art. 5º, inc. XXIII c/c art. 170, inc. III c/c art. 182, § 3º c/c art. 186, todos da Carta Magna de 1988.

No desenho traçado por nossa Constituição, resta claro que a propriedade privada só se justifica quando utilizada no contexto de benefício da coletividade, tendo em vista a inexistência de direitos de propriedade absolutos. O Estado Fiscal adveio de uma alternativa ao regime absolutista, onde o soberano se confundia com o próprio Estado, sendo proprietário de todas as terras, de onde tirava sua fonte de sustento (ALMEIDA; SILVEIRA, 2013, p. 78).

A regra do Estado Moderno é ser fiscal, financiado através do pagamento das exações fiscais, de matriz social ou liberal, de acordo com sua atuação e dimensão, com o seu custeio advindo da participação nas receitas da economia produtiva (NABAIS, 2012, p. 198). A propriedade foi instituída através de uma convencionalidade, garantida pelo sistema jurídico, de existência necessariamente posterior ao Estado, não sendo um direito natural ou inerente a condição humana, configurando uma conquista, tendo a compreensão das exações fiscais como criadoras e fiadoras do direito de propriedade.

De tal modo, a propriedade é fundamentada no regime jurídico vigente, do qual as exações fiscais são partes integrantes, talvez as principais, confirmando sua natureza de convenção jurídica (MURPHY; NAGEL, 2005, p. 11-13). O Estado e a legislação dele proveniente cria o ambiente e legitima a existência da propriedade individual, direito fundamental garantido na Constituição da República de 1988.

Por isso, não existe propriedade pré-tributária, antes do pagamento das exações fiscais, pois não há direito natural que lhe garanta, sendo justamente a atuação do Estado e da legislação a causa de sua existência e a possibilidade de exercício pelos indivíduos. É consequência da convenção social prevista na lei, com a conformação verificada após a incidência das exações fiscais, responsável por promover a justiça econômica ou distributiva (MURPHY; NAGEL, 2005, p. 5). Neste cenário, o cidadão assume protagonismo, podendo exercer seu direito sobre suas conquistas na economia de mercado mediante uma contribuição com a justiça redistributiva e diminuição da desigualdade vertical pós-tributária.

Assim, a exação fiscal não pode ser minimizada e entendida como um mero sacrifício para os cidadãos e poder para o Estado, sendo verdadeira contribuição essencial para a vida em sociedade, em benefício da comunidade organizada na forma de Estado (NABAIS, 2012, p. 185-186). A realização de receita pública nada mais é do que a possibilidade do Estado atingir suas finalidades, dentre elas garantia da propriedade, já que todos os direitos possuem custos,

vez que superada a antiga ideia de defesa do custo zero para implementar os direitos civis. Ninguém duvida que garantir do direito o direito ao voto[7] ou o de livre locomoção da população, direitos civis de não intervenção estatal, demandam forte investimento público, essenciais à manutenção do estado democrático.

Sob esta ótica, cabe ao Estado promover um tratamento equitativo entre os cidadãos, considerando a teoria aristotélica de promover o tratamento diferenciado, na exata medida em que os cidadãos se diferenciem, promovendo a justiça redistributiva tanto na exação fiscal quanto na sua destinação. Notada a diferença no arranjo pré-tributário dos cidadãos, deve haver certa gradação, objetivando que incida sobre cada indivíduo atingido na mesma medida de perda de bem-estar individual, em consequência da contribuição para a reforma pública.

A defesa da formação da receita pública a partir de uma justiça retributiva, com base no princípio do benefício, onde a prestação dos serviços estatais devem ser proporcionais ao tamanho do tributo, incorre no erro de desconsiderar a função social da propriedade e o papel redistributivo na aplicação dos recursos públicos. No Brasil, em geral, os serviços públicos são mais utilizados pela população de baixa renda, que, em termos absolutos, podem contribuir com uma quantia menor, até por sua vulnerabilidade socioeconômica, mas, pela regressividade do nosso sistema tributário, em termos percentuais, se sacrificam muito mais, restando uma menor renda pós-tributária.

Verificar a capacidade contributiva do cidadão é fundamental na formulação de exações fiscais que representem igualdade de sacrifícios para pessoas com base tributária diferente (LEÃO; FRIAS, 2017, 1.072). Princípio que limita o poder de tributar do Estado, está focado na justiça fiscal e redistributiva, cobrando somente daquele que efetivamente demonstrou condições de efetuar o pagamento.

Nesse sentido, o patrimônio individual de cada, conquistado pela atuação no mercado, deve ser legitimamente tributado, pois aquele não existe sem o Estado e a legislação pertinente. Há, sem dúvidas, uma relação de complementariedade, onde o Estado se mantém com parcela das receitas produzidas pelo mercado, que só existe por mecanismos legais criados pelo Estado, dentre eles o sistema tributário, garantidor da existência da propriedade.

[7] Para as eleições de 2018, última realizada no Brasil, foram disponibilizados R$ 1,7 bilhão para os partidos políticos, através do Fundo Especial de Financiamento de Campanha (FEFC). Existe também o Fundo Especial de Assistência Financeira aos Partidos Políticos, conhecido como Fundo Partidário, responsável por custear as atividades ordinárias dos partidos políticos. Disponível em: http://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2019/Janeiro/partidos-politicos-receberam-r-1-7-bilhao-do-fundo-eleitoral-em-2018. Acessado em: 14 de maio de 2020.

Estado e mercado mostram-se umbilicalmente relacionados. O primeiro não se sustentaria financeiramente sem as trocas e a divisão social do trabalho realizada pelo segundo, que sequer existiria, não fossem as regras jurídicas definidas pelo primeiro (LEÃO; FRIAS, 2017, 1.075), convencionando até mesmo o direito de propriedade. Por ser decorrência de lei, vez que fundada na convencionalidade do sistema jurídico, financiado pelo Estado, a interpretação social da propriedade assume conotação consequencialista, na medida dos seus efeitos na sociedade, de acordo com os valores sociais presentes na legislação.

Em andamento, resta claro que a propriedade deve ter função social, objetivando a construção de uma sociedade justa e igualitária, considerando que a utilidade efetiva de uma quantidade de dinheiro é inversamente proporcional ao aumento do montante de patrimônio individual (MURPHY; NAGEL, 2005, p. 24-25), considerado este o valor marginal do dinheiro. Dada sua importância, inclusive como um dos pilares da existência da propriedade, o tributo é utilizado não só para a arrecadação de receitas aos cofres públicos, característica fiscal típica, como também para induzir comportamentos dos contribuintes, na sua competência extrafiscal, incentivando práticas que sejam benéficas a sociedade e desestimulando aquelas tendentes a prejudicar a comunidade.

Isto demonstra que a importância das exações fiscais vai muito além da via arrecadatória, de prestação pecuniária, servindo de verdadeiro mecanismo de incentivo as boas práticas na sociedade. Este conceito está relacionado à teoria finalística do direito tributário, tendo por finalidade última a promoção dos direitos fundamentais do cidadão, estando a solidariedade social como seu fundamento último (GRECO, 2011, p. 14-15).

Ora, a averbação pré-excutória terá vez quando verificados atos de crime contra a ordem tributária, esvaziamento patrimonial para frustrar a futura execução fiscal ou pelo elevado valor do débito, previstos no § 2º do art. 24 da Portaria nº 33/2018, circunstâncias configuradoras de nítido abuso da convencionalidade do próprio direito de propriedade.

A possibilidade da averbação pré-executória vem justamente na esteira de possibilitar um incremento na recuperação dos créditos públicos, pois o bem averbado encontra-se ainda na fase pré-tributária, antes do pagamento das exações fiscais, o que sequer estaria na disponibilidade como propriedade, pois violou a convencionalidade legal de arcar com os ônus da manutenção do Estado, garante do direito de propriedade.

Em consequência do que foi exposto, concluímos que o dever de pagar as exações fiscais transcende a esfera individual do cidadão, afetando toda a coletividade e os direito pela organização estatal garantidos, demandando elementos efetivos de cobrança para que a sonegação seja coibida e os direitos, como o de propriedade, garantidos. Da mesma forma que

não há como conceber a propriedade antes do pagamento das exações fiscais, não há como fundamentar inconstitucionalidade na averbação ou comunicação de débito inscrito em dívida ativa nos órgãos de controle do crédito aos consumidores ou nos setores de registro das propriedades de bens e direitos penhoráveis pela legislação.

CONCLUSÃO

A partir da explicação, discussão e dos dados apresentados no decorrer deste estudo, percebe-se que a nova ferramenta jurídica da averbação pré-executória está em sintonia com a ordem Constitucional vigente, principalmente quando fazemos o seu cotejo em face da recuperação do crédito fiscal, defesa da economia de mercado contra práticas predatórias de sonegação e crimes contra a ordem tributária, garantia ao terceiro de boa-fé, oportunidade de impugnação e julgamento na via administrativa para o contribuinte e o conceito de propriedade no contexto do Estado Fiscal.

No perfil dos devedores inscritos em dívida ativa da União, de acordo com o PGFN em números 2020[8], apenas 0,45% é considerado grande devedor da Fazenda Nacional, representando, contudo, 67% do estoque dos créditos inscritos em DAU. Este panorama reflete a importância de uma atuação de cobrança inteligente, com foco nos grandes devedores e débitos recuperáveis, pois boa parte da recuperabilidade está concentrada num universo restrito de devedores, representantes de um grande estoque.

Diante desses dados, o ajuizamento seletivo, através da demonstração de bens e direitos aptos para o adimplemento do débito pela averbação pré-executória ganham cada vez mais significância, reduzindo a litigiosidade, o número de execuções fiscais e contribuindo para desafogar o Poder Judiciário. O procedimento previsto no art. 20-B, § 3º, inc. II na Lei 10.522/02, regulamentado pela Portaria PGFN nº 33/2018, está fundado na necessidade de divulgar a inscrição em dívida ativa em face do devedor, fato previsto no art. 198, § 3º, inc. II do CTN, mediante oportunidade para defesa na via administrativa e temporalidade, estando sujeita a indisponibilidade a confirmação da medida pela via Judicial, na execução fiscal protocolada até 30 dias após o fim da defesa administrativa da averbação pré-executória.

De fato, para a construção de uma sociedade mais igualitária é fundamental a atuação do Estado na diminuição das desigualdades sociais e econômicas, através da arrecadação das

[8] PGFN em números 2020. Disponível em: http://www.pgfn.fazenda.gov.br/acesso-a-informacao/institucional/pgfn-em-numeros-2014/pgfn-em-numeros-2020/view. Acessado em: 16 de maio de 2020.

receitas fiscais com a finalidade de custear a realização de direitos fundamentais. Não se duvida que a efetivação dos direitos fundamentais, como o direito de propriedade, tem custos e devem ser financiados pelo dever fundamental de pagar as exações fiscais (NABAIS, 2002, p. 16-17), superada a antiga ideia de que os direitos negativos não teriam custos.

A existência do Estado Fiscal está relacionada ao seu financiamento a partir do recolhimento das exações fiscais, que representa parte das receitas geradas através da economia de mercado, cuja existência é dependente da estrutura jurídica estatal. Mercado e Estado Fiscal estão intimamente relacionados e interdependentes, não havendo como um prosperar sem o outro. Conquanto o Estado esteja vocacionado a equidade regional e social, demandantes de forte investimento público, os agentes da economia de mercado buscam a estabilidade e segurança jurídica para praticar seus negócios mercantis e acumular riquezas, propriedades, que somente existem após o pagamento das exações fiscais para estruturação do Estado Fiscal (MURPHY; NAGEL, 2005, p. 107-108), sem o qual sequer existiria o conceito de propriedade, com a predominância do estado de natureza hobbesiano.

Ademais, o patrimônio individual é consequência pós-fiscal, pois busca seu fundamento na legislação, inclusive a fiscal, responsável por criar, através da convenção social, o direito de propriedade. A esta não há direito natural, pois a CRFB/88 prevê sua utilização de acordo com uma função social, inclusive em respeito a livre concorrência e a economia de mercado, pelos art. 5º, inc. XXIII, art. 170, inc. III, art. 182, § 1º e art. 186, demandando do proprietário um dever fundamental de agir em prol do bem comum.

Fácil perceber que, num ambiente concorrencial, onde o preço de mercado é determinado pelos gastos do empresário na produção da mercadoria, aquele que deixar de arcar com as exações fiscais ou terá uma margem de lucro maior ou reduzirá seu preço prejudicando os demais concorrentes. Em ambas as hipóteses, estarão se utilizando da coisa pública, o patrimônio pré-tributário, para enriquecimento pessoal, abusando do direito de propriedade e violando sua função social, práticas inaceitáveis, que exigem o combate severo para a manutenção do Estado Fiscal e dos direitos fundamentais.

Isso porque, o Estado possibilita as condições e instrumentos jurídicos para que o cidadão possa acumular patrimônio, após o pagamento das exações fiscais, que devem ser utilizadas na concretização de seus objetivos, como a garantia do desenvolvimento nacional e a equalização social e regional, constantes do art. 3º da CRFB/88.

No arcabouço constitucional restou impossibilitada o exercício da propriedade de maneira meramente individual, sem que se destine a uma função social. Nesta seara, a averbação de inscrição em dívida ativa da União, feita após os processos administrativos de

lançamento fiscal, inscrição e averbação pré-executória, sempre com respeito ao contraditório, a ampla defesa e ao terceiro de boa-fé, é uma das formas de buscar efetivar o direito fundamental a propriedade, acatando a economia de mercado e a livre concorrência com a equalização da propriedade após a contribuição com o financiamento da economia de mercado e dos direitos daí existentes.

A arrecadação das exações fiscais é necessária não só para a existência do Estado, como também para a legitimação do direito de propriedade, consequente criação convencionalista do primeiro. O patrimônio privado, por derivar diretamente da legislação, somente tem existência e pode ser considerado legítimo após o pagamento dos encargos fiscais, pois não existe patrimônio pré-tributário.

A diminuição das desigualdades regionais, fomentada pela arrecadação das receitas fiscais, no bojo das receitas produzidas a partir da existência da economia de mercado, exigem o financiamento por parte do Estado Fiscal. Nesse aspecto, é impossível pensar na propriedade sem intervenção do sistema jurídico estatal, sendo a fiscalidade um dos meios de alinhar a propriedade e o interesse comum.

Tal sistemática de averbação da CDA nos órgãos de registro de bens e direito sujeitos a penhora ou arresto, corrobora o processo de desjudicialização da cobrança da dívida ativa, investindo no ajuizamento da execução fiscal somente em face de devedores que demonstrem patrimônio apto a arcar com o adimplemento.

Além disso, visa evitar práticas fraudulentas contra o Fisco, combate a sonegação fiscal, defesa da propriedade, economia de mercado e livre concorrência, amparada na legislação dos países membros da OCDE (CLEMENTE; LÍRIO, 2017, p. 488). Por fim, a medida não atinge contribuintes cumpridores de seus deveres, sendo direcionada apenas em face de débitos com elevado valor, com indícios de crime contra a ordem tributária ou quando verificado o esvaziamento patrimonial para frustrar a execução fiscal futura.

Enfim, há um dever fundamental de pagar as exações fiscais, uma vez que não existe propriedade sem o desenho jurídico garantido pelo Estado, sendo *"...logicamente impossível que as pessoas tenham algum tipo de direito sobre a renda que acumulam antes de pagar impostos."*. (MURPHY; NAGEL, 2005, p. 46). Baseado na análise realizada, possível inferir a constitucionalidade da averbação pré-executória prevista no art. 20-B, § 3º, inc. II na Lei 10.522/02, com base nos art. 185 c/c 198, § 3º, inc. II do CTN, como um dos mecanismos estatais para a garantia do exercício da função social do direito de propriedade, da economia de mercado e do custeio dos direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Andréia Fernandes de; SILVEIRA, Adinan Rodrigues da. **Uma releitura do poder no estado absolutista**. Legis Augustus, v. 4, p. 69-84, 2013.

AMARO, Luciano. **Direito tributário brasileiro**. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em 12 de maio de 2019.

_____. **Lei nº 13.606, de 09 de janeiro de 2018**. Institui o Programa de Regularização Tributária Rural (PRR) na Secretaria da Receita Federal do Brasil e na Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional; altera as Leis nº s 8.212, de 24 de julho de 1991, 8.870, de 15 de abril de 1994, 9.528, de 10 de dezembro de 1997, 13.340, de 28 de setembro de 2016, 10.522, de 19 de julho de 2002, 9.456, de 25 de abril de 1997, 13.001, de 20 de junho de 2014, 8.427, de 27 de maio de 1992, e 11.076, de 30 de dezembro de 2004, e o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); e dá outras providências. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, 17 abr. 2018.

_____. Procuradoria Geral da Fazenda Nacional. **Portaria PGFN nº 33**, de 08 de fevereiro de 2018. Regulamenta os arts. 20-B e 20-C da Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002 e disciplina os procedimentos para o encaminhamento de débitos para fins de inscrição em dívida ativa da União, bem como estabelece os critérios para apresentação de pedidos de revisão de dívida inscrita, para oferta antecipada de bens e direitos à penhora e para o ajuizamento seletivo de execuções fiscais. Disponível em: <http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?idAto=90028>. Acessado em: 14 de maio de 2020.

_____. **Lei nº 10.522**, de 19 de julho de 2002. Dispõe sobre o Cadastro Informativo dos créditos não quitados de órgãos e entidades federais e dá outras providências. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, 19 jul. 2002.

_____. **PGFN em números 2019**. Disponível em: http://www.pgfn.fazenda.gov.br/acesso-a-informacao/institucional/pgfn-em-numeros-2014/pgfn_em_numeros_2019.pdf. Acessado em: 12 de maio de 2020.

_____. **PGFN em números 2020**. Disponível em: http://www.pgfn.fazenda.gov.br/acesso-a-informacao/institucional/pgfn-em-numeros-2014/pgfn-em-numeros-2020/view. Acessado em: 16 de maio de 2020.

CARVALHO, Matheus. **Manual de direito administrativo**. 4. ed. Salvador: JusPODIVM, 2017.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário**: fundamentos jurídicos da incidência. São Paulo: Saraiva, 2015.

CLEMENTE, Felippe; LÍRIO, Viviani Silva. **Evidências internacionais de sonegação fiscal**: uma análise a partir do modelo de Graetz, Reinganun e Wilde. Estudos econômicos, v. 47, p. 487-507, 2017.

GRECO, Marco Aurélio. **Crise do formalismo no Direito Tributário Brasileiro**. Revista da PGFN, v. 1, p. 9-18, 2011.

LEÃO, Celina; FRIAS, Lincoln. Os objetivos da tributação: a interpretação liberal e a interpretação social da propriedade privada. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.12, n.3, p. 1.063-1.095, 2017.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

MURPHY, Liam. NAGEL, Thomas. **O Mito da Propriedade**: os impostos e a justiça. São Paulo: Martins Fontes. 2005.

NABAIS, José Casalta. **O dever fundamental de pagar impostos:** contributo para a compreensão constitucional do Estado Fiscal contemporâneo. Tese de doutoramento, 3 reimpressão, Coimbra: Almedina, 2012.

_____. **A face oculta dos direitos fundamentais**: os deveres e os custos dos direitos. Revista de Direito da Mackenzie, São Paulo, v. 3, n. 2, p. 9-30, 2002.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Lei de execução fiscal: comentários e jurisprudência**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

DA NECESSIDADE DE AMPLIAÇÃO DO ROL DE LEGITIMADOS ATIVOS DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA DA LEI 7.913/89

Luiz César Martins Loques
Mestrando em Direito pelo UNISAL/SP. Pós-Graduando em Direito Empresarial e Notarial e Registral pela FUNIP. Bacharel em Direito pelo UniFOA. Advogado. Professor dos cursos JURISMESTRE e CEPIFAR.

Milena Zampieri Sellmam
Especialista, Mestre e Doutora em Direito Tributário pelo PUC-SP. Bacharela em Direito pelo UNISAL/SP. Professora da graduação e da pós-graduação em Direito do UNISAL/SP. Professora do Damásio Educacional. Tabeliã e Oficiala no estado de Minas Gerais.

RESUMO: A lei 7.913/89 dispôs sobre uma nova modalidade de ação civil pública que protege os investidores do mercado de valores mobiliários no Brasil, possibilitando as benécies da jurisdição coletiva a estes, que em algum momento, foram lesados dentro de sua atuação por algum ato de má-fé. Contudo, por previsão expressa da própria lei, apenas o Ministério Público possui legitimidade ativa para o ingresso da referida ação, o que não parece ser o mais coerente dentro do microssistema em que ela está inserida.
PALAVRAS-CHAVES: Tutela Coletiva; Legitimidade; Ações.

ABSTRACT: Law 7,913 / 89 provided for a new type of public civil action that protects investors in the securities market in Brazil, enabling the benefits of collective jurisdiction to these, who at some point were harmed within their performance by some act of bad faith. However, due to the express provision of the law itself, only the Public Prosecutor's Office has active legitimacy for the initiation of said action, which does not seem to be the most coherent within the microsystem in which it is inserted**.**
KEY WORDS: Collective Redress; Legitimacy; Stocks.

INTRODUÇÃO

A lei 7.913/89 foi inserida no microssistema coletivo das ações coletivas complementando a já existente lei 7.347/85 que trata da ação civil pública em um sentido geral.

Não é novidade que a referida ação cível já consta como remédio constitucional no ordenamento constitucional em vigência, ainda que a previsão legal já existisse desde 1985.

Além disso, o art.129, III da CRFB/88 prevê que o Ministério Público é legitimado para ingressar com a ação civil pública e o único apto a promover o inquérito civil para a formação de lastro probatório para posterior inauguração da fase judicial. Por mais que a CRFB/88 tenha destinado protagonismo ao *parquet* para o ingresso da ação, ele não é o único legitimado para tal. A lei 7.347/85 prevê a legitimidade ativa a outras entidades, como: a defensoria pública e as associações constituídas a mais de um ano legalmente cujos membros sofreram danos pelo ato lesivo.

A lei 7.913/89 editada quatro anos após a lei geral da ação civil pública, dispõe de uma nova modalidade desta ação, com uma lógica própria. A referida lei se destina a proteção dos investidores que atuam no mercado de valores mobiliários, fornecendo a estes a possibilidade de se utilizar da jurisdição estatal para uma proteção juridicamente relevante valendo-se das vantagens do processo coletivo.

Para além das dificuldades inerentes ao Poder Judiciário para o julgamento e até a compreensão do alcance dessas ações, fica claro que não é correto restringir a um único legitimado a possibilidade de ingresso da chamada "ACP do mercado de capitais".

A maioria das ações do microssistema coletivo das ações coletivas possuem a regra da legitimidade extraordinária. Em outras palavras, pessoas jurídicas formadas por pessoas naturais prejudicadas por atos lesivos seja do poder público ou de membros da iniciativa privada possuem legitimidade de defender seus direitos em juízo.

Não é incabível que o Ministério Público possa atuar na defesa de direitos individuais homogêneos, ainda que a Constituição Federal não seja clara nesse sentido, mas posicionamento este que já é majoritário na doutrina.

No caso da nova modalidade de ação civil pública, a lei 7.913/89 declara expressamente que o único legitimado é o Ministério Público para a defesa dos interesses dos investidores lesados. Todavia, não parece ser essa a solução mais coerente com o microssistema em que ela está inserida.

Tirar a legitimidade ativa de outros diretamente prejudicados, conforme se verá ao longo do presente trabalho, é limitar uma atuação mais técnica por parte da CVM e dos próprios investidores que atuam na consecução dos seus próprios interesses.

1 A LEGITIMIDADE EXTRAORIDNÁRIA E O MINISTÉRIO PÚBLICO: A QUESTÃO DOS DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS

Alguns entendem que os direitos individuais homogêneos, são direitos individuais "coletivamente tratados". Destaca Teori Albino Zavascki:

> O 'coletivo', consequentemente, diz respeito apenas à 'roupagem', ao acidental, ou seja, ao modo como aqueles direitos podem ser tratados. Porém, é imprescindível ter presente que o direito material – qualquer direito material – existe antes e independentemente do processo.
>
> Por isso não deixam de ser 'genuínos direitos subjetivos individuais' que apresentam 'características de direitos pertencentes a pessoas determinadas, que sobre eles mantém o domínio jurídico' (ZAVASCKI *apud* DIDIER JR; ZANETTI JR, 2013, p.85).

Em sentido oposto, Fredie Didier e Zanetti Jr:

> As categorias de direito antes mencionadas (difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos) foram conceituadas com vistas a possibilitar a efetividade da prestação jurisdicional. São, portanto, conceitos interativos de direito material e processual, voltados para a instrumentalidade, para a adequação da teoria geral do direito à realidade hordiena e, dessa forma, para sua proteção pelo Poder Judiciário. Assim, sua conceituação tem caráter explicitamente ampliativo da tutela dos direitos. (DIDIER JR; ZANETTI JR, 2013, p.86).

Os direitos individuais homogêneos compõem de sobremaneira a mesma classe dos direitos difusos e coletivos em sentido estrito, sendo contraditório, apesar da falta de previsão constitucional, denegar ao *parquet* a possibilidade de atuar em uma das modalidades de direitos coletivos em sentido amplo.

O Ministério Público tem em uma de suas diversas funções institucionais a defesa da sociedade e, de certa forma, promover o acesso à justiça. Independentemente da questão da natureza do direito em questão, até a própria lei 7.913/89 reconheceu a legitimidade exclusiva do Ministério Público, tratando-se essa de uma clara hipótese de incidência dos direitos individuais homogêneos, já que os lesados são identificados e, em alguns casos, a mensuração dos danos também.

Nesse sentido, ainda que a CRFB/88 seja omissa nesse ponto em específico, a legislação infraconstitucional sanou essa dificuldade interpretativa presente em parte das manifestações do Poder Judiciário.

Além disso, se a doutrina a existência própria de um microssistema de ações coletivas, todas deveriam compartilhar dos mesmos institutos, ainda que possuam objetos e objetivos

distintos. Por essa razão, o Ministério Público é legitimado para atuar na defesa dos direitos individuais homogêneos tanto disponíveis quanto indisponíveis.

A questão da disponibilidade sempre foi um óbice na atuação direta do *parquet*. Com o passar dos anos e a consolidação de um sistema jurídico mais coeso, tendo como grande marco a entrada em vigência do CPC/15, o Ministério Público pode deixar de atuar em questões que necessitavam, precipuamente de sua participação. Pode-se dar como exemplo, a derrogação de atuação obrigatória do mesmo em ações de usucapião que, obviamente não possuam como parte menor e que tenham registro no cartório de registro de imóveis da respectiva circunscrição.

Contudo, ainda que o *parquet* não seja diretamente obrigado a atuar na maior das vezes em que seja discutido uma questão envolvendo direitos disponíveis, o ordenamento jurídico não eliminou sua presença nestas questões, principalmente quando elas envolvem um interesse social relevante. Argumenta Giselle Souza ao trazer entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

> O Ministério Público tem legitimidade para defender direitos individuais homogêneos disponíveis. Foi o que concluiu a 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça no julgamento em que manteve a decisão de segunda instância que condenou a Sul América Capitalização (Sulacap) por publicidade enganosa dos títulos de capitalização Super Fácil Carro e Super Fácil Casa.
>
> Em recurso no STJ, a Sulacap afirmou que o MP não era legítimo para mover ação civil pública para defender interesses individuais homogêneos disponíveis, pois o artigo 127 da Constituição Federal prevê a legitimidade somente para a defesa de direitos individuais homogêneos indisponíveis. Mas os ministros rejeitaram o argumento.
>
> A ação do MP buscava condenação da Sulacap por propaganda enganosa. Produto divulgado pela empresa prometia a aquisição fácil de carros e casas, que seriam entregues entre três a sete meses após o pagamento de uma taxa de adesão e de uma parcela. Mas o consumidor recebia o contrato somente após o pagamento da adesão, ocasião em que percebia se tratar, na verdade, de um título de capitalização (SOUZA, 2015, s/p).

No caso em tela, o Ministério Público, como legitimado ativo, ingressou com uma ação civil pública para defender um grupo determinado de pessoas lesadas pela propaganda enganosa promovida pela instituição financeira. Por tratar de matéria que envolve perda de capital, mostra-se um direito disponível. Todavia, o *parquet* não perde a possibilidade de atuar na defesa da sociedade, em qualquer matéria socialmente relevante, ainda que o art.127 da CRFB/88 defina que somente os direitos individuais homogêneos indisponíveis pudessem ser passíveis de atuação deste.

A premissa do STJ parece bastante lógica e respeitou todo o sentido que a tutela coletiva traz, principalmente no que tange à sua unidade.

Denota-se, portanto, da decisão do tribunal da cidadania que o Ministério Público é legitimado para atuar na defesa de qualquer dos direitos individuais homogêneos. Sendo sua atuação relevante para garantir mais um agente público (promotor de justiça) na fiscalização do interesse público.

2 A LEI 7.913/89: A LEGITIMIDADE EXCLUSIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO

A lei 7.913/89 traz para o Ministério Público a legitimidade ativa exclusiva em sua redação:

> Art.1º Sem prejuízo da ação de indenização do prejudicado, o Ministério Público, de ofício ou por solicitação da Comissão de Valores Mobiliários — CVM, adotará as medidas judiciais necessárias para evitar prejuízos ou obter ressarcimento de danos causados aos titulares de valores mobiliários e aos investidores do mercado, especialmente quando decorrerem de: (BRASIL, 1989, s/p).

Gustavo Saad Diniz complementa o sentido da lei:

> Interessante notar que, sendo lei especial, a legitimação é exclusiva e não se pode admitir a ampliação dos legitimados com o rol do art.5º da LACP, porquanto seja lei meramente residual e de aplicação supletiva. Malgrado as críticas da exclusiva competência do MP para a matéria, que esvazia poder de outros órgãos e pode restringir alguma atuação mais especializada, cabe somente ao Juízo discricionário do Procurador da República ou do Promotor de Justiça (conforme a competência) mover a ação descrita na Lei 7.913/89 (DINIZ, 2019, p.186).

A principal crítica que recai sobre a previsão legal é que o Ministério Público não teria à sua disposição os melhores critérios técnicos para a defesa dos acionistas perante o juízo próprio previsto pela lei (leia-se Poder Judiciário) (LOQUES; SELLMANN, 2020, s/p).

A legitimidade exclusiva traduz uma ideia própria. A legitimidade é uma condição inerente a possibilidade de validade de qualquer ato processual, até porque, caso uma parte ilegítima pratique qualquer ato processual, o juiz poderá, de ofício, anulá-lo. Isso só é possível em razão da legitimidade de a parte envolver uma das condições da ação, tratando-se de nulidade absoluta.

> A regra examinada é de aplicação geral às nulidades de forma, mas não se aplica às nulidades absolutas, isto é, àquelas que a lei impõe ao juiz declarar nulas de ofício, porque, sendo de ordem pública, não se sujeitam à preclusão (art. 245, parágrafo único). Assim, questões de nulidade a respeito de condições da ação e pressupostos processuais, devem, ser tratadas e solucionadas, de ofício, em qualquer fase do processo, qualquer que seja o grau de jurisdição (art. 267, § 3º). Não precluem, portanto, a incompetência absoluta, a ilegitimidade de parte, a impossibilidade jurídica do pedido, a falta de citação de litisconsorte necessário etc. (JÚNIOR, s/p)

Por outro lado, a ideia de exclusividade também é impositiva. Algumas leis do microssistema coletivo das ações coletivas possuem legitimados exclusivos. Pode-se dar como exemplo a ação popular. Na lei 4.717/65, em seu art.1º, define-se que o cidadão, e apenas ele, possui legitimidade ativa para ingressar com a ação, fazendo prova de sua cidadania, através de seu título de eleitor. O mesmo ocorre no mandado de segurança coletivo, onde são legitimados apenas as associações constituídas legalmente a mais de um ano, as entidades sindicais, entidade de classe e o partido político com representação no congresso nacional.

O desrespeito a exclusividade do legitimado leva a nulidade também da ação. Igualmente pela violação de uma das condições da ação. Além disso, a legitimidade *ad causam* é insuscetível, por exemplo, de emenda à inicial. Vê-se esse exemplo na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal quando tratou do conflito entre o Ministério Público junto ao Tribunal de Contas e o Ministério Público tradicional do art.129 da CRFB/88:

> Agravo regimental na reclamação. Ministério Público junto ao Tribunal de Contas. Ilegitimidade ativa. Impossibilidade de saneamento por emenda à inicial. Utilização da reclamação para análise per saltum da matéria. Agravo regimental ao qual se nega provimento. 1. A legitimidade ativa ad causam, enquanto condição da ação, não constitui erro passível de ser sanado por emenda à inicial. Não se aplica o prazo do art. 321 do CPC. 2. O Ministério Público junto ao Tribunal de Contas não dispõe de fisionomia institucional própria, não integrando o conceito de Ministério Público enquanto ente despersonalizado de função essencial à Justiça (CF/88, art. 127), cuja abrangência é disciplina no art. 128 da Constituição Federal. 3. O Parquet especial não detém legitimidade para propor reclamação, uma vez que não se encontra no rol de legitimados do caput do art. 988 do CPC/2015. 4. A cláusula de garantia inscrita no art. 130 da CF/88 é de ordem subjetiva e, portanto, refere-se a direitos, vedações e forma de investidura no cargo dos membros do Ministério Público junto às Cortes de Contas, não constituindo regra de ampliação da atribuição institucional do Parquet especial. 5. Os integrantes do Parquet especial possuem atuação funcional exclusiva perante as Cortes de Contas, não detendo legitimidade ad causam para executar as decisões formadas no âmbito administrativo por meio de ação desenvolvida pelos meios ordinários ou pela via reclamatória. Precedentes. 6. Agravo regimental não provido (STF, 2016, s/p).

No caso em tela, o Ministério Público vinculado ao Tribunal de Contas ingressou com reclamação constitucional perante a suprema corte brasileira. Todavia, o art.988 do CPC/15 e a própria Constituição Federal são claros quanto à legitimidade do Ministério Público para ingresso da referida ação de conhecimento, sendo a *mens legis* clara quanto ao seu conceito restritivo. Na realidade, apenas o Ministério Público cujas finalidades estão instituídas no art.129 da CRFB/88 poderia ingressar com a reclamação perante a corte. O Ministério Público de Contas não está abrangido na disposição constitucional ou legal por ter fisionomia

institucional própria. Obviamente, a rejeição levou a extinção da reclamação sem apreciação do mérito.

Na lei 7.913/89 a realidade da legitimidade exclusiva também se impõe. O art.1º da lei traz as condutas passíveis de coibição pela tutela coletiva brasileira:

> Art. 1º Sem prejuízo da ação de indenização do prejudicado, o Ministério Público, de ofício ou por solicitação da Comissão de Valores Mobiliários — CVM, adotará as medidas judiciais necessárias para evitar prejuízos ou obter ressarcimento de danos causados aos titulares de valores mobiliários e aos investidores do mercado, especialmente quando decorrerem de:
> I — operação fraudulenta, prática não eqüitativa, manipulação de preços ou criação de condições artificiais de procura, oferta ou preço de valores mobiliários;
> II — compra ou venda de valores mobiliários, por parte dos administradores e acionistas controladores de companhia aberta, utilizando-se de informação relevante, ainda não divulgada para conhecimento do mercado ou a mesma operação realizada por quem a detenha em razão de sua profissão ou função, ou por quem quer que a tenha obtido por intermédio dessas pessoas;
> III — omissão de informação relevante por parte de quem estava obrigado a divulgá-la, bem como sua prestação de forma incompleta, falsa ou tendenciosa. (BRASIL, 1989, s/p).

Primeiro de tudo, deve-se observar que as condutas aqui expostas constituem crimes expressos na lei 6.385/76, como acontece com seu art.27-C e art.27-D.

> Art. 27-C. Realizar operações simuladas ou executar outras manobras fraudulentas destinadas a elevar, manter ou baixar a cotação, o preço ou o volume negociado de um valor mobiliário, com o fim de obter vantagem indevida ou lucro, para si ou para outrem, ou causar dano a terceiros: (Redação dada pela Lei nº 13.506, de 2017)
> Pena – reclusão, de 1 (um) a 8 (oito) anos, e multa de até 3 (três) vezes o montante da vantagem ilícita obtida em decorrência do crime (BRASIL, 1976, s/p).

> Art. 27-D. Utilizar informação relevante de que tenha conhecimento, ainda não divulgada ao mercado, que seja capaz de propiciar, para si ou para outrem, vantagem indevida, mediante negociação, em nome próprio ou de terceiros, de valores mobiliários: (Redação dada pela Lei nº 13.506, de 2017)
> Pena – reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, e multa de até 3 (três) vezes o montante da vantagem ilícita obtida em decorrência do crime.(Incluído pela Lei nº 10.303, de 31.10.2001)
> § 1º Incorre na mesma pena quem repassa informação sigilosa relativa a fato relevante a que tenha tido acesso em razão de cargo ou posição que ocupe em emissor de valores mobiliários ou em razão de relação comercial, profissional ou de confiança com o emissor. (Incluído pela Lei nº 13.506, de 2017)
> § 2º A pena é aumentada em 1/3 (um terço) se o agente comete o crime previsto no **caput** deste artigo valendo-se de informação relevante de que tenha conhecimento e da qual deva manter sigilo. (BRASIL, 1976, s/p).

Não há de se confundir as consequências criminais das condutas com as reparatórias destas no mercado de capitais. Nas condutas tipificadas pela lei brasileira do mercado de

capitais, todas são de ação penal pública incondicionada. Logo, o Ministério Público é o único legitimado para o ingresso da ação penal. Da mesma forma ocorre com as ações cíveis da lei 7.913/89, mas por razões distintas.

No âmbito criminal a legitimidade exclusiva do Ministério Público se dá por sua condição de legitimado natural da ação penal, inclusive, de previsão constitucional. Ainda assim, o direito processual penal garante ao *parquet* nas ações em que não atuará como legitimado ativo, como nas ações penais privadas, a participação do mesmo na ação. Inclusive, com direito de recorrer e de praticar diversos atos processuais.

Na ação civil pública, conhecida na prática forense como "ACP do mercado de capitais", o Ministério Público conta também como único legitimado. Existem exemplos práticos não só de tutela indenizatória, mas também de pleitos para anular decisões assembleares. Dá-se como exemplo a requisição do Ministério Público do Rio de Janeiro em conjunto com o Ministério Público Federal para anular a decisão de venda de controle acionário da Oi S/A. Dispõe a matéria jornalística do site Conjur:

> O Ministério Público do Rio de Janeiro e o Ministério Público Federal querem anular a venda do controle acionário da operadora de celular Oi para a Telemar Norte Leste S/A (TMAR). Os órgãos ingressaram na Justiça Federal com ação civil pública contra as empresas Telemar Norte Leste Participações S/A, TMAR, Oi e a União.
> A ação é subscrita pelo promotor Rodrigo Terra, titular da 2ª Promotoria de Tutela Coletiva dos Direitos do Consumidor e do Contribuinte da Capital, do MP fluminense, e pelos procuradores da República Gino de Oliveira Liccione, Luiz Fernando Lessa e Márcio Barra Lima, da Procuradoria da República no Rio de Janeiro.
> Além da anulação da transferência do controle acionário da Oi, os representantes do MP pedem a condenação de todas as rés, com exceção da União, a indenizar os acionistas minoritários pelos danos morais e materiais sofridos em função da depreciação de suas respectivas posições acionárias.
> Os danos foram causados, segundo eles, pela absorção do passivo da operadora de telefonia móvel pela TMAR, cujo valor deverá ser apurado em fase de liquidação de sentença.
> Em 29 de junho de 2003, a holding Telemar Norte Leste Participações S.A., controladora de 79,6% das ações da operadora de telefonia fixa TMAR, alienou, para esta, a empresa Oi.
> Segundo a ação, até aquela ocasião, a Oi contraíra dívida avaliada em cerca de R$ 5,2 bilhões. Seu desempenho pouco antes da formalização da transferência do controle acionário apurou um prejuízo de R$ 354 milhões.
> A Telemar, sem deliberação de sua assembléia-geral, pagou pela Oi o preço simbólico de R$ 1,00. Na operação, a holding Telemar Participações se desincumbiu do prejuízo que vinha sendo suportado pela empresa alienada, cujo controle, assim, transferiu integralmente para a TMAR.
> Na prática, segundo o MP, com a operação, a Telemar Participações, em vez de responder por 100% dos prejuízos da Oi, reduziu sua participação no prejuízo para 79,6%. Com isso, os acionistas minoritários passaram a ter responsabilidade solidária por 20,4% dos passivos da Oi.

> Segundo os representantes do MP, "para aprofundar o menoscabo à credibilidade que o mercado dedicou à avaliação encomendada pela ré, por causa da suspeita quanto à sua exatidão, o conhecimento do laudo respectivo foi sonegado tanto ao Ministério Público Federal, como ao Ministério Público Estadual e, até há pouco, à própria Comissão de Valores Mobiliários, órgãos oficiais que instauraram investigações visando a apurar a alegação de violação a direito de acionistas minoritários" (CONJUR, 2004, s/p).

Pela matéria, podemos verificar que a atuação do Ministério Público na defesa dos investidores do mercado de capitais, pela via da lei 7.913/89, foi positiva. Nos pedidos, conforme destacada a possibilidade anteriormente, foi requerida a indenização em benefício dos acionistas minoritários e da anulação da decisão da cessão do controle acionário. Por mais que a atuação seja positiva e proteja o interesse público indireto em questão, não parece razoável que o *parquet* seja o único legitimado para o ingresso da referida ação, até porque na lei 7.347/85 as associações possuem legitimidade e as autarquias também. Por que não prever igualmente à CVM (autarquia federal) e as associações de acionistas lesados igual direito? Se esses são os que, mais diretamente, sofrem com a conduta lesiva no âmbito do mercado de capitais. É o que se discutirá a frente.

3 DA LEGITIMIDADE DA CVM E DAS ASSOCIAÇÕES DE ACIONISTAS PARA AÇÃO CIVIL PÚBLICA DA LEI 7.913/89: UMA PROPOSTA DE INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA

Conforme argumentado anteriormente, a lei da ação civil pública "geral" prevê em seu art.5º o rol dos legitimados para o ingresso da ação civil pública:

> Art. 5º Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar: (Redação dada pela Lei nº 11.448, de 2007).
> I - o Ministério Público; (Redação dada pela Lei nº 11.448, de 2007). II - a Defensoria Pública; (Redação dada pela Lei nº 11.448, de 2007).
> III - a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios; (Incluído pela Lei nº 11.448, de 2007).
> IV - a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista; (Incluído pela Lei nº 11.448, de 2007).
> V - a associação que, concomitantemente: (Incluído pela Lei nº 11.448, de 2007).
> a) esteja constituída há pelo menos 1 (um) ano nos termos da lei civil; (Incluído pela Lei nº 11.448, de 2007).
> b) inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao patrimônio público e social, ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência, aos direitos de grupos raciais, étnicos ou religiosos ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico. (Redação dada pela Lei nº 13.004, de 2014) (BRASIL, 1985, s/p).

Pode-se interpretar da disposição legal supracitada que o rol, ainda que exaustivo, não limita a um único órgão a possibilidade de ingresso da ação civil em estudo, independentemente da natureza do direito coletivo em questão. Pode-se retirar da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça decisão que reconheceu a legitimidade de uma associação de proteção dos direitos dos portadores de doença celíaca para ajuizar ação civil pública contra uma pizzaria que nem colocava em seus produtos a informação se os produtos possuíam ou não glúten. Em reportagem jornalística dispõe matéria jornalística do site Conjur:

> Assim, em decisão unânime, a 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça reformou acórdão do Tribunal de Justiça de Goiás para reconhecer a legitimidade ativa de uma associação, constituída há menos de um ano, na defesa jurídica dos portadores de doença celíaca.
> A associação ajuizou ação civil pública contra uma pizzaria para que fossem incluídas, na descrição de seus produtos, informações relativas à existência de glúten, bem como a advertência específica aos celíacos.
> O TJ-GO manteve a sentença que declarou extinta o processo por falta de legitimidade ativa, em razão de a associação ter menos de um ano na data da propositura da ação, requisito temporal exigido pelo artigo 5º, V, da Lei 7.347/85.
> Segundo o acórdão, apesar de o parágrafo 4º daquele artigo prever que o requisito da pré-constituição pode ser dispensado quando houver manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano, ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido, isso não foi verificado no caso.
> No STJ, a relatora, ministra Nancy Andrighi, entendeu que o cumprimento do dever de informação, a fim de conferir proteção integral aos portadores da doença celíaca, é de relevante interesse jurídico, apto a dispensar o requisito temporal exigido pela norma.
> "A necessidade de informação sobre a existência de glúten em produto alimentício aproxima-se de questões fundamentais, com assento constitucional, que é o direito à saúde e o direito a uma vida digna, considerando que abstenção do glúten é a única forma que o portador da doença celíaca possui para defender sua integridade física", disse a ministra.
> Além disso, Nancy Andrighi também destacou precedente da 3ª Turma que reconheceu a legitimidade de associação que complete um ano de existência no curso do processo, por aplicação do princípio da economia processual.
> "A recorrente foi oficialmente instituída em 21 de maio de 2011, e o acórdão que julgou o agravo regimental em sede de apelação foi proferido em 16 de julho de 2013,
> ou seja, mais de dois anos após a constituição da associação, razão pela qual deve incidir o entendimento supramencionado no caso concreto", concluiu.
> Com a decisão, o processo volta ao tribunal de origem para que, dispensado o cumprimento do requisito temporal para conferir legitimidade ativa da associação, seja dado prosseguimento na análise do processo. *Com informações da Assessoria de Imprensa do STJ*. (CONJUR, 2017, s/p).

Denota-se da matéria que a associação buscou o direito de seus membros para a tutela do direito à saúde. Contudo, a questão essencial a ser observada foi a flexibilidade dada pelo tribunal da cidadania ao requisito do art.5º, V, "a" da LACP. O STJ ao interpretar a circunstância do caso, entendeu que existia relevante circunstância social que deveria se

sobrepor ao requisito processual formal de constituição legal há mais de um ano (leia-se aqui registro do ato constitutivo no RCPJ há mais de um ano da propositura da ação).

Em uma interpretação mais ampla, o STJ parece ter feito uma ponderação de valores no caso concreto: colocou frente a frente a defesa do direito à saúde, pela via da tutela coletiva, em confronto com o requisito de segurança jurídica da constituição de uma pessoa jurídica e a regularidade de seu registro. No resultado, o tribunal entendeu pela preponderância do direito fundamental.

Não parece ser impossível seguir caminho parecido quanto à extensão da possibilidade dos legitimados ativos da lei 7.913/89.

Duas figuras merecem destaque quando o assunto é ilícito no mercado de valores mobiliários: os próprios acionistas lesados e a Comissão de Valores Mobiliários (CVM). Como argumentado anteriormente, há uma previsão, ainda que genérica na lei 7.347/85 de legitimidade tanto das autarquias federais quanto das associações legalmente constituídas.

É mais coerente aplicar as ações que tratam da ação civil coletiva em conjunto do que em separado. Se o art.1º da lei 7.913/89, que dispõe de regra específica, atribui apenas ao Ministério Público a legitimidade *ad causam* está regra deve ser interpretada à luz do microssistema coletivo das ações coletivas e da própria lei 7.347/85.

A ampliação do rol de legitimados da lei 7.913/89 também possui uma razão prática para cada uma das pessoas jurídicas citadas anteriormente.

No que tange à CVM, por determinação legal, ainda sob à égide da ordem constitucional anterior, foi atribuído a ela a função de exercer a função de sanção e fiscalização do mercado de capitais. A CVM ainda possui o poder de determinar a suspensão de atos produzidos pelas sociedades que tem seus atos envolvidos no mercado de capitais, além de aplicar multas a estas. Em resumo, a CVM exerce o poder de polícia típico da administração pública. Não faria sentido, excluir o direito da autarquia federal de ingressar com ação coletiva para buscar a defesa judicial de uma das funções que já realiza administrativamente. Até porque, em alguns momentos, a jurisdição precisa referendar as decisões administrativas para dar o caráter total de legalidade daquela sanção ou punição. Não obstante, a CVM ainda é a integrante da administração que mais possui conhecimento das questões técnicas do mercado de capitais, o que dá um salto de qualidade na atuação de qualquer ação coletiva que verse sobre a matéria.

Já para as associações, ninguém saberá melhor lidar com o direito dos lesados do que os próprios. Nas mais diversas ações do microssistema em estudo as associações legalmente constituídas têm legitimidade para atuar na defesa de seus membros. Qual seria razão de afastar essa regra apenas na “ACP do mercado de capitais”? A regra da legitimidade extraordinária do

ajuizamento da ação coletivas pelo conjunto dos próprios lesados não contrária todo o restante das ações coletivas que devem ser interpretadas em uníssono, sob pena da quebra da forma que tomam quando são interpretadas como um sistema.

CONCLUSÃO

Por fim, pode-se concluir que a defesa dos direitos individuais homogêneos dos investidores do mercado de capitais deve ser interpretada em conjunto com o microssistema que forma com as demais ações coletivas.

Por essa razão, a expansão do rol de legitimados da lei 7.913/89 só trará benefícios ao processo coletivo e facilitará a compreensão mais técnica da matéria pelo Poder Judiciário ao apreciar a matéria.

A ampliação do rol dos legitimados não traduz uma má atuação do Ministério Público diante dos casos em que atua, ao contrário, só traz para a tutela coletiva um espírito mais democrático e de pluralidade vozes que caracteriza a jurisdição coletiva brasileira de índole constitucional.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei 7.913/89. **Dispõe sobre a ação civil pública de responsabilidade por danos causados aos investidores no mercado de valores mobiliários**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7913.htm. Acesso em:02 out.2020.

_____. Lei 6.385/76. **Dispõe sobre o mercado de valores mobiliários e cria a Comissão de Valores Mobiliários.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6385.htm. Acesso em: 08 out.2020.

_____. **Lei 7.347/85**. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347Compilada.htm. Acesso em 12 out.2020.

CONJUR. MP pede anulação da venda do controle acionário da Oi. *In*: **Conjur**. 23 set.2004. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2004-set-23/mp_anulacao_venda_controle_acionario_oi. Acesso em 05 out.2020.

_____. Associação criada há menos de um ano pode propor ACP se houver interesse social. *In*: **Conjur**. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2017-mai-17/associacao-criada-ano-propor-acp-stj. Acesso em 05 out.2020.

DIDIER JR, Fredie; ZANETTI JR, Hermes. **Curso de direito processual civil: processo coletivo.** v.4. Salvador: Ed.Juspodivm, 2016.

DINIZ, Gustavo Saad. **Intervenção Amicus Curiae: Sentido e Alcance**. *In*: ABRÃO, Carlos Henrique; CARVALHOSA, Modesto; LUCON, Paulo Henrique dos Santos. A Tutela Coletiva do Acionista Minoritário - Os 30 anos de vigência da lei 7.913/89: uma visão prospectiva construtiva. São Paulo: Ed. Quartier Latin, 2019.

JÚNIOR, Humberto Theodoro. **Nulidade no Código de Processo Coletivo**. Revista MPSP. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RDC_01_136.pdf. Acesso em 10.out.2020.

LOQUES, Luiz César Martins; SELLMANN, Milena Zampieri. **A ação civil pública e a proteção jurídica dos titulares de valores mobiliários: o uso da tutela coletiva para a coibição dos atos do *insider trading***. *No prelo*.

SOUZA, Giselle. MP pode atuar para defender direitos individuais homogêneos disponíveis. *In:* **Conjur**. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2015-mai-07/mp-defender-direitos-individuais-homogeneos-indisponiveis. Acesso em 10.ou.2020.

STF. RECURSO EXTRAORDINÁRIO: RE 163.231/SP**.** Relator Min. Maurício Corrêa. DJE:29/06/01. **JusBrasil**. Disponível em: https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14700675/recurso-extraordinario-re-163231-sp. Acesso em 03 out.2020.

_____. **AGRAVO REGIMENTAL NA RECLAMAÇÃO**: AgRg na Rcl 24.163/DF. Relator Min.
Dias Toffoli. DJE: 22/11/16. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14080687. Acesso em 09 out.2020.

ZAVASCKI, Teoria Albino. **Processo Coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos**. São Paulo: Ed.Revista dos Tribunais, 2006.

RÓTULOS E O DIREITO À INFORMAÇÃO AMBIENTAL DO CONSUMIDOR

Tiago Cappi Janini
Mestre e Doutor em Direito. Coordenador e professor no programa de Mestrado Acadêmico em Direito no Centro Universitário Salesiano de São Paulo (UNISAL), U.E. Lorena.

Fabiana Mancilha Bernardes
Mestranda no programa de Mestrado em Direito do Centro Universitário Salesiano de São Paulo (UNISAL), U.E. Lorena.

RESUMO: O artigo objetiva analisar a evolução do mercado de consumo e a aquisição de direitos pelo consumidor diante das previsões trazidas pela Constituição Federal de 1988 e, posteriormente, pelo Código de Defesa do Consumidor. Visa observar os direitos básicos dos consumidores que se tornaram, também, deveres dos fornecedores. Intenta verificar a importância das informações constantes nos rótulos de produtos e relacionar tais informações com o posicionamento do consumidor no mercado de consumo diante das informações que lhe são fornecidas, principalmente quanto à rotulagem ambiental, de acordo com a NBR ISO 14020. Para subsidiar este estudo, realizou-se levantamento bibliográfico e estudo de legislações. Como resultado, obteve-se que os consumidores foram adquirindo direitos basilares para sua segurança, vida e saúde, bem como para poderem fazer aquisições mais conscientes no mercado de consumo. Constatou-se que o direito à informação é indispensável para que o consumidor possa conhecer os dados relevantes e imprescindíveis para a sua compra, tendo as informações dos rótulos uma carga extremamente relevante no momento do consumo. Verificou-se regras quanto à rotulagem ambiental e princípios gerais trazidos pela ISO 14020, que tratam sobre correção técnica, transparência e relevância no contexto ambiental. Concluiu-se que as informações trazidas, atualmente, por muitos rótulos de produtos, acabam prejudicando a escolha do consumidor no momento de sua aquisição, uma vez que são trazidas diversas informações desnecessárias e inúteis. Além disso, as informações enganosas fazem com que os consumidores duvidem das informações fornecidas, o que acaba comprometendo o consumo consciente e sustentável, afetando, consequentemente, o meio ambiente.

PALAVRAS-CHAVE: direito à informação; rótulos; NBR ISO 14020; consumo consciente; consumo sustentável.

RESUMEN: El artículo tiene como objetivo analizar la evolución del mercado de consumo y la adquisición de derechos por parte del consumidor a la luz de las predicciones que traen la Constitución Federal de 1988 y, posteriormente, el Código de Protección al Consumidor. Tiene como objetivo observar los derechos básicos de los consumidores que también se han convertido en deberes de los proveedores. Intenta verificar la importancia de la información contenida en las etiquetas de los productos y relacionar dicha información con la posición del consumidor en el mercado de consumo a la vista de la información que se le proporciona, principalmente en lo que respecta a la etiqueta ambiental, según NBR ISO 14020. Para sustentar este estudio se realizó una encuesta bibliográfica y un estudio de legislación. La investigación obtuvo como resultado el hecho de que los consumidores han adquirido, a lo largo del tiempo, derechos básicos para su seguridad, vida y salud, así como para poder realizar compras más conscientes en el mercado de consumo. Además, se constató que el derecho a la información es indispensable para que el consumidor pueda conocer los datos relevantes y esenciales para su compra, siendo la información de las etiquetas sumamente relevante en el momento del consumo. Se observó reglas sobre la etiqueta ambiental y los principios generales traídos por la ISO 14020, que tratan de la corrección técnica, la transparencia y la relevancia en el contexto ambiental. Se concluyó que la información que actualmente aportan muchas etiquetas de productos termina perjudicando el consumidor a la hora de elegir el producto que pretende adquirir, ya que se trae mucha información inútil y que no es necesaria. Además, la información engañosa hace que los consumidores duden de la información proporcionada, lo que termina comprometiendo un consumo consciente y sostenible, afectando, por consiguiente, al medio ambiente.

PALABRAS CLAVE: Derecho a la información; etiquetas; NBR ISO 14020; consumo consciente; consumo sostenible.

INTRODUÇÃO

O presente artigo trata sobre os direitos básicos do consumidor, em especial à informação. Ainda, observa a importância das informações que constam nos rótulos de produtos no momento da aquisição destes pelo consumidor. Para tanto, é abordado o problema de informações não verdadeiras que constam nos rótulos, destacando-se os rótulos ambientais, principalmente quanto aos princípios gerais de rótulos e declarações ambientais, dispostos na NBR ISO 14020, que são aplicáveis a todos os tipos de rotulagem ambiental.

A importância do presente estudo se dá diante das falsas informações que estão contidas em alguns rótulos, bem como da quantidade de informações ali dispostas, que prejudicam o consumidor, tirando a credibilidade dos rótulos e causando confusão no momento das escolhas feitas no mercado de consumo, principalmente na esfera ambiental.

Dessa forma, objetiva-se analisar os direitos básicos do consumidor, em especial o direito à informação. Visa-se, ainda, verificar a relevância das informações constantes nos rótulos dos produtos e relacioná-la com as escolhas realizadas pelo consumidor e seus impactos individuais e sociais. Outrossim, intenta-se investigar a NBR ISO 14020, relacionando-a com o consumo sustentável e consciente.

A metodologia utilizada é a bibliográfica e documental.

1 DIREITOS BÁSICOS DO CONSUMIDOR

A sociedade de consumo aparece entre os séculos XVIII e XIX, mas os conflitos sociais iniciais causados pela Revolução Industrial eram entre trabalhadores e patrões. Os consumidores só ganham relevo no século XX, com a necessidade de se garantir o acesso ao consumo e a sua proteção. Dessa relação produção-consumo, nasce a necessidade do direito do consumidor, cujo objetivo é resolver os conflitos decorrentes da sociedade de consumo, que aparecem com o desenvolvimento da sociedade industrial.

O desenvolvimento da proteção dos consumidores, portanto, se consolida nas décadas de 70/80[1] com a explosão da sociedade de consumo, que se dá em um sistema capitalista que tende a aumentar as desigualdades sociais. Com o fim da "guerra fria" implicando a derrota do socialismo, o capitalismo é o sistema de predomínio quase exclusivo na economia. O ideal capitalista é expandir-se, quebrar barreiras para atingir novos consumidores. A sociedade de consumo em massa é, portanto, o ambiente propício para o desenvolvimento do direito do consumidor.

No Brasil, há um direito do consumidor na Constituição Federal: (i) o dever de proteção estatal (art. 5º, XXXII); (ii) competência concorrente da União, Estados, Distrito Federal e Municípios para legislarem sobre a responsabilidade por danos aos consumidores (art. 24, VIII); (iii) direito de informação sobre o valor dos impostos nos produtos e serviços (art. 150, § 5º); (iv) a proteção ao consumidor como um princípio da ordem econômica (art. 170, V);

[1] Conforme Sodré (2009, p. 27) "[...] nos países de primeiro mundo existem leis e julgados protegendo os consumidores há muitos anos, porém foi só em torno dos anos 70 que este tema começou a ser sistematizado".

(v) a atuação do Ministério Público na proteção dos direitos do consumidor (arts. 127 e 129, III). Além desses dispositivos, o art. 48 do ADCT estipulou um prazo de 180 dias para o Congresso Nacional elaborar um Código de Defesa do Consumidor, que surge em 1990. (BRASIL, 1988).

O aparecimento do direito do consumidor implica em algumas inovações no direito, como aponta Ewoud Hondius (2012). Uma delas é a transformação da proteção da parte mais fraca em um paradigma. A proteção do consumidor é um dos vários exemplos de proteção da parte mais fraca no direito contratual. São as situações do empregado, do comprador, do inquilino, do usuário do serviço público. "Isso significa que o paradigma da liberdade contratual não foi substituído, mas agora está acompanhado pelo paradigma paralelo da proteção da parte mais fraca" (HONDIU, 2012, p. 168, tradução livre)[2].

Desse modo, a elaboração do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90) foi um marco extremamente importante, protegendo o elo mais fraco da relação de consumo e garantindo, inclusive, uma melhor prestação de serviços e qualidade dos produtos por parte dos fornecedores.

Entre os diversos aspectos que o Código de Defesa do Consumidor traz, salienta-se a Política Nacional de Relações de Consumo, que visa atender as necessidades dos consumidores, respeitando-se dignidade, saúde e segurança destes, bem como proteger seus interesses econômicos. Ainda, objetiva a melhoria da qualidade de vida dos consumidores, com transparência e harmonia das relações de consumo. (BRASIL, 1990).

Desse modo, o Capítulo sobre a Política Nacional de Relações de Consumo elenca princípios extremamente relevantes que devem ser atendidos, dentre os quais se faz importante a menção de alguns: reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor; ações governamentais que protejam o consumidor; harmonização dos interesses das relações de consumo; compatibilização da proteção do consumidor com o desenvolvimento econômico e tecnológico; boa-fé e equilíbrio entre consumidores e fornecedores; educação e informação dos consumidores e fornecedores quanto aos seus direitos e deveres; e incentivo à criação de meios eficientes de controle de qualidade e segurança de produtos e serviços. (BRASIL, 1990).

Nota-se que todos estes princípios elencados contribuem para a melhoria da relação de consumo, tornando-a mais harmônica, principalmente com o reconhecimento da

[2] No original: "This has meant that the paradigma of freedom of contract has not been replaced, but is now accompanied by the parallel paradigm of protection of the weaker party".

vulnerabilidade do consumidor e estipulação de direitos, sendo um significante avanço na proteção desses vulneráveis, tratando-se de verdadeira conquista.

Outrossim, quanto ao princípio que trata sobre as ações governamentais que protejam o consumidor, ele abarca, também, a proteção pela presença do Estado no mercado de consumo, que se faz imensamente pertinente para que seja, de fato, alcançado um equilíbrio na relação entre consumidores e fornecedores. Nesse sentido:

> Percebe-se que a relação do Estado nas relações privadas é a garantia de proteção ao vulnerável frente àquele que é considerado o mais forte na relação de consumo, o fornecedor. A efetiva intervenção tem objetivo de equilíbrio e regulação dentro do comércio. É importante a intervenção estatal na defesa dos interesses individuais ou coletivos referente a um direito fundamental insculpido na Constituição Brasileira, pois somente assim há a efetiva preservação dos interesses dos consumidores. (CANTO, 2017, p. 161).

Imprescindível destacar, ainda, os direitos básicos do consumidor que são elencados, exemplificativamente, no artigo 6º do CDC, sendo basilares e imprescindíveis para a proteção e defesa do consumidor.

Os direitos básicos dos consumidores são, sinteticamente: a proteção da vida, saúde e segurança destes; a educação e divulgação sobre o consumo adequado de produtos e serviços; informações adequadas e claras sobre os produtos e serviços; proteção contra publicidade enganosa e abusiva; modificação de cláusulas com prestações desproporcionais; revisão de cláusulas diante de fato superveniente que as torne excessivamente onerosas; prevenção e reparação de danos; acesso aos órgãos judiciários e administrativos para prevenir e reparar danos; facilitação na defesa dos direitos, podendo haver inversão do ônus da prova no caso de alegação verossímil ou se for hipossuficiente; e adequada e eficaz prestação dos serviços públicos. (BRASIL, 1990).

Todos esses direitos demonstram a preocupação do legislador em garantir que o consumidor consiga se portar da melhor maneira possível em todas as fases de seu consumo, seja quando adquire um produto ou utiliza um serviço, até quando é lesado e precisa do Estado para que seu problema seja sanado.

Desse modo, observa-se a importância do direito básico à educação para que o consumidor consiga entender o que está adquirindo ou utilizando, sendo capaz de compreender as informações que constam em um produto ou que lhes são dadas na contratação de um serviço, bem como saber se portar diante de uma publicidade abusiva ou enganosa. (INMETRO, 2002, p. 17).

Além disso, imprescindível a previsão dos direitos à saúde, vida e segurança do consumidor, fazendo com que os fornecedores tenham mais cautela ao colocarem os seus produtos e serviços no mercado de consumo, sabendo que serão punidos no caso de descumprirem as normas técnicas e necessárias, causando algum tipo de lesão ao consumidor, destacando-se ser esta responsabilidade objetiva, ou seja, independente de demonstração de culpa. (BRASIL, 1990).

Outrossim, tanto para prevenção como para a reparação de danos decorrentes de lesões, os consumidores têm acesso aos órgãos judiciários e administrativos, inclusive com a facilitação para defender seus direitos. Nesse ponto, a inversão do ônus da prova é extremamente relevante, pois o consumidor, muitas vezes, está impossibilitado de produzir as provas que precisa para comprovar seu direito ou lesão, sendo a produção destas muito mais viável por parte do fornecedor, devendo, então, o magistrado inverter o ônus da prova. Nesse sentido:

> Desse modo, se o Código de Defesa do Consumidor estabelece ser a inversão do ônus da prova, um direito do consumidor (frise-se que os outros dispositivos trazidos à guisa de exemplos, não o fazem), e se a Lei 8.078/90, estabeleceu que o consumidor é vulnerável sempre que envolvido em uma relação de consumo, e, por derradeiro, se a lei em questão veio à lume para proteger o consumidor, não podem restar dúvidas de que, o Julgador tem o dever de inverter o ônus da prova no processo, presentes seus requisitos, independente de prévio alerta ao réu, que há de trazer aos autos as provas necessárias para ilidir sua responsabilidade objetiva, o que é mais um dever que a nova lei lhe impõe. (GAULIA, 2001, p. 101).

Assim, evidente a importância dos direitos básicos dos consumidores estarem positivados, garantindo, ressalta-se, a proteção do consumidor, que é vulnerável, bem como a melhoria no fornecimento de produtos e serviços.

2 DIREITO À INFORMAÇÃO COMO DIREITO FUNDAMENTAL DO CONSUMIDOR

O direito à informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentem, é um direito básico do consumidor, nos termos do artigo 6º, inciso III, do Código de Defesa do Consumidor. (BRASIL, 1990).

Esse direito decorreu da necessidade de que o consumidor soubesse aquilo que estava consumindo no intuito de proteger sua própria vida, saúde e segurança, uma vez que não participa de toda a cadeia do processo produtivo, sendo necessário, então, que tenha as

informações para adquirir e utilizar um produto de modo seguro. Marcelo Sodré (2009, p. 10) explica a importância do direito à informação:

> A partir de meados do século XX, foi agregado outro tipo de conflito, resultante de outro vértice da sociedade moderna: a luta pelo acesso ao consumo de bens seguros e a garantia da informação plena a respeito dos produtos e serviços colocados no mercado. Na atual sociedade da informação, uma das lutas centrais dos consumidores é pela garantia de uma informação que assegure o direito de opção.

Importante destacar que o déficit de informação é um dos fatores de maior desequilíbrio da relação de consumo, intensificado diante das técnicas de marketing, compras e vendas que são realizadas de modo online e pela padronização dos contratos de consumo. (ANDRADE; MASSON; ANDRADE, 2016, p. 449).

Nesse viés, imprescindível a previsão do direito à informação no Código de Defesa do Consumidor no sentido de proteger a parte mais vulnerável da relação, bem como de cumprir com a Política Nacional de Relações de Consumo no que tange à informação.

De acordo com a análise do texto legal (artigo 6º, inciso III, CDC), observa-se que não basta a simples existência de informação ao consumidor: para que esteja de acordo com o dispositivo legal, necessário que seja clara, adequada e eficaz, ou seja, a informação deve ser prestada de modo que o consumidor consiga compreender todas as características relevantes do produto ou do serviço que está sendo oferecido, bem como os riscos e consequências da aquisição. Assim, a informação é tanto um direito do consumidor, como um dever do fornecedor, que responde pelo seu descumprimento:

> Como consequência do direito à informação, surge para o fornecedor o correlato dever de informar (previsto nos arts. 12, 14, 18, 20, 30, 31, 46 e 54 do CDC), consistente na obrigação de prestar todas as informações acerca do produto e do serviço (suas características, qualidades riscos, preços etc.), de maneira clara e precisa, não se admitindo falhas ou omissões. Esse dever de informar deve ser observado pelo fornecedor no momento pré-contratual (art. 31), na conclusão do negócio (art. 30), na execução do contrato (art. 46) e, inclusive, no momento pós-contratual (art. 10, § 1º). O descumprimento desse dever caracteriza um ato ilícito, do qual podem resultar danos ao consumidor, pelos quais responde o fornecedor. (ANDRADE; MASSON; ANDRADE, 2016, p. 449-450).

Desse modo, nota-se que a positivação do direito à informação com a responsabilização do fornecedor no caso de descumprimento, faz com que os produtos e serviços sejam prestados de modo mais eficaz, respeitando os direitos fundamentais da Constituição Federal, como a vida, saúde e segurança.

Além disso, Hugo Nigro Mazzilli (2015, p. 193) dispõe que o direito à informação, um dos principais direitos dos consumidores, consiste no "conhecimento dos dados indispensáveis sobre produtos ou serviços para uma decisão consciente". Nesse mesmo sentido, também concluem Adriano Andrade, Cleber Masson e Landolfo Andrade (2016, p. 449): "o direito à informação visa a assegurar ao consumidor uma escolha consciente, permitindo que suas expectativas em relação ao produto ou serviço sejam de fato atingidas, manifestando o que vem sendo denominado de consentimento informado ou vontade qualificada".

Diante de inúmeros produtos e serviços disponíveis no mercado, o consumidor possui diversas opções de aquisição, sendo algo positivo quanto à possibilidade de escolha, uma vez que tem a opção de analisar a qualidade do produto, principalmente por meio das informações constantes nele, podendo ser escolhido aquilo que melhor se molda às peculiaridades do próprio indivíduo, como alergias, intolerância, estilo de vida, preço, dentre outros.

No entanto, o excesso de informações ou a prestação de informações desnecessárias e até enganosas, podem fazer com que seja dificultada a escolha de aquisição de produtos e serviços pelo consumidor.

Desse modo, nota-se que as informações fazem com que o consumidor se posicione diante de produtos e serviços, haja vista conhecer as suas características, inclusive podendo entrar em contato com os fornecedores para sanar eventuais dúvidas. No entanto, importante ressaltar que sem a educação voltada para o consumo, de nada adianta as informações prestadas, uma vez que o consumidor precisa entender as informações que lhe estão sendo apresentadas, principalmente para consumir de forma adequada e consciente, voltada, também, para o consumo sustentável. Antônio Carlos Efing e Augusto César Leite de Resende (2015, p. 213) demonstram a valia da relação

> Ocorre que o consumo consciente essencial ao desenvolvimento sustentável exige uma mudança de comportamento dos consumidores alienados e críticos e, para tanto, fazem-se necessárias a informação e a educação, para que os consumidores tenham ciência dos impactos negativos e positivos que sua decisão de consumo pode provocar na sociedade e no meio ambiente e dessa maneira nortear corretamente suas escolhas.

Assim, observa-se que o direito do consumidor à informação é um direito fundamental que propicia impactos positivos não somente na vida privada do próprio consumidor, mas também na sociedade como um todo, uma vez que determina parâmetros que devem ser seguidos pelo fornecedor, bem como contribui para o desenvolvimento sustentável. Nesse sentido, evidencia-se a importância da informação constante nos rótulos de produtos.

3 DIREITO À INFORMAÇÃO DO CONSUMIDOR, RÓTULOS E NBR ISO 14020

O rótulo dos produtos tem de conter uma informação precisa, adequada, suficiente e clara para que o consumidor, em seu momento de decisão, reflita sobre as características destes. Como já afirmado, o art. 4º do CDC eleva a transparência das relações de consumo a princípio basilar, aplicado em todas as relações entre consumidores e fornecedores. (BRASIL, 1990).

Todavia, tema que parece simples, é amplamente afrontado tendo em vista a pluralidade de rótulos duvidosos existentes que descumprem as diretrizes legais, tanto com relação às normas específicas quanto aos princípios da informação e transparência, impactando, diretamente, na promoção do consumo consciente. Essa prática nefasta, inclusive, tem recebido o nome de *greenwashing* quando a empresa comunica falsamente que seus produtos são ecologicamente corretos e sustentáveis[3]:

> Além disso, o termo está diretamente associado às ações de marketing feitas por governos, empresas ou organizações corporativas para enfatizar suas atividades com boas práticas ambientais, minimizando os impactos ambientais negativos da linha de produção ou valorizando indevidamente o produto ou mercadoria. Cria-se um modelo falso, que deturpa a realidade, promove o exagero, tudo para angariar benefícios ambientais de um produto. (SOUZA, 2017, p. 150).

Deixar de prestar ou incluir informações falsas em rótulos ocasiona confusão e incerteza nos consumidores. Há uma quebra de confiança no diálogo entre consumidor e fornecedor. Com isso, os consumidores, ao perceberem o uso de alegações inverídicas, aumentam sua desconfiança, implicando em um comportamento de compra mais cauteloso, tornando-os cada vez mais céticos quanto às informações dos rótulos. Essa desconfiança torna- se um empecilho grave ao consumo consciente, inclusive tornando-se óbice ao consumo sustentável.

As rotulagens ambientais são aquelas que atribuem informações quanto ao desempenho ambiental de produtos, constando tais características nos rótulos destes, sendo um meio de comunicação entre fornecedores e consumidores. Nesse sentido:

> O diálogo entre fornecedor e consumidor faz-se por meio da troca de informações e da publicidade. A transparência no que concerne às questões ambientais, seja no marketing, seja na rotulagem "verde", possui papel essencial nesse intuito. É a única forma de a apreciação da realidade e a ponderação racional poderem ser feitas de forma adequada para as conscientes decisões de consumo. (EFING; GREGÓRIO, 2017, s. p.)

[3] De acordo com Antônio Carlos Efing e Carolina Lückemeyer Gregorio (2017, s. p.) "*Greenwashing*¸ ou maquiagem verde, ocorre quando há a conferência de atributos ecológicos ou ambientalmente responsáveis a um produto ou empresa quando isso não condiz com a realidade".

Desse modo, a NBR ISO 14020 trata sobre os princípios gerais de rótulos e declarações ambientais, dispondo sobre características e informações que devem conter nos rótulos de produtos, trazendo regras sobre tais aspectos, que são aplicáveis a qualquer tipo de rotulagem ambiental. Desse modo, a ISO 14020 aborda a questão do ciclo de vida, sendo "estágios sucessivos e encadeados de um sistema de produto, desde a aquisição da matéria-prima ou geração de recursos naturais à disposição final" (2002), restando demonstrada a preocupação com os rótulos e a questão ambiental.

Além disso, o objetivo dos rótulos e declarações ambientais é:

> através de comunicação e informações precisas e verificáveis que não sejam enganosas, sobre os aspectos ambientais de produtos e serviços, promover a demanda e o fornecimento dos produtos e serviços que causem menor impacto ambiental, estimulando, assim, o potencial para uma melhoria ambiental contínua, datada pelo mercado. (ASSOCIAÇÃO, 2002).

Desse modo, são estabelecidos 09 (nove) princípios gerais na ISO 14020 que visam assegurar correção técnica, relevância ambiental e transparência. (PREUSSLER *et al*., 2006, p. 05). São eles:

> Enunciado 1. Rótulos e declarações ambientais devem ser precisos, verificáveis, relevantes e não enganosos;
> Enunciado 2. Procedimentos e requisitos para rótulos e declarações ambientais não devem ser elaborados, adotados ou aplicados com intenção de, ou efeito de, criar obstáculos desnecessários ao comércio internacional;
> Enunciado 3. Rótulos e declarações ambientais devem basear-se em metodologia científica que seja suficientemente cabal e abrangente para dar suporte às afirmações, e que produza resultados precisos e reproduzíveis;
> Enunciado 4. As informações referentes aos procedimentos, metodologias e quaisquer critérios usados para dar suporte a rótulos e declarações ambientais devem estar disponíveis e ser fornecidas a todas as partes interessadas sempre que solicitadas;
> Enunciado 5. O desenvolvimento de rótulos e declarações ambientais deverá considerar todos os aspectos relevantes do ciclo de vida do produto;
> Enunciado 6. Os rótulos e declarações ambientais não devem inibir inovações que mantenham ou tenham o potencial de melhorar o desempenho ambiental;
> Enunciado 7. Quaisquer requisitos administrativos ou demandas de informações relacionadas a rótulos e declarações ambientais devem ser limitados àqueles necessários para estabelecer a conformidade com os critérios e normas aplicáveis dos rótulos e declarações ambientais;
> Enunciado 8. Convém que o processo de desenvolvimento de rótulos e declarações ambientais inclua uma consulta participatória e aberta às partes interessadas. Convém que sejam feitos esforços razoáveis para chegar a um consenso no decorrer do processo;

> Enunciado 9. As informações sobre aspectos ambientais dos produtos e serviços relevantes a um rótulo ou declaração ambiental devem ser disponibilizadas aos compradores e potenciais compradores junto à parte que faz o rótulo ou declaração ambiental. (ASSOCIAÇÃO, 2002).

Nota-se que todos estes enunciados abordam a questão dos rótulos ligados à informação, destacando-se o Enunciado do Princípio 1, que determina a exigência de que os rótulos sejam precisos e não enganosos, coadunando com o disposto no Código de Defesa do Consumidor no que tange à informação. Ainda, a NBR ISO 14020 tece considerações específicas quanto aos seus princípios, destacando-se o primeiro, que aborda a necessidade de serem fornecidas informações precisas e relevantes, não confundindo o consumidor:

> A utilidade e efetividade dos rótulos e declarações ambientais dependem do grau de confiabilidade e de valor das informações que transmitem sobre os aspectos ambientais de um produto ou serviço. Rótulos e declarações ambientais devem fornecer informações precisas sobre os aspectos ambientais de um produto ou serviço. A base factual e técnica para os rótulos e declarações ambientais deve ser verificável. Rótulos e declarações ambientais devem fornecer informações que sejam relevantes; devem tratar somente de aspectos ambientais significativos relacionados às reais circunstâncias de extração de recursos naturais, manufatura, distribuição, uso ou disposição associados ao produto ou informações devem ser reunidas numa frequência consistente com o ritmo da inovação. Rótulos e declarações ambientais devem ser inteligíveis e não confundir o potencial comprador de um produto ou serviço. (ASSOCIAÇÃO, 2002).

Dessa maneira, notório que o rótulo, assim como pode auxiliar o consumidor a identificar as informações sobre características, qualidades, quantidades, segurança, dentre outras, também pode confundi-lo com inúmeras informações inúteis e irrelevantes, descumprindo com o dever de informação, que é direito do consumidor.

Consequentemente, tal conduta, conforme mencionado, acaba por tornar o consumidor extremamente desconfiado sobre as informações que está recebendo, sendo prejudicial, ressalte-se, ao consumo sustentável e consciente. Assim, evidente a relevância das informações constantes em rótulos, haja vista que a aquisição de um produto passa pelas características das informações que são recebidas e selecionadas pelo consumidor. (MACHADO *et al.*, 2006, p. 98).

Desse modo, o rótulo é importante instrumento para a decisão de compra consciente do consumidor. Por isso, deve conter as informações sobre o produto de modo preciso, claro, adequado e suficiente. A finalidade do rótulo é contribuir para a tomada de decisão do consumidor e não para confundi-lo e iludi-lo, distorcendo os conceitos sobre o produto,

destacando-se que os princípios gerais de rótulos e declarações ambientais trazidos pela NBR ISO 14020 contribuem para a tomada de decisões mais conscientes por parte dos consumidores.

CONCLUSÃO

A pesquisa analisou o cenário da sociedade de consumo, bem como a vulnerabilidade do consumidor que foi se agravando à medida que o capitalismo se desenvolvia e o consumo aumentava, surgindo um desequilíbrio cada vez maior nas relações entre fornecedores e consumidores. Desse modo, foi elaborado, no Brasil, o Código de Defesa do Consumidor, de acordo com o previsto na Constituição Federal, no intuito de proteção da parte mais vulnerável na relação de consumo, estabelecendo, portanto, direitos básicos, como a informação, educação, segurança e saúde.

Ademais, examinou-se a evolução do direito do consumidor à informação, tratando-se de verdadeira conquista trazida pelo Código de Defesa do Consumidor, uma vez que dá uma maior segurança ao indivíduo que pretende adquirir um produto ou serviço. Além disso, tal previsão gera um dever aos fornecedores, que, consequentemente, precisam ter mais cautela ao fornecerem as informações de produtos ou serviços. Ainda, o consumidor consegue ter mais propriedade ao realizar suas aquisições.

Por fim, verificou-se a importância dos rótulos dos produtos diante das informações ali contidas, em especial da rotulagem ambiental, atentando-se às informações desnecessárias, inúteis e, até mesmo, inverídicas, que são ali dispostas, prejudicando o consumidor ao fazer suas escolhas, uma vez que este acaba sendo enganado ou se torna cético em relação às informações prestadas. Diante disso, investigou-se a NBR ISO 14020, que traz diversos princípios sobre a questão das informações prestadas em rótulos, relacionando-as com as declarações ambientais, no intuito de não serem prejudicados o consumo consciente e sustentável.

Assim, conclui-se que as informações que constam nos rótulos dos produtos devem ser as essenciais e indispensáveis ao conhecimento do consumidor, que não deve ser enganado pelas informações que são dispostas nos rótulos. Além disso, as informações norteiam o consumidor a adquirir ou não determinado produto, influenciando em todos os impactos que serão causados tanto na vida do consumidor, como da própria sociedade, principalmente quanto às questões ambientais, afetando-se o consumo consciente e o desenvolvimento sustentável.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Adriano; MASSON, Cleber; ANDRADE, Landolfo. **Interesses Difusos e Coletivos.** São Paulo: Editora Método, 2016.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. **NBR ISO 14020**: Rótulos e declarações ambientais – princípios gerais. Rio de Janeiro, 2002.

BRASIL. **Código de Defesa do Consumidor**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm. Acesso em: 29 set. 2020.

BRASIL. Constituição Federal (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 29 set. 2020.

EFING, Antônio Carlos; GREGORIO, Carolina Lückemeyer. Greenwashing e rotulagem ambiental no direito do consumidor à informação. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 113, p. 439-455, set-out 2017. Disponível em: https://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc500000174c14ecd78188f9c22&docguid=Ib3c74390a8bf11e79b26010000000000&hitguid=Ib3c74390a8bf11e79b26010000000000&spos=4&epos=4&td=10&context=34&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1. Acesso em: 24 set. 2020.

EFING, Antônio Carlos; RESENDE, Augusto César Leite de. Educação para o consumo consciente. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 269, p. 197-224, maio-agosto 2015. Disponível em: http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/57599/56104. Acesso em: 06 out. 2020.

GAULIA, Cristina Tereza. A inversão do ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor. **Revista da Emerj**, Rio de Janeiro, v. 4, n. 13, p. 88-106, abr. 2001. Disponível em: https://core.ac.uk/reader/20033020. Acesso em: 30 set. 2020.

HONDIUS, Ewoud. The innovative nature of consumer law. **Journal of Consumer Policy**, n. 35, p. 165-173, feb. 2012. ISSN 2317-3882. Disponível em: https://link.springer.com/article/10.1007/s10603-012-9190-0#citeas. Acesso em: 26 set. 2020.

INMETRO, Instituto Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial. **Direitos do consumidor** ética no consumo. Rio de Janeiro: Idec, 2002. Disponível em: http://repositorios.inmetro.gov.br/bitstream/10926/1600/6/2002_direitosconsumidor.pdf. Acesso em: 28 setembro 2020.

KARSAKLIAN, E. **Comportamento do consumidor.** 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

MACHADO, Sérly Santiago; SANTOS, Fabiana Oliveira dos; ALBINATI, Fátima Luscher; SANTOS, Leide Patrícia Reis. Comportamento dos consumidores com relação à leitura de rótulo de produtos alimentícios. **Alimentos e Nutrição**, Araraquara, v. 17, n. 1, p. 97-103,

janeiro-março 2006. Disponível em: http://serv-bib.fcfar.unesp.br/seer/index.php/alimentos/article/viewFile/119/132. Acesso em: 10 out. 2020.

MARQUES, Cláudia Lima; REICHELT, Luís Alberto (coord.). **Diálogo entre o direito do consumidor e o novo CPC.** São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2017.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo.** São Paulo: Saraiva, 2015.

PREUSSLER, Maria Fernanda; MORAES, Jorge André Ribas; VAZ, Marquion; LUZ, Eduardo; NARA, Elpidio Oscar Benitez. Rotulagem Ambiental: um estudo sobre a NBR 14020. *In*: XIII SIMPÓSIO DE ENGENHARIA DE PRODUÇÃO, evento. **Anais**. Bauru: 2006, p. 01-09. Disponível em: https://simpep.feb.unesp.br/anais/anais_13/artigos/315.pdf. Acesso em: 10 out. 2020.

SODRÉ, Marcelo Gomes. **A construção do direito do consumidor**: um estudo sobre as origens das leis principiológicas de defesa do consumidor. São Paulo: Atlas, 2009.

SOUZA, José Fernando Vidal de. Uma abordagem crítica sobre o greenwashing na atualidade. **Revista de Direito Ambiental e Socioambientalismo**, Maranhão, v. 3, n. 2, p. 148-172, dez. 2017. Disponível em: https://core.ac.uk/download/pdf/210566795.pdf. Acesso em: 08 out. 2020.

A PERCEPÇÃO E A COMPREENSIBILIDADE DOS SÍMBOLOS TÊXTEIS E O SEU IMPACTO NOS DIREITOS DIFUSOS

Rita de Cássia Albino
Me. em Design, Tecnologia e Inovação (UNIFATEA) rita.albino07@gmail.com

Karla Cristina Bastos de Souza
Me. em Design, Tecnologia e Inovação (UNIFATEA) karla.ctn@gmail.com

RESUMO: A utilização dos signos de maneira equivocada nas etiquetas de peças de roupas leva a uma comunicação com ruídos frente ao consumidor. No entanto, as consequências disso vão muito além de simples falhas de entendimento, haja vista que afeta a cadeia consumidora ao passo que a leva à más escolhas no momento de tomada de decisão para aquisição das peças e, mais problemático que isso, prejudicam a preservação de um meio ambiente equilibrado. Assim, este trabalho visa através de uma revisão bibliográfica entrelaçada à pesquisa anterior de uma das autoras, demonstrar o impacto que a não compreensão e observância por parte dos consumidores das etiquetas obrigatoriamente fixadas nas peças de vestuário, provoca no que abrange a proteção e defesa do indivíduo no campo dos direitos difusos.
PALAVRAS-CHAVE: Ssustentabilidade, consumidor, meio ambiente.

ABSTRACT: Misuse of signs on clothing labels causes noise in communication. The consequences of this go far beyond simple failures of understanding, influencing the consumer’s choice and impacting the preservation of the environment. This research aims, through a bibliographic review intertwined with the previous research of one of the authors, to demonstrate the impact that the consumers' lack of understanding and observance of the tags mandatorily fixed on the clothing skin, causes in terms of protection and defense of the individual field of diffuse rights.
KEYWORDS: sustainability, consumer, environment.

INTRODUÇÃO

A partir do momento em que o ser humano passa a perceber a vestimenta como maneira de demonstração de *status*, se modifica também o modo dele se correlatar com os objetos que servem como que uma "segunda pele" para o mesmo. E assim, pode-se enumerar diversos problemas físicos, psíquicos que podem ser causados pelo mau uso de um produto, que, inclusive, como poderá ser visto mais adiante na história, desembocou em consequências bem maiores, como por exemplo, a alta poluição oriunda do setor têxtil e de confecção (SOUZA E ALBINO, 2017).

Antes disso, é importante frisar, que no decorrer dos anos seguintes à essa vivência da vestimenta como "segunda pele", surge o termo moda, originado do latim *modus,* que significa literalmente "medida", que passa a ser sinônimo de valores dos mais variados como aspiração social, rebeldia, excentricidade etc. E esse anseio, de se trajar com elegância rompe fronteiras históricas, culturais e geográficas e ainda que ocorram variações na maneira desta busca, a essência continua a mesma: adornar o corpo humano como maneira de expressar a sua identidade (FOGG, 2013).

Todavia, não é possível deixar de lado, o fato de que esta busca por comunicação de uma individualidade vanguardista e única, como já elencado, leva por vezes ao consumismo ostentatório. E é neste recorte que se insere o objetivo deste trabalho. Ele parte da pesquisa de mestrado de uma das autoras, que tratou sobre o modo como a etiqueta têxtil, aquela que por vezes os indivíduos descartam das peças de roupas e produtos que adquirem é comunicada e percebida pelo consumidor.

A partir dos resultados obtidos, será apresentado então, a seara jurídica que abarcam os ramos do Direito Ambiental e Direito do Consumidor e o modo como ambos podem contribuir no intuito de frear os impulsos produtivos, que por vezes violam regras ambientais e mercadológicas em busca de se obter o maior lucro possível, sem levar em consideração o impacto que estas decisões geram a longo prazo, uma vez que o setor têxtil e de confecção apresentam um potencial poluente bastante elevado (MORAES, 1999).

A ABIT (Associação Brasileira da Industria Têxtil e de Confecção), apresenta um estudo que elenca em toneladas o consumo industrial de fibras e fios desde o ano de 1970 até 2019, dividindo este consumo em fibras naturais (algodão, lã lavada, linho/rami, seda e juta), fibras artificiais (viscose e acetato) e fibras sintéticas (poliamida, poliéster, acrílico e polipropileno) e os números são assustadores. Somados os três tipos de fios e fibras em 1970 o total consumido

foi de 517.000 toneladas e, no ano de 2019 esse valor foi cerca de três vezes maior, alcançando a marca de 1.560.000 toneladas.

É imprescindível também elencar que o setor têxtil e de confecção brasileiro gera emprego para cerca de 1,5 milhão de trabalhadores e fatura anualmente US$51,58 bilhões de dólares (dados de 2017). Trazendo para o produto que é objeto deste estudo (a peça de vestuário), no país são produzidas 5,1 bilhões de peças por ano. Considerando que a população brasileira é de acordo com estatísticas do IBGE até o momento em que este artigo é escrito cerca de 212.120.051 de habitantes, representaria que cada pessoa no país consome em média 23 (vinte e três) peças de vestuário por ano.

Ampliando esta conta e levando em consideração que o peso médio de uma peça de roupa é de cerca de 0,400 gramas, cada indivíduo brasileiro consome cerca de 9 quilos de fibra por ano. Agora, esta quantidade somada aos agrotóxicos utilizados para produção de fibras naturais, os produtos químicos utilizados para feitura de fibras sintéticas e artificiais, bem como aqueles utilizados no processo de tingimento e lavagem das peças prontas, bem como as embalagens utilizadas e *tags* tem-se um impacto ambiental sem precedentes.

Em vista disso, almeja-se através de uma revisão bibliográfica entrelaçada à pesquisa anterior, realizada a respeito da compreensão e utilização da simbologia têxtil presente em etiquetas de peças de vestuário demonstrar a importância da mesma no que abrange toda a tomada de decisão no momento da aquisição de roupas.

Dessa maneira, é possível perceber a comunicação como algo em movimento, capaz de levar o indivíduo à diferentes ações e mais, pode convencê-lo a pensar e refazer os seus padrões de consumo (MARCONDES FILHO, 2014).

1 DESENVOLVIMENTO

No conto bíblico Adão e Eva, é possível a leitura de que os mesmos andavam nus no paraíso, uma vez que como o próprio conto narra não havia nada que pudesse temer ou mesmo se envergonhar. Mas, tomados pela ambição de se tornarem deuses, cometem o pecado original e se percebem nus. O que antes não lhes incomodava, passa a ser a representação da sua falta de pudor.

> “Então abriram-se os olhos dos dois e perceberam que estavam nus, entrelaçaram folhas de figueira e se cingiram” (Gênesis 3,7 - Bíblia de Jerusalém, 2013).

Esta narrativa demonstra de fato a sequência evolutiva da vestimenta humana, qual seja, em um primeiro momento as folhas e, depois, as peles com o objetivo de cobrir o corpo, que depois, evolui para o anseio do adorno capaz de demonstrar a sua imposição sobre outros indivíduos (SOUZA E ALBINO, 2017).

Lipovetsky (1989), recorda que uma vitrine moderna desta evolução são os museus, locais em que se pode admirar relíquias de antigos estilos de vestuário e que pode despertar em quem as observa curiosidades muito além das formas, cores e tecidos. Como seria o modo de produção destas peças, quais elementos eram utilizados? E, por que não, qual o impacto ambiental que este traje acarretou e qual a sua consequência para os dias atuais? Até onde o império do efêmero é capaz de chegar?

São inúmeros questionamentos que infelizmente não são possíveis a grosso modo de obtenção de uma resposta definitiva, pois seria necessário a separação por período, a verificação de técnicas e produtos utilizados em cada época, a estatística de quantidade de peças produzidas, o peso médio de uma vestimenta da época, entre tantos outros dados os quais não se tem com exatidão. Destarte, é realizável a reflexão destes impactos e repensar se os hábitos antigos continuam sendo repetidos, amenizados e a maneira que impactarão no futuro da humanidade.

Os critérios norteadores para a pesquisa realizada por Albino (2017), surgiram a partir da análise de dados coletados em um processo de imersão fazendo uso do *Design Thinking*, que como apresentado por Viana E Silva et. al., (2012), não pode ser confundido com uma metodologia, mas tão somente como a maneira de se pensar do *design*, que se traduz em um modo de pensar os projetos centrados nas pessoas, em que o designer, pensando de maneira abdutiva não apresenta uma solução focada no problema, mas se encaixa nele, observando tudo o que está ao redor do mesmo, oferendo assim soluções menos convencionais, com um menor custo e com a possibilidade de maior de aceitação da parte de que fará uso das mesmas. Estes parâmetros serviram para que se fosse respeitado o escopo inicial da pesquisa. Foram eles: características sócio econômicas dos indivíduos e o nível de conhecimento destes em relação aos signos contidos nas etiquetas de peças de vestuário.

Por signos, nas palavras de Peirce (1977), entende-se ser algo que represente uma coisa para alguém em um determinado contexto. Desse modo, ele possui a atribuição de medidor entre alguma coisa ausente e um intérprete presente. É por meio de sua articulação, que se é possível a construção de sentido.

Santaella (2001), fala então em sistema codificado da moda e Niemeyer (2013), ao categorizar as linguagens de acordo com a natureza dos códigos que nela são adotados os insere

na categoria que mais abrange as produções de design: a linguagem sincrética, formada por códigos de natureza distintas.

Niemeyer (2013), frisa também que um produto é resultado e expressão de um cenário, ou seja, de um contexto históricos e social no qual está inserido e, que ao realizar-se no mundo, está então submetido a interferências das mais variadas e o que é importante levar-se em conta é que não há comunicação que seja inocente, isto é, em qualquer processo de comunicação existe um propósito de transformação de uma situação ou estado.

Mas de que maneira é possível inserir a seara jurídica neste contexto, mais especificamente os ramos do Direito Ambiental e Direito do Consumidor? Ora, como bem aborda Trennepohl (2020), a preocupação do ser humano com o meio ambiente ocorre desde tempos remotos e, o crescimento e estabelecimento de vários grupos familiares indo muito além de limites que existiam, modificam o estado natural das fontes. Ele mesmo aponta como exemplos desta interação entre o homem e o meio ambiente rios que existiam nas proximidades do que hoje são grandes cidades, como o rio Tâmisa (Londres), o rio Sena (Paris) ou aqui no Brasil, o rio Tietê (São Paulo).

Por fim, utilizando como marco a Revolução Industrial, ocorrida durante o século XVIII, que abordada pela perspectiva de Canêdo (1994), tenta responder se de fato deve ser positivado o discurso capitalista de que ela trouxe avanços tecnológicos e com eles a erradicação de algumas epidemias, curas de doenças, bem como maneiras de se prolongar a vida humana, uma vez que em contrapartida conferiu ao homem a chancela de um domínio praticamente ilimitado da natureza que desagua em um assunto chamado degradação ambiental, o que leva a busca pela afirmação do meio ambiente como um bem difuso o que o entrelaça também com a proteção aos direitos do consumidor.

2 O MEIO AMBIENTE COMO BEM DIFUSO E A DEFESA DO CONSUMIDOR

Ao falar-se em meio ambiente o mesmo é considerado um bem difuso, ao passo que é atinente a toda a coletividade. Logo, os direitos difusos ultrapassam o que diz respeito somente ao individual, ou melhor dizendo, tem caráter transindividual e indivisível, ou seja, é impossível a tutela exclusiva de um único indivíduo, haja vista que a mesma se estende de maneira automática a todos os membros da sociedade que se encontre em uma mesma situação (COMPARATO, 2010).

Esta premissa é disposta no art. 81, parágrafo único, inciso I do Código de Proteção e Defesa do Consumidor. E aqui, vale ressaltar que o art. 225 da Constituição Federal de 1988,

quando trata sobre um “bem de uso comum do povo” não enquadra o meio ambiente em uma classificação tradicional de bens públicos, já que há um acréscimo neste conceito com a expressão “essencial à sadia qualidade de vida”, como bem recorda Trennepohl (2020), o qual acrescenta ainda que de acordo com o STF (Supremo Tribunal Federal), este direito à integridade do meio ambiente, oriundo direito de terceira dimensão, é prerrogativa jurídica de titularidade coletiva, pois dentro dos direitos humanos reflete a expressão significativa de um poder atribuído não apenas ao indivíduo, mas de modo mais abrangente, mas à própria coletividade social (STF, MS 22.164-0 SP, Rel. Min. Celso de Mello, j. 30-10-1995, destaque do original), salientando que ainda que exista a propriedade privada de bens ambientais, este direito de propriedade não retira do bem a sua característica de ser voltado para o bem-estar da coletividade, algo de extrema relevância para que não seja permitido a disposição ou negociação pecuniária destes bens sem a garantia de que as próximas gerações terão o suficiente para efetivação de seu bem-estar.

Entrelaçando estes aspectos ao estudo realizado por Albino (2017), é possível evidenciarmos que as etiquetas fixadas nas peças de roupas para comercialização podem vir a desempenhar um papel essencial na fiscalização e controle tanto no aspecto ambiental, quanto no de proteção e defesa aos direitos do consumidor. A exemplo de uma etiqueta de rótulo de comida ou cosmético, tem como objetivo principal informar ao consumidor a origem daquela peça de vestuário, a composição têxtil do mesmo e o modo correto de fazer a higienização e cuidado da peça.

Mas qual a relevância para o contexto abordado neste trabalho? Veja, ao seguir corretamente as instruções, bem como observar as informações contidas nestas etiquetas contribui-se para efetivação da proteção e defesa do consumidor, bem como para o aumento da vida útil daquela peça de roupa, gerando assim um menor impacto ambiental. Além disso, há que se falar em uma escolha mais assertiva no que abarca o tipo de fio e fibra, que podem levar também à uma melhor tomada de decisão por parte do consumidor no momento de aquisição de uma peça de vestuário.

3 O MEIO AMBIENTE E A CHAMADA SOCIEDADE DE RISCO

Trennepohl (2020), aborda o termo “sociedade de risco” para definir aquela na qual há um certo empecilho em equilibrar soluções adequadas entre o desenvolvimento tecnológico e a obrigação de impor limites à sua própria capacidade de intervir no meio ambiente. É imprescindível então, nesta sociedade, que nasce com o século XXI a observância de se levar

em conta a imprevisibilidade, a incerteza e o desconhecimento dos resultados que seu avanço oferece.

O meio ambiente pode ser compreendido em sentido estrito como os recursos naturais e em sentido amplo, como os recursos naturais, artificiais e culturais. Então, a proteção do meio ambiente acontece no ambiente natural e também no ambiente artificial. O pressuposto é que de quão mais desenvolvida for uma sociedade, mais ampla será então este entendimento da proteção do meio ambiente, o que deveria, em suma, resultar em melhores políticas públicas e uma maior conscientização de toda a sociedade no que engloba o cuidado ao meio ambiente (CAVALCANTI, 1995).

Portanto, o direito ambiental tem a função de dar arcabouço à sociedade participativa e democrática permitindo e controlando o cerne ao redor do equilíbrio entre crescimento econômico e desenvolvimento sustentável. Por certo período ele foi pauta de leis esparsas, mas com a Conferência de Estocolmo, no ano de 1972, com o meio ambiente passando a ser um problema global, desde então tem-se intensificado os esforços no sentido acima mencionado, qual seja, o de tornar equitativa tal balança, estabelecendo-se então metas de sustentabilidade (BARROS, 2017), melhor dizendo, reforça-se o fato de que não há, jamais, a permissão para utilização dos recursos naturais e do meio ambiente à medida em que os interesses individuais se tornam antissociais.

4 O DIREITO DO CONSUMIDOR E SUA CONSTRUÇÃO HISTÓRICA

O Direito do Consumidor pode ser entendido como um microssistema que possui princípios e regras jurídicas específicas, sendo um ramo do direito que objetiva regulamentar juridicamente as relações de consumo. Assim, é preciso entender que o Brasil é palco de uma evolução histórica no que abarca os direitos do consumidor (PERIN JÚNIOR, 2003).

Na década de 70, impulsionado pela crescente industrialização inicia-se a defesa do consumidor no Brasil. Neste cenário, em 1971 é proposto o projeto de Lei nº 70-A, com o objetivo de criar o CODECON (Conselho de Defesa do Consumidor). Infelizmente, ele não passou pela Comissão de Constituição e Justiça. Todavia, em 1974, surgiu o CODECON no Rio de Janeiro (DENARI, 2004).

Denari (2004), nos faz memória do ano de 1976, em que surgem a ADOC (Associação de Defesa e Orientação do Consumidor), na cidade de Curitiba, capital paranaense e a APC (Associação de Proteção ao Consumidor), na capital gaúcha, Porto Alegre. Em 1978, expedindo o Decreto 7890, cria-se em São Paulo o Sistema Estadual de Proteção ao Consumidor, que

desembocaria no mesmo ano, pela Lei nº1903 na efetivação do Grupo Executivo de Proteção ao consumidor-PROCON.

Alguns anos depois, em 1985 é a vez de se criar o CNDC (Conselho Nacional de Defesa do Consumidor), com o intuito de elaborar uma política nacional de defesa do consumidor, através do qual surgem então propostas em torno da inclusão da Defesa do Consumidor no texto da nova carta constitucional, que era na verdade, a intenção de um anteprojeto ao que hoje se intitula CDC (Código de Defesa do Consumidor), que entrou em vigor em 1991, juntamente com disposições orgânicas que reúne, tornando lei a política nacional das relações de consumo (DONATO, 1993).

> Quem garante todos os empregos não são os empresários, os governantes ou os sindicalistas, são os consumidores. (John Richard Hicks – prêmio Nobel de Economia, 1972)

Assim, a Constituição Federal de 1988, em seu art. 170, elencou contornos basilares para o desenvolvimento econômico da sociedade e, mais especificamente o inciso V do referido artigo elenca de maneira expressa a defesa consumidor como um dos princípios deste desenvolvimento. Além disso, a importância de tal defesa se constata também ao passo em que o legislador constituinte o colocou em destaque nos pontos mais relevantes para a disciplina de sua categoria de direitos (TAVARES, 2012), elencados a seguir.

> Art. 5º. XXXII - "o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor";
>
> Art. 150, § 5º - "A lei determinará medidas para que os consumidores sejam esclarecidos acerca dos impostos que incidam sobre mercadorias e serviços";
>
> Art. 170, V – "defesa do consumidor";
> DT art. 48 – **"**o Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará código de defesa do consumidor" (BRASIL, 1988).

Dessa maneira, para que de fato se respeite a ordem econômica, é precípuo que o consumidor seja protegido pelo Estado, seja por sua hipossuficiência em relação aos fornecedores, bem como por ser o responsável por fazer circular repetidamente bens e riquezas, objetos fundamentais para a economia. Logo, o CDC é uma lei permeada de princípios de ação política e de normas específicas que abrangem diversas áreas do direito, sendo, portanto, uma norma de ordem pública e de interesse social (NUNES, 2005).

5 HISTÓRICO DA ETIQUETAGEM TÊXTIL NO BRASIL

O Guia de Normalização para Confecção (ABNT E SEBRAE, 2012), versam acerca do fato de que a introdução da etiquetagem no âmbito da indústria têxtil se deu para estabelecer limites de reprodução dos produtos, o que faz com que se tenha uma maior credibilidade dos produtos têxteis em relação aos seus consumidores.

Ele impõe ainda, o fator da qualidade, o qual era historicamente amarrado à correção e que, ao se falar na cadeia têxtil se tornava algo difícil de ser incorporado ao final do processo. Isto posto, as normas sugiram para direcionar as correções então, nas fazes de produção o que leva a perdas menores tanto no que tange o produto em si, quanto na imagem da empresa frente ao seu consumidor.

À vista disso, em 2013, é criada a norma ABNT NBR NM ISSO 3758, que apresenta símbolos gráficos que utilizados em artigos têxteis proporcionar informação ao consumidor, reduzindo assim danos que antes poderiam ser irreversíveis às peças durante o processo de cuidado e tratamento da mesma por parte do consumidor.

Todavia, vale fazer reminiscência que a Lei de etiquetagem no Brasil, existe desde 1973, isto devido onda de uso das fibras químicas, que à época geraram dúvidas nos consumidores quanto ao que estavam adquirindo. Prontamente, com as etiquetas, este consumidor passa a ter conhecimento sobre os componentes da peça que estava comprando. Porém, somente em 2001, elas passam a ser item obrigatório e objeto de fiscalização com maior diligência, haja vista a unificação comercial oriunda do Mercosul (ABNT E SEBRAE, 2012).

6 COMPREENSIBILIDADE DOS SÍMBOLOS TÊXTEIS E O SEU IMPACTO NOS HÁBITOS DE CONSUMO

A Norma da ABNT NBR NM ISSO 3758 (2013), dispõe sobre a obrigatoriedade da fixação da etiqueta na peça de vestuário e ainda sobre a mesma precisar estar visível. Além do mais, os símbolos seguem sempre a mesma ordem: lavagem, alvejamento, secagem, passadoria e o cuidado têxtil profissional. Sobre as demais informações obrigatórias, mas que constam de maneira escrita são indicação de tamanho, nome da marca, indicação fiscal (CNPJ/CPF), país de origem e a identificação dos nomes das fibras ou filamentos têxteis e a sua composição em porcentagem.

Dessa maneira, os símbolos que indicam o modo de cuidado da peça são inseridos de acordo com a composição de fibras e filamentos da mesma, com o objetivo de que o consumidor

aumente a vida útil do produto, bem como garanta o seu direito de troca ou mesmo ressarcimento em caso de má qualidade do produto.

Um aporte extremamente importante para este trabalho foram os testes realizados em peças de roupas na pesquisa de Albino (2017), em peças de vestuário em situação de lavagem caseira, de modo que sem a interferência da pesquisadora, à época, foi possível constatar que o consumidor ao higienizar a peça não buscou observar as orientações seguidas nas etiquetas fixadas às peças, sendo que alguns deles relataram que as informações hora eram demasiadamente exageradas e em muitos momentos escassas.

Dessa maneira, Albino (2017), utilizou para pesquisa quatro tipos de tecido, escolhidos por conta de os mesmos serem amplamente utilizado no Brasil, sendo eles Viscose, Poliéster, Elastano e Algodão, se restringindo a pesquisa a peças de malha. As peças foram medidas previamente antes de serem entregues aos consumidores para teste e também ao retorno destas à pesquisadora e, na medição final muitas sofreram encolhimento, mesmo sendo lavadas de modo manual e a qualidade também foi bastante comprometida, chegando, em alguns casos a furos e rupturas de costura, o que pode ser resultado de hábitos ruins de consumo ou, de fabricação ou, processo de transformação mau executado, já que as peças foram lavadas apenas duas vezes.

7 ECODESIGN COMO FERRAMENTA PARA A SUSTENTABILIDADE

Um estudo apresentado no ano de 2017 pelo IEMI (Instituto de Inteligência de Mercado), apontou que entre os anos 2000 e 2016, o mercado têxtil mundial cresce cerca de 3,3% ao ano, isto é, o consumo mundial de fibras atingiu 95,3 milhões, em média 12,5 kg por habitante, o que embora seja um número acima do apresentado no ambiente local não diminui o fato de se tratar de um mercado com um alto grau de poluição.

Em junho, deste mesmo ano, representantes de organizações e chefes de Estado e de Governo se reuniram na sede das Nações Unidas, em Nova Iorque para a Conferência dos Oceanos, que visa implementar um Guia de Produção e Consumo Sustentáveis (ONU, 2017). Tem-se visto então, que a discussão ao redor do desenvolvimento sustentável tem se tornado, cada vez mais pauta da governança mundial, pois são alarmantes os diagnósticos no que se refere à gestão de recursos ambientais e naturais, que por sua vez acabam culminando em desequilíbrios sociais e econômicos.

Desse modo, há que se falar em ações de posicionamento estratégico sustentável, de modo que trazendo isto para o contexto das peças de vestuário, lançando mão de ferramentas

de ecodesign, se pode contribuir para através da correta comunicação da simbologia presente nas etiquetas de peças de vestuário aumentar a vida útil do produto, bem como demonstrar ao consumidor que verdadeiramente ele não comprou “gato por lebre” (PINHEIRO E ALT, 2011).

Traduzindo esta ideia, com a ajuda do ecodesign, as organizações são capazes de saírem da dinâmica adotada pela maior parte delas que é a de aguardar as mudanças se tornarem mais concretas para daí agir e passar para o contexto de mudar o modo de realizar suas atividades, ou melhor dizendo, traçar um *modus operandi* que possibilite o seu fortalecimento ao passo que se comunica melhor com o seu cliente, demonstrando, através da simbologia têxtil a maior eficiência do seu produto, ao passo também demonstraria o engajamento sustentável da sua marca (BAARS E MEIRA, 2017).

Neste tocante, as ferramentas de ecodesign são capazes de conferir uma visão integral dos fenômenos, atuando de modo multidisciplinar, criando soluções que atendam às expectativas de ambos os lados: economia e preocupação com o consumidor e meio ambiente (IIDA e BUARQUE, 2016). A partir das orientações do Manual Prático do Design trazidos por Mutz (2013), fazendo uso das ferramentas de enquadramento, ACV (Avaliação do Ciclo de Vida), diagrama de estratégia de ecodesign (DEE) e lista de verificação do ecodesign, é possível evidenciar em todo o ciclo de vida do produto um entendimento no sentido de se amenizar os impactos que o consumo de peças de vestuário trazem para o meio ambiente e para o consumidor.

CONCLUSÃO

Diante da revisão realizada, foi possível constatar que de fato, é pertinente elencar a etiqueta de simbologia, fixada obrigatoriamente às pelas de vestuário como ferramenta para melhoria das relações de consumo e cuidado com o meio ambiente. Porém, também é relevante evidenciar que a percepção e comunicabilidade das simbologias contidas nestas etiquetas ainda não são de fácil entendimento por parte dos consumidores.

Outro ponto imprescindível é a necessidade de garantir o direito de acesso à informação como forma de incentivo da sustentabilidade ambiental. Assim, ao falar em acesso à simbologia têxtil é também, de certo modo, contribuir para a construção de uma consciência ambiental e cidadã frente aos cada vez mais crescentes desafios climáticos que o nosso país e o mundo enfrentam na contemporaneidade.

Assim, o trabalho previamente realizado por uma das autoras, que resultou no protótipo de um aplicativo, na modalidade *smart tag,* capaz de contribuir para facilitar o dia a dia do

indivíduo na escolha das peças a serem utilizadas, na durabilidade das mesmas, pois dará ao mesmo a quantidade de vezes que a mesma foi utilizada e higienizada.

Portanto, a digitalização de informações é algo que pode ser utilizado para favorecer o consumidor, a empresa e os órgãos fiscalizadores pois possibilita uma mais efetiva comunicação entre as três pontas envolvidas no processo têxtil, mais especificamente no da simbologia têxtil, reduzindo, portanto, o impacto que o consumo ostentatório possui seja no desequilíbrio econômico, social ou ainda ambiental.

REFERÊNCIAS

ABIT. **Brasil: Consumo Industrial de Fibras e Filamentos – 1970 a 2019.** Disponível em: abit.org.br/uploads/arquivos/Consumo%20Industrial%20de%20Fibras%20e%20Filamentos%20-%201970%20a%202019.pdf. Acessado em: 17 set. de 2020.

ABNT; SEBRAE. **Normalização: Caminho da Qualidade na confecção (recurso eletrônico)**. Rio de Janeiro: ABNT; SEBRAE, 2012.

ALBINO, R.C. de. **Design e ergonomia cognitiva: comunicação compreendida e percebida da simbologia têxtil em etiquetas de peças de vestuário**. Dissertação de Mestrado. São Paulo: UNIFATEA, 2017.

BAARS, E.M; MEIRA, G.L. **Sustentabilidade: Requisito de Projeto para o Design de Moda**. I Encontro de Sustentabilidade em Projeto do Vale do Itajaí (ENSUS), UFSC. Santa Catarina, 2007.

BARROS. L.V. **Sustentabilidade Ambiental e Direito de Acesso a Informação Verdadeira: de Estocolmo aos Dias Atuais.** Disponível em: https://rbbd.febab.org.br/rbbd/article/view/860/979. Acessado em: 20 set. de 2020.

BASTOS, K.; ALBINO, R.C. de. **A Moda como Fenômeno Transformador do Corpo**. *DI Factum*, v.1, nº2, 2017. Disponível em: http://unifatea.com.br/seer3/index.php/Difactum/article/view/895/893. Acessado em: 15 set. de 2020.

BÍBLIA. **Bíblia de Jerusalém.** São Paulo: Paullus, 2013.

BRASIL. ABNT (2013) Associação Brasileira de Normas Técnicas. **NM-ISO 3758 - Têxteis – Códigos de cuidados usando símbolos**. ABNT, 2013.

BRASIL. **Código de Proteção e Defesa do Consumidor.** São Paulo: Saraiva Jur, 2020.

CANÊDO, L.B. **Discutindo História: A Revolução Industrial.** 23 ed. São Paulo: Atual, 1994.

CAVALCANTI, C**. Sustentabilidade da economia: paradigmas alternativos de realização econômica, In:____. (Org.) Desenvolvimento e natureza: estudos para uma sociedade sustentável.** São Paulo: Cortez Editora, 1995.

COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

DENARI, Zelmo. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do Anteprojeto**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

DONATO, Maria Antonieta Zanardo. **Proteção ao consumidor**: conceito e extensão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993

FOGG, M. Tradução: CHAVES, D.; ABREU, F.; KORYTOWSKI, I. **Tudo Sobre Moda.** Rio de Janeiro: Sextante, 2013.

IBGE. **Projeção da População do Brasil e das Unidades da Federação.** Disponível em: https://www.ibge.gov.br/apps/populacao/projecao/. Acessado em: 17 set. de 2020.

IIDA, I.; Buarque L. **Ergonomia: projeto e produção**. 3. ed. São Paulo: Edgard Blucher, 2016.

IEMI. **Comportamento do Consumidor de Vestuário 2017**. São Paulo, 2017.

IEMI**. Mercado Têxtil mundial**. IEMI, de 15 de agosto de 2017. Disponível em: < http://www.iemi.com.br/mercado-textil-mundial/>. Acesso em: 16 ago. 2017.

MARCONDES FILHO, C. **Das coisas que nos fazem pensar – o Debate Sobre a Nova Teoria da Comunicação**. São Paulo: Ideias & Letras, 2014.

MORAES, S. G. **Processo fotocatalítico combinado com sistemas biológicos no tratamento de efluentes Têxteis**.Tese de Doutorado do Instituto de Química. São Paulo: Unicamp, 1999.

JUNIOR, Ecio Perin. **A globalização e o Direito do Consumidor: Aspectos relevantes sobre a harmonização legislativa dentro dos mercados regionais**. 1.ed. São Paulo: Manole, 2003.

LIPOVESTSKY, G. **O Império do Efêmero**. 2. ed. Traduzido por Maria Lucia Machado. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.

MUTZ, A.S.C. **O Discurso do Consumo Consciente e a Produção dos Sujeitos Contemporâneos do Consumo.** Educação em Revista, V.30. Belo Horizonte, 2013.

NIEMEYER, L. **Elementos de Semiótica Aplicados ao Design**. Rio de Janeiro: 2AB, 2013.

NUNES, Rizzato. **Curso de Direito do Consumidor**. 2. ed. Saraiva: São Paulo, 2005. PEIRCE, C.S. **Semiótica.** São Paulo: Perspectiva, 1977.

PERIN JUNIOR, E. **A globalização e o Direito do Consumidor: Aspectos Relevantes sobre a Harmonização Legislativa dentro dos Mercados Regionais**. 1.ed. São Paulo: Manole, 2003.

PINHEIRO, T. ALT, L. **Design Thinking Brasil: empatia, colaboração e experimentação para pessoas, negócios e sociedade.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

SANTAELLA, L. **Matrizes da Linguagem e Pensamento: Sonora, Visual, Verbal: Aplicações na Hipermídia.** São Paulo: Editora Iluminuras Ltda, 2001.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

TRENNEPOHL, T. **Manual de Direito Ambiental.** 8. Ed. São Paulo: Saraiva, 2020. VIANNA, M.; VIANNA, Y.; ADLER, I.K.; LUCENA, B.; RUSSO, B. **Design Thinking: Inovação em negócios**. Rio de Janeiro: MJV Press, 2012.

GT 3 - 1
DESENVOLVIMENTO HUMANO, MEIO AMBIENTE, POLÍTICAS PÚBLICAS E SUSTENTABILIDADE I

Coordenadores:
Profa. Dra. Consuelo Yatsuda Moromizato Yoshida (UNISAL/PUC)
Profa. Dra. Daisy Rafaela da Silva (UNISAL)
Prof. Ms. Lucas Naif Caluri (UNISAL)

A PERMISSIVIDADE DO ENVENENAMENTO DOS PAÍSES DO SUL GLOBAL COM A UTILIZAÇÃO DE AGROTÓXICOS PROIBIDOS EM SEUS PAÍSES DE ORIGEM: O CASO DA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL N. 221/STF

Isabele Bruna Barbieri
Doutoranda do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina (PPGD/UFSC). Bolsista da CAPES. Membro do Observatório de Justiça Ecológica - Grupo de Pesquisa cadastrado no CNPq. E-mail: isabele@ibbadvocacia.adv.br.

Letícia Albuquerque
Professora dos Cursos de Graduação e Pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Líder do Grupo de Pesquisa Observatório de Justiça Ecológica, cadastrado no CNPq. Estágio pós-
doutoral na Faculdade de Direito da Universidade de Strasbourg, França, bolsista CAPES (2017-2018). Bolsista de Produtividade em Pesquisa do CNPq. Doutora em Direito pelo Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina (PPGD/UFSC) com estágio de doutoramento na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (FDUC). Mestre em Direito pelo PPGD/UFSC. E-mail: let_albuquerque@yahoo.com.br.

RESUMO: O presente artigo pretende analisar especificamente o duplo padrão internacional quanto ao uso e comércio de agrotóxicos como prática geradora de injustiças ambientais. Primeiramente, aborda o panorama brasileiro do agronegócio e a transferência dos danos e riscos socioambientais para populações vulnerabilizadas. Após, aborda o caso da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 221 junto ao Supremo Tribunal Federal, que ilustra mais do que o duplo padrão internacional e o *lobby* químico, como também a essencial atuação judiciária nos casos de desregulamentação da norma ambiental. E por fim, aborda a necessária migração do paradigma antropocêntrico para uma visão ecológica do Direito, um Direito Ecológico. Para atingir tais objetivos utiliza-se o método de abordagem indutiva, partindo do caso concreto da Arguição de Preceito Fundamental nº 221/STF e utilizando o método de procedimento monográfico e as técnicas de pesquisa bibliográfica e documental.

PALAVRAS-CHAVE: Duplo padrão – Injustiça Ambiental – Agrotóxicos – Agrotóxicos banidos - Direito Ecológico

ABSTRACT: This article intends to analyze specifically the double international standard regarding the use and trade of pesticides as a practice that generates environmental injustices. First, it discusses the Brazilian agribusiness landscape and the transfer of socio-environmental damage and risks to vulnerable populations. Afterwards, it addresses the non-compliance with a fundamental precept n. 221 before the Federal Supreme Court, which illustrates more than the double international standard and the pesticide industry lobby, as well as the essential judicial action in cases of deregulation of the environmental standard. Finally, it addresses the necessary migration from the anthropocentric paradigm to an ecological vision of Law, an Ecological Law. To achieve these objectives, the method of inductive approach is used, starting from the specific case of non-compliance with a fundamental precept n. 221/STF and using the method of monographic procedure and the techniques of bibliographic and documentary research.
KEY-WORDS: Double Standard - Environmental Injustice – Pesticides – Banned Pesticides - Ecological Law

INTRODUÇÃO

O presente artigo pretende apresentar o cenário fático e jurídico atual acerca dos agrotóxicos altamente tóxicos importados para utilização no agronegócio brasileiro, cuja legislação brasileira é permissiva quanto ao seu registro e autorização, mesmo quando os países de origem da indústria química proibiram seu uso.

Há anos o Brasil figura na primeira posição do ranking dos países que mais consumem agrotóxicos, representando 1/5 de todo o consumo mundial de agrotóxicos (BOMBARDI, 2017) e 86% do consumo entre os países da América Latina, sendo que 30% (trinta por cento) dos ingredientes ativos utilizados no Brasil são proibidos na União Europeia, o que significa que há bases científicas que comprovam os riscos e nocividades desses ativos.

Esse número pode ser reflexionado sob os mais diversos panoramas, sendo importante traduzi-lo no intuito de demonstrar que essa utilização intensiva de agrotóxicos se fez em virtude da presença de monocultivos e latifúndios, institutos esses que até hoje refletem a sociedade brasileira marcada pelo colonialismo.

> Ainda imersos em uma história de neocolonialismos, em que a natureza virou mercadoria, a agricultura é criada artificialmente e cuidada quimicamente e as decisões políticas acerca da produção de alimentos são comandadas pelos oligopólios, beneficiadas pela drástica redução do Estado com endeusamento do livre comércio, o Brasil parece ser uma das principais economias do mundo, a ser usurpada (MOSMANN; ALBUQUERQUE; BARBIERI, 2019, p. 161).

Sob a forma de uma agricultura capitalista, ao social é relegado os riscos de danos socioambientais[1] da toxicidade aguda e crônica do uso dos agrotóxicos, e ao natural também é relegado os danos de contaminação a temporal e o status de objeto e propriedade a todos os recursos ambientais, como se estivessem disponíveis para serem apropriados, usurpados e transformados em mercadoria.

Mais do que isso, esse ranking também aponta para os cultivos que mais utilizam agrotóxicos, qual seja, a soja, o milho, a cana, o algodão (BOMBARDI 2017), que significa que essas imensas propriedades de terra não estão sendo utilizadas para a produção de alimentos, mas estão com seus interesses voltados exclusivamente para o comércio internacional de *commodities*. E a transformação em *commodities* são se restringe apenas aos alimentos, mas também aos animais que são abatidos para consumo, visto que a produção de soja é a matéria-prima da ração animal, logo, produz-se soja com massivo uso de agrotóxicos para maior participação nas exportações brasileiras, comercializando-a como *commodities*, para alimentar animais - gado, porco, galinha – que também foram transformados em *commodities*.

Em número, dos 132 (cento e trinta e dois) milhões de toneladas produzidos mundialmente nos anos de 2015-2016 na safra de soja, 98% (noventa e oito por cento) foi destinada para a produção de ração de trato animal para abate (FELIPE, 2018). A produção de milho no Brasil, da mesma forma, apenas 20% (vinte por cento) a 30% (trinta por cento) são para consumo humano (FELIPE, 2018).

No ano de 2016 a soja ocupou o primeiro lugar no ranking dos principais produtos exportados pelo Brasil, sendo que países da União Europeia - Espanha, Itália, França, Holanda, Bélgica, Alemanha – estão entre os 10 principais compradores dos 7 principais produtos exportados, como a soja, resíduo da extração da soja, carne bovina (BOMBARDI, 2017). Logo, grande parte da soja, cultivada no Brasil sob o massivo uso de agrotóxicos extremamente tóxicos, é exportada para a União Europeia que, invariavelmente, consome de alguma forma os

[1] Importante destacar que a utilização do termo socioambiental traz a conotação de realce do aspecto social, embora utilizar apenas o termo ambiental, também se está inferindo sobre o social, afinal o ambiental é uma composição complexa da realidade em suas mais diversas formas.

agrotóxicos, cuja utilização está proibida em seus territórios. Destaca-se proibição de uso, todavia sua comercialização para países do Sul Global é continua e duradora.

Esse é o chamado círculo de veneno onde os países ditos desenvolvidos "exportam pesticidas, lá proibidos, para os países ditos subdesenvolvidos, onde sua comercialização é permitida", reduzidos a um círculo vicioso, os países subdesenvolvidos exportam grande parte dessa produção agrícola envenenada para os países exportadores de pesticidas, "[...] assim o veneno acaba consumido mesmo o seu uso não sendo permitido nestes países" (ALBUQUERQUE, 2006, p. 35).

Ressalta-se que não se defende uma visão rasa desse circuito que apontaria para uma simetria nas relações entre o Brasil e União Europeia com a conclusão de que a contaminação retornaria à sua origem, no entanto, este é apenas um dos efeitos. As graves contaminações, intoxicações, degradações de biomas, desmatamento, expansão das fronteiras agrícolas, são sofridas pelos países que aceitam esse duplo padrão e utilizam os pesticidas altamente tóxicos, países usados como depósitos e/ou mercado para os excedentes da produção proibida.

Assim, Larissa Mies Bombardi (2017, p. 46-47) adverte:

> [...] em que pese o fato da contaminação humana e ambiental, com todos os seus desdobramentos [...] estarem presentes no Brasil - uma parte destes agrotóxicos volta aos países-sede das indústrias que os fabricam, através dos alimentos que importam.
>
> [...] A figura do círculo faz supor uma simetria através da "volta dos agrotóxicos". Contudo, há muitos outros aspectos do uso dos agrotóxicos no Brasil que desnudam esta assimetria.

Sob a forma de um mecanismo de fomento ao desenvolvimento, destina-se, de forma desigual, os danos e riscos nocivos da atividade humana, ou seja, a velha e má justificativa do "desenvolvimento" dos países do Sul do Mundo, que recebem rejeitos tóxicos, produtos químicos, pesticidas - de utilização proibida nos países que os produzem -, não como rejeitos, mas como produtos de exportação, trocando-se apenas o nome do produto (ALBUQUERQUE, 2006).

Desta forma, a ecotoxicidade, seja uma contaminação genérica, como também sob a distribuição desigual, é produto de um sistema econômico, um ideal de desenvolvimento e ideário neoliberal, cujas decisões são tomadas em prol do lucro, característica que fica evidente na observância do Memorando *Summers* - relatório do executivo Lawrence Summers do Banco Mundial, recomendando a destinação dos riscos ambientais para os países mais pobres, sob três justificativas: os mais pobres, em sua maioria, não vivem o tempo necessário para sofrer os

efeitos da poluição ambiental; o meio ambiente seria uma preocupação estética; na lógica econômica poderia se considerar que as mortes em países pobres tem um custo mais baixo que nos países ricos – (ACSELRAD; MELLO; BEZERRA, 2009), e que embora tal relatório seja do ano de 1990, este pensamento capitalista desumano permanece latente nos tempos atuais.

Neste sentido é que Capra (2005, p. 163) afirma que no "mundo humano da riqueza e do poder, grandes segmentos da população são excluídos das redes globais e se tornam insignificantes do ponto de vista econômico".

As populações vulnerabilizadas sofrem pela ausência de recursos ambientais, como água, alimentos, sendo duplamente penalizadas com o deslocamento da poluição e contaminação ambiental. Sofrem uma injustiça ambiental, que é

> o mecanismo pelo qual sociedades desiguais, do ponto de vista econômico e social, destinam a maior carga dos danos ambientais do desenvolvimento às populações de baixa renda, aos grupos raciais discriminados, aos povos étnicos tradicionais, aos bairros operários, às populações marginalizadas e vulneráveis (ACSELRAD; MELLO; BEZERRA, 2009, p. 41).

Neste modelo de apropriação da natureza, sob a lógica de uma extração predatória do sistema de acumulação de capital, além de distribuírem de modo desigual os riscos ambientais, ainda insere essa população em um ciclo de vulnerabilidades.

Esses grupos desfavorecidos estão imersos em um processo de "vulnerabilidade populacional", são grupos vulneráveis mais expostos a danos e riscos por causa de sua classe, gênero, origem, etnia, ou localização territorial, como também pelas dificuldades que esses grupos apresentam em reconhecer, divulgar e enfrentar esses riscos. É uma lógica perversa que se aproveita das desigualdades e assimetrias dos grupos sociais para usurpar os recursos dos mais frágeis (CARNEIRO, 2015).

Desta forma, a distribuição desigual das externalidades inclui o componente da provocação sociológica, defendendo que os mais pobres e os grupos étnicos desprovidos de poder ficam, desproporcionalmente, com a maior parte dos riscos ambientais socialmente produzidos (ACSELRAD; MELLO; BEZERRA, 2009), cujas "formas simultâneas de opressão seriam responsáveis por injustiças ambientais decorrentes da natureza inseparável das opressões de classe, raça e gênero" (ACSELRAD, 2002, p. 51).

A expressão "*Not in my backyard (NIMBY)"* é o lema dos países e indústrias exportadoras de pesticidas, cujas regras dos países de destino tendem a favorecer fortes interesses econômicos em detrimento de interesses ambientais fracos, sendo que as atividades ambientalmente perigosas tendem a serem localizadas em bairros pobres (BUGGE, 2013), ou

junto às populações tradicionais, indígenas, grupos étnicos. Essa assimetria advém das normativas restritivas e das normativas permissivas, uma vez que os países do hemisfério norte apresentam leis mais protetivas, restritivas e uniformes, enquanto que os países ainda chamados "em desenvolvimento" apresentam leis cada vez mais permissivas, acentuando uma divisão social e ambiental.

> Para designar esse fenômeno de imposição desproporcional dos riscos ambientais às populações menos dotadas de recursos financeiros, políticos e informacionais, tem sido consagrado o termo *injustiça ambiental*. Como contraponto, cunhou-se a noção de *justiça ambiental* para denominar um quadro de vida futuro no qual essa dimensão ambiental da injustiça social venha a ser superada. Essa noção tem sido utilizada, sobretudo, para construir uma nova perspectiva a integrar as lutas ambientais e sociais." (ACSELRAD; MELLO; BEZERRA, 2009, p. 09).

No caso da produção e uso dos agrotóxicos a questão das vulnerabilidades não está restrita somente à distribuição de riscos, mas ao fato de que as corporações influenciam nos processos decisórios de forma tão acentuada que dificultam o reconhecimento desta atividade como nociva, prejudicando a publicidade dos riscos a afim de que se produza uma "invisibilidade intencional". Defende-se uma invisibilização porque, embora os efeitos não sejam mais totalmente desconhecidos, visto as consideráveis investigações científicas produzidas na última década que os associam a efeitos carcinogênico, teratogênico, neurotoxico, entre outros, estes são ocultados pelas manobras da indústria dos agrotóxicos, sendo uma conduta intencional.

As corporações químicas, imbuídas ainda dos valores do Memorando *Summers*, de forma organizada, fazem *lobby* junto aos governos para barrar a publicidade dessas informações, ferindo gravemente o direito fundamental à informação, como também, exercendo pressão para a flexibilização da normativa socioambiental, sem se ater aos graves danos que imprimem aos trabalhadores do campo do "Terceiro Mundo", as populações tradicionais e indígenas, expondo todo o Sistema-Terra a contaminações atemporais, transfronteiriças e transgeracional.

Essa geografia desigual dos riscos e externalidades no uso de agrotóxicos, resta evidenciada quando se observa que para o cultivo da soja, por exemplo, são autorizados 150 (cento e cinquenta) agrotóxicos, dos quais 35 (trinta e cinco) são proibidos na União Europeia, ou seja, 23% (vinte e três por cento) dos agrotóxicos utilizados no Brasil para a produção de soja são proibidos na União Europeia (BOMBARDI, 2017).

Qual o sentido da proibição em um país e em outros não, uma vez que não há nenhum fator biológico que justifique uma maior ou menor exposição de determinada população aos agrotóxicos de notório efeito nocivo, bem como não há diferença entre as pessoas acerca de

resistência a estes químicos. É inadmissível a distinção entre a população europeia e a população brasileira quanto à exposição de produtos comprovadamente danosos para o ser humano, ao meio ambiente e aos animais não-humanos.

É urgente a necessidade de se regular de maneira protetiva contra os agrotóxicos já banidos em outros países, todavia, previsões jurídicas isoladas de nada adiantam "quando não há um comprometimento do Estado em torná-lo operacional através de uma política pública de segurança química efetiva" (ALBUQUERQUE, 2006, p. 98). O Estado ignora totalmente as evidências de danos, causados pela exposição indiscriminada a estas substâncias químicas, à saúde da população humana, não humana e do meio ambiente como um todo.

Exemplo recente de que o Estado ignora a urgência de banimento dos agrotóxicos proibidos em países de origem, bem como exemplo da luta do movimento ambientalista, é o herbicida Paraquat proibido na União Europeia desde o ano de 2009 (BRASIL, 2015) e no Brasil em decisão no ano de 2017 ficou determinada a sua retirada do cenário nacional no ano de 2020, todavia, tal decisão gerou nos últimos três anos, diversas investidas dos setores interessados na manutenção do uso e comércio do referido herbicida.

O processo de reavaliação do Paraquat - Resolução RDC nº 10/2008 - concluiu pela toxicidade aguda e a toxicidade crônica (HESS, 2018), sendo que o Parecer Técnico de Reavaliação nº 01/2015/GGTOX/ANVISA o aponta como o agrotóxico com maior toxicidade em comparação com os outros herbicidas comuns e que possui a maior taxa de mortalidade, e por não apresentar antídoto gera muitos pacientes intoxicados não recuperados. Ademais, a literatura científica aponta para o potencial genotóxico, e até mesmo mutagênico, o que corrobora com sua proibição, embasado no Decreto nº 4.074/02 e da Lei nº 7.802/89, que proíbem o registro de agrotóxicos capazes de induzir mutações; além disso, pesquisas têm associado seu efeito neurotóxico, capaz de desencadear ou acelerar o desenvolvimento da doença de Parkinson.

Os estudos científicos que embasaram seu banimento em países originários são comprovações de que não há justificativas para a permissividade em alguns países e em outros não. Desta forma, a exportação de agrotóxicos banidos em seus países de origem representa uma nova forma de colonialismo, instituindo a mercantilização das relações humanas e não-humanas, impondo um valor econômico ao que não tem preço, objetificando a Natureza.

Desta forma, o ato de se alimentar não mais nutre o corpo, mas a balança comercial, fazendo da vida, seja semente ou animais[2], um objeto para a comercialização em prol do lucro para poucos e danos para muitos.

O Paraquat não é caso isolado no panorama brasileiro, embora o movimento ambientalista impulsione mudanças importantes no marco jurídico de proteção socioambiental, os interesses das corporações - e de alguns setores políticos - na manutenção de seus lucros, mesmo que em detrimento da vida, tem gerado um cenário caótico de desregulamentações, permitindo que pesticidas extremamente nocivos continuem sendo pulverizados na produção agrícola.

1 O CASO DA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL Nº 221 JUNTO AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: A ILUSTRAÇÃO DO DUPLO PADRÃO INTERNACIONAL

O questionamento acerca da contaminação produzida pelo uso de agrotóxicos é temática antiga, quando em 1962 a autora Rachel Carson apontou em seu livro, Primavera Silenciosa, os efeitos de extermínio de diversas espécies de animais no intuito de se atingir mortalmente insetos, chamados de pragas, nos cultivos agrícolas (CARSON, 2962). E enquanto, a autora denunciava os problemas advindos da utilização dos agrotóxicos na agricultura, no Brasil, José Lutzenberger também se manifestava contra sua utilização, denunciando uma prática que chamava de caminho suicida (LUTZENBERGER, 2020, p. 2).

E neste conjunto de denúncias, tem-se um movimento ecologista importante, a Ação Democrática Feminina Gaúcha (ADFG – Amigos da Terra) que concretizou a legislação ambiental gaúcha sobre agrotóxicos, fruto de um movimento popular de reivindicação do seu direito a um ambiente sadio, bem como a concretização do acesso à participação política (ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO RIO GRANDE DO SUL, 2016). Esta lei foi pioneira em resguardar a saúde da população e da natureza contra as contaminações por agrotóxicos altamente tóxicos - afinal, se estão proibidos em seus países de origem é por notória nocividade apontada por pesquisas científicas.

> Este instrumento desencadeou uma verdadeira revolução na luta contra os agrotóxicos, nos países do Terceiro Mundo. A lei, entretanto, não foi um fim em si mesma, ela foi

[2] Aqui a referência é abrangente e complexa no sentido dos animais humanos e também dos animais não- humanos.

> um pequeno avanço nesta batalha por um ambiente mais limpo, saúde das pessoas, mais alimentos sem veneno (PINHEIRO; NASR; LUZ, 1998, p. 84).

Todavia, foram vários os intentos contra esta Lei, e mais recente, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 221 foi proposta pelo Partido Democratas (DEM) alegando uma suposta violação preceito fundamental por parte dos §2º, do art. 1º, da Lei Estadual nº 7.747/82, e também o inciso II, do artigo 2º e o art. 3º, ambos do Decreto nº 32.854/88, com redação dada pelo decreto no 35.428/94, que, em resumo, dispõem sobre o cadastro de produtos tóxicos e biocidas perante o órgão estadual do meio ambiente do Rio Grande do Sul, especificamente aqueles agrotóxicos decorrentes de importação, que tenham a comprovação de registro e uso autorizado no país de origem.

Na referida ação, sustentam uma inconstitucionalidade da exigência estadual, alegando ser matéria privativa da legislação federal, todavia, atualmente o arcabouço jurisprudencial posiciona-se sobre a competência da lei estadual quando a temática está atinente à proteção da saúde e do meio ambiente.

Criada há quase 40 anos, esta lei estadual prima pela preservação do ambiente e pela saúde das pessoas, sendo um essencial instrumento que barra substâncias químicas de notório efeito de toxicidade aguda e crônica.

Embora se considere um avanço a referida lei gaúcha, agrotóxicos proibidos, até mesmo no território nacional, são encontrados na água de abastecimento da região metropolitana de Porto Alegre. O cenário atual e caótico é de contaminação ambiental perpetrado pelos agrotóxicos, cuja água de abastecimento da região metropolitana de Porto Alegre apresenta 27 tipos de agrotóxicos na água potável, sendo que destes, 11 agrotóxicos estão relacionados com doenças crônicas (POR TRÁS DO ALIMENTO, 2020). Com relação aos agrotóxicos banidos, tal pesquisa aponta a presença, por exemplo, do agrotóxico **Atrazina**, um dos agrotóxicos mais utilizados no Brasil, que apesar de ser campeã em número de vendas no Brasil, está proibida em mais de 37 países e avaliado como Altamente Perigoso na lista da *Pesticide Action Network (PAN)*. Mas não apenas este, a água também continha:

a. Alacloro, herbicida proibido na União Europeia e avaliado como Altamente Perigoso na lista da *Pesticide Action Network (PAN)* cujos estudos científicos o associam a distúrbios endócrinos e afeta o sistema hormonal, no Brasil classificado como Classe III – Medianamente tóxico;
b. Carbendazin, fungicida proibido na União Europeia e avaliado como Altamente Perigoso na lista da *Pesticide Action Network (PAN)* cujos estudos científicos o

associam a problemas mutagênicos e tóxico para o sistema reprodutivo, no Brasil classificado como Classe III – Medianamente tóxico;

c. Carbofurano, inseticida, cupinicida, acaricida e nematicida avaliado como Altamente Perigoso na lista da *Pesticide Action Network (PAN)* proibido na União Europeia e também no Brasil (Classe I – Extremamente tóxico);

d. Clordano, pesticida avaliado como Altamente Perigoso na lista da *Pesticide Action Network (PAN)* proibido na União Europeia e também no Brasil (Classe I – Extremamente tóxico);

e. DDT, avaliado como Altamente Perigoso na lista da *Pesticide Action Network (PAN)* proibido na União Europeia e também no Brasil (Classe I – Extremamente tóxico);

f. Endossulfan, avaliado como Altamente Perigoso na lista da *Pesticide Action Network (PAN)* proibido na União Europeia e também no Brasil (Classe I – Extremamente tóxico);

g. Lindano, avaliado como Altamente Perigoso na lista da *Pesticide Action Network (PAN)* proibido na União Europeia e também no Brasil (Classe I – Extremamente tóxico);

h. Metamidifós, avaliado como Altamente Perigoso na lista da *Pesticide Action Network (PAN)* proibido na União Europeia e também no Brasil (Classe I – Extremamente tóxico);

i. Parationa Metílica, avaliado como Altamente Perigoso na lista da *Pesticide Action Network (PAN)* proibido na União Europeia e também no Brasil (Classe I – Extremamente tóxico);

j. Permetrina, inseticida proibido na União Europeia e avaliado como Altamente Perigoso na lista da *Pesticide Action Network (PAN)*, no Brasil classificado como Classe III – Medianamente tóxico;

k. Profenofós, inseticida proibido na União Europeia e avaliado como Altamente Perigoso na lista da *Pesticide Action Network (PAN)* cujos estudos científicos o associam como uma substância altamente tóxica para as abelhas, no Brasil classificado como Classe II – Altamente tóxico;

l. Terbufós, inseticida proibido na União Europeia e avaliado como Altamente Perigoso na lista da *Pesticide Action Network (PAN)*, no Brasil classificado como Classe I – Extremamente tóxico;

m. Trifluralina, herbicida proibido na União Europeia e avaliado como Altamente Perigoso na lista da *Pesticide Action Network (PAN)* cujos estudos científicos o

associam a distúrbios endócrinos e afeta o sistema hormonal, no Brasil classificado como Classe II – Altamente tóxico;

n. Molinato, herbicida proibido na União Europeia e avaliado como Altamente Perigoso na lista da *Pesticide Action Network (PAN)* cujos estudos científicos o associam a toxicidade para o sistema reprodutivo e suspeito de causar câncer, no Brasil classificado como Classe II – Altamente tóxico;
o. Aldrin, proibido na União Europeia e no Brasil (Classe I – Extremamente tóxico), por serem classificados como poluentes orgânicos persistentes, fazem parte da Convenção de Estocolmo;
p. Endrin, proibido na União Europeia e no Brasil (Classe I – Extremamente tóxico), por serem classificados como poluentes orgânicos persistentes, fazem parte da Convenção de Estocolmo;
q. Metolacloro, herbicida proibido na União Europeia e classificado como substância de alta persistência e muito perigoso para o meio ambiente, no Brasil classificado como Classe III – Medianamente tóxico;
r. Simazina, herbicida proibido na União Europeia e no Brasil classificado como Classe III – Medianamente tóxico (POR TRÁS DO ALIMENTO, 2019; POR TRÁS DO ALIMENTO, 2020).

Diante dessa relação, observa-se a essencialidade do dispositivo da lei gaúcha que protege seus cidadãos de sofrerem com as injustiças socioambientais perpetradas pelas corporações transnacionais, que atuam de modo a socializar as externalidades negativas produzidas pela sua atividade, embora não socialize seus lucros.

Muito diferente do que alega a parte autora da referida arguição, Partido DEMOCRATAS, e suas simpatizantes como *amicus curiae* - Sindicato Nacional da Indústria de Defensivos Agrícolas (SINDAG); Associação Brasileira das Indústrias de Química Fina, Biotecnologia e suas Especialidades (ABIFINA); Associação Nacional de Defesa Vegetal (ANDEF); e Associação das Empresas Nacionais de Defensivos Agrícolas (AENDA), tal disposição não se refere simplesmente a um enunciado de comércio internacional de produtos, mas é um dispositivo de cunho protetivo de direitos humanos, onde prevalece a dignidade da pessoa humana como princípio universal, aplicado aos cidadãos europeus e também aos brasileiros. Mais do que isso, a legislação gaúcha é um instrumento contra a conduta do duplo-padrão das empresas transnacionais.

Desta forma, há quatro décadas, a legislação gaúcha reflete um caráter biocêntrico (STOPPA; VIOTTO, 2014) nas relações do ser humano com a Natureza, preponderando a integridade da vida, em suas mais variadas formas, em detrimento do lucro das corporações transnacionais.

2 A JUDICIALIZAÇÃO DA DESREGULAMENTAÇÃO DA PROTEÇÃO AMBIENTAL: A MIGRAÇÃO DE UM JUDICIÁRIO SOB O ANTROPOCENTRISMO PARA UM DIREITO ECOLÓGICO

O poder das corporações instituiu uma nova ordem mundial que opera um jogo de interesses econômicos entre Estados, via as instituições oficiais, todavia, os interesses das corporações estão centrados em seus lucros e interesses privados, indo de encontro aos interesses da população, os quais deveriam ser o objeto de atenção das políticas públicas.

A insana ideologia da globalização corporativa vislumbra somente o ato de possuir, uma visão do planeta como propriedade privada, onde o mercado global, na produção de bens e serviços, o faz a um enorme custo, um custo ecológico, social e econômico, vendido a preços ínfimos, transformando todos os bens e recursos comuns em *commodities*, por meio da violência e da exclusão, e cuja propriedade do rico é baseada na expropriação do pobre (SHIVA, 2015, p. 2, tradução nossa).

Desta forma, é vital em tempos de antropoceno, o qual clarifica toda a magnitude da intervenção humana no Planeta e aponta para uma sexta extinção em massa das espécies (FENSTERSEIFER; SARLET, 2020), uma transformação paradigmática com o abandono do antropocentrismo para direcionar as atividades humanas através de valores ecocêntricos, cuja limitação está na capacidade de autorregulação e resiliência do planeta – *Planety Boundaries*.

A integridade planetária é um direito fundamental, premissa de uma vida digna e basilar dos demais direitos fundamentais, cuja proteção dos processos ecológicos está estampada na ordem constitucional (SARLET; FENSTERSEIFER, 2020).

E embora se tenha conquistado há quase quatro décadas um marco jurídico ecológico (SARLET; FENSTERSEIFER, 2020), essa proteção ambiental consagrada nas normativas de âmbito nacional – federal, estadual, municipal - parece não garantir a aplicabilidade de seu conteúdo protetivo como promete, diante de um cenário de omissões e permissividades de ações governamentais contrárias à proteção ecológica.

No caso dos agrotóxicos,

> Analisando as medidas de flexibilização da legislação ambiental quanto ao retrocesso na proteção da contaminação por agrotóxicos, seja pela utilização de agrotóxicos já banidos por seus comprovados efeitos nocivos, seja por uma ingestão em doses diárias permitidas, as decisões políticas têm permitido infringir danos irreversíveis e perpétuos aos seres humanos, não humanos e a natureza. (MOSMANN; ALBUQUERQUE; BARBIERI, 2019, p. 164)

A contínua utilização de agrotóxicos para a produção de *commodities* é modelo de descaso com o valor intrínseco da Natureza, onde a vida tem sido avaliada apenas sob a forma instrumental, um utilitarismo a trabalho do lucro privado.

Uma escolha de qual vida vale mais, por meio do duplo-padrão, na adoção de padrões inferiores de segurança e de proteção do meio ambiente, bem como nas questões sociais e dos trabalhadores em países 'do Terceiro Mundo'. Especificamente com relação à exportação de agrotóxicos proibidos em seus países de origem, nada mais é que uma prática econômica a fim de dar viabilidade comercial aos produtos que não podem ser comercializados em seus países de origem, prática esta que fere brutalmente os direitos humanos, principalmente das populações vulnerabilizadas de países 'vulnerabilizados'[3].

Todavia, essa prática tem sido questionada, cujo movimento contra a exportação/importação de pesticidas banidos é temática do cenário mundial, onde seus efeitos já começam a ser sentido. Exemplos do questionamento dessa prática podem ser observados em uma decisão de extrema importância no Tribunal Constitucional Francês que fundamentado no meio ambiente como uma herança comum dos seres humanos, um objetivo de valor constitucional e uma herança comum, cujas escolhas das gerações presentes comprometem as gerações futuras, entendeu que o legislador poderia analisar a necessidade de proteção para além das fronteiras físicas de seu país, decidindo acerca da proibição da exportação de agrotóxicos para outros países que não a França, ou seja, as empresas estabelecidas na França ficam proibidas de venderem esses produtos em todo o mundo (DAVIES; FAGES; GREEN, 2020; CONSEIL CONSTITUTIONEL, 2020).

Outro movimento no mesmo sentido é a decisão da Direção Geral de Gestão Integral de Materiais e Atividades Perigosas – Semarnat do México, que no ano de 2019 negou a autorização de importação de mil toneladas de Glifosato, fundada no princípio da precaução em virtude das evidências científicas da potencialidade tóxica para a saúde e meio ambiente de tal produto (GOBIERNO DE MÉXICO, 2019).

[3] Utiliza-se o mesmo conceito de vulnerabilidade utilizado pelo movimento por Justiça Ambiental que aponta para o deslocamento da poluição e contaminação para populações mais vulneráveis, e aqui fazendo uma analogia a condição colonial que ainda se perpetua nos países do Sul Global.

Quanto ao Brasil, caminhamos em um estado de coisas inconstitucional pelos flagrantes retrocessos da proteção ambiental, seja no âmbito normativo, institucional, orçamentário, organizacional, que refletem em uma crescente degradação ambiental (SARLET; FENSTERSEIFER, 2020), um caminho insustentável como afirma Baskut Tuncak relator do Conselho de Direitos Humanos da ONU na confecção do Relatório Especial sobre as implicações para os direitos humanos da gestão e da eliminação de substâncias e resíduos perigosos, no qual aponta fulcralmente a para a questão das violações dos direitos humanos das populações vulneráveis e para os agrotóxicos banidos em seus países de origem, porém massivamente utilizados no Brasil (HUMAN RIGHTS COUNCIL, 2020; UNITED NATIONS, 2019).

Desta forma, faz-se urgente um aperfeiçoamento da Teoria do Estado de Direito Ambiental para uma perspectiva de um Estado de Direito Ecológico (LEITE; SILVEIRA; BETTEGA, 2017), visto que há um certo fracasso em conter os rumos predatórios na relação entre o homem e a Natureza (FENSTERSEIFER; SARLET, 2020).

Neste mesmo momento, reformulações do modelo de Estado vigente necessitam de uma base política protetora e garantidora da Natureza em seu valor intrínseco, cuja relação do ser humano com ela deve ser harmônica e simbiótica (STOPPA; VIOTTO, 2014).

E para transmutar de valores antropocêntricos para valores ecocêntricos, o Judiciário exerce papel fundamental nesta metamorfose por meio do acolhimento e da concretude em seus julgados sob o novo enfoque ecológico do direito, pautado na justiça intrageracional, intergeracional e interespécies, não cabendo mais a centralidade no favorecimento do ser humano.

Assim, esse novo paradigma jurídico ecocêntrico já tem sido utilizado nos julgados do Supremo Tribunal Federal, reconhecendo a dignidade para além da pessoa humana, conferindo valor intrínseco às formas de vida não humanas, reconhecendo a interligação de cada forma de vida planetária (FENSTERSEIFER; SARLET, 2020).

Logo, a partir de uma justiça intrageracional, intergeracional e interespécies, não há como sustentar a atividade de deslocamento da poluição produzida por agrotóxicos através da exportação de pesticidas extremamente tóxicos e, muitos obsoletos, para que uma parcela da população mundial que vive nos países “periféricos” do capitalismo sofra com danos e contaminações. Essa exportação é apenas mais uma medida discriminatória contra uma parcela vulnerável do planeta que suporta a opulência das transnacionais e dos latifundiários.

Portanto, imbuído deste enfoque ecológico do Direito, a manutenção da vida, corporificado no princípio *in dubio pro natura*, deve prevalecer sobre o argumento de

viabilidade econômica, comércio internacional, visto que a referida Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental versa sobre a saúde do meio ambiente e das pessoas humanas e na manutenção da vida em suas mais variadas formas.

CONCLUSÃO

A permissividade no comércio e uso de pesticidas proibidos em seus países de origem é um novo colonialismo dos países "periféricos" pautados na desigualdade, discriminação e violência perpetrada contra a vida, seja dos animais humanos, animais não- humanos e da natureza.

Essa conduta se pauta apenas nos interesses econômicos, nos lucros privados das transnacionais e dos latifundiários como se toda a vida estivesse a favor apenas da movimentação de uma balança comercial pela negociação de *commodities*, cujo sistema econômico capitalista predatório imprime um ritmo de colapso planetário, uma crise ecológica de magnitude global que impacta a integridade ecológica do planeta e submete os animais humanos, e também os animais não-humanos, em via da extinção.

Por isso, o papel do Judiciário, mais especificamente no julgado da ADPF 221, é no sentido de materializar essa metamorfose ecocêntrica, reestabelecendo a vida como direito fundamental em sua mais ampla abrangência, a fim de que o papel principal do Direito seja com vistas ao valor intrínseco do Sistema-Terra, abandonando por completo a visão instrumental da Natureza e a posição antropocêntrica do homem na regência de suas atividades e relações.

REFERÊNCIAS

ACSELRAD, Henri. **Justiça ambiental e construção social do risco**. Desenvolvimento e meio ambiente. Editora UFPR, n. 5., p. 49-60. jan ./jun. 2002.

ACSELRAD, Henri; MELLO, Cecília Campello do A.; BEZERRA, Gustavo das Neves. **O que é Justiça Ambiental**. Rio de Janeiro: Garamond, 2009.

ALBUQUERQUE, Letícia. **Poluentes orgânicos persistentes: uma análise da Convenção de Estocolmo**. Curitiba: Juruá, 2006.

ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO RIO GRANDE DO SUL. Comissão de Saúde e Meio Ambiente. **Relatório Verde 2016**. 2 ed., 2016. Disponível em: http://www2.al.rs.gov.br/inscricoes/HISTORIA_DAS_PIONEIRAS.pdf. Acesso em: 01 out 2020.

BRASIL. ANVISA. Agência Nacional de Vigilância Sanitária. **PARECER TÉCNICO DE REAVALIAÇÃO Nº 01, de 2015/GGTOX**. Analisa a nota técnica de reavaliação do ingrediente ativo paraquate elaborada pela Fiocruz. Disponível em: http://portal.anvisa.gov.br/documents/10181/2871639/03.+Parecer+01-2015+-+consulta+p%C3%BAblica+Paraquate.pdf/d50a6767-0e3a-4a66-b0cb-a56ffa5cbf84. Acesso em: 19 ago. 2020.

BRASIL. ANVISA. Agência Nacional de Vigilância Sanitária. **RESOLUÇÃO RDC nº 10, de 22 de fevereiro de 2008**. Procede a reavaliação toxicológica dos produtos técnicos e formulados à base dos Ingredientes Ativos constantes do Anexo I e conforme o cronograma do Anexo II deste regulamento. Disponível em: http://www.lex.com.br/doc_1230770_RESOLUCAO_RDC_N_10_DE_22_DE_FEVEREIRO_DE_2008.aspx. Acesso em: 19 ago. 2020.

BUGGE, Hans Christian. Twelve fundamental challenges in environmental law: an introduction to the concept of rule of law for nature. In: VOIGT, Christina. **Rule of Law for Nature: New Dimensions and Ideas in Environmental Law**. New York: Cambridge University Press, 2013, p. 03-26.

CAPRA, Fritjof. **As conexões ocultas: ciência para uma vida sustentável**. São Paulo: Cultrix, 2005.

CAPRA, Fritjof. **Teia da Vida**: Uma nova compreensão científica dos sistemas vivos. São Paulo: Editora Cultrix,1996. Tradução de Newton Roberval Eichemberg.

CAPRA, Fritjof; MATTEI, Ugo. **A revolução ecojurídica: o direito sistêmico em sintonia com a natureza e a comunidade**. Tradução de Jeferson Luiz Camargo. São Paulo: Cutrix, 2018.

CARNEIRO, Fernando Ferreira (Org.). **Dossiê ABRASCO: um alerta sobre os impactos dos agrotóxicos na saúde**. Rio de Janeiro: EPSJV; São Paulo: Expressão Popular, 2015. Disponível em <http://www.abrasco.org.br/dossieagrotoxicos/wp-content/uploads/2013/10/DossieAbrasco_2015_web.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2016.

CONSEIL CONSTITUTIONEL. **Décision n° 2019-823 QPC du 31 janvier 2020**. Union des industries de la protection des plantes [Interdiction de la production, du stockage et de la circulation de certains produits phytopharmaceutiques]. Disponível em: https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2020/2019823QPC.htm. Acesso em: 23 set 2020.

DAVIES, Paul A.; FAGES, Fabrice; GREEN, Michael D. French. **Constitutional Court Issues Landmark Decision on Environmental Protection vs. Freedom of Enterprise**. 18 February 2020. Disponível em: https://www.globalelr.com/2020/02/french-constitutional-court-issues-landmark-decision-on-environmental-protection-vs-freedom-of-enterprise/. Acesso em: 23 set 2020.

FELIPE, Sonia T.. Dieta Onívora: Devastação animal e ambiental. In: HESS, Sonia Corina (org.). **Ensaios sobre poluição e doenças no Brasil**. São Paulo: Outras Expressões, 2018. p. 41-82.

FENSTERSEIFER, Tiago; SARLET, Ingo Wolfgang. **O Direito Ambiental no limiar de um novo paradigma jurídico ecocêntrico no Antropoceno**. GENJURÍDICO. 18 de maio de 2020. Disponível em: http://genjuridico.com.br/2020/05/18/antropoceno-paradigma- ecocentrico/. Acesso em: 04 out 2020.

GOBIERNO DE MEXICO. **Niega Semarnat importación de mil toneladas de glifosato, bajo el principio precautorio para la prevención de riesgos**. 25 de novembro de 2019. Disponível em: https://www.gob.mx/semarnat/prensa/niega-semarnat-importacion-de-mil-toneladas-de-glifosato-bajo-el-principio-precautorio-para-la-prevencion-de-riesgos. Acesso em 23 set. 2020.

HESS, Sonia Corina. Brasil, o país campeão no uso de agrotóxicos. In: HESS, Sonia Corina (org.). **Ensaios sobre poluição e doenças no Brasil**. São Paulo: Outras Expressões, 2018. p. 41-82.

HUMAN RIGHTS COUNCIL. **Report of the Special Rapporteur on the implications for human rights of the environmentally sound management and disposal of hazardous substances and wastes**. Forty-fifth session, 2020.

LEITE, José Rubens Morato; SILVEIRA, Paula Galbiatti; BETTEGA, Belisa. O Estado de Direito para a natureza: Fundamentos e Conceitos. In: LEITE, José Rubens Morato; DINNEBIER, Flávia França (Org.). **Estado de Direito Ecológico: Conceito, Conteúdo e Novas Dimensões para a Proteção da Natureza**. São Paulo: Inst. O Direito Por Um Planeta Verde, 2017. p. 57-87.

LUTZENBERGER, José. **A problemática dos agrotóxicos**. Disponível em < http://www.fgaia.org.br/texts/index.html>. Acesso em: 01 out 2020.

MOSMANN, Marcelo Pretto; ALBUQUERQUE, Leticia; BARBIERI, Isabele Bruna Barbieri. Agrotóxicos e Direito Humanos no contexto global: O Brasil em risco de retrocesso? In: **Revista de Direito Internacional**. v. 16, n. 2, p. 151-168, 2019. Disponível em: https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/6107/pdf. Acesso em: 20 jun 2020.

POR TRÁS DO ALIMENTO. **Conheça os 27 agrotóxicos encontrados na água que abastece as cidades do Brasil**. 2019. Disponível em: https://portrasdoalimento.info/2019/04/12/conheca-os-27-agrotoxicos-encontrados-na-agua- que-abastasse-as-cidades-do-brasil/#. Acesso em: 23 set. 2020.

POR TRÁS DO ALIMENTO. **Você bebe agrotóxicos?** Descubra se a água da sua torneira foi contaminada, de acordo com dados do Sisagua. Disponível em: http://portrasdoalimento.info/agrotoxico-na-agua/. Acesso em: 23 set. 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Litigância climática, proteção do ambiente e a ADPF 708**. Revista Consultor Jurídico. 25 de setembro de 2020. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2020-set-25/direitos-fundamentais-litigancia-climatica- protecao-ambiente-adpf-708df. Acesso em: 04 out 2020.

SHIVA, Vandana. **Earth Democracy: Justice, Sustainability, and Peace**. California: North Atlantic Books, 2015.

STOPPA, Tatiana; VIOTTO, Thaís Boonem. Antropocentrismo x Biocentrismo: um embate importante. In: **Revista Brasileira de Direito Animal**, v. 9, n. 17, 2014. Disponível em: https://portalseer.ufba.br/index.php/RBDA/article/view/12986. Acesso em: 05 abr. 2017.

UNITED NATIONS. **Humans Rights**. Office of the high Commissioner. SR Toxics end of mission statement, 13 de dezembro de 2019. Disponível em: https://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/EoM_ToxicWastes_Brazil.aspx. Acesso em: 24 set 2020.

VOIGT, Christina. Integration and ecological integrity. In: **Rule of Law for Nature: New Dimensions and Ideas in Environmental Law**. Edited by Christina Voigt. Cambridge University Press, 2013.

VOIGT, Christina. **Rule of Law for Nature: New Dimensions and Ideas in Environmental Law**. New York: Cambridge University Press, 2013.

A UTILIZAÇÃO DO TOMBAMENTO PARA ALÉM DA PROTEÇÃO DO PATRIMÔNIO CULTURAL: UMA ANÁLISE ACERCA DO TOMBAMENTO COMO MECANISMO DE PRESERVAÇÃO AO PATRIMÔNIO NATURAL E SUA APLICABILIDADE À SERRA DA MANTIQUEIRA

Ariane Almeida Cró Brit
Mestranda em Direito pela UNISAL – LORENA – SP. Pós-graduada em direito notarial e registral. Graduada em Direito pela Faculdade Damásio de Jesus.

Paulo Rodolfo Kraft
Mestrando em Direito pela UNISAL – LORENA – SP. Pós-Graduado em Direito Penal e Processual Penal pela UNESA – RJ. Graduado em Direito pela UCAM – RJ. Defensor Público do Estado do Rio de Janeiro. E-mail: paulorodolfokraft@gmail.com

RESUMO: Este trabalho objetiva apontar a importância da preservação da Serra da Mantiqueira, tida como patrimônio natural, a autorizar a intervenção do poder público em áreas remanescentes de florestas ali situadas para fins de maior preservação. Aponta-se o tombamento como modalidade de intervenção estatal na propriedade privada como instrumento apto e eficaz para implementação de maior proteção ambiental da Serra da Mantiqueira, inobstante tal instrumento é comumente utilizado para preservação do patrimônio cultural, seja material ou imaterial. Assim, busca-se demonstrar que a instituição do tombamento há de ser implementado com manifesta participação dos atores sociais envolvidos, com enfoque na solidariedade, que passará a atuar no interesse da sua preservação e em prol do desenvolvimento sustentável.
PALAVRAS-CHAVE: Serra da Mantiqueira; patrimônio natural; tombamento; solidariedade; desenvolvimento sustentável.

ABSTRACT: This work aims to point out the importance of preserving the Serra da Mantiqueira, considered a natural heritage, to authorize the intervention of the public authorities in remaining areas of forests located there for the purpose of greater preservation. Haritage protected is pointed out as a modality of state intervention in private property as an apt and effective instrument for the implementation of greater environmental protection of Serra da Mantiqueira, however such instrument is commonly used to preserve cultural heritage, whether material or immaterial. Thus, it seeks to demonstrate that the institution of the listing must be implemented with a clear participation of the social actors involved, with solidarity, which will start to act in the interest of its preservation and in favor of sustainable development.

KEYWORDS: Serra da Mantiqueira; natural patrimony; haritage protected; solidarity; sustainable development.

INTRODUÇÃO

Vivencia-se a imperiosa necessidade de preservação do patrimônio natural que ainda subsiste para fins de garanti-lo à presente e às futuras gerações, eis que se trata de imperativo constitucional que há muito é renegado.

Não nos olvidamos que as áreas remanescentes de floresta, em especial de mata atlântica, hão de ser tidas como verdadeiros ativos a serem usufruídos pela população local que, consciente e engajada da necessidade de promover a preservação ambiental, aliada a políticas públicas a serem implementadas, colha os frutos de um modelo de desenvolvimento sustentável. O tombamento de áreas de florestas, em especial da Mata Atlântica, como a Serra da Mantiqueira, revela-se como importante mecanismo de conservação ambiental a imputar à Serra da Mantiqueira a condição de patrimônio coletivo sob a proteção do Estado, obstando, desta feita, a especulação imobiliária, turismo predatório, descarte irregular de resíduos sólidos, bem como o avanço da atividade da mineração e o uso da terra de forma insustentáveis.

Desta feita, inobstante tratar-se a Serra da Mantiqueira de importante patrimônio natural coletivo e, ainda, responsável por garantir grande parte da água que abastece os Estados de São Paulo, Rio de Janeiro e Minas Gerais, além de permitir a formação de um corredor ecológico ligando o Parque Nacional de Itatiaia e o Parque Estadual de Campos do Jordão, a implementação do tombamento daquela vem encontrando fortes resistências por contrariar interesses privados locais.

Assim, importa trazer à lume o seguinte questionamento: Mostrar-se-á aplicável e apto o tombamento da Serra da Mantiqueira para fins de conservação do patrimônio natural sem prejuízo às atividades e práticas da população local e demais interesses públicos e privados envolvidos?

Para tanto e considerando a importância da preservação da Serra da Mantiqueira para a presente e futuras gerações, consciente da mantença da população local, da importância das atividades econômicos ali desenvolvidas, e buscando responder como conciliar a preservação natural com as atividades e interesses econômicos praticados na localidade, o presente trabalho visa, com através de metodologia de pesquisa bibliográfica, transdisciplinar e documental, envolvendo abordagens de especialistas ambientais, da sociologia da ciência política, do direito, e na análise das práticas adotadas em projetos similares, tecer indicativos acerca da

implementação do desenvolvimento sustentável da Serra da Mantiqueira, a ser tida como um importante ativo à população e interesses econômicos locais quando assegurada a sua preservação através da implementação do tombamento, espécie de intervenção estatal na propriedade privada.

Aborda-se, pois, o tombamento para além da proteção do patrimônio cultural para abranger patrimônio natural histórico e ecológico e sua adequação e efetividade para fins de preservação da Serra da Mantiqueira e, ainda, a imperiosa participação dos atores sociais como forma de impingir desenvolvimento sustentável àquela região.

1 O TOMBAMENTO E SEU ALCANCE PARA ALÉM DA PROTEÇÃO DO PATRIMÔIO CULTURAL

Hodiernamente, tem-se que o Estado busca assegurar aspirações coletivas, de modo a atuar com imperiosa conotação social e, não por outra razão possível a intervenção do Estado na propriedade privada, sob o fundamento da supremacia do interesse público sobre o interesse particular.

Nesse sentido, Carvalho Filho preconiza:

> Saindo daquela posição de indiferente distância, o Estado contemporâneo foi assumido a tarefa de assegurar a prestação dos serviços fundamentais e ampliando seu espectro social, procurando a proteção da sociedade vista como um todo, e não mais como um somatório de individualidades. Para tano, precisou imiscuir-se nas relações privadas.
> O Estado intervencionista nem sempre apresenta somente aspectos positivos, mas se considera que é melhor suportar sua hipertrofia com vistas à defesa social do que assistir à sua ineficácia e desinteresse diante dos conflitos gerados pelos grupamentos sociais.
> O dilema moderno se situa na relação entre o Estado e o indivíduo. Para que possa atender aos reclamos globais da sociedade e captar as exigências do interesse público, é preciso que o Estado atinja alguns interesses individuais. E a regra que atualmente guia essa relação e a da supremacia do interesse público sobre o particular. É, na verdade, esse postulado que constituiu um dos fundamentos políticos da intervenção do Estado a propriedade. (CARVALHO FILHO, 2003, p. 597/598)

Não se pode olvidar o atributo da função social concernente a propriedade privada e assinalado no inciso XXIII do artigo 5º da Constituição da República: “a propriedade atenderá a sua função social”, sendo, pois, outro fundamento, além da supremacia do interesse público, a ensejar a intervenção estatal na propriedade privada para fins de estabelecer proteção social.

Destaca-se, neste sentido, os ensinamentos de Moreira Neto:

> [...] atento à visão pragmática sobre a natureza competitiva do homem, que consiste na exigência de que o uso das riquezas seja vocacionado ao bem geral e às finalidades públicas, dando a mola do progresso, e ao próprio símbolo externo contemporâneo da liberdade, que é a propriedade, a têmpera da solidariedade. (MOREIRA NETO, 2005, p. 372)

Desta feita, extrai-se do ordenamento jurídico instrumentos jurídicos para intervenção estatal na propriedade privada, fulcrados na supremacia do interesse público e na função social da propriedade, cabendo destacar a apresentação do rol apontado por Moreira Neto que elenca como instrumentos de intervenção a ocupação temporária, a requisição, a limitação administrativa, a servidão administrativa, o tombamento e a desapropriação, certo que cada uma destas modalidades de intervenção estatual possui requisitos e características próprias.

Por certo, tem-se a propriedade possui valoração patrimonial, cabendo destacar, por oportuno, que a Constituição da República, quando dispôs acerca do patrimônio cultural brasileiro, assim previu:

> Art. 216. Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem:
> I - as formas de expressão;
> II - os modos de criar, fazer e viver;
> III - as criações científicas, artísticas e tecnológicas;
> IV - as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais;
> V - os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico.
>
> § 1º O Poder Público, com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação.

Destaca-se, pois, que a Constituição Federal assegura a possibilidade do tombamento, modalidade de intervenção estatal na propriedade privada, para proteção ao patrimônio cultural brasileiro, em especial quanto a sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico.

Moreira Neto conceitua assim o tombamento:

> O tombamento, previsto no art. 216, § 1º, da Constituição Federal, pode ser conceituado como espécie de intervenção ordinatória e concreta do Estado na propriedade privada, limitativa de exercício de direitos de utilização e de disposição, gratuita, permanente e indelegável, destinada à preservação, sob regime especial, dos bens de valor cultural, histórico, arqueológico, artístico, turístico ou paisagístico.

> O Estado civilizado, que valoriza a cultura, vale-se do domínio eminente para estender sua proteção aos bens, móveis e imóveis, de interesse histórico, arqueológico, paleontológico, ecológico, científico, folclórico, artístico ou paisagístico, instituindo este regime especial do tombamento para disciplinar a utilização e a disposição desses bens. (MOREIRA NETO, 2005, p. 377/378)

Por certo, os bens tombados permanecem sob a titularidade e posse dos particulares, entretanto, aqueles sofrem limitações para a utilização impostas pelo poder público, com o fito de promover a preservação, dado o interesse coletivo em fazê-lo.

Ocorre que comumente o tombamento é praticado para proteção do patrimônio cultural, seja ele material ou imaterial, pouco sendo aplicado para as hipóteses de preservação a patrimônio material ecológico, inobstante expresso permissivo constitucional acerca de possibilidade de sua aplicabilidade, certo que a Serra da Mantiqueira, além de importante sítio ecológico, é também importante fonte histórica acerca do desenvolvimento nacional e, por certo, impinge sua plena proteção, de modo que tal patrimônio cultural natural, ecológico e histórico subsista para a presente e futuras gerações, como assim também dispôs o artigo 225 da Constituição da República.

> Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo- se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

Cabe ainda destacar que a Constituição Federal, no § 4º, do artigo 225, consignou áreas de floresta e sítios ecológicos relevantes como patrimônio nacional cuja utilização dar-se-á de forma regulamentada, de modo a assegurar a preservação ecológica, porém, não fez incluir a Serra da Mantiqueira, *in verbis*:

> § 4º. A Floresta Amazônica brasileira, a Mata Atlântica, a Serra do Mar, o Pantanal Mato-Grossense e a Zona Costeira são patrimônio nacional, e sua utilização far-se-á, na forma da lei, dentro de condições que assegurem a preservação do meio ambiente, inclusive quanto ao uso dos recursos naturais.

Desta feita, considerando que a Serra da Mantiqueira não restou acolhida na norma constitucional como patrimônio nacional e, ante sua importância histórica, ecológica e ambiental, retratando manifesto patrimônio natural brasileiro, mister sejam adotadas medidas plenas à possibilitar sua proteção, sem prejuízo de ser fomentado o desenvolvimento econômico e turístico, porém, de forma sustentável e regulamentada, eis que se trata de sítio ambiental de suma relevância.

2 A SERRA DA MANTIQUEIRA E SUA PROTEÇÃO ATRAVÉS DO TOMBAMENTO

Conforme consigna o ambientalista Fabio Feldman, grande parte da água que abastece as populações e indústrias do Vale do Paraíba, região que abrange o leste do Estado de São Paulo e o sul do Estado do Rio de Janeiro, advém dos remanescentes florestais da Serra da Mantiqueira e tal fato, por si só, já se mostra bastante para autorizar a adoção de medidas à preservação da Serra da Mantiqueira.

Outrossim, assenta o Programa de Pesquisas em Caracterização, Conservação, Restauração e Uso Sustentável da Biodiversidade (Biota-FAPESP), cuja atividade é conhecer, mapear e analisar a biodiversidade do Estado de São Paulo, que a Serra da Mantiqueira abriga um grande número de espécies animais e vegetais endêmicas, inclusive ameaçadas de extinção, tornando-a, por conseguinte, patrimônio natural coletivo a autorizar medidas a proteção e, assim, restar assegurada sua mantença para as gerações presentes e futuras.

Para Joly, levando em consideração a imprescindível necessidade de que medidas sejam tomadas para interromper o processo de degradação que acomete a região da Serra da Mantiqueira para obstar perda irreparável de biodiversidade, além do agravamento de crises hídricas na região Sudeste, o tombamento daquela mostra-se necessário e adequado:

> Não seria possível, no momento, criar uma área de grande restrição ambiental, como um parque estadual, pois isso requereria desapropriações de terras e teria um grande custo para o Estado. Mas defendemos o tombamento das regiões acima de 800 metros de altitude, o que regulamentaria as atividades a serem realizadas sem impedir o desenvolvimento. (JOLY, 2014)

Para tanto, conforme narrativa do Instituto Oikos, restou apresentada proposta de tombamento da Serra da Mantiqueira ao Conselho de Defesa do Patrimônio Histórico, Arqueológico, Artístico e Turístico (Condephaat) da Secretaria Estadual de Cultura de São Paulo no ano de 2011 e, até a atualidade, encontra óbices à sua implementação, inobstante mobilizações foram promovidas por ambientalistas e especialistas, inclusive através da internet, sem, contudo, lograr a implementação do tombamento daquelas áreas situadas acima de 800 metros de altitude, eis que se encontra a proposta sobrestada na esteira burocrática da administração pública.

Consignou o Programa Biota-FAPESP, ressaltando anterior tombamento de áreas de floresta diversas da Serra da Mantiqueira:

> De importância equivalente às Serras do Mar e de Paranapiacaba, tombadas desde 1985 pela Resolução da Secretaria da Cultura no 40, o tombamento da Serra da Mantiqueira visa corrigir um esquecimento histórico, protegendo além de sua biodiversidade e do conjunto de seus atributos geológicos e climáticos, a sua diversidade cultural, cuja relevância ultrapassa os limites do estado de São Paulo e do Brasil. (BIOTA-FAPESP, 2014)

Na referida proposta, buscou-se o tombamento de partes de florestas contínuas nas encostas mais elevadas, as florestas com araucária na região do planalto e os campos de altitude da Serra da Mantiqueira Paulista que ficam na divisa de Minas Gerais com os municípios de Pindamonhangaba, Guaratinguetá, Piquete, Cruzeiro, Lavrinhas e Queluz, eis que se tratam de áreas prioritárias para o incremento de conectividade, ou seja, para fins de implementação de um corredor ecológico ligando o Parque Nacional de Itatiaia e o Parque Estadual de Campos do Jordão, assegurando-se, assim a conservação da biodiversidade local, como assim restou assinalado pela FAPESP - Fundação de Amparo a Pesquisa do Estado de São Paulo.

Destaca-se que o tombamento que fora perquirido se sobrepõe a outra categoria de proteção já existente, como aquela incluídas no Código Florestal como áreas de proteção permanente porque situadas a mais de 1.800 metros de altitude[1], porém, nenhum óbice advém com esta sobreposição, ao revés, garante maior proteção, permitindo a atuação, inclusive, de demais órgãos de fiscalização e atuação de outras instâncias para fins de impulsionar políticas públicas eficazes à proteção ambiental e ao desenvolvimento sustentável da região.

O Instituto Biota-FAPESP, com expertise, consigna:

> A área proposta para tombamento abrange 50.943 há, dos quais 89,8% estão cobertos por vegetação nativa (45.365 há). Somente a Área de Proteção Permanente da rede hidrográfica, estimada a partir da carta IBGE 1:50.000 e considerando 20 m a partir da margem dos cursos d'água e 15 m ao redor das nascentes, representa 8.598 há (16,9% da área proposta) dos quais 8.139 ha já apresentam vegetação nativa. O tombamento, além de proteger as APPs de beira de rios, também irá assegurar a conservação das APPs de topos de morro, pois acima da cota 1.800m estão 15.401 há (30,2% da área proposta), dos quais apenas 12.484 há possuem vegetação nativa.
>
> Parte da área proposta para o tombamento se sobrepõe às outras categorias de proteção já existentes, mas que são insuficientes para a proteção desse imenso patrimônio natural. Existem 388.980 ha em Área de Proteção Ambiental (27,02%), 886 ha em Estação Ecológica (0,06%), 72.607 há (5,04%) na categoria Parque e somente 18 ha como Reserva Particular do Patrimônio Natural. Estas sobreposições não são problema em caso nenhum, como tem sido defendido por algumas pessoas, já que são categorias complementares criadas para um fim comum, de conservação de um enorme patrimônio

[1] Art. 4º, X, da Lei nº 12.651/2011: Art. 4º Considera-se Área de Preservação Permanente, em zonas rurais ou urbanas, para os efeitos desta Lei: [...] X - as áreas em altitude superior a 1.800 (mil e oitocentos) metros, qualquer que seja a vegetação;

> natural e de biodiversidade, com grande risco de extinção. Para um grande território, como a Serra da Mantiqueira, estas categorias podem conjugar vários setores da sociedade e exigir a responsabilidade de diferentes órgãos e instâncias relacionadas às políticas públicas o que, a princípio, é salutar em um ambiente participativo, com essas características. Embora as APAs e UCs de proteção integral sejam categorias de proteção administrativa, relacionadas à gestão e desenvolvimento de atividades que conciliem atividades econômicas e de conservação, o tombamento traz uma outra abordagem sobre o território, de proteção do conjunto da paisagem, com o benefício do planejamento para além dos limites das áreas já protegidas, tornando-se assim um instrumento de conexão entre espaços territoriais protegidos. (BIOTA-FAPESP, 2014)

Destacam-se os mapas a seguir que indicam a área total sobreposta com a realização do tombamento proposto e a área tida como preservação permanente, conforme informa o Instituto Biota- FAPESP, de modo a trazer maior compreensão à imperiosa necessidade de efetivar-se maior proteção e, por conseguinte, a intervenção estatal através do tombamento:

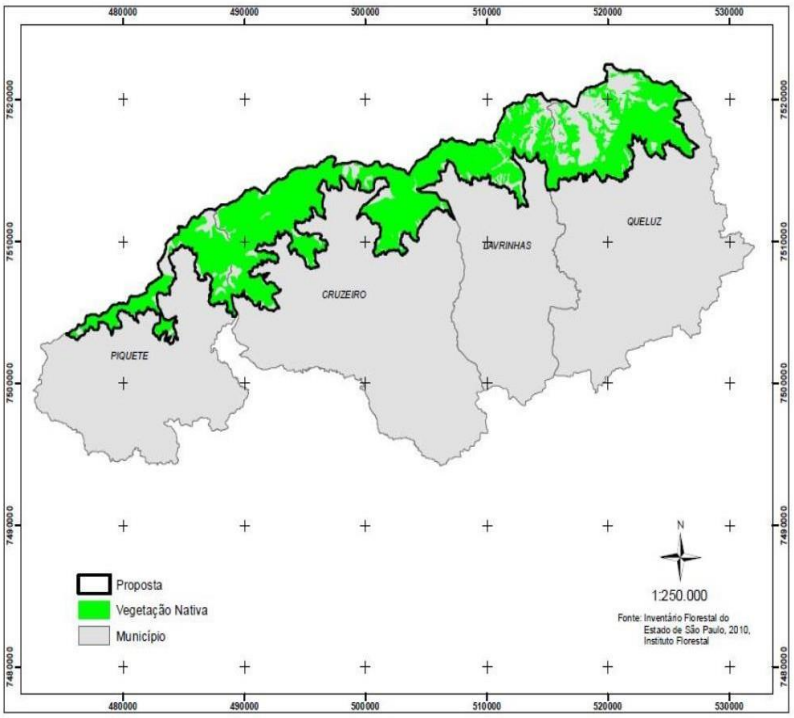


Figura 1 – Área proposta para o Tombamento da Serra da Mantiqueira.

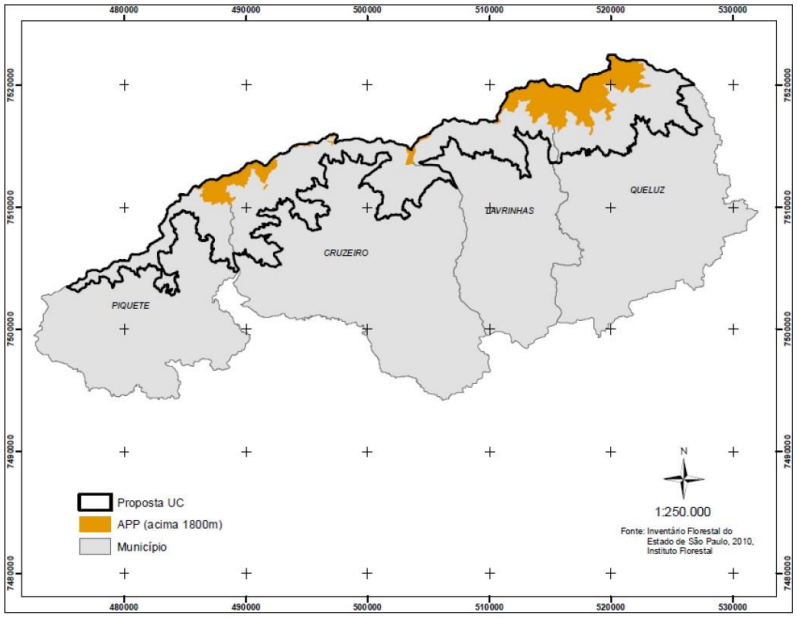


Figura 2 – Áreas já incluídas no Código Florestal como de Preservação Permanente/APP, acima da cota de 1.800m, pelo Código Florestal.

O tombamento mostra-se crível na medida em que não enseja desapropriações de áreas para fins de criação de um Parque Estadual ou Nacional e, assim, não onera o poder público.

Entretanto, o tombamento permitirá a mantença da população local, porém, com restrições em determinadas áreas e quanto a determinadas atividades, permitindo, assim, maior conservação ambiental e, ainda, permitir a integração da Serra da Mantiqueira com os demais remanescentes de floresta de mata atlântica junto ao Parque Estadual de Campos de Jordão e ao Parque Nacional de Itatiaia, formando, desta feita, um profícuo corredor ecológico.

Importa ainda destacar, como assinalado pelo Instituto Oikos, que a Serra da Mantiqueira restou apontada num estudo internacional, publicado na revista *Scienc*[2] como um dos 78 locais do mundo que são "insubstituíveis", ante a grande importância na preservação da biodiversidade de mamíferos, aves e anfíbios e por abrigar espécies endêmicas, ou seja, espécies que não podem ser encontradas em nenhum outro lugar do mundo.

O tombamento, portanto, assegurará a manutenção daquele patrimônio natural insubstituível, bem como restará assegurada a conservação de uma paisagem com enfoque cultural relevante, dada sua historicidade, pois por ali estão esculpidos momentos importantes da história do Brasil, como os avanços dos Bandeirantes e os caminhos dos tropeiros, repercutindo em culturas típicas locais, como danças e festas, assim como elementos materiais de relevante importância histórica.

O potencial turístico da região é muito considerado e, por conseguinte, o tombamento vai atribuir valor à região, dada sua importância ambiental, cultural e histórica, cabendo à população local vê-la como um ativo, conscientizando-se de todo aquele potencial, buscando, assim, a implementação de práticas econômicas que assegurem desenvolvimento sustentável à região, somente possível com maior integração social e participação comunitária.

3 A INTEGRAÇÃO COMUNITÁRIA PARA O DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL DA SERRA DA MANTIQUEIRA

Ante ser incontroverso tratar-se de região com população estabelecida e com desenvolvimento de atividades econômicas, situada no eixo de ligação entre os Estados de São Paulo, Minas Gerais e Rio de Janeiro, a intervenção estatal para fins de fomentar a preservação histórica e ecológica da Serra da Mantiqueira há de buscar medidas para que a população local veja o tombamento de determinadas áreas territoriais, com regulação das atividades a serem exercidas, como um atrativo, que lhes possibilite agregar valor.

[2] http://migre.me/iGu8s

Justifica-se o alegado na medida em que se passará a ostentar o atributo da sustentabilidade, mediante desenvolvimento consciente, sem dar azo a práticas afetas à degradação ambiental, ao revés, fomentar-se-á a conservação ambiental para preservação de relevante sítio ecológico e histórico.

Nesse sentido, destaca-se os ensinamentos de Feldman:

> Tombar no sentido de iniciar uma negociação com a sociedade para garantir esse patrimônio para a presente e as futuras gerações. No século XXI você considerar a Mantiqueira como um grande ativo a ser usufruído pela população local é a grande resposta que nós precisamos para a região. Quer dizer: se nós conseguirmos conservar e deixar que a Mantiqueira seja apropriada pela população local nós teremos condições de gerar renda, que é muito importante, num mundo em que se tem dificuldade em gerar renda e postos de trabalho. Tudo isso numa perspectiva que eu diria das novas economias. Agora, para isso nós temos que engajar a população. Ela tem que compreender as oportunidades que a conservação e o tombamento da Mantiqueira vão trazer e para isso acho que nós da sociedade civil temos um grande trabalho que é conversar e dialogar e pactuar com a população esse novo modelo de desenvolvimento sustentável para essa região. (FELDMAN, 2014)

Importa ressaltar que essa racionalização do exercício da dominação estatal enseja modificação da forma de se desenvolver a política, fomentando-se maior participação social e, assim, agregando legitimidade aos atos normativos estatais, promovendo-se a almejada integração social com o fito de se buscar a preservação daquele relevante sítio histórico e ecológico.

Assim, mister a implementação de políticas públicas para difundir a educação ambiental necessária à conscientização e participação da população local, impulsionando, assim, a prática do desenvolvimento sustentável.

Por certo, tem-se que assim o fazendo obter-se-á maior organização da comunidade e sensibilização dos produtores rurais e mineradores locais, bem como trará maior restrição à especulação imobiliária, atividades que hão de ser praticadas sob o prisma da sustentabilidade, com enfoque à maior preservação daquele sítio histórico e ecológico.

Ademais, um projeto de sociedade moderna capitalista, que se revela plural e desigual, deve preocupar-se em equacionar o capital e o poder, alavancando, para tanto, a solidariedade, inclusive para fins de implementação de políticas públicas ambientais.

A solidariedade, assim como o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, faz parte dos direitos de terceira dimensão, de natureza difusa, aplicando-se à toda coletividade desprendendo-se da figura “homem-indivíduo”, como assim consigna Sarlet, impondo-se, por conseguinte, sua plena implementação, dada sua fundamentalidade.

Assim, tem-se que a sociedade civil tem função de grande relevância a ensejar implementação de políticas públicas, inclusive àquelas de cunho atinente a proteção ambiental, na medida em que a atuação daquela junto ao sistema público, a toda evidência, produzirá um arcabouço normativo primado pela legitimidade e apto a tecer proteção aos direitos de toda a coletividade.

Mister destacar o assentado pelo Instituto Biota-FAPESP:

> Para preservar esta riqueza, em grande parte desconhecida e pouco pesquisada e que necessita de um status especial de proteção para as presentes e futuras gerações, foi adequadamente proposto o Tombamento da Porção Sul da Serra da Mantiqueira. O tombamento permitirá maior integração da opinião da população residente em estratégias de conservação participativas em escala municipal e regional. (BIOTA-FAPESP, 2014)

Desta feita, o tombamento de áreas territoriais da Serra da Mantiqueira, de modo a promover a conservação de relevante patrimônio natural, dado sua relevância histórica e ecológica, há de advir com maior participação política da comunidade local, com a edição das normas regulatórias com maior legitimidade e, assim, conscientizar e sensibilizar todos os atores sociais ali envolvidos, seja a população local, os produtores rurais, os mineradores e a atividade imobiliária, que passarão a ver aquela intervenção estatal como um atrativo, ante a imposição e difusão da mecha do desenvolvimento sustentável que, por certo, lhes trará reconhecimento social e econômico positivo.

CONCLUSÃO

A Serra da Mantiqueira, inobstante sua importância histórica, ecológica e natural não foi inserida no texto constitucional como patrimônio nacional a ensejar sua utilização mediante regulação que assegure a preservação do meio ambiente, inclusive quanto ao uso dos recursos naturais, como assim o fez quanto a Floresta Amazônica brasileira, a Mata Atlântica, a Serra do Mar, o Pantanal Mato-Grossense e a Zona Costeira.

Outrossim, as áreas remanescentes de floresta, em especial de mata atlântica, como no caso da Serra da Mantiqueira, hão de ser tidas como verdadeiros ativos a serem usufruídos pela população local que há de restar consciente e engajada da necessidade de promover a preservação ambiental e otimizar o desenvolvimento sustentável.

Com vistas a primar pelo interesse coletivo envolvido, dada a imperiosa necessidade de preservação da Serra da Mantiqueira, seja pela insubstituível capacidade hídrica ou também

pelos insubstituíveis valores históricos e ecológicos inseridos, a intervenção do poder público junto as áreas de terras remanescentes de floresta na Serra da Mantiqueira mostram-se imperiosa. Entretanto, dada a situação consolidada da população local e a vasta área territorial, com atividade econômica estabelecida, a criação de um parque ecológico ambiental não se mostra viável, dada a grande área de terras a serem submetidas a expropriação, ou seja, desapropriação, com grande custo ao poder público.

Desta feita, a instituição de tombamento em regiões da Serra da Mantiqueira, em especial aquelas regiões acima de 800 metros de altitude mostrar-se-á eficaz e apto a promover a preservação ambiental e fomentar um corredor ecológico, eis que o Código Florestal impõe área de preservação permanente quando superiores a 1.800 metros, sem prejuízo das demais situações elencadas naquele.

Portanto, inobstante haver normatização federal atinente a considerar área de reservação ambiental aquelas áreas superiores a 1.800 metros de altitude, tem-se que, ante as peculiaridades e importâncias atinentes ao patrimônio histórico, ecológico e hídrico da região da Serra da Mantiqueira, baseado em estudos técnico-científicos, recomendou-se o tombamento das áreas superiores a 800 metros de altitude, mediante a instituição de tombamento, para fins de preservação daquele patrimônio ambiental, sem demandar gastos relevantes ao poder público, fomentando-se maior participação da sociedade civil local, com vistas a alavancar o desenvolvimento sustentável.

Resta, pois, evidenciado, que o tombamento da Serra da Mantiqueira para fins de conservação do patrimônio ecológico, hídrico e histórico mostra apto e necessário. Entretanto, mister seja a população local conscientizada, mediante implementação de educação ambiental e informativos atinente aos valores que serão agregados quando da implementação do tombamento, repercutindo em novas economias, com geração de renda e emprego locais, como o foco no desenvolvimento regional mediante preservação daquele patrimônio natural.

Assim, uma vez consciente e engajada a população local acerca dos valores que hão de ser agregados à região da Serra da Mantiqueira com o advento do tombamento, com maior participação dos atores sociais envolvidos a ensejar implementação de novas economias, ter- se-á conciliada a preservação ambiental perquirida com os interesses econômicos locais, ensejado geração de renda e emprego àquela comunidade e, assim, considerar-se-á a Serra da Mantiqueira como um grande ativo a ser usufruído pela população local com manifesto interesse na sua preservação para as presentes e futuras gerações.

REFERÊNCIAS

BANDEIRA, Fernanda. **Fernanda Bandeira explica os benefícios do tombamento da Mantiqueira.** Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=TN0hHqNgP5s. Acesso em 05 out. 2019.

BIOTA-FAPESP. Programa de Pesquisas em Caracterização, Conservação, Restauração e Uso Sustentável da Biodiversidade da Fundação de Amparo a Pesquisa do Estado de São Paulo. **Porque tombar imediatamente a Serra da Mantiqueira no Estado de São Paulo.** 23 abr. 2014. Disponível em: http://www.biota.org.br/porque-tombar-imediatamente-a-serra-da-mantiqueira-no-estado-de-sao-paulo/. Acesso em 05 out. 2019.

BRASIL. **Constituição Federal**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 14 maio 2020.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo. 10ª ed. Revista e ampliada**. Rio de Janeiro. Lumen Juris. 2003.

JOLY, Carlos Alberto. FAPESP. Fundação de Amparo a Pesquisa do Estado de São Paulo. **Cientistas mobilizam-se pelo tombamento da Serra da Mantiqueira.** 24 abr. 2014. Disponível em: http://agencia.fapesp.br/cientistas-mobilizam-se-pelo-tombamento-da-serra- da-mantiqueira/18974/. Acesso em 05 out. 2019.

FAPESP. Fundação de Amparo a Pesquisa do Estado de São Paulo. **Cientistas mobilizam-se pelo tombamento da Serra da Mantiqueira.** 24 abr. 2014. Disponível em: http://agencia.fapesp.br/cientistas-mobilizam-se-pelo-tombamento-da-serra-da-mantiqueira/18974/. Acesso em 05 out. 2019.

FELDMAN, Fábio. **Fabio Feldmann defende o tombamento da Mantiqueira.** 19 mar. 2014. Disponível em https://www.youtube.com/watch?v=L_LbSZ7O6Bc. Acesso em 04 out. 2019.

INSTITUTO OIKOS. **Campanha para o tombamento da Serra da Mantiqueira arrecada cinco mil assinaturas**. Disponível em: http://www.institutooikos.org.br/Campanha-para-o-tombamento-da-Serra-da-Mantiqueira-arrecada-cinco-mil-assinaturas.html. Acesso em 04 out. 2019.

MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. 14. ed. Rio de Janeiro. Forense. 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

ANÁLISE DO CASO "GUERRA DOS PNEUS" E PERSPECTIVAS DA ECONOMIA CIRCULAR

Késia Rocha Narciso
Mestranda no Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná
- UENP. MBA em Gestão de Negócios pela Universidade de São Paulo – USP/ESALQ. Especialista em Direito Ambiental pela Universidade Federal do Paraná – UFPR, Especialista em Direito Aplicado pela Escola da Magistratura do Paraná, Advogada. E-mail: kesiarn@hotmail.com

Aline Albieri Francisco
Mestranda em Ciência Jurídica pelo Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica da Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP, Pós-graduada lato sensu em Direito Internacional pela Faculdade IBMEC São Paulo e Instituto Damásio de Direito, Graduada em Direito pelo Centro Universitário Eurípedes de Marília – UNIVEM, Advogada. E-mail: alinealbieri@hotmail.com

RESUMO: O descarte inadequado de pneus inservíveis causa grave danos ao meio ambiente, como também à saúde por provocar proliferação de doenças. O Brasil dispõe de instrumentos normativos nacionais e internacionais que visam mitigar tais ocorrências. Entretanto, há alguns anos o país foi acionado pela Comunidade Europeia na Organização Mundial do Comércio quanto à importação de pneus recauchutados que desencadeou uma série de discussões normativas. O objetivo da pesquisa é analisar o caso conhecido como "Guerra dos Pneus", sobre a importação de pneus remoldados, destacando seus impactos ambientais e no comércio internacional. Posteriormente, demonstram-se perspectivas de economia circular em prol do desenvolvimento ecologicamente sustentável. Para análise do caso, utilizou-se a metodologia de pesquisa bibliográfica e o método dedutivo de abordagem. Os principais resultados demonstram que o caso em análise trouxe ganhos em matéria ambiental no Brasil e que sob a perspectiva da economia circular pode-se transformar resíduo em matéria-prima, diminuindo-se impactos ambientais. As principais conclusões ressaltam a necessidade de atuação integrativa do poder público, incentivando pesquisas científicas e políticas públicas que auxiliem no desenvolvimento ecologicamente sustentável.

PALAVRAS-CHAVE: Análise de Caso; OMC; Pneus Recauchutados; Desenvolvimento Ecologicamente Sustentável; Economia Circular.

ABSTRACT: Improper disposal of unusable tires causes serious damage to the environment, as well as to health as it causes disease proliferation. Brazil has national and international normative instruments aimed at mitigating such occurrences. However, a few years ago the country was triggered by the European Community at the World Trade Organization regarding the import of retreaded tires which triggered a series of regulatory discussions. The objective of the research is to analyze the case known as "Tire War", about the importing of remolded tires, highlighting their impacts on the environment and on international trade. Subsequently, circular economy prospects for ecologically sustainable development are demonstrated. For case analysis, the bibliographic research methodology and the deductive method of approach were used. The main results demonstrate that the case under analysis brought gains in environmental matters in Brazil and that, under the perspective of the circular economy, waste can be transformed into raw material, reducing environmental impacts. The main conclusions underscore the need for integrative action by the public authorities, encouraging scientific research and public policies that assist in ecologically sustainable development.
KEYWORDS: Case Analysis; WTO; Retreaded tires; Ecologically Sustainable Development; Circular Economy.

INTRODUÇÃO

O Direito Ambiental em sua concepção adota uma visão antropocêntrica, que visualiza a natureza como objeto de exploração, ante ao crescimento ilimitado e a lógica do capital, e a norma implica no controle de danos em iminência de lesão ou consumados.

Em um contexto de reiteradas queimadas na Floresta Amazônica e rompimentos de barragens de minérios no Brasil, nota-se que os temas sobre os impactos ambientais das atividades econômicas e de desenvolvimento sustentável têm ganhado espaço no cenário nacional e internacional.

Definir as vertentes do desenvolvimento sustentável causa dissonâncias na doutrina, pois, até então, não se tem claro seu real conceito e componentes. A definição mais aceita é a instituída pelo Relatório Brundtland conhecido como “Nosso Futuro Comum” (1987): desenvolver-se para suprir as necessidades atuais sem comprometer as necessidades das próximas gerações.

Faz-se necessário explorar o viés ecológico do desenvolvimento sustentável, termo que é amplamente discutido na academia e em instrumentos nacionais e internacionais. A doutrina moderna destaca a necessidade de mudança de padrão e hermenêutica, promovendo um viés

ecológico, cuja visão ampla e integrada da natureza, possa contemplar todas as formas de vida e as influências externas que compõe o funcionamento do ecossistema terrestre.

Assim, a ecologização do direito pressupõe que é essencial a mudança paradigmática para que ao inserir a dimensão ecológica, possa-se compreender o processo como um todo e as análises sejam sistêmicas, pois, os problemas ambientais afetam a todos, são imprevisíveis e não obedecem a limites transfronteiriços.

Desta maneira, o viés ecológico do desenvolvimento sustentável é imprescindível para uma compreensão integrada, como também, para adoção de medidas que compactuem com uma racionalidade ambiental que é complexa.

Pensar em proteção ao meio ambiente envolve, dentre muitos fatores, repensar padrões de consumo, os modelos da cadeia produtiva, das atividades comerciais, a política de descarte de resíduos, sendo pertinente analisar como as preocupações com o futuro do meio ambiente repercutem nas relações comerciais.

Por isso, o trabalho tem objetivo de analisar um caso entre o Brasil e a Comunidade Europeia na Organização Mundial do Comércio (OMC) e a importação de pneus recauchutados, destacando argumentos sobre danos ambientais, os impactos no comércio internacional e, em seguida, pretende-se trazer uma nova perspectiva para o caso, à luz de princípios da economia circular como alternativa para diminuição dos danos ambientais provocados por práticas comerciais, visando o desenvolvimento ecologicamente sustentável.

A responsabilidade pelo fechamento do ciclo dos produtos é essencial para o cumprimento do dever legal de destinação ambientalmente adequada, portanto, é preciso repensar não só o modo de produção, uso e descarte, como também em como restaurar os sistemas naturais e repensar os meios de reutilização dos materiais e produtos.

Para análise do caso, empregou-se a metodologia de pesquisa bibliográfica, materiais tais como livros, artigos científicos, legislação, textos disponíveis em meio físico ou online, e o método dedutivo de abordagem.

1 ANÁLISE DO CASO

O Caso conhecido como "guerra dos pneus" ocorreu há mais de dez anos. Ele envolveu uma disputa entre o Brasil e a Comunidade Europeia (CE) na Organização Mundial do Comércio (OMC). A OMC é uma organização internacional voltada para o comércio internacional – e não especificamente para o meio ambiente.

Não obstante as questões comerciais serem objetos principais das disputas na OMC, foi criado o Comitê do Comércio e Meio Ambiente em 1994 (LOBO, 2014, p. 192), já indicando novas perspectivas ambientais nas práticas comerciais internacionais.

A OMC tem procedimentos para solução de controvérsias, recebe diversas disputas comerciais para solução. Esse procedimento de Resolução de Disputa ocorre quando os países levam a disputa até o referido órgão para analisar se os direitos e acordos estão sendo infringidos. Foi o caso da "guerra dos pneus".

A Comunidade Europeia acionou a OMC após o Brasil proibir a importação de pneus reformados e fixar multa pela importação, comercialização, transporte, conservação ou manutenção em depósito de pneus recauchutados importados.

Mais detalhadamente, o Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA) adotou a Resolução 258 de 1999 e a Resolução nº 301 de 2002, que obrigou os fabricantes e importadores a darem destinação ambiental adequada aos pneumáticos e pneus remoldados. A Portaria 8/91 do Departamento de Comércio Exterior proibiu a importação de pneus usados. Depois, através do Decreto Presidencial nº 3919/2001[1], foi fixada multa para importação de pneumáticos usados e reformados, e o Decreto Presidencial nº 4592/2003[2] eximiu essa multa pecuniária somente dos pneus vindos dos Estados partes do MERCOSUL.

Essas medidas do Brasil impactaram diretamente no comércio internacional - na importação e exportação - visto que a Europa e alguns países do Mercosul exportavam grande quantidade de pneus para o Brasil, o que passou a ser proibido, com imposição de multas.

Entre os anos de 1999 e 2005, o Brasil importava pneus reformados e usados em ritmo crescente (VARELLA, 2014). Este se tornou um depósito de pneus usados e remanufaturados, o que causava danos ambientais, além de surgir inúmeros criadouros de mosquitos, principalmente os transmissores da dengue, febre amarela, malária trazendo problemas de saúde pública.

Houve divergências nacionais sobre as proibições de importação dos pneus recauchutados e aplicação de multas. Os tribunais internos brasileiros decidiam concedendo liminares para autorizar as importações entre os anos de 2000 e 2006. Por fim, o Supremo Tribunal Federal, através de uma Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 101

---

[1] Art. 1º - O Decreto no 3.179, de 21 de setembro de 1999, fica acrescido do seguinte artigo:
"Art. 47-A. Importar pneu usado ou reformado: Multa de R$ 400,00 (quatrocentos reais), por unidade.
Parágrafo único. Incorre na mesma pena, quem comercializa, transporta, armazena, guarda ou mantém em depósito pneu usado ou reformado, importado nessas condições." (NR).

[2] "§ 2º Ficam isentas do pagamento da multa a que se refere este artigo as importações de pneumáticos reformados classificados nas NCM 4012.1100, 4012.1200, 4012.1300 e 4012.1900, procedentes dos Estados Partes do MERCOSUL, ao amparo do Acordo de Complementação Econômica n. 18."

de 2006, decidiu pela proibição de importação de pneus usados e recauchutados de qualquer país.

As medidas adotadas pelo Brasil também desencadearam polêmica no MERCOSUL (MOROSINI; SANCHEZ, 2006, p. 2-3). O Brasil foi demandado para aceitar a importação de pneus de países-membros do MERCOSUL. O Uruguai alegou a violação do livre comércio, os princípios da boa fé e pacta sunt servanda (SÁVIO, 2011, p. 356). Os argumentos, neste âmbito regional, foram meramente comerciais – e não ambientais, como na OMC.

O Tribunal Arbitral ad Hoc do MERCOSUL decidiu que havia incompatibilidades com as normativas do Mercosul e o Brasil deveria adequar sua legislação. Por isso, o Brasil publicou a Portaria da Secretaria de Comércio Exterior (SECEX) nº 2 de 8 de março de 2002 autorizando o licenciamento de importação de pneumáticos remoldados dos Estados partes do Mercosul; eximiu-os das multas pecuniárias sob os pneus remoldados importados conforme o Decreto Presidencial nº 4.592 de 11 de fevereiro de 2003 (posteriormente revogado pelo Decreto 6.514/2008); a Portaria SECEX 08/00[3] foi revogada pela Portaria nº 17 de 1 dezembro de 2003, passando a aceitar importação dos pneumáticos remoldados originários e procedentes dos Estados membros do Mercosul.

A Comunidade Europeia, por sua vez, não ficou satisfeita com essas normas brasileiras sobre importação. Para ela, os artigos I:1 (cláusula da nação mais favorecida), III (princípio do tratamento nacional), XI (proibição às restrições quantitativas), XIII:1 (princípio da não discriminação) do Acordo Geral de Tarifas e Comércio (GATT) de 1994 foram infringidos pelo Brasil, justificando o procedimento na OMC.

Ela alegou a criação de barreiras comerciais pelo Brasil, com interesse protecionista, de garantir às indústrias nacionais vantagens indevidas a produtos similares de origem estrangeira (LINS, 2007, p. 59). Ainda, haveria discriminação injustificada ou arbitrária decorrente dos mandamentos judiciais e dos pneus originários do MERCOSUL.

Sob esses argumentos em resumo, a Comunidade Europeia realizou uma consulta à OMC em 20 de junho de 2005. Depois, em 17 de novembro de 2005 solicitou um Painel, o qual foi estabelecido em 20 de janeiro de 2006 - data que foi oficializada o início do Painel.

O Brasil, em sua manifestação, apresentou a proibição de importação fundada no art.

XX (b) do Sistema GATT/OMC/1994:

[3] A Portaria SECEX nº 8 de 2000, dispunha sobre o não deferimento de licenças de importação de pneumáticos recauchutados e usados, seja como bem de consumo, seja como matéria-prima.

> Nada neste Acordo deverá ser interpretado de forma a impedir a adoção ou aplicação, por qualquer parte contratante, de medidas:
> [...]
> (b) necessárias para proteger a vida humana, animal ou vegetal, ou a saúde;

Esse Artigo do GATT 1994 apresenta exceções gerais, hipóteses nas quais são admitidas restrições ao comércio, desde que não se constitua meio de discriminação arbitrária ou injustificada entre os países onde existem as mesmas condições, ou seja, uma restrição disfarçada.

O Brasil invocou este dispositivo para justificar a proibição de importação da CE, como medida necessária para proteger a saúde humana e do meio ambiente. Alegou que a importação de pneus reformados pelo Brasil trouxe impactos negativos ambientais e na saúde pública. Argumentou que o acúmulo de pneus tem elevado potencial poluidor, com liberação de substâncias químicas tóxicas, metais pesados no meio ambiente e tem relação com incêndios, além da proliferação de mosquitos que transmitem doenças como dengue, febre amarela, malária atingindo a saúde e a vida tanto de pessoas como de animais.

Observa-se que diversos estados brasileiros têm dificuldade de estrutura suficiente de reciclagem e muitos pneus usados eram jogados em rios, deixados nos fundos das casas, em terrenos baldios, queimados, como destaca Marcelo Varella (2014).

Dessa forma, o caso envolve medidas ambientais e suas implicações no comércio internacional. Ademais, o destino ecologicamente adequado para resíduos sólidos dos pneus se tornou uma questão importante, com reflexos comerciais, ambientais e sanitários, sobre a proliferação de mosquitos e doenças. Dessa forma, os três importantes aspectos analisados pela OMC foram em suma: I) o risco à saúde pública, II) os riscos ao meio ambiente, III) a discriminação injustificada ao comércio internacional.

Destaca-se que a Comunidade Europeia dispõe da Diretiva sobre Aterros da Comunidade Europeia, na qual proibiu a partir de 2006 o descarte de pneus usados nos aterros sanitários em seu território - mesmo se triturados (LOBO, 2014, p. 199). Isso não proibiu a exportação dos mesmos – no caso, para o Brasil. Ora, há preocupação com proteção do meio ambiente em território europeu, mas e quando se trata de exportação para o Brasil?

No procedimento da OMC, a CE não discutiu a existência do risco para a saúde e das enfermidades transmitidas por mosquitos, mas sim que o Brasil não demonstrou o vínculo específico entre a propagação das doenças ou os efeitos prejudiciais dos incêndios de pneus e a acumulação dos resíduos, exceto se forem não bem gerenciados, armazenados (ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO, p. 191). A Comunidade Europeia propôs

que o Brasil deveria manejar e controlar os descartes, como alternativa, e não evitar o acúmulo dos pneus (SHOLOEMANN, 2008, p. 1).

O Painel apresentou aos membros um relatório em 12 de junho de 2007. Neste, entendeu que as medidas são inconsistentes com o GATT de 1994. Mais especificamente, concluiu que a proibição de importar pneus reformados pelo Brasil, através das Portarias da SECEX e a Resolução do CONAMA 23/1996 são incoerentes com o GATT e as multas do Decreto Presidencial 3.179 e 3.913, são injustificadas pelo artigo XX (b) e (d) do GATT 1994. As Leis 12.114 e 12.381 também são inconsistentes com o art. III, 4 e não justificado pelo artigo XX (b), ambos do GATT 1994.

O Grupo Especial reconheceu a existência do risco à saúde pública, ao meio ambiente, à vida de pessoas e dos animais em consequência de doenças transmitidas pelos mosquitos, como dengue e febre amarela, e relacionadas ao acúmulo e transporte de resíduos de pneus (ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO, 2007, p. 194-198).

Também considerou estar demonstrada a existência de riscos de incêndios de pneus pela acumulação dos mesmos, com emissões tóxicas causadas pela queima dos pneus que geram riscos e danos ambientais e à saúde pública (ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO, 2007, p. 206).

Ainda, manifestou que o artigo XX, do GATT 1994 permite adoção de medidas necessárias para proteger a vida, a saúde das pessoas e dos animais, para preservação da flora, sendo estas últimas preservações uma parte essencial da proteção do meio ambiente, reconhecida pela OMC (ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO, 2007, p. 212).

Nesse sentido, entendeu que a proibição de importação é uma medida – eficaz - que contribui para redução da quantidade de pneus recauchutados e, por sua vez, para a redução dos riscos à saúde, à vida das pessoas e preservação da fauna e flora.

Por fim, o Grupo Especial concluiu que as medidas do Brasil estão sendo aplicadas de uma forma que constituem discriminação injustificada e as multas penalizam o ato de importar pneus recauchutados, atuando como restrição à importação, como uma restrição ao comércio internacional incompatíveis com o GATT de 1994 (ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO, 2007, p. 284-288).

Posteriormente, em 03 de setembro de 2007, a Comunidade Europeia manifestou seu interesse de apelar ao Órgão de Apelação (OA). Três meses depois, em 03 de dezembro de 2007, o OA manteve a conclusão do painel em alguns pontos e reverteu a conclusão do Painel em outros: a proibição de importação foi mantida por poder ser considerada “necessária”, conforme artigo XX (b) e ser provisoriamente justificada. Também foi mantida a proibição de

importação - que não se justifica pelo artigo XX, GATT 1994. Por outro lado, reverteram as conclusões do Painel sobre a isenção do MERCOSUL e a discriminação injustificável de proibição de importação, concluindo que houve discriminação arbitrária ou injustificável quanto à exceção do Mercosul, conforme artigo XX e constatou que "as importações de pneus usados por meio de liminares judiciais resultaram na aplicação da proibição de importação de maneira que constitui discriminação arbitrária ou injustificável na acepção do caput do Artigo XX" (WORLD TRADE ORGANIZATION, 2020).

Assim, a OMC considera os objetivos legítimos e as medidas razoáveis, tolera políticas ambientais preventivas (no caso, seria para evitar acúmulo de detritos de pneus), mas não tolera a discriminação (SHOLOEMANN, 2008, p. 1-2).

Posteriormente, houve uma sentença arbitral para decidir o prazo razoável para o Brasil implementar as recomendações e decisões do DSB (Dispute Settlement Body), na qual fixou prazo de 12 meses a partir da adoção dos relatórios do Painel e do Órgão de Apelação.

Esse prazo terminou em 17 de dezembro de 2008, mas foi realizado um acordo entre o Brasil e a Comunidade Europeia para estendê-lo. Em setembro de 2009, o Brasil apresentou relatórios da implementação das recomendações e decisões do DSB.

Foi, em parte, uma derrota para o Brasil e, de outro modo, foi uma vitória para a argumentação ambiental, sendo "a primeira vez que uma jurisdição, no caso a OMC, reconheceu que a medida restritiva tomada pelo Brasil era necessária à proteção do meio ambiente e da saúde pública" (SÁVIO, 2011 p. 364). No mesmo sentido, SHOLOEMANN (2008, p. 1) entende ser uma vitória da "aplicação de políticas ambientais e de saúde pública sobre disciplinas comerciais".

Nota-se que o Brasil se deparou com três decisões - do MERCOSUL, da OMC e do STF - envolvendo a importação de pneus usados, remoldados, recauchutados, com reflexos comerciais e na política ambiental.

Depois dos procedimentos do Painel na OMC, o Brasil realizou mudanças, sendo algumas aqui destacadas: o CONAMA publicou a Resolução 416 de 30 de setembro de 2009, sobre prevenção à degradação ambiental causada por pneus inservíveis e sua destinação ambiental adequada, entre outras providências; a Lei 13.305 de 02 de agosto de 2010 instituiu a Política Nacional de Resíduos Sólidos (PNRS) e, em 14 de novembro de 2008 no Rio de Janeiro, foi realizada a IX Reunião dos Ministros do Meio Ambiente, na qual um dos assuntos tratados foi a política de resíduos sólidos, incluindo os pneumáticos.

Assim, o caso chamou a atenção para os problemas ambientais e os impactos nas práticas comerciais internacionais, sendo necessário pensar em políticas públicas ambientais,

alternativas para evitar danos ambientais, repensar os modelos de negócios, quais produtos são importados, as responsabilidades dos fabricantes, importadores e exportadores, quais as destinações adequadas dos produtos e resíduos.

Diante disso, serão apresentados os princípios da economia circular (EC) como uma das alternativas de práticas sustentáveis, pois, essa necessidade é latente para proteção ambiental, uma vez que, o ciclo natural do ambiente fornece o necessário para sua manutenção, porém, é alterado pela ação humana e resulta em desequilíbrios e desastres ambientais.

1.1 Princípios da Economia Circular e Desenvolvimento Ecologicamente Sustentável

A Constituição da República em seu artigo 225 prevê a imposição ao poder público e à coletividade para que o ambiente seja protegido e resguardado, mantendo-se o equilíbrio ecológico em prol da sadia qualidade de vida, enquanto direito de todos (BRASIL, 1988).

Essa responsabilidade depende de estratégias para o melhor direcionamento das ações, assim, visualiza-se no artigo 7º da PNRS os seguintes objetivos: a) não geração, redução, reutilização, reciclagem e tratamento dos resíduos sólidos, inclusive disposição final ambientalmente adequada dos rejeitos; b) estimular a adoção de padrões sustentáveis de produção e consumo de bens e serviços; c) adotar, desenvolver e aprimorar tecnologias limpas para minimização de impactos ambientais; d) reduzir o volume e periculosidade dos resíduos perigosos; e) incentivar a indústria da reciclagem, visando o fomento do uso de matérias- primas e insumos derivados de materiais recicláveis e reciclados; f) gestão integrada de resíduos sólidos; g) diálogo entre as diferentes esferas do poder público, integradas com o setor empresarial, para cooperação técnica e financeira na gestão integrada de resíduos sólidos; h) capacitação técnica continuada na área de resíduos sólidos (Brasil, 2010), e estes se alinham aos princípios de economia circular, como se demonstrará a seguir.

O termo economia circular popularizou-se com a velejadora Ellen MacArthur e a fundação que leva seu nome objetiva expandir os ideais trabalhando com governos, empresas e universidades para alcançar uma economia que desde o processo inicial seja regenerativa e restaurativa (FOUNDATION, 2020), da mesma maneira, a “International Organization for Standardization” tem trabalhado para elaboração de uma norma internacional para a economia circular (ISO, 2020).

Os princípios de economia circular baseiam-se em três premissas: regenerar sistemas naturais; manter produtos e materiais em uso e eliminar resíduos e poluição desde o princípio. Para tanto, tem-se elencado pela Fundação Ellen MacArthur (2015) os princípios de economia

circular em três perspectivas considerando a estrutura “ReSOLVE” (que se traduz em: Regenerar, Compartilhar, Otimizar, Loop, Virtualizar e Troca):

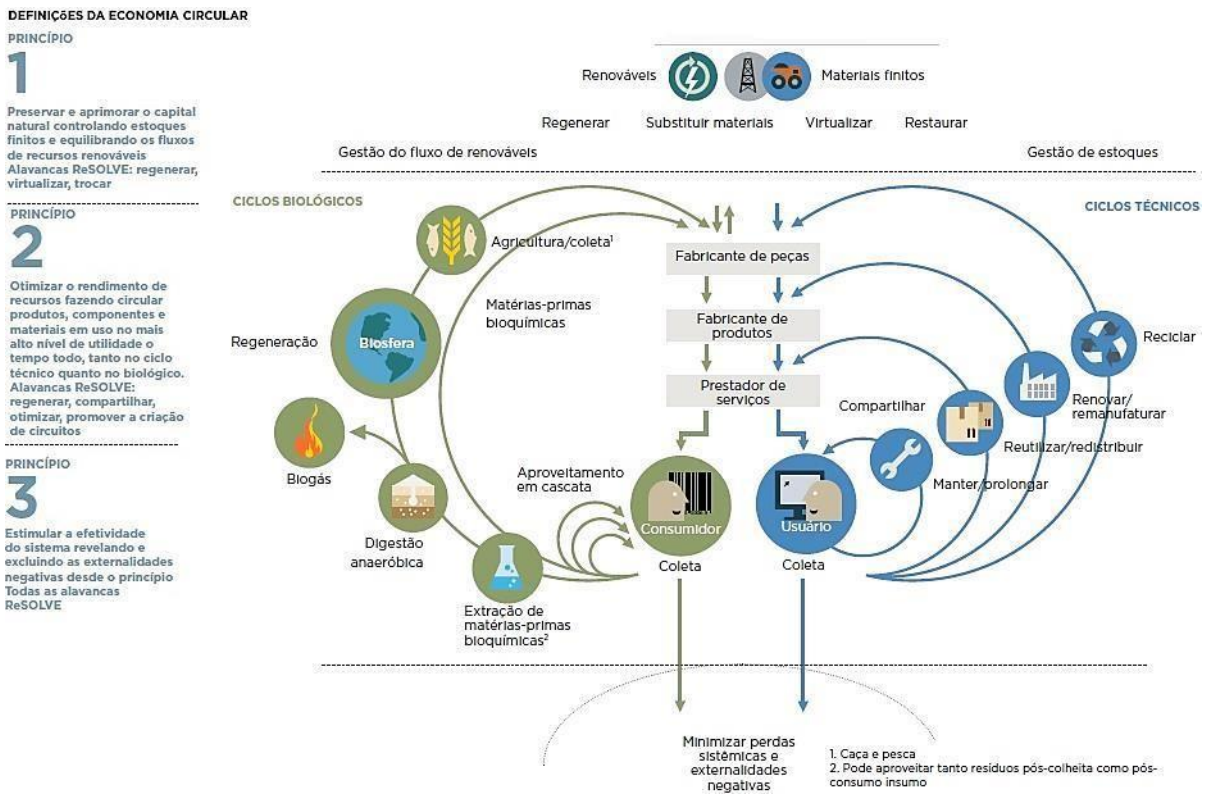
1º Princípio: atenta-se para a preservação e aprimoramento do capital natural controlando-se o estoque e equilíbrio de fluxos dos recursos renováveis (visando regenerar, virtualizar e trocar);

2º Princípio: atenta-se para a otimização do rendimento de recursos para circularidade dos produtos, componentes, como também, materiais para uso em seu nível mais elevado de utilização em tempo integral, nos ciclos técnicos e biológicos (visando regenerar, compartilhar, otimizar e promover a criação de circuitos);

3º Princípio: atenta-se para a estimulação da efetividade do processo sistemático mostrando e eliminando as externalidades desfavoráveis desde o início, e, comporta todos os elementos da estrutura “ReSOLVE”.

A figura abaixo demonstra as perspectivas elencadas pela Fundação Ellen MacArthur, considerando os ciclos biológicos e técnicos para a circularidade:

Figura 1 – Diagrama da Economia Circular



Fonte: Adaptado de Ellen MacArthur Foundation - CE100 Brasil, 2017.

Diante da estrutura apresentada, pesquisas científicas de diversos autores são assíduas em suas propostas quanto à necessidade de políticas públicas, ações governamentais ou legislativas para que essa transição ocorra (Espósito et al., 2018; Zhou et al., 2018; Wang et al., 2019; Tan e Guo, 2019; Oliveira et al., 2019; Guarnieri et al., 2020).

A atuação sistemática e integrada é essencial para que os objetivos das normas de proteção ambiental em conjunto com os princípios de economia circular, sejam alcançados, e impende em cooperação entre os países para que os acordos sejam aferidos no melhor interesse da casa comum, visto que, os problemas ambientais podem ocasionar consequências em escala global, considerando-se ainda que:

> O acelerado processo de globalização foi impulsionado e se tornou gigantesco devido à união de interesses políticos e comerciais com o poder das tecnologias. Esse é um fenômeno técnico, mas, também demonstra a capacidade humana de superar permanentemente os seus próprios limites e surpreender a si, aos demais e a própria natureza. (ZAMBAM; STAFFEN, 2016, p. 21).

Após diversos movimentos ambientais na década de 60, 70, na segunda metade do século XX surge o termo “desenvolvimento sustentável”, que motivou diversos instrumentos internacionais, firmado na Agenda 21 e incorporado nas demais agendas no mundo, outros documentos tais como: Os limites do crescimento (1976), Carta de Ottawa (1986), Relatório de Brundtland (1987), foram fundamentais para construção do conceito que, embora não tenha uma definição determinada, resulta, consequentemente, do desenvolvimento nas searas: social, econômica e de preservação ambiental (BARBOSA, 2008).

Deste modo, há que se adotarem novas maneiras integradas de pensar quanto a não geração de resíduos, na transformação dos resíduos existentes e na restauração dos sistemas naturais, incorporando-se os princípios de economia circular em todas as esferas de atuação, como também na elaboração de instrumentos que objetivam a preservação considerando o viés ecológico das questões.

Como também, há que se considerarem as perspectivas de sustentabilidade que “consiste em encontrar meios de produção, distribuição e consumo dos recursos existentes de forma mais coesiva, economicamente eficaz e ecologicamente viável” (BARBOSA, 2008) e que corroboram com os ideais de economia circular.

Assim, em se tratando do caso analisado, a PNRS no artigo 33, caput e inciso III, dispõe que:

> São obrigados a estruturar e implementar sistemas de logística reversa, mediante retorno dos produtos após o uso pelo consumidor, de forma independente do serviço público de limpeza urbana e de manejo dos resíduos sólidos, os fabricantes, importadores, distribuidores e comerciantes de:
> [...]
> III - pneus; (BRASIL, 2010).

A implementação da economia circular ainda é recente no Brasil, porém, sua contribuição é uma alternativa de suma importância para adoção de novas medidas pensando no desenvolvimento ecologicamente sustentável, e a logística reversa constitui uma porta de entrada para essa transição, oportunizando a prática dos princípios aqui demonstrados.

Em se tratando da visão internacional da questão há que se considerar que a má gestão de resíduos sólidos, neste caso, os pneus, além da problemática no comércio internacional, pode ocasionar graves problemas ambientais e de saúde, portanto, a adoção de estratégias que possam mitigar e evitar tais danos devem ser atendidas e planejadas cooperativamente, pois, as questões ambientais alcançam a todos, e é essencial que se tenha consciência coletiva para a tomada de decisões.

As questões ambientais ao serem visualizadas de maneira ampla e integrada demonstram a capacidade de impacto planetário, já que, como na atual pandemia, não obedecem a limitações geográficas, como também, a exploração irresponsável na natureza reflete na finitude ou extinção dos bens ambientais, tornando urgente a necessidade de mudança de padrões e estruturando uma nova forma de tratamento e destinação dos resíduos.

Por pneu inservível entende-se que “são pneus cuja vida útil terminou e que precisam ser descartados em um ambiente correto de modo que não cause o desequilíbrio ecológico e ambiental” (SINDBORPR, 2014), entretanto, no caso analisado é responsabilidade dos fabricantes e importadores coletar, transportar e dar destinação ambientalmente adequada.

Assim, a circularidade compreende em alternativas tecnológicas para o alcance deste objetivo, a Associação Nacional da Indústria de Pneumáticos-ANIP atua:

> [...] na defesa dos interesses do setor e do comércio internacional. Uma dessas atuações é na defesa contra a prática de dumping por algumas empresas que importam para o Brasil com preços abaixo dos praticados em outros mercados, sendo considerada uma atividade condenada pela OMC.
>
> [...]
>
> A ANIP trabalha no Programa Nacional e Coleta e Destinação de Pneus Inservíveis desde 1999. Em 2007 a ANIP criou a Reciclanip, entidade voltada exclusivamente para a realização deste trabalho no país. A Reciclanip é uma referência mundial em logística reversa, sendo a maior da América Latina no setor de pneus, reunindo mais de 1.026

> pontos de coleta distribuídos por todo o país. Desde o início da operação até o final de 2019, foram coletados e destinados adequadamente mais de 5,23 milhões de toneladas de pneus inservíveis, o equivalente a 1,04 bilhão de pneus de passeio. A indústria nacional já investiu R$ 1,6 bilhão nesta operação (ANIP, 2020).

Além disso, dentre as possibilidades, os pneus podem ser utilizados para pavimentação de estradas conforme tecnologia desenvolvida na Austrália (ARABIOURRUTIA et al., 2020), como também, é possível a sua reutilização de várias maneiras, conforme demonstra Hered de Souza, dentre elas tem-se:

> [...] a queima nos fornos de cimenteiras ou em caldeiras das fábricas de papel e celulose (como fonte de energia), além da utilização de grandes quantidades em processos de pirólise (retirada de gás e óleo). Dos processos tecnológicos mais complexos para a reciclagem de pneus, atualmente estas são as opções mais utilizadas no Brasil - a queima através das fábricas de cimento [...], e a pirólise feita. [...] os maiores investimentos em tecnologia ficam por conta das cimenteiras na adaptação de seus fornos para a queima de pneus inservíveis, uma vez que ao receber este material estas fábricas têm duas vantagens - diminuem custos com energia e são remuneradas pelos fabricantes de pneus para destruir este material em seus fornos.
>
> [...] os mais utilizados no Brasil envolvem a recauchutagem de pneus (ônibus e caminhões); a desvulcanização com a trituração da borracha em partículas de vários tamanhos para aplicações em misturas diversas - asfalto-borracha; fabricação de artefatos de borracha (tapetes automotivos, sola de sapatos, pisos esportivos, etc).
>
> As demais opções de reutilização de pneus inservíveis como exemplo as obras de drenagem, construção de muros de arrimo, barreiras de contenção, aterros, surgem de iniciativas municipais, de pesquisadores e associações não-governamentais que buscam formas alternativas de reciclagem deste material. Estas opções não são consideradas a melhor destinação para os pneus descartados, além de contribuir paliativamente para a solução do problema (2007, 89-90).

As empresas ao adotarem a economia circular transformam resíduo em matéria-prima diminuindo em grande medida o impacto ambiental, a campanha “O Automóvel na Economia Circular” é um exemplo de iniciativa que consegue reciclar 95% dos automóveis, incluindo os pneus (CASTANHEIRA, 2020).

Entretanto, a tributação e impostos que envolvem o processo são desafios a serem enfrentados para que a economia circular seja cada vez mais incorporada, como também o investimento em pesquisas é essencial para que se possa realizar a destinação adequada dos pneumáticos e a elaboração de políticas públicas, como se destaca:

> [...] há falta de políticas públicas nos vários níveis de governo, que visem eliminar o passivo ambiental existente de forma mais eficaz, e promovam a prevenção e a minimização de resíduos sólidos especiais, com especial atenção para a criação de

> incentivos que ampliem o ciclo de vida útil dos pneus e priorizem na etapa pós-consumo a reutilização e a reciclagem.
>
> Da mesma forma, verifica-se que se torna imprescindível também, um maior grau de articulação dos setores de produção e importação de pneumáticos com o Poder Público Municipal que poderia assumir o papel de facilitador na mobilização dos segmentos envolvidos, a fim de que os responsáveis diretos consigam cumprir as próximas metas anuais previstas nas Resoluções CONAMA mencionadas, reduzindo o passivo ambiental presente no meio urbano (CIMINO; ZANTA, 2005).

Diante do exposto, visualiza-se uma série de questões a serem consideradas para efetivação dos princípios de economia circular e que dependem da atuação do poder público nos diversos níveis, para que se promova a valorização e transformação do resíduo em ativo e diminuam-se os impactos ambientais, visando o desenvolvimento ecologicamente sustentável.

CONCLUSÃO

Diante do caso Guerra dos Pneus exposto, foram constatados riscos à saúde, ao meio ambiente, pessoas e animais decorrentes da importação de pneus recauchutados. A precarização da estrutura e má gestão de pneus geraram implicações no comércio internacional, levando o Brasil à adoção de medidas para mitigá-las.

Assim, ao Brasil ser acionado pela CE na OMC, quanto à proibição de importação de pneus recauchutados, verificou-se que a medida é eficaz para redução dos riscos apresentados, entretanto, o país incorreu em discriminação injustificada e em incompatibilidades, porém, vitorioso quanto ao reconhecimento da argumentação em favor meio ambiente e dá saúde, e possibilitou ajustes regulamentares em matéria ambiental. Dessa forma, o caso demostrou a necessidade de repensar o comércio internacional, seus impactos ambientais, considerando a economia circular como alternativa.

Sobre os princípios de economia circular, verificou-se que visam regenerar sistemas naturais, manter produtos e materiais em uso e retirar a noção de poluição e resíduo desde o início da cadeia, auxiliando o desenvolvimento ecologicamente sustentável por proporcionar novos usos e fechamento do ciclo do produto, que por sua vez só se materializa se a consciência plural for incentivada.

Deste modo, ao aplicar as perspectivas circulares da economia ao caso apresentado, visualiza-se o potencial de reutilização do resíduo, considerando as vertentes: social, econômica e ambiental, e que demanda por atuação do poder público na tomada de decisão, investimento em pesquisas científicas, instituição de normas e políticas públicas sistematizadas, integradas

voltadas para a circularidade e, consequentemente, para a diminuição dos impactos negativos do comércio internacional.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Hered de Souza. **Pneus Inservíveis: Alternativas Possíveis de Reutilização.** Monografia (Graduação em Ciências Econômicas). Universidade Federal de Santa Catarina. Santa Catarina, p. 101, 2007.

ANIP. **Institucional.** Disponível em: https://www.anip.org.br/institucional/. Acesso em: 23 set. 2020.

ARABIOURRUTIA, Miriam; LOPEZ, Gartzen; ARTETXE, Maite; ALVAREZ, Jon; BILBAO, Javier; OLAZAR Martin. Waste tyre valorization by catalytic pyrolysis – A review. **Renewable and Sustainable Energy Reviews**, vol. 129, September 2020, 109932, p 1-24. https://doi.org/10.1016/j.rser.2020.109932.

BARBOSA, Gisele Silva. O Desafio do Desenvolvimento Sustentável. **Revista Visões** 4ª Edição, n. 4, vol. 1, jan/jun 2008.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Constituição (1988). Brasília, DF, Senado, 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.senado.gov.br/legislacao/const/con1988/CON1988_05.10.1988/CON1988.sht. Acesso em: 23 set. 2020.

BRASIL. Lei nº 12.305, de 02 de agosto de 2010. **Institui a Política Nacional de Resíduos Sólidos e dá outras providências.** 2010. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12305.htm. Acesso em: 23 set. 2020.

CASTANHEIRA, Bruno. **Valorpneu explica papel do automóvel na Economia Circular.** Disponível em: http://revistadospneus.com/pt/2020/02/04/valorpneu-explica-papel-do-automovel-na-economia-circular/. Acesso em: 23 set. 2020.

CIMINO, Marly Alvarez; ZANTA, Viviana Maria. Gerenciamento de pneumáticos inservíveis (GPI): análise crítica de ações institucionais e tecnologias para minimização. **Eng. Sanit. Ambient.**, Rio de Janeiro, v. 10, n. 4, p. 299-306, dez. 2005. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-41522005000400006&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 23 set. 2020.

ESPOSITO, Mark; TSE, Terence; SOUFANI, Khaled. Reverse logistics for postal services within a circular economy. **Thunderbird International Business Review**, v. 60, n. 5, p. 741-745, 2018.

FOUNDATION, Ellen MacArthur; CEE100 Brasil. **Uma Economia Circular no Brasil: uma abordagem exploratória inicial.** 2017.Disponível em: https://www.ellenmacarthurfoundation.org/assets/downloads/Uma-Economia-Circular-no-Brasil_Uma-Exploracao-Inicial.pdf. Acesso em: 23 set. 2020.

GUARNIERI, Patricia; CERQUEIRA-STREIT, Jorge A.; BATISTA, Luciano C. Reverse logistics and the sectoral agreement of packaging industry in Brazil towards a transition to circular economy. **Resources, Conservation and Recycling**, v. 153, p. 104541, 2020.

ISO (International Organization for Standardization). **ISO/TC 323 - Circular economy.** Disponível em: https://www.iso.org/committee/7203984.html. Acesso em: 23 set. 2020.

LOBO, Paulo Nicholas Mesquita. O Meio Ambiente Dentro do Comércio Internacional: uma análise do dumping ambiental. **Revista Faculdade de Direito da Universidade de Federal do Ceará,** Fortaleza, v. 35, n. 1, p. 181-203, 2014.

MATIAS, João Luis Nogueira; ZANOCCHI, José Maria M. A compatibilização entre o comércio internacional e a proteção ao meio ambiente no âmbito da OMC: análise do caso das restrições à importação de pneus recauchutados pelo Brasil. **Anais do XX CONPEDI.** Florianópolis: Boiteux, v. 1, p. 4995-5015, 2011.

MOROSINI, Fábio; SANCHEZ, Michelle Ratton. A Guerra dos Pneus. ***In:*** "Casoteca Latino-americana de Direito e Política Pública", p. 1-34. 2006. Disponível em: https://direitosp.fgv.br/sites/direitosp.fgv.br/files/narrativafinal12.09.06-aguerradospneus.pdf. Acesso em: 17 set. 2020.

OLIVEIRA, Carla Tognato DE; LUNA, Monica M. M; CAMPOS, Lucila M. S. Understanding the Brazilian expanded polystyrene supply chain and its reverse logistics towards circular economy. **Journal of Cleaner Production**, v. 235, p. 562-573, 2019.

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO. **Informe del Grupo Especial:** Brasil medidas que afectan las importaciones de neumáticos recauchutados. Disponível em: https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/SS/directdoc.aspx?filename=S:/WT/DS/332R-00.pdf&Open=True. Acesso em: 17 set. 2020.

SÁVIO, Adriana Marcena S. O Caso dos pneus perante a OMC e o Mercosul. **Revista Universitas: Relações Internacionais,** Brasília, v. 9, n.1, p, 349-370, jan./jun. 2001.

SHLOEMANN, Hannes. Caso dos Pneus: artigo XX do GATT deixa espaço para políticas nacionais? **FONTES,** v. 4, n.1, p.3-5, 2008.

SINDBORPR. **Pneus Inservíveis:** os que são, para quê servem e para onde devem ir? 2014. Disponível em: http://www.fiepr.org.br/sindicatos/sindbor/News11328content242899.shtml#:~:text=pela%20preserva%C3%A7%C3%A3o%20ambiental.-,Pneus%20inserv%C3%ADveis%20s%C3%A3o%20pneus%20cuja%20vida%20%C3%BAtil%20terminou%20e%20que,coleta%20em%20todo%20o%20Brasil. Acesso em: 23 set. 2020.

TAN, Yue; GUO, Chunxiang. Research on Two-Way Logistics Operation with Uncertain Recycling Quality in Government Multi-policy Environment. **Sustainability**, v. 11, n. 3, p. 882, 2019.

VARELLA, Marcelo D. Dificuldades de Implementação das Decisões da OMC: um estudo de caso a partir do contencioso de pneus. **Revista Direito GV,** São Paulo, v. 10, n. 1, p. 53-68, jan./ jun. 2014.

WANG, Z.; HAO, H.; GAO, F.; ZHANG, J.; ZHOU, Y. Multi-attribute decision making on reverse logistics based on DEA-TOPSIS: A study of the Shanghai End-of-life vehicles industry. **Journal of Cleaner Production,** v. 214, p. 730-737, 2019.

WORLD TRADE ORGANIZATION. **Brasil - medidas que afetam as importações de pneus reformados.** Disponível em: https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds332_e.htm Acesso em: 17 set. 2020.

ZAMBAM, Neuro José; STAFFEN, Márcio Ricardo. O Cuidado da "Casa Comum" e as Demandas da Justiça Global. **Argumenta Journal Law**, Jacarezinho - PR, n. 25, p. 16-36, mar. 2017. ISSN 2317-3882. Disponível em: http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/776. Acesso em: 23 set. 2020. doi:http://dx.doi.org/10.35356/argumenta.v0i25.776.

ZHOU, Z.; CAI, Y.; XIAO, Y.; CHEN, X.; ZENG, H. The optimization of reverse logistics cost based on value flow analysis – a case study on automobile recycling company in China. **Journal of Intelligent and Fuzzy Systems,** v. 34, n. 2, p. 807-818, 2018.

A DEFINIÇÃO DE SUPERENDIVIDAMENTO E A TUTELA DO CONSUMIDOR

Tiago Cappi Janini
Mestre e Doutor em Direito do Estado pela PUC/SP. Coordenador e professor no programa de Mestrado Acadêmico em Direito no Centro Universitário Salesiano de São Paulo (UNISAL), U.E. Lorena.

Edson Camara de Drummond Alves Junior
Mestrando no programa de Mestrado em Direito do Centro Universitário Salesiano de São Paulo (UNISAL), U.E. Lorena. Especialista em Direito Civil e Processual Civil pela Universidade Candido Mendes (UCAM/RJ). MBA Executivo em Gestão e Business Law pela Fundação Getúlio Vargas (FGV/RJ). Professor na Universidade Vale do Rio Verde - UNINCOR.

RESUMO: A facilidade de acesso ao crédito somada à ausência de políticas públicas de educação financeira faz com que apareça a figura do superendividamento. Tendo em vista a necessidade de se tutelar o consumidor superendividado, o objetivo deste trabalho consiste em apresentar uma definição para o conceito de superendividamento. Identificar um conceito de superendividamento é importante para reconhecer quais são as pessoas que precisam de uma especial proteção do sistema jurídico em razão de uma condição de hipervulnerabilidade. Para isso, utilizou-se o método dedutivo, com pesquisa documental. Ao final, entende-se que superendividamento é a impossibilidade não momentânea do consumidor, pessoa física e de boa-fé, de cumprir com o conjunto de suas dívidas atuais e futuras de consumo.
PALAVRAS-CHAVE: Consumidor superendividado; Hipervulnerabilidade; Sociedade de consumo.

ABSTRACT: The ease of access to credit added to the absence of public policies for financial education makes the figure of over indebtedness appear. In view of the need to protect the overindebted consumer, the objective of this work is to present a definition for the concept of over-indebtedness. Identifying a concept of over-indebtedness is important to recognize which people need special protection of the legal system due to a condition of hypervulnerability. For this, the deductive method was used, with documentary research. In the end, understood that over indebtedness is the non-momentary impossibility of the consumer, a natural person and in good faith, to comply with all their current and future consumer debts.
KEYWORDS: Overindebted consumer; Hypervulnerability; Consumer society.

INTRODUÇÃO

No Brasil, a partir da década de 1.990, com a estabilização econômica alcançada mediante a adoção do Plano Real, no governo do então presidente Itamar Franco, o Estado brasileiro começou a adotar como política pública oficial a concessão, mediante instituições financeiras oficiais, massiva de crédito a pessoas com baixa renda (por meio do que ficou conhecida como "Economia/Cultura do Endividamento", ao contrário de outros países que incentivam a sua população a economizar), em uma tentativa de conter a desaceleração econômica e com respectivo o aumento do Produto Interno Bruto (PIB), o que, inicialmente, gerou resultados positivos (como a inserção de consumidores no sistema bancário, assim como a elevação da qualidade de vida, mediante aquisição de bens antes impossíveis de consumo para determinada camada populacional).

Todavia, essa política facilitadora de crédito trouxe também consequências negativas principalmente em virtude, dentre outros motivos, da falta de educação financeira de sua população e de práticas abusivas dos prestadores de serviços e fornecedores de produtos, o que gerou o descontrole financeiro de parte da população.

Com isso, houve um aumento do número de superendividados, fenômeno esse comum nas sociedades de consumo em nações desenvolvidas ou em desenvolvimento, inclusive com a devida proteção legal em diversos países como, dentre outros, Portugal, Inglaterra, Estados Unidos e França e que, infelizmente, não há, ainda, previsão em nosso ordenamento jurídico brasileiro, o que gera a utilização, pela doutrina nacional, da legislação estrangeira (notadamente a francesa) como base de estudo de tal fenômeno social no intuito de conceituar e caracterizá-lo no solo brasileiro para, ao fim, proteger a dignidade da pessoa humana diante de tal circunstância.

O objetivo principal deste trabalho é apresentar um conceito de superendividamento tendo em vista a necessidade de proteção desse tipo de consumidor, que atinge uma condição de hipervulnerabilidade. Os objetivos específicos consistem em demonstrar, inicialmente, que a concessão indiscriminada do crédito pelas instituições financeiras, a vulnerabilidade do consumidor brasileiro e a maior circulação de bens de consumo no passado estão relacionadas com o superendividamento dos consumidores e identificar um conceito de superendividamento do consumidor com a finalidade de determinar a sua proteção legal e, por fim, expor as suas causas, perfis e tipos de superendividados.

Para atingir os objetivos propostos, utiliza-se do método dedutivo e de uma pesquisa descritiva e documental com análise de textos bibliográficos e da legislação.

1 A CONTEMPORÂNEA SOCIEDADE DE CONSUMO BRASILEIRA E A CONCESSÃO INDISCRIMINADA DO CRÉDITO

Durante anos, diante de uma economia pulsante e com o mercado brasileiro contagiado pelo bom momento vivido internamente em comparação a outros países que sofriam uma crise de natureza global, as instituições financeiras, em nosso território, concediam, freneticamente, de maneira fácil, ilimitada e indistintamente, crédito, por meio de empréstimos pessoais, consignados, crédito direto e cheque especial aos consumidores.

Esse fenômeno, conhecido como “democratização” ou “vulgarização” do crédito (BUCAR, 2.017, p. 15), funciona como um vetor de crescimento econômico interno e instrumento de acessibilidade aos bens de consumo por estratos sociais que não tinham condições de desfrutar de todas as benesses de nossa sociedade de consumo, em uma medida de Política Pública com o fito de ascensão à classe média.

Porém, passado esse momento de euforia, as consequências dessa concessão indiscriminada de crédito, que é utilizada, em muitos casos, de maneira não consciente e com gastos que não agregam qualquer valor econômico ao rendimento familiar (sem um acompanhamento de receita correspondente), começam a surgir em nosso cotidiano.

Em pesquisa apresentada por Antônio José Maristrello Porto e Patrícia Regina Pinheiro Sampaio (2.016, p. 35-36), em 2.005, o número de endividados girava em torno de 20% da população brasileira, chegando ao patamar de 46% em outubro de 2.014, índice muito superior a diversos países, como o Reino Unido, por exemplo, em que o percentual é de 06%, conforme o relatório “Consumer credit and consumers in vulnerable circunstances” (PORTO; SAMPAIO, 2.016, p. 44-45).

A década de 90 representou um importante marco para a economia brasileira, principalmente com o início da estabilidade macroeconômica, resultando em grandes e importantes transformações em nossa economia. Medidas como o Plano Real, o regime de metas para a inflação, o câmbio flutuante, a lei de responsabilidade fiscal, entre outras, foram determinantes na construção de um cenário positivo para o desenvolvimento e a expansão do crédito no Brasil. Isso porque essa estabilidade macroeconômica criou condições que favoreceram o aumento do investimento e do consumo das famílias, ainda que eventualmente financiado por crédito (OLIVEIRA, 2.016, p. 69).

Em nossa sociedade de consumo de massa, o crédito possui destacado papel, servindo tanto para o consumidor adquirir bens de alto valor financeiro, caracterizados como luxuosos (como carros, mansões, etc.), assim como para os de necessidades básicas do dia a dia, como alimentação, moradia e saúde, desempenhando relevante função social no desenvolvimento econômico de todos e da nação. Jean Baudrillard (*apud* BERTONCELLO, 2.015, p. 20), ao comentar acerca do fundamento ético da produção e do consumo capitalista, afirma que: "O crédito constitui um processo disciplinar de extorsão da força de trabalho e de multiplicação da produtividade".

Devemos lembrar, ainda, que, atualmente, pelo trabalho do *marketing*[1], as pessoas são estimuladas e impulsionadas ao consumo, desde cedo, de produtos e serviços, muitas vezes desnecessários à sobrevivência, com a criação de pseudonecessidades, utilizando-se, excessivamente, de recursos de instituições financeiras para esse objetivo.

Ainda, de acordo com o magistério de Danielle Borges, Maria de Fátima Wolkmer e Mercedes Schumacher (2.016, p. 98), o sistema capitalista vem se sustentando, principalmente, a partir da circularidade promovida pelo consumo obtido pela chamada "democratização do crédito". Nessa lógica, quanto mais consumo, mais se gerará o lucro esperado pelos agentes econômicos, criando-se mais postos de trabalho, aumentando-se, por consequência, o poder econômico da população e a aquisição de bens, sejam essenciais ou supérfluos.

Ademais, tem-se o discurso evolucionista, que prega a vida intensa, não comprometida, antecipando o futuro, sendo, conforme palavras de Daniel Bucar (2.017, p. 45), maximizado na simbólica frase "compre agora e pague depois". Porém, tal atitude acarreta o comprometimento do futuro tanto do indivíduo como o de sua família, além de gerar graves problemas ao meio ambiente e o agravamento das desigualdades sociais.

No Brasil, por muito tempo, se vivenciou um momento de euforia e crescimento econômico, com um aumento do poder aquisitivo do brasileiro, impulsionado pela sua inclusão

[1] Com os atuais meios de comunicação, a transmissão da cultura, antes limitada pelo contato direto com os pais, professores ou pessoas próximas que a detinham, hoje se faz de maneira global, o mesmo ocorrendo com a produção e o consumo em grande escala, originando-se aí o termo "sociedade de consumo de massa". Porém, essa divulgação cultural não se dá, em tese, para o desenvolvimento humano, mas sim para atender aos interesses comerciais dos produtores e fornecedores de seus serviços e produtos, que incutem, em seus comerciais, por meio de técnicas de receptividade passiva, um prazer, ao pretenso consumidor, superficial e temporário (por meio de fantasias e escapismos), diante da necessidade constante de consumo e venda. Celebra, portanto, nossa atual coletividade, o consumismo, banalismo e o comercialismo por meio de cultura apassivadora que não dá a oportunidade aos seus indivíduos de pensarem sobre o seu próprio comportamento. Nesse sentido, ao comentar, especificamente, acerca da moda, o ensinamento de Gilles Lipovetsky (1.983 *apud* MASSO, 2.011, p. 28-29) de que: "como a publicidade, a moda nada diz, é uma estrutura vazia, por isso é um erro ver nela uma forma moderna do mito. O imperativo da moda não é narrar ou fazer sonhar, mas mudar, mudar por mudar e a moda só existe através deste processo de desqualificação incessante das formas".

bancária, facilitada concessão de crédito que se materializa, por exemplo, diretamente, por meio de cartão de crédito[2], carnê, cheque pré-datado, financiamento imobiliário e, indiretamente, por alienações fiduciárias, compra e venda com reserva de domínio, *leasing* etc.

Esse crédito é utilizado para aquisição desde itens básicos de alimentação e higiene até itens outrora inimagináveis de compras para determinadas camadas da população, como carros, produtos eletrônicos (celulares, *tablets* e computadores), aumentando o padrão de conforto dos lares ou promovendo o seu próprio empreendimento (se for um microempreendedor individual, por exemplo) e até a tão sonhada casa própria.

Para Bertoncello (2.015, p. 129) o crédito "[...] implicou a recomposição do orçamento familiar na classe trabalhadora, notadamente diante da majoração do consumo de bens duráveis de 'maior valor unitário' (automóvel e moradia)", o que somente foi possível diante da modificação da visão social de homem endividado, quando se retirou o caráter pejorativo e pecaminoso do consumo, para a obtenção de uma vida confortável e prazerosa.

A facilidade do crédito não vem acompanhada das devidas informações sobre os juros e as condições de pagamento para o consumidor. O consumidor, em sua condição de vulnerabilidade, precisa receber o máximo de informações possíveis para que tome a melhor decisão possível que envolve a tomada de crédito. Não basta a oferta de crédito; é preciso iniciativas que assegurem ao consumidor a certeza no seu endividamento. É o que acontece, por exemplo, na relação entre consumo e preocupação ambiental, em que as embalagens dos produtos cada vez mais trazem informações necessárias ao consumidor (STELZER; GONÇALVES, 2016).

Porém, diante da atual grave situação econômica que se encontra nosso país (e o mundo) e da facilidade do crédito concedido em outros tempos, como mencionado anteriormente (com altas taxas de juros), somado ao fato de que, conforme pesquisa divulgada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) (2.009 *apud* BERTONCELLO, 2.015, p. 41), um em cada cinco brasileiros é analfabeto funcional (com menos de quatro anos de estudo), fato esse de conhecimento do Estado, o papel social do crédito não está ocorrendo, concretamente, servindo somente como instrumento de lucro das instituições financeiras e de ruína para o seu tomador, tendo reflexo em toda sociedade brasileira.

O endividamento excessivo dos brasileiros se torna mais preocupante, já que vinculado, principalmente, às despesas com a elevação do padrão de vida sem o acompanhamento de uma

[2] Sobre esse tema, interessante matéria publicada na revista do jornal Valor Econômico, edição de 2.009, p. 302, assim intitulada: "O cartão de crédito já sobe o morro". A matéria revelou o processo de abertura de capital da bandeira Visa, cujo resultado apresentou índice de retorno de 86% com ampliação da carteira de clientes em locais inexplorados como as favelas de São Paulo e Rio de Janeiro (BERTONCELLO, 2.015, p. 21).

receita proporcionalmente equivalente. Pesquisa divulgada em 2.014 pelo Jornal "Valor Econômico" trazida por Bertoncello (2.015, p. 40), aponta que o número de assinantes de TV a cabo passou, em 2.010, de 9,8 milhões, para 19,4 milhões, em setembro de 2.014. Além disso, de acordo com informação divulgada pelo Banco Central do Brasil (PORTO; BUTELLI, 2.016, p. 12), a parcela da renda familiar utilizada para pagamento de dívidas subiu de 18,4%, em janeiro de 2.005, para 46%, em julho de 2.014.

Em virtude dessa situação preocupante e por não ter previsão legal específica, ainda, em nosso ordenamento jurídico (ao contrário de outros países, como, *e.g.*, França, Canadá, Estados Unidos e Alemanha), doutrinadores brasileiros vêm se debruçando para melhor compreender e, assim, propor medidas capazes de proteger eficazmente o consumidor do superendividamento, em uma tentativa de harmonizar o crédito para o consumo com a solidariedade e a dignidade da pessoa humana prevista no artigo 01º, II e III da Constituição da República Federativa do Brasil de 1.988.

Nesse cenário, o crédito assumiu um papel de duplo destaque: além de ele próprio ter- se tornado objeto da relação consumerista, transformou-se também em figura coadjuvante no consumo de bens e serviços. O simulacro do poder de compra que o crédito proporciona foi acompanhado, no entanto, pelo aumento da inadimplência; e o Poder Judiciário, considerado o "último elemento do mercado", viu-se afundado nas demandas repetitivas e binárias alusivas a crédito (BUCAR, 2.017, p. 102).

Essa situação que combina as facilidades de encontrar o crédito e a ausência de uma educação financeira faz com que seja importante apresentar uma definição do conceito de superendividamento para reconhecer quais são as pessoas que precisam de uma especial proteção do sistema jurídico em razão de uma condição de hipervulnerabilidade.

2 O FENÔMENO SOCIAL DO SUPERENDIVIDAMENTO DO CONSUMIDOR: CONCEITO E CAUSAS ESPECÍFICAS/PESSOAIS DO SUPERENDIVIDAMENTO

Apesar de existir grande parcela da população em condição de superendividamento, não uma regulamentação específica desse fenômeno em nosso ordenamento jurídico[3] (há que se ressaltar a tramitação, no Congresso Nacional, de Projeto de Lei de Reforma do Código de

[3] Há que se ressaltar a tramitação, no Congresso Nacional, de Projeto de Lei de Reforma do Código de Defesa do Consumidor, de autoria do Senador José Sarney que, dentre outras novidades, pretende inserir a proteção do superendividado no rol dos direitos básicos do consumidor, presente no artigo 06º da lei federal 8.078/90.

Defesa do Consumidor, de autoria do Senador José Sarney que, dentre outras novidades, pretende inserir a proteção do superendividado no rol dos direitos básicos do consumidor).

Por isso, com base no direito comparado (notadamente o francês), podemos caracterizar, doutrinariamente, o superendividamento, ou "sobreendividamento" em Portugal, "surendettement" na França, "over-indebtedness", no "common law", "überschuldung", na Alemanha, conforme expõem Cláudia Lima Marques e Rosângela Lunardelli (2.006, p. 14) como a perda pelo consumidor da capacidade econômica de arcar com os seus compromissos assumidos, sendo condição exclusiva de pessoa física de boa-fé e que não consegue saldar suas dívidas atuais e futurais com os seus rendimentos, sem o seu comprometimento pessoal e familiar.

Na definição apresentada é possível identificar as seguintes características: (i) "pessoa física", (ii) de "boa-fé", (iii) que contrai dívidas maiores que sua capacidade de pagamento, (iv) em virtude de uma relação de consumo.

O primeiro elemento exclui a pessoa jurídica como sujeita ao superendividamento, uma vez que já conta com o instituto, em nosso ordenamento jurídico, da falência e dos benefícios concedidos por meio da Lei 11.101/2.005. A pessoa jurídica, na condição de devedora, irá se valer dos institutos jurídicos da recuperação judicial ou da falência.

Porém, não basta ser pessoa física. Requer-se a boa-fé na relação de consumo. A boa-fé concretiza-se por meio de um comportamento leal não somente do fornecedor do produto ou do serviço, mas sim também do consumidor, no decorrer da relação de consumo, conforme previsto no artigo 04º, III do Código de Defesa do Consumidor.

O superendividamento envolve uma pessoa física de boa-fé que adquire dívidas para fins de consumo. Essas dívidas, entretanto, acabam tornando-se maiores do que sua capacidade de pagamento. Observa-se que não há uma quantia ou porcentagem exata dos proventos do consumidor para a sua caracterização. É necessário fazer uma comparação entre a renda e patrimônio com o total de seus débitos para que, sendo detectado que esses são maiores do que aqueles, restar presente o sobre-endividamento.

O último elemento consiste em uma despesa adquirida em virtude de uma relação de consumo, ou seja, com a caracterização do consumidor vulnerável (e seus familiares) como o destinatário final do produto ou serviço. Estão excluídas, portanto, as dívidas fiscais, de delitos e de alimentos.

O superendividamento, portanto, é condição exclusiva da pessoa física e de boa-fé que não tem condição estrutural de solver suas dívidas de consumo por conta própria, mesmo com o

comprometimento total de seus rendimentos e que necessita de auxílio para a sua reestruturação econômico-financeira, para que não haja risco à sua dignidade.

A definição de superendividamento, desse modo, é mais restrita do que o próprio conceito de consumidor presente no artigo 02º da lei 8.078/1.990[4], pois, primeiramente, não se admite, naquela situação, a pessoa jurídica e, secundariamente, a despesa foi contraída para atender a uma necessidade pessoal do contratante[5].

Ainda, de acordo com Antônio José Maristrello Porto e Patrícia Regina Pinheiro Sampaio (2.016, p. 38), a inadimplência momentânea não caracteriza o sobre-endividamento. O devedor que por algum meio conseguir pagar suas dívidas (mediante venda de imóvel ou veículo, por exemplo), não estará tecnicamente nesta condição, sendo relevante, para assim se enquadrar, a expectativa de que o indivíduo não será capaz de cumprir as suas obrigações em um período razoável, analisando-se sua renda e patrimônio com os seus débitos acumulados. Portanto, necessário observar cada caso individualmente para se verificar a condição ou não de superendividamento do consumidor, por meio de uma avaliação do seu conjunto patrimonial e as suas dívidas de consumo.

Os motivos que levam as pessoas a se encontrarem em uma situação de superendividamento são os mais variados, pois o simples ato de comprar pode ser justificado para combater a ansiedade, solidão, raiva ou a depressão. O simbolismo que representa, socialmente, determinado produto (incutido pelo próprio fornecedor do bem, para atender, exclusivamente, ao seu interesse econômico), a falta de informação ou de educação financeira, dissolução de sociedade conjugal, enfermidade crônica, chegando a ser caracterizado, em muitos casos, como um comportamento patológico, são algumas das condições que conduzem um comportamento indevido do consumidor em direção ao superendividamento.

Além disso, Antônio José Maristrello Porto e Pedro H. Butelli (2.016, p. 13) afirmam que economistas comportamentais defendem que o endividamento excessivo se deve a um comportamento irracional do agente, em que:

---

[4] Art. 2° da lei 8.078/1.990: "Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final. Parágrafo único. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo".

[5] A doutrina francesa, de acordo com o magistério de Bertoncello (2.015, p. 49), criou o termo "direito do superendividamento" para se referir ao conjunto de medidas legais necessárias para o Estado proteger a categoria de vulneráveis particulares endividados e ameaçados pela exclusão, em um contexto de crise, independentemente O caráter objetivo do superendividamento muito se aproxima – se não equivale – à caracterização do estado de insolvência civil. Ambas as concepções, com efeito, indicam que a crise patrimonial e a impotência econômica são causas para tratar a insolvência ou o superendividamento (BUCAR, 2.017, p. 105).

> [...] fatores como otimismo excessivo, falta de preocupação com o consumo futuro e problemas cognitivos levam os agentes a fazerem escolhas que não podem ser totalmente explicadas por uma teoria que preveja ou suponha comportamento racional.

Em suma, podemos constatar que diversos fatores podem levar o indivíduo ao superendividamento, desde acontecimentos inesperados (doença, divórcio, morte na família ou desemprego) a situações previsíveis levadas a cabo pelo próprio endividado (como compra não planejada ou abuso do uso do cartão de crédito).

2.1. Perfil e tipos de superendividados

Há que se ressaltar, primeiramente, que não há um perfil definido do consumidor superendividado, estando todas as classes e tipos de pessoas propensas a adquirirem, por diversos motivos, em algum momento de suas vidas, uma dívida maior do que seus rendimentos e/ou patrimônio decorrente de uma relação de consumo. Nesse sentido, Érica Diniz Oliveira, (2.016, p. 71), conforme pesquisa realizada pelo Instituto Brasileiro de Opinião Pública e Estatística (IBOPE), constatou que o consumidor que se encontra nesta situação dramática:

> [...] 52% são do sexo feminino, 56% são casados (ou moram junto), 83% são brancos ou pardos, 43% residem no Sudeste, 65% estão em situação econômica ativa e 34% pararam seus estudos durante o Ensino Médio. A média de idade dos entrevistados é de 42 anos e a média de renda dos domicílios aos quais eles pertencem é de R$ 2.497,56.

Com fundamento na sua origem, o superendividamento ou sobreendividamento é classificado, pela doutrina, como ativo ou passivo, de acordo com o comportamento do próprio tomador do crédito. Na primeira hipótese, o próprio consumidor, em uma atitude temerária, utiliza-se de maneira excessiva de recursos financeiros por meio de empréstimos, comprometendo, assim, o seu próprio orçamento, muitas vezes, levado por uma atitude inconsciente e manipulada por estratégias abusivas de *marketing* dos fornecedores de produtos e serviços, que criam a necessidade no receptor daquela mensagem (fato esse corroborado pela exposição excessiva do brasileiro à televisão), assim como diante da facilidade do crédito, acumulando dívida bastante superior a sua renda e patrimônio ou, conforme lição de Schmidt Neto (2.012, p. 251), de má-fé o sujeito contrai dívida, pois conhecedor da sua incapacidade de honrá-la e da impossibilidade de execução por seus credores.

Por outro lado, o superendividamento passivo ocorre por infortúnio do devedor que, por uma situação a que não deu causa (não agiu de má-fé ou por má gestão), diretamente, passa a

possuir uma condição que não lhe assegura o pagamento de suas dívidas atuais e futuras (como, por exemplo, desemprego, divórcio ou redução salarial), sendo que, em muitas vezes, com a necessidade crescente do uso do crédito, comprometendo, ainda mais, o seu mínimo vital, se tornando "presa fácil" das instituições financeiras creditícias, o que gera a necessidade da proteção legal estatal. Nesse sentido, ensinamento de Cláudia Lima Marques (2.012, p. 408) ao afirmar que: "no caso do superendividamento passivo, a causa não é o abuso ou má administração do orçamento familiar, mas um 'acidente da vida como desemprego, redução de salários, divórcio, doenças, nascimentos, acidentes, mortes'".

Ao comentar acerca de pesquisa intitulada de "Perfil do superendividamento brasileiro: uma pesquisa empírica", dos professores Antônio José Maristrello Porto e Patrícia Regina Pinheiro Sampaio, a juíza Clarissa Costa de Lima (2.016, p. 06-07) aponta que o maior número de superendividados é dos considerados passivos:

> [...] Os dados coletados em todo território nacional indicaram que a perda de emprego e a presença de enfermidades foram as duas maiores causas de superendividamento, coincidindo com as pesquisas conduzidas no Brasil e em diversos países, as quais demonstram que **a maior causa do superendividamento é passiva, ou seja, ocasionado por "acidentes da vida" que tornaram inviável o reembolso do crédito com a renda e patrimônio do devedor sem prejuízo de sua subsistência** (grifo nosso).

Assim, não tendo condições de arcar com as dívidas assumidas sem comprometer o necessário para a sua sobrevivência, deverá o consumidor receber a tutela legal do nosso ordenamento jurídico, na hipótese do consumo excessivo, já que, em muitos casos, foi o mesmo exposto a atitudes/práticas ilegais e agressivas pelo fornecedor do crédito e ao risco pela sua concessão indiscriminada e irresponsável, gerando, assim, a situação econômica frágil em que se encontra. Ou seja, é a partir da caracterização do superendividamento que iremos evitar o prejuízo total para o indivíduo, com a sua devida readequação, tanto no aspecto econômico, como emocional e social[6].

Porém, do ponto de vista legislativo, há a necessidade de uma norma legal específica acerca do tema, urgentemente, devendo ser utilizada como referência a de países como França, Canadá e Alemanha, com a adoção de diversos instrumentos já implementados com sucesso nesses países, como, por exemplo, o procedimento de falência individual do superendividado

[6] Corrobora nesse sentido, o ensinamento de Bertoncello (2.015, p. 21), ao comentar acerca da proteção do superendividado (individualmente), em nosso ordenamento jurídico, afirma que: [...] a análise do impacto da ampliação do consumo não implica destinar unicamente uma proteção ao consumidor individual, mas avaliar e acautelar o futuro da sociedade de risco com extensão coletiva e transnacional.

presente no direito francês. É necessário, ainda, um rigor legal no tratamento do tema, no intuito de equilibrar as partes contratantes e manter o bom funcionamento da economia, pois se houver previsão equivocada e paternalista da proteção do superendividado poderá incentivar com isso o abuso, deslealdade e a negligência do consumidor brasileiro na tomada irresponsável do crédito.

Porém, mesmo com a ausência desta previsão legal direta, temos mecanismos adequados para proteger o superendividado, indiretamente, em virtude do disposto na Constituição da República Federativa do Brasil de 1.988 e no próprio Código de Defesa do Consumidor, por meio de normas gerais que garantem essa tutela.

CONCLUSÃO

Portanto, podemos concluir que o crédito, atualmente, em nossa sociedade de consumo de massa, possui importante papel, diante da diversidade de sua utilização, já que pode ser usado tanto para a aquisição de produtos básicos e necessários do dia-a-dia, como alimentação, vestuário e medicamento, como para compra de itens sofisticados, como eletrônicos, veículos e imóveis de luxo, e que, inclusive, se houver a sua falta, em muitos casos, poderá comprometer o indivíduo em cumprir com as suas obrigações diárias. Além disso, nos últimos tempos, no Brasil, a multiplicação das fontes de crédito tem sido utilizada como política estatal para o aumento e nova configuração da "classe média", com a inclusão, mobilidade e desenvolvimento social, por meio do incremento da renda das famílias brasileiras.

Vivemos em uma cultura que exige o endividamento do cidadão para que se possa usufruir de todos os benefícios que a modernidade oferece, além de ser baseada no valor do "ter" e não do "ser", em que produtos são símbolos de "status", e que é incentivada (inclusive pelo Estado) pela concessão irresponsável do crédito pelas instituições financeiras, assim como pela publicidade agressiva utilizada pelos prestadores/fornecedores de serviços e produtos que estimulam ou compelem o consumo, retirando-se, desta forma, a racionalidade do consumidor neste ato. Preocupação essa ainda maior na realidade brasileira, pois, como demonstrado, o comprometimento da renda familiar dos estratos sociais brasileiros de baixa renda não está atrelado às despesas necessárias, mas sim com a elevação do padrão de vida, sem o acompanhamento de receita necessária.

A concessão desmedida do crédito, nos tempos atuais, tem gerado a insolvência de muitas famílias (originado por um consumo impulsivo ou mesmo desorganização financeira, por exemplo), verificada em todas as classes sociais, acarretando diversas consequências tanto para o indivíduo, família, assim como para a sociedade (com a redução do ritmo da economia, pela

queda no consumo, por exemplo). Surge, nesse cenário, portanto, o superendividamento, fenômeno global, e que vem chamando a atenção de todos os países, pois não se trata somente de um momento temporário de inadimplência do consumidor, mas sim uma impossibilidade da própria pessoa física de suprir suas necessidades básicas, com alimentação, vestuário, medicamento e moradia e que, se não for tratada, ameaça a sua própria dignidade como ser humano.

Como visto, o superendividamento é a impossibilidade não momentânea do consumidor, pessoa física e de boa-fé, de cumprir com o conjunto de suas dívidas atuais e futuras de consumo, e que pode ter diversas motivações, constituindo, assim, um dos principais problemas contemporâneos, em virtude da extrema facilidade de acesso ao crédito, além do próprio estímulo do mercado. Pode ser, ainda, classificado como ativo ou passivo, de acordo com o comportamento do consumidor, pois naquela hipótese, o indivíduo se endivida por uma má gestão financeira ou por sua má-fé (já que conhecedor da sua incapacidade financeira, não merecendo, por isso, qualquer pálio estatal), ao contrário da segunda hipótese onde circunstâncias alheias à sua vontade levam a um comprometimento patrimonial drástico seu.

O superendividamento pode ser evitado pelo consumidor, primeiramente, se houver uma maior conscientização na utilização do crédito fornecido, por meio da sua educação financeira, mas, principalmente, pelas consequências tanto individuais como sociais, o Estado precisa intervir na relação de consumo, inclusive, urgentemente, com o tratamento legal específico sobre o tema (podendo se utilizar, como base, o direito comparado europeu – notadamente o francês – e o americano), para garantir condições mínimas para a vivência digna do ser humano superendividado e de sua família com o pagamento do crédito concedido, assegurando-lhe um direito de ordem constitucional, com a desejada pacificação social e redução da desigualdade existente na sociedade brasileira, sob o risco da sua exclusão social e, novamente, do mercado que ingressara mediante o aumento do poder aquisitivo, via o acesso ao crédito.

REFERÊNCIAS

BERTONCELLO, Káren Rick Danilevicz. **Superendividamento do consumidor:** mínimo existencial – casos concretos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

BORGES, Danielle; WOLKMER, Maria de Fátima; SCHUMACHER, Mercedes. Reflexões em torno do consumo ético: uma avaliação das medidas de prevenção do superendividamento. *In:* PORTO, Antônio José Maristrello, *et al*. **Superendividamento no Brasil.** II v. Curitiba: Juruá, 2016, p. 97-120.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1.988**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 19 jun. 2016.

_____. **Lei 8.078, de 11 de setembro de 1.990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 19 jun. 2016.

_____. **Lei 11.101, de 09 de fevereiro de 2.005.** Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11101.htm>. Acesso em 19 jun. 2016.

BUCAR, Daniel. **Superendividamento:** reabilitação patrimonial da pessoa humana. São Paulo: Saraiva, 2017.

LIMA, Clarissa Costa de. Prefácio. *In:* PORTO, Antônio José Maristrello, *et al*. **Superendividamento no Brasil.** II v. Curitiba: Juruá, 2016, p. 05-08.

MARQUES, Cláudia Lima; CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli. **Direitos do consumidor endividado:** superendividamento e crédito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MARQUES, Cláudia Lima. Consumo como igualdade e inclusão social: a necessidade de uma lei especial para prevenir e tratar o "superendividamento" dos consumidores pessoas físicas. **Revista Jurídica da Presidência.** Brasília, v. 13, n. 101. out. 2011/jan. 2012, p. 408.

MASSO, Fabiano Del. **Curso de Direito do Consumidor.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

OLIVEIRA, Érica Diniz. Superendividamento: um panorama brasileiro. *In:* PORTO, Antônio José Maristrello, *et al*. **Superendividamento no Brasil.** II v. Curitiba: Juruá, 2016, p. 69-96.

PORTO, Antônio José Maristrello; BUTELLI, Pedro H. O endividamento das famílias brasileiras: primeiros resultados de uma survey nacional. *In:* PORTO, Antônio José Maristrello, *et al*. **Superendividamento no Brasil.** II v. Curitiba: Juruá, 2016, p. 11-34.

PORTO, Antônio José Maristrello; SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. Perfil do superendividado brasileiro: uma pesquisa empírica. *In:* PORTO, Antônio José Maristrello, *et al*. **Superendividamento no Brasil.** II v. Curitiba: Juruá, 2016, p. 35-68.

SCHMIDT NETO, André Perin. **Revisão dos contratos com base no superendividamento:** do Código de Defesa do Consumidor ao Código Civil. Curitiba: Juruá, 2012.

STELZER, Joana; GONÇALVES, Everton das Neves. Sociedade transnacional e a certificação no comércio justo e solidário: aspectos de consumismo e sustentabilidade. **Direito & Paz**, Lorena/SP, n. 35, p. 104-120, dez. 2016. Disponível em: http://revista.unisal.br/lo/index.php/direitoepaz/article/view/391/269. Acesso em 12 out. 2020.

A RELEVÂNCIA DO CONFLITO SOCIOAMBIENTAL PARA A CONSOLIDAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS DOS ATORES SOCIAIS DE ÁREAS DE PRESERVAÇÃO AMBIENTAL NO CERRADO GOIANO

Carlos Alberto da Costa
Mestre em Ciências Sociais e Humanidades. Advogado. Professor no Centro Universitário de Anápolis Campus Ceres. E-mail: professorcarlosalberto2010@gmail.com

RESUMO: O objetivo do presente artigo é propor uma discussão incipiente sobre a relevância do conflito socioambiental para a promoção dos Direitos Humanos especialmente dos atores sociais que vivem e dependem do Cerrado, notadamente nas Áreas de Preservação Ambiental. Uma vez que tais atores sociais são colocados à invisibilidade, contribuindo para a negação de sua humanidade, que por consequência compromete os seus demais direitos. De forma que o conflito socioambiental é a forma em que esses atores sociais encontram para saírem da invisibilidade e por consequência lutarem para a consolidação dos Direitos Humanos. Daí, se questiona, o conflito socioambiental é relevante para a consolidação dos Direitos Humanos dos atores sociais que vivem em Áreas de Preservação Ambiental no Cerrado goiano? A metodologia adota partiu de um caráter exploratório do tema e da abordagem qualitativa, utilizando os procedimentos técnicos da pesquisa bibliográfica. De modo que, essa discussão se coloca nos tempos atuais como uma importante reflexão da preservação ambiental do Cerrado, além de um importante meio de discussão dos Direitos fundamentais de atores que em muitos momentos são invisibilisados.

PALAVRAS-CHAVE: Atores sociais. Cerrado. Conflito socioambiental. Direitos Humanos.

INTRODUÇÃO

A questão dos Direitos Humanos ainda tem sido visto como uma espécie de tabú, especialmente por aquela parcela da população que baseiam suas informações nas desinformações propozitadas de determinados sujeitos, objetivando com isso, inclusive a dominação das narrativas e por consequência impedem o avanço e a própria promoção de direitos que são balizadores dos Direitos Fundamentais.

Os atores sociais que vivem no Cerrado, especialmente os de Áreas de Preservação Ambiental, em sua grande maioria são condenados à insivibilidade, o que retira dos mesmos a

sua cateria de humanos, pois, uma vez não sendo visíveis, não são detentores de Direitos Humanos. Essa negação dos Direitos Humanos desses atores sociais é extremamente viladora, pois em razão disso, outros direitos também são negados, ou pelo menos, não são garantidos como assim assegura a legislação brasileira.

No entanto, os conflitos socioambientais são fundamentais para que essa invisibilidade seja combatida e que seja assegurado os Direitos Humanos desses atores. A ideia de conflito tem sido vista de forma equivocada, sobretudo pelo Judiciário, pois há de certa forma uma confusão em relação a necessidade de pacificação decorrente da função jurisdicional. Com isso o conflito nem sempre é aproveitado, ou visto como fundamental para a consolidação de direitos de determinados atores invisibilizados.

Apesar de o estado brasileiro ter instituído o Sistema Nacional de Unidade de Conservação (SNUC), visando com isso o uso sustentável e proteção dos recursos naturais de variados biomas, não foi suficiente para trazer a tona esses atores a ponto de ser garantidos aos mesmos os seus direitos básicos. Uma das categorias de proteção instituída pelo SNUC é a Área de Preservação Ambiental (APA), que permite, concomitantemente com a preservação, o seu uso sustentável de biomas, que apesar de possuírem uma rica biodiversidade, também é visto como um importante território a ser explorado, do ponto de vista econômico. Um desses *locus* de biodiversidade é o Cerrado, considerado uma savana, ambiente de múltipla diversidade, estratégico à manutenção da vida não apenas da nação, mas da vida global, sobretudo daquelas populações que o habitam diretamente. Muitas dessas populações, como é o caso dos povos indígenas, quilombolas, agricultores familiares e do agronegócio são dependentes diretos e de primeira ordem desse bioma, pois dele retiram quase todas as condições de sobrevivência, além de possuírem uma relação de significação com o território e com o ambiente.

Percebe-se que em razão dessa presença de variados atores sociais, que os conflitos especialmente em APAs acabam sendo inevitáveis, especialmente o conflito pelo uso da terra, mas, a questão que se coloca é, é possível haver contribuição do conflito socioambiental para a consolidação dos Direitos Humanos dos atores sociais de Áreas de Preservação Ambiental no Cerrado goiano? Dito de outro modo, o conflito socioambiental tem contribuído para a consolidação dos Direitos Humanos dos atores sociais de Áreas de Preservação Ambiental no Cerrado goiano?

1 UMA REFLEXÃO SOBRE O CONFLITO SOCIOAMBIENTAL E DIREITOS

O bioma Cerrado é, em extensão territorial, o segundo maior do Brasil, sendo que o maior bioma brasileiro é a Amazônia. Possui áreas contínuas que abrangem os estados de Goiás, Tocantins e o Distrito Federal, definindo-o como "área core" em toda esta região que abrange o Planalto Central. Esse bioma possui vegetação com fitofisionomias que englobam formações florestais, savânicas e campestres, o que reflete a grande diversidade vegetacional existente em sua grande extensão (RIBEIRO; WALTER, 2008). A grande diversidade de espécies de animais e plantas do Cerrado também está associada a esta diversidade de ambientes. Machado *et al*. (2004) reuniram dados de vários autores e afirmaram que, dependendo do grupo taxonômico considerado, a porcentagem de espécies brasileiras que ocorrem no Cerrado pode representar algo entre 20% e 50% do total existente no Brasil. Além dessa expressiva representação, a biodiversidade do Cerrado possui um significativo número de endemismos para vários grupos de animais e plantas.

Localizado substancialmente no Planalto Central do Brasil, ocupa, segundo Ribeiro e Walter (2008), 2.000.000 km², o que representa cerca de 23% do território brasileiro. Por outro lado, os dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE, 2019), em sua página oficial na *Internet*, afirma ser 2.036.448 de km², ou seja, 23,9% do território brasileiro ocupado por esse bioma. Em uma simples comparação dos números apresentados por Ribeiro e Walter e os dados apresentados pelo IBGE, ou seja, os da União, observa-se uma diferença, sendo que os dados do Estado são superiores, apontando, dessa forma, um grau de preservação maior do que os dados de Ribeiro e Walter.

No entanto, não se pode esquecer que as políticas públicas voltadas para a conservação do Cerrado serão orientadas com base nos dados oficiais apresentados pelo Estado, dados estes que poderão induzir à ingênua conclusão de que o Cerrado brasileiro, em extensão, está preservado, quase intacto à redução provocada pela ação humana ao longo do tempo. Na tentativa de conceituação de – cerrado –, Ribeiro e Walter (2008, p. 160) afirmam que:

> "Cerrado" é uma palavra de origem espanhola que significa fechado. Este termo buscou traduzir a caraterística geral da vegetação arbustivo-arbórea que ocorre na formação savânica, tendo sido referido por Martius já no início do século 19.

Seguem Ribeiro e Walter afirmando que o emprego do termo cerrado evoluiu, de modo que, atualmente, existem três acepções gerais de uso corrente, e que devem ser diferenciadas. Num primeiro sentido, o termo Cerrado é mais abrangente, referindo-se ao bioma predominante

no Brasil Central, que deve ser escrita com a inicial maiúscula (Cerrado). Numa segunda acepção, Cerrado sentido amplo "(*lato sensu*)", reúne diferentes formações e tipos de vegetação do bioma. E, por fim, na terceira acepção, do termo, "Cerrado sentido restrito" (*stricto sensu*), designa um dos tipos fitofisionômicos que ocorrem na formação savânica, definida pela composição florística e pela fisionomia, considerando tanto a estrutura quanto as formas de crescimento dominantes (RIBEIRO, WALTER, 2008).

Deste modo, Cerrado é uma savana tropical, ou seja, um bioma em que árvores e arbustos coexistem com a vegetação rasteira, formada principalmente por gramíneas. Deste modo, constitui-se em um mosaico de diferentes tipos de vegetação, reflexo de sua heterogeneidade espacial, resultante da diversidade de climas, solos e topografia existentes nessa extensa região (NASCIMENTO, 2002).

O Cerrado tem relevância por estabelecer contato e transição com quase todos os principais biomas brasileiros e, ao mesmo tempo, por constituir um ponto de equilíbrio com esses biomas (RIBEIRO, 2002). Segundo Ribeiro e Walter (2008), para diferenciar os tipos fitofisionômicos, os critérios são baseados na forma (definida pela estrutura), pelas formas de crescimento dominantes e possíveis mudanças estacionais. Consideram-se também aspectos do ambiente e da composição florística. São descritos onze tipos principais de vegetação para o bioma, enquadrados nas formações florestais (Mata Ciliar, Mata de Galeria, Mata Seca e Cerradão), savânicas (Cerrado sentido restrito, Parque do Cerrado, Palmeral e Vereda) e campestres (Campo Sujo, Campo Limpo e Campo Rupestre).

As formações florestais representam áreas com predominância de espécies arbóreas, onde há formação de dossel contínuo (RIBEIRO e WALTER, 2008). Entende- se por Mata Ciliar a vegetação florestal que acompanha rios de médio e grande porte da área de Cerrado, sem a formação de galerias. Essa mata é estreita, não ultrapassando 100 metros de largura de cada margem do curso d'água. É comum que a largura de cada margem seja proporcional à largura do leito do rio, apesar que, em áreas planas, a largura pode alcançar tamanho maior. (SILVA, 2015).

Essa variação fisionômica do Cerrado é sintetizada por Ribeiro e Walter, do seguinte modo:

> A vegetação do bioma Cerrado apresenta fitosionomias que englobam formações florestais, savânicas e campestres. Em sentido fisionômico, floresta representa áreas com predominância de espécies arbóreas, onde há formação de dossel, contínuo ou descontinuo. O termo savana refere-se a áreas com arvores e arbustos espalhados sobre um estrato graminoso, sem a formação de dossel contínuo. Já o termo campo designa

> áreas com predomínio de espécies herbáceas e algumas arbustivas, faltando árvores na paisagem (BIBEIRO, WALTER, 2008, p. 156).

Nota-se, dessa forma, a grande complexidade fitofisinômica do Cerrado. Pois, as caraterísticas do Cerrado não são as mesmas para a expansão territorial, sofrendo, inclusive, influências do clima. Afinal, nas regiões mais úmidas, a vegetação desenvolve-se mais, atingindo, às vezes, o porte de cerradões mais densos, onde as árvores e arbustos predominam sobre as gramíneas. Já nas regiões mais secas, dominam os cerradinhos (NETO; GOMES, BARBOSA, 2005).

Além de o Cerrado possuir uma biodiversidade de representativa importância, também constitui a "cumeeira do País e também da América Latina, no mesmo sentido afirma Barbosa (1996), pois distribuem significativas quantidades de água que alimentam as principais bacias hidrográficas do continente" (NASCIMENTO, 2002, p. 47). O Cerrado exerce um papel muito relevante nas boas condições de sobrevivência da vasta população que nele habita, devendo ser melhor observado, sobretudo pelos seus ocupantes, os quais usufruem diretamente de sua biodiversidade.

Barbosa (1996, p. 12) indaga no sentido de que "o caráter da biodiversidade, elemento marcante da ecologia dos Cerrados, não recebe a importância merecida, e nem sequer pode ser compreendida em seus aspectos fundamentais". Essa dificuldade de compreensão dos aspectos fundamentais da biodiversidade do Cerrado, em muito se dá pelas "mudanças no padrão florístico, composição e fisionomia das formações de "cerrado" relacionados a características ambientais"; que, por sua vez, "mostra que existem gradientes espaciais e temporais que influenciam os padrões de diversidade e estrutura no cerrado", especialmente no *stricto sensu* (FELFILI e FAGG, 2007, p. 375).

Com mais de 4.800 espécies de plantas e vertebrados encontrados em nenhum outro lugar, o Cerrado abrange três das maiores bacias hidrográficas da América do Sul e contribui com 43% das águas superficiais do Brasil fora da Amazônia. Nos fins dos anos de 1980, Norman Mayers, segundo Jenkins e Pimm (2006, p. 21), observou os lugares onde as plantas do mundo incidiam com maior frequência, e, a partir daí, observou-se que nesses lugares haviam mais espécies do que em outros; de tal forma que concluíram que a maioria das espécies está concentrada em algumas áreas espalhadas pelo globo; e que a maior parte da diversidade do ambiente natural se encontra em uma área relativamente pequena da superfície da Terra, sendo o Cerrado uma dessas áreas.

Essas regiões ficaram conhecidas como *hotspot*, locais onde há um endemismo de espécies e um alto grau de ameaça. Mas, para se qualificar como um *hotspot*, uma área deve conter pelo menos 0,5% ou 1.500 das 300,000 espécies de plantas do mundo, 20 como endêmicas. De fato, 15 dos *hotpots* identificados contêm pelo menos 2.500 espécies de plantas endêmicas, e 10% deles pelo menos 5.000 (MYERS, *et. al*. 2000, p. 854).

Ainda segundo Mittermeier *et. al*. (2004), o Cerrado possuía uma área original preservada de 2.031,990 km², restando apenas 432.814 km² e um percentual de *habitat* remanescente de 22%. O que, em outras palavras, confere ao Cerrado o *status* de *hotspot*, situação que, na realidade, não é positiva, pois significa dizer que o Cerrado, apesar de ser uma área que possui espécies exclusivas deste ambiente, adquiriu, em contrapartida, uma significativa degradação, colocando sob ameaça todas as espécies que nele vive ou nele precisa sobreviver, a exemplo do próprio ser humano.

Segundo afirma Mayers *et. al.*, (2000, p. 855), um *hotspot* deveria ter perdido 70% ou mais de sua vegetação primária, sendo esta forma de *habitat* que, geralmente, contém a maioria das espécies, especialmente endêmicas. Contudo, ao mesmo tempo em que o Cerrado entra na lista dos *hotspots*, também é alvo das investidas das políticas públicas do Estado voltadas à ocupação, como analisados anteriormente. Neste sentido,

> Tal região vem sendo alvo, desde a década de 1970, de um desmatamento intensivo para o uso agrícola e da pecuária, fator que provocou o comprometimento, e até mesmo, a extinção de algumas espécies de animais e vegetais. A riqueza desse bioma é de fundamental importância devido ao alto nível de endemismo e sua biodiversidade (OLIVEIRA, PIETRAFESA E BARBALHO, 2008, p. 102)

Nesse ponto, isso soa contraditório, pois, enquanto, naquele contexto, o Cerrado é visto e entendido como uma área a ser urgentemente protegida, no Brasil, na realidade, o Estado acaba por fechar os olhos diante do constante ataque sofrido pelo Cerrado, sobretudo pelo poder privado, que mitiga o uso sustentável de uma biodiversidade que é de todos.

O Cerrado é hoje um dos 25 *hotspot* mundiais – áreas consideradas prioritárias para conservação em função de sua biodiversidade altamente ameaçada (MYERS *et al*., 2000).

E, apesar da grande diversidade e endemismos que apresenta, e de sua extensão em aproximadamente 22% do território nacional, o conhecimento científico sobre sua biodiversidade ainda é insuficiente.

Nas palavras de Aquino e Aguiar (2008, p. 31), o Cerrado é considerado um dos ecossistemas mais ricos em biodiversidade e um dos mais ameaçados no mundo. O fato de o Cerrado ser considerado um *hotspot* de biodiversidade, na realidade, não tem significado muito

para o Estado, já que o mesmo também é o incentivador e propagador de programas de ocupação descontrolada desse bioma.

Segundo afirma Jenkins e Pimm (*apud* CINCOTTA *et. al*. 2006, p. 20), os *hotpots*, geralmente, são regiões densamente povoadas e sujeitas a intenso desenvolvimento econômico. O que explica muita coisa quando se trata do Cerrado. Nesse aspecto, corroboram as palavras de Mayers *et al.* (2000, p. 857), no seguinte sentido:

> In some areas, outright protection is still the best option. In other areas, this is not feasible because of human settlements and other activities long in place. These areas could receive a measure of protection as `conservation units' that allow some degree of multiple use provided that species safeguards are always paramount.

Nos *hotspot*, fica claro que não há possibilidades de haver preservação sem a ação humana, principalmente pelo fato de possuir uma rica biodiversidade, os grupos humanos, gradativamente, se aglomeraram nestes ambientes e deles passam a depender. Mas, é possível estabelecer nestes ambientes uma relação que permita a sobrevivência, ao mesmo tempo em que se garante a preservação da biodiversidade, sobretudo quando se dá a devida atenção à forma de se relacionar com o meio ambiente inerente a esses grupos, que ocupam estes territórios desde longa data.

É neste sentido que os conflitos se deflagram, sobretudo pelo fato de estarem relacionados diretamente com a necessidade de defesa de interesses. Nas palavras de Alencar (2004), os conflitos evidenciam a maneira como as comunidades delimitam seus territórios, cujas fronteiras não são claramente discernidas pelos de fora, e, na perspectiva de Beck (2011, p. 48),

> Os conflitos que surgem em torno dos riscos da modernização inflamam- se a partir de causas sistemáticas congruentes com o motor do progresso e do lucro. Elas relacionam-se à dimensão e ao alcance das ameaças e das respectivas demandas resultantes por reparação e/ou por uma mudança geral de curso. [...] os conflitos emergentes assumem o caráter de disputas religiosas de vertente civilizacional em torno do caminho correto para modernidade.

O conflito é resultado do processo consequente do desenvolvimento, sobretudo decorrente da necessidade de sobrevivência. Giddens e Sutton (2017, pp. 311-315) afirmam que a definição prática de conflito é a "luta entre grupos sociais pela supremacia, envolvendo tensões, discórdias e choque de interesses". Apontam que as origens do conflito são tão antigas quanto a própria sociedade humana, embora se considere como algo inaceitável e que deva ser evitado. Para os autores, "conflito é um termo bastante genérico que pode significar tanto as

contendas entre dois indivíduos, como uma guerra internacional entre diversos países, e engloba tudo que houver entre esses dois extremos".

Para Bobbio, Matteucci e Pasquino (1998, p. 225), "conflito é uma forma de interação entre indivíduos, grupos, organizações e coletividades que implica choques para o acesso e a distribuição de recursos escassos". Deste modo, que conflito é apenas uma das possíveis formas de interação entre indivíduos, grupos, organizações e coletividades. Apontam os autores que uma outra possível forma de interação é a cooperação. Assim, qualquer grupo social, qualquer sociedade histórica, pode ser definida, em qualquer momento, de acordo com as formas de conflito e de cooperação entre os diversos atores que nela surgem (BOBBIO; MATTEUCCI e PASQUINO, 1998).

Já para Dahrendorf (1992), os conflitos são provocados pela ausência da cidadania, que, para ele, é um conjunto de direitos e obrigações para aqueles que se incluem num Estado-nação, sendo considerada um papel social real, um contrato social válido para todos. Mas que sofreu alterações em razão da desigualdade econômica ou qualitativa, alterando, dessa forma, igualdade básica de participação humana. Ademais, "o conflito social moderno diz respeito ao ataque às desigualdades que restringem a participação cívica integral por meios políticos, econômicos ou sociais, e ao estabelecimento de prerrogativas que constituam um *status* rico e integral de cidadania" (DAHRENDORF, 1992, p. 52).

No mesmo sentido dessa discussão, Simmel (1983, p. 122), inicialmente, admite o conflito como uma força capaz de modificar grupos de interesse, uniões ou até mesmo organizações, ou seja, para o autor, o conflito é visto como um fenômeno capaz de produzir o que ele chama de associação, que não pode ser experimentada individualmente, tendo, assim, diversos fatores, como o ódio, a inveja a necessidade etc. Logo, "o conflito está assim destinado a resolver dualismos divergentes; é um modo de conseguir algum tipo de unidade, ainda que através da aniquilação de uma das partes conflitantes." Na perspectiva do autor, o conflito contém algo positivo e negativo, muito embora seus aspectos estejam interligados, podendo ser separados conceitualmente, mas não empiricamente. Para o autor, o conflito é algo fundamental para a promoção da unidade, pois "é o conflito um fato *sui generis* e sua inclusão sob o conceito de unidade teria sido tão arbitrária quanto inútil, uma vez que o conflito significa a negação da unidade". Essa relativa contradição existente entre o conflito e a unidade é explicada por Simmel (1983, p. 124), partindo do pressuposto que,

> [...] a contradição e o conflito, ao contrário, não só precedem esta unidade como operam em cada momento de sua existência. É claro que provavelmente não existe unidade social, onde correntes convergentes e divergentes não estão inseparavelmente

> entrelaçadas. Um grupo absolutamente centrípeto e harmonioso, uma "união" pura (*Vereinigung*) não só é empiricamente irreal, como não poderia mostrar um processo de vida real.

Dessa forma, observa-se, sob o olhar de Simmel (1983, p. 124), que o conflito é parte importante de um processo que torna as ações e vivências humanas reais, palpáveis e verificáveis em várias circunstâncias. Quer dizer, o conflito que é visto como algo negativo e evitável, mas que também cumpre um importante papel no processo organizacional da própria sociedade, que, na perspectiva do autor, é promover a unidade. É preciso uma dose de "amor e ódio", isto é, de forças de atração e de forças de repulsão, para que as configurações sociais possam se moldar, e os conflitos, nesse sentido, são fundamentais.

No entanto, os conflitos socioambientais ou ambiental segundo afirma Acselrad (2004, p. 06), estão relacionados com "todas as práticas sociais desenvolvidas nos territórios e todos os usos e sentidos atribuídos ao meio, interagem e conectam-se materialmente e socialmente seja através das águas, do solo ou da atmosfera". Pois há, nesse sentido, uma relação entre a sociedade e o meio físico, a qual cada sociedade reproduz e produz diferentes projetos de uso e significação dos seus usos dos recursos ambientais (ACSELRAD, 2004).

Enquanto que, para Brito *et al*. (2011), os conflitos socioambientais têm suas raízes no desequilíbrio entre a exploração e a reposição dos recursos naturais. Pois, tais conflitos envolvem relações sociais de disputa ou tensões entre distintos grupos, ou atores sociais, pela apropriação ou gestão do patrimônio natural, e que estas disputas ocorrem tanto em nível material quanto simbólico, no campo simbólico.

Enquanto que, para Barbanti (1997), os conflitos ambientais ou socioambientais são categorias de conflitos sociais, mas, que possuem questões relacionados à promoção de formas mais sustentáveis de desenvolvimento, pois as diversas dimensões da sustentabilidade implicam justamente num enfoque interdisciplinar. Neste sentido, Sabatin e Sepulveda afirmam que "en los conflictos *in situ* pesan los intereses encontrados que suscita un determinado impacto ambiental entre actores de una localidad, sobre todo intereses económicos y relativos a la salud y calidad de vida. Especialmente importantes son los conflictos provocados por actividades productivas que afectan a una comunidad y al medio ambiente local. (SABATIN, SEPULVEDA, 1997, p. 25).

Esse conflito socioambiental tem suas origens, segundo Laschefski (2018, p. 85), na desigualdade social, sendo refletido, dessa forma, nos "discursos sobre o consumo desenfreado dos países do centro ou de camadas sociais cujas riquezas são geradas em detrimento de nações periféricas ou grupos marginalizados". Enquanto que os conflitos socioambientais espaciais

referem-se à localização de fontes poluidoras, como as fábricas, que afetam a população através de emissões gasosas, líquidas ou sonoras, dispersando-se no espaço. Quanto a esse tipo de conflito, sua origem está na não observância dos depósitos normativos que regulamentam tais atividades, ou seja, em torno do não cumprimento da ordem social em vigor (LASCHEFSKI, 2018).

Observa-se que há uma necessidade de se ponderar a contribuição dos conflitos socioambientais para a consolidação dos Direitos Humanos, pois, a medida que os conflitos se travam, passa ase pensar sobre esses, as instituições acabam por serem reforçadas. A luta pela invisibilidade é a principal contribuição para do conflito socioambiental. No que tange ao estudo de invisibilidade, as contribuições teóricas de Shiva (2003) serão importantes. A autora utiliza o saber dos povos tradicionais/local em confronto com o saber dominante/ocidental para explicar a invisibilidade daqueles grupos. Dessa forma, o desaparecimento do saber local se dá por meio de sua interação com o saber ocidental dominante que acontece em muitos planos, por muitos processos, dentre eles, a partir da negação de sua existência, os quais passariam a não serem vistos. Na concepção dela, a invisibilidade é a primeira razão pela qual os sistemas locais entram em colapso, antes de serem testados e comprovados pelo confronto com o saber dominante do ocidente.

Ao tornar o saber local invisível, Shiva (2003) assevera que o sistema dominante também apaga a realidade que estes saberes tentam representar. Isso é feito através da criação do que a autora chama de rachaduras da fragmentação, pois a partir do momento que não há espaço para alternativas locais, surge assim a monocultura da mente, criado pelo domínio do saber científico ocidental.

Neste ínterim, Santos (2005), afirma que o conhecimento dominante do mundo ocidental é tido como hegemônico, em muitos momentos busca desacreditar, ocultar e trivializar o que ele chama de contra-hegemônico, aqueles saberes que não estão a serviço da globalização. Diante disso, haveria assim, uma rivalidade entre esses saberes, fazendo com que o conhecimento científico hegemônico converta os saberes indígenas em matéria-prima ou os rejeitaria com base na falsidade ou ineficácia à luz do critério hegemônico da verdade e da eficácia.

E, para analisar e trazer à tona o que não existe, ou pelo menos aquilo que fora colocado ao esquecimento, Santos (2005), apresenta o que ele chama de sociologia das ausências, cuja finalidade é demonstrar que, o que não existe é, na verdade, ativamente produzido como não-existente. E, para tanto, o autor apresenta cinco lógicas ou modos de produção da não-existência, mas, a título de auxílio para a análise do objeto de pesquisa, apenas a primeira e a terceira lógica serão aqui apresentadas.

A primeira lógica deriva da monocultura do saber e do rigor do saber, segundo ele, é o modo de produção de não-existência mais poderoso. Os critérios para se declarar um saber inexistente são os estabelecidos pelos pilares da ciência moderna e o da alta cultura, que assumiria a forma de ignorância ou de incultura. A terceira lógica é a da classificação social, que se relaciona com a monocultura da materialização das diferenças. Nesta lógica, há uma distribuição das populações segundo categorias que naturalizam hierarquias. E, a não existência é produzida a partir da inferiorizarão, que seria insuperável, pois é natural, dessa forma, o que é inferior, insuperavelmente inferior, não pode ser uma alternativa credível a quem, é superior.

Para Santos (2005), essas formas de produzir inexistências existem porque se apresentam como obstáculos em relação às realidades consideradas relevantes e, porque são partes desqualificadas de totalidades homogêneas que, como tal, confirmam meramente o que existe tal como existe. Em outras palavras, conflito funciona como impulsor desses Direitos, para Peres Luño (1995, p. 48), os Direitos Humanos constituem um "conjunto de faculdades e instituições que, em cada momento histórico, concretizam as exigências de dignidade, liberdade e igualdade humanas, as quais devem ser reconhecidas positivamente pelos ordenamentos jurídicos em nível nacional e internacional".

Quando se observa os conflitos socioambientais detecta-se que esses elementos que caracterizam os Direitos Humanos são reforçados e consolidados, pois, toda vez que os atores sociais se mobilizam frente a violações de direitos, o Estado precisa reafirmá-los, consolidando dessa forma os próprios Direitos Humanos. Mas, para Cranston (1973), Direito Humanos é um direito moral universal, algo que todos os homens em todos os lugares, em todos os tempos, devem ter, algo de que ninguém pode ser privado sem uma afronta grave à justiça, algo que é devido a cada ser humano simplesmente porque ele é humano. No mesmo sentido pensa Flores (2009, p. 35), que o considera como "dinâmicas sociais que tendem a construir condições materiais e imateriais necessárias para conseguir determinados objetivos genéricos que estão fora do direito".

Portanto, os conflitos socioambientais nas APAs do Cerrado goiano, funcionam como verdadeiros impulsores para a promoção dos Direitos Humanos, sobretudo que, a partir desses conflitos, o Estado tem de buscar saídas para responder adequadamente as questões centrais do conflito, de modo que, os Direitos Humanos são consolidados e fortalecidos toda vez que se deflagram conflitos socioambientais, em especial no Cerrado.

CONCLUSÃO

O conflito socioambiental passa a ser um importante promotor dos Direitos Humanos de atores sociais de APAs no Cerrado, sobretudo pelo fato desse conflito os tirar da invisibilidade e alçá-los à condição de "humanos". O conflito é ainda visto como digno de ser contido, aparado ou até ignorado, mas, uma vez existindo não é possível passar desapercebido.

REFERÊNCIAS

ACSELRAD, Henri. **Conflitos ambientais no Brasil.** Rio de Janeiro: Relume Dumará : Fundação Heinrich Böll, 2004

AGRO 2.0. **Endemismo é a adaptação de uma espécie em determinada região**. Disponível em: https://agro20.com.br/endemismo/. Acesso em: 27 jan. 2020.

BARBANTI Jr. Olympio. **IBASE 1997**. Conflitos ambientais no Brasil. Natureza para todos ou somente para alguns? (Rio de Janeiro: Ibase).

BARBOSA, A. S.; NETO, A. T.; GOMES, H. **Geografia: Goiás-Tocantins.** Goiânia: Editora da UFG, 2005. p. 137-166.

BARBOSA, A.S. **Sistema biogeográfico do Cerrado: alguns elementos para sua caracterização. G**oiânia: UCG/ITS, 1996.

BECK, Ultich. **Sociedade de Risco: Rumo a uma outra modernidade**. Tradução: Sebastião Nascimento. 2ª Edição. São Paulo: Editora 34, 2011.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. trad. Carmen C, Varriale et ai.; coord. trad. João Ferreira; rev. geral João Ferreira e Luis Guerreiro Pinto Cacais. - Brasília : Editora Universidade de Brasília, 1 la ed., 1998.

BRASIL, **IBGE**. Território. 2019. https://brasilemsintese.ibge.gov.br/territorio.html. Acesso em: 15 jun. 2019.

BRITO, D. M. C.; BASTOS, C. M. C. B.; FARIAS, R. T. S.; BRITO, D. C.; DIAS, G. C. A.. Conflitos socioambientais no século XXI. PRACS: Revista Eletrônica de Humanidades do Curso de Ciências Sociais da UNIFAP , v. 4, p. 51-58, 2011.

CORREIA, M. C. (1999). **A Observação Participante enquanto técnica de investigação**. Pensar Enfermagem, 13(2), 30-36.

CRANSTON, Maurice William. **What are human rights?** London: Bodley Head, 1973

DAHRENDORF, Ralf. **O conflito social moderno: um ensaio sobre a política da liberdade**. Trad. de Renato Aguiar e Marco A. E. da Rocha. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1992.

FELFILI, J.M. & FAGG, C.W. 2007. Floristic composition, diversity and structure of the cerrado sensu stricto on rocky soils in northern Goiás and southern Tocantins, Brazil.

Revista Brasileira de Botânica 30: 375-385

FLORES, Joaquín Herrera. **A (re)invenção dos direitos humanos**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009.

GIDDENS, Anthony. SUTTON, Philip W. **Conceitos essenciais da sociologia. Tradução Claudia Freire**. 1. ed. – São Paulo: Editora Unesp Digital, 2017.

LASCHEFSKI, Klemens Augustinus. O mapa dos conflitos ambientais em Minas Gerais. **Revista Brasileira de Desenvolvimento Regional**, Blumenau, v. 5, n. 2, p. 073-092, maio 2018. ISSN 2317-5443. Disponível em: <https://proxy.furb.br/ojs/index.php/rbdr/article/view/6452>. Acesso em: 07 jan. 2020. doi:http://dx.doi.org/10.7867/2317-5443.2017v5n2p073-092.

MACHADO, R.B.; RAMOS NETO, M.B.; PEREIRA, P.G.P.; CALDAS, E.; GONÇALVES, D.A.; SANTOS, N.S.; TABOR, K. e TEININGER, M. **Estimativas de perda da área do Cerrado brasileiro. Relatório técnico**. Conservação Internacional, Brasília, DF. 2004.

MITTERMEIER, R. A. (et al.). **HOTSPOTS: earth's biologically richest and most endangered terrestrial ecoregions. Conservationon International; Sierra Madre and** Agropalma, 1999.

MYERS, N.; MITTERMEIER, R. A.; MITTERMEIER, C. G.; FONSECA, G. A. B.; KENT, J. **Biodiversity hotspots for conservation priorities**. Nature, n. 403, p. 853- 858, February 2000.

MYERS, N.; MITTERMEIER, R. A.; MITTERMEIER, C. G.; FONSECA, G. A. B.; KENT. J. Biodiversity hotspots for conservation priorities. **Nature**, London, v. 403, p. 853-858, 2000.

NASCIMENTO, Maria Amélia Leite Soares do. O meio físico do Cerrado: revisitando a produção teórica pioneira. In: Maria Geralda de Almeida. (Org.). **Abordagens geográficas de Goiás: O natural e o social na contemporaneidade**. Goiânia: Ed. da UFG, 2002.

OLIVEIRA, Daniela Almeida; PIETRAFESA, José Paulo; BARBALHO, Maria Gonçalves da Silva. Manutenção da biodiversidade e o hotspots Cerrado. **Caminhos de Geografia**. Uberlândia v. 9, n. 26 Jun/2008 p. 101 – 114

PERES LUÑO, Antônio. **Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución**. 5. edição. Madrid: Editora Tecnos, 1995.

RIBEIRO, J. F; WALTER, B. M. T. As principais fitofisionomias do Bioma Cerrado. In: SANO, S. M; ALMEIDA, S. P; RIBEIRO, J. F. **Ecologia e flora**. Brasília: EMBRAPA, 2008. v. 1, p. 152-212.

SABATINI, Francisco (1997). "Conflictos ambientales en América Latina: ¿distribución de externalidades o definición de derechos de propiedad?" **Em Conflictos ambientales: entre globalización y la sociedad civil**, pp.49-74, Francisco Sabatini y Claudia Sepúlveda (editores). Santiago de Chile: CIPMA.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **O Fórum Social Mundial: Manual de Uso.** SP: Cortez, 2005.

SILVA, S. D.; FRANCO, J. L. A.; DRUMMOND, J. A. **Devastação florestal no oeste brasileiro: colonização, migração e a expansão da fronteira agrícola em Goiás.** HIb. REVISTA DE HISTÓRIA IBEROAMERICANA, Semestral vol 8, n. 2, 2015.

SHIVA, Vandana. **Monoculturas da Mente: perspectivas da biodiversidade e da biotecnologia.** São Paulo: Gaia, 2003.

SIMMEL, G., **A natureza sociológica do conflito**, in Moraes Filho, Evaristo (org.), Simmel, São Paulo, Ática, 1983.

MEDIAÇÃO E CONCILIAÇÃO: CONSIDERAÇÕES SOBRE A RESOLUÇÃO ADEQUADA DE CONFLITOS SOCIOAMBIENTAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Camilla Martins Mendes Pereira
Mestre em Direito Público pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia.

RESUMO: O presente estudo apresenta como objetivo compreender as nuances dos conflitos que envolvem o meio ambiente e verificar a adequação da mediação e da conciliação aplicadas a tais disputas. Para realização dos objetivos apresentados utilizou-se do método dedutivo como método de abordagem e como método de procedimento da revisão bibliográfica e da análise de casos práticos. Como resultado da pesquisa observa-se que os conflitos socioambientais são caracterizados pela maior complexidade, pois tendem a afetar esferas de interesse coletivo e individual, bem como envolvem elevado conhecimento técnico de diversas áreas científicas. Nesse contexto, a consensualidade se apresenta como um importante mecanismo na efetivação da tutela ambiental por caracterizar métodos eficientes de resolução de disputas e que permitem maior informalidade quanto ao procedimento.
PALAVRAS-CHAVES: Mediação. Conciliação. Conflitos socioambientais. Meio ambiente.

ABSTRACT: The present study aims to understand the aspects of conflicts involving the environment and to verify the adequacy of mediation and conciliation applied to such disputes. In order to achieve the driven objectives, the deductive method was used as a method of approach and was also used the bibliographic review and analysis of practical cases. As a result of the research, it is observed that socio-environmental conflicts are characterized by greater complexity, as they tend to affect the spheres of collective and individual interest, as well as involving high technical knowledge from several scientific areas. In this context, the consensuality is presented as an important mechanism in the effectiveness of environmental protection, because it characterizes efficient methods of dispute resolution, that allows greater informality regarding the procedure.
KEYWORDS: Mediation. Conciliation. Socio-environmental conflicts. Environment.

INTRODUÇÃO

A compreensão da questão ambiental e da importância de promoção de uma tutela protetiva eficaz perpassa pela necessidade de se ter mecanismos jurisdicionais eficazes para a concretização do arcabouço protetivo ambiental, mediante o qual promova-se maior aproximação entre a sociedade civil e a gestão ambiental. Nesse contexto, as recentes alterações normativas sobre mecanismos consensuais de resolução dos conflitos abrem a possibilidade de uma nova arena, para além da justiça estatal, na resolução de litígios socioambientais.

Observa-se inicialmente a necessidade de compreender que o conteúdo que envolve o meio ambiente é complexo e apresenta várias facetas, bem como atinge esferas de interesses diversas. Em função disso, o conflito socioambiental característico desta sociedade pós-moderna (sociedade de riscos) apresenta peculiaridades que demandam novos mecanismos adequados na promoção de uma tutela jurídica e eficaz, o que se leva a questionar sobre a adequação da utilização de meios consensuais para determinados tipos ou aspectos de conflitos socioambientais.

Dessa forma, a pesquisa trata do desenvolvimento deste novo ramo da justiça ambiental, que busca alternativas para os problemas existentes. Para a realização do objetivo proposto utilizou-se de revisão bibliográfica e metodologia dedutiva, em que se parte de questões gerais sobre o meio ambiente e as relações oriundas desse, para análise dos parâmetros que podem ser benefícios a utilização da mediação e conciliação ambiental.

1 CRISE ECOLÓGICA, SOCIEDADE DE RISCO E CONFLITOS SOCIOAMBIENTAIS

A sociedade atual é marcada por novos e crescentes desafios, e dentre as teorias que caracterizam e buscam analisar a sociedade pós-industrial não se pode deixar de mencionar a teoria da “sociedade de risco” desenvolvida por Ulrich Beck (2011) e correlacioná-la com a situação de crise ambiental. Já no prefácio de sua obra, o autor reconhece que o século XX não foi pobre em catástrofes: as duas grandes guerras mundiais, Auschwitz, os desastres de Harrisburg, Bhopal e Chernobyl. Todos esses acontecimentos e em especial o perigo de contaminação nuclear, marcam uma nova modernidade, definida pelos riscos, os quais diferem de outros períodos “[...] fundamentalmente por conta da globalidade de seu alcance (ser humano, fauna, flora) e de suas causas modernas”. (BECK, 2011, p. 26).

Os riscos civilizatórios de períodos anteriores eram circunscritos a regiões específicas ou mesmo tendiam a atingir determinada classe. Por outro lado, Beck (2011) alerta que os riscos da modernidade atual são marcados pelo "efeito bumerangue", o que significa que seus efeitos são pulverizados e até mesmo insensíveis às diferenças de classes (ricos, pobres). Em um certo ponto eles atingem até os seus causadores ou aqueles que lucram com as suas causas, promovendo uma "unidade entre culpado e vítima". (BECK, 2011, p.44).

Nas palavras do autor:

> O efeito bumerangue não precisa se refletir, portanto, unicamente em ameaça direta à vida, podendo ocorrer também através de mediações: dinheiro, propriedade, legitimação. Ele não apenas atinge em repercussão direta o causador isolado. Ele também faz com que todos, globalmente e por igualmente arquem com o ônus: o desmatamento causa não apenas o desaparecimento de espécies inteiras de pássaros, mas também reduz o valor econômico da floresta e da terra. (BECK, 2011, p. 45).

Nessa perspectiva, há consciência dos riscos que não se submetem estritamente aos contornos territoriais ou de classes. Este é um dos motivos que tem contribuído para a complexidade dos conflitos demandando novas formas de solução. Como descrê Beck (2011): "A sociedade de risco dispõe, nessa medida, de novas fontes de conflito e de consenso". (BECK, 2011, p. 57). Isso significa que, a sociedade pós-moderna torna-se cada vez mais complexa e plural e os conflitos também são influenciados por esses aspectos, demandados outros métodos de gerenciamento

Afinal, conforme Beck, "[...] a natureza não pode mais ser concebida *sem a sociedade,* a sociedade não mais *sem* a natureza". (BECK, 2011, p.98). Os problemas ambientais não devem ser vistos como "alheios", a saber, ao "outro", mas são problemas sociais, cujas causas e contornos têm como responsáveis a humanidade e sua atuação perante o meio (BECK, 2011). Nesse contexto, a questão ambiental precisa ser retomada dentro da arena dos conflitos em sociedade[1].

Como reflexo disso, o desafio ao tratar de conflitos ambientais é estruturá-los não como elementos autônomos, mas compreendê-los a partir das relações políticas, socioeconômicas e culturais nas quais estão envolvidos. Daí a importância de projetos, como destaca Henri Acselrad, "[...] voltados para a disseminação de tecnologias de resolução de conflitos ambientais." (ACSELRAD, 2004, p. 8).

---

[1] Ulrich Beck, Anthony Giddens, Scott Lash no prefácio da obra "Modernização Reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna" reconhecem que "[...] as questões ecológicas só vieram à tona porque o "ambiente" na verdade não se encontra mais alheio à vida social humana, mas é completamente penetrado e reordenado por ela. Se houve um dia em que os seres humanos souberam o que era "natureza", agora não o sabem mais. Atualmente, o que é "natural" está tão intrincadamente confundido com o que é "social", que nada mais pode ser afirmado como tal, com certeza." (BECK; GIDDENS; LASH, 1997, p.08).

Observa-se, inicialmente, que o conflito faz parte da convivência humana em sociedade. Conforme expõem Schnitman e Littlejohn (1999, p. 170): "Os conflitos são inerentes à vida humana, pois as pessoas são diferentes, possuem descrições pessoais e particulares de sua realidade e, por conseguinte, expõem pontos de vista distintos, muitas vezes colidentes"[2].

Quanto ao modo de percepção dos conflitos, adverte-se que os conflitos podem ser vistos sob uma perspectiva negativa e indesejável ou como uma oportunidade para mudança, ainda segundo os autores supracitados, podendo-se construir novos aspectos sociais (SCHNITMAN; LITTLEJOHN, 1999).

Quanto à seara ambiental, observa-se que essa é eminentemente conflitiva, pois compreende campo fértil para pretensões e insatisfações no que diz respeito tanto à proteção, quanto à utilização dos bens ambientais. Nesse sentido, os conflitos socioambientais se encontram inseridos no contexto das relações sociais. Na verdade, são espécies dentro da grande área dos conflitos sociais. Sendo assim, conforme Acselrad (2004), não há como se dissociar os problemas socioeconômicos e ecológicos[3]. Uma vez que, as relações culturais, históricas e sociais que envolvem os bens ambientais também influem no contorno do conflito ou no surgimento deste. Acslrad (2004) traz à luz, como exemplo, o caso dos recursos hídricos que para comunidades ribeirinhas não possuem a mesma significação que possuem para empresas hidroelétricas.

Quanto às espécies de conflitos socioambientais, Paulo E. Little os define os como sendo aqueles oriundos das, "[...] disputas entre grupos sociais derivadas dos distintos tipos de relação que eles mantêm com seu meio natural." (LITTLE, 2001, p. 107). Para este autor tais disputas se traduzem sob diversos aspectos, mas podem ser agrupadas de modo didático em três ordens distintas: conflitos pelo controle dos bens ambientais; conflitos gerados pelo impacto ou dano ambiental; e conflitos relacionados aos conhecimentos ambientais (LITTLE, 2001).

O primeiro aspecto colacionado reside na disputa pelo uso e gozo dos recursos ambientais. Como adverte Milaré (2015), "Tudo decorre de um fenômeno correntio, segundo o qual os homens, para a satisfação de suas novas e múltiplas necessidades, que são ilimitadas, disputam bens da natureza, por definição limitados." (MILARÉ, 2015, p. 55). Dentro desta primeira classificação pode-se perceber tensões advindas de divergência pela posse, utilização

[2] Ainda completam: "A forma de dispor tais conflitos mostra-se como questão fundamental quando se pensa em estabelecer harmonia nas relações cotidianas". (SCHNITMAN; LITTLEJOHN,1999, p.170).

[3] Sobre o tema Henri Acselrad (2004) complementa que: "A 'guerra pela água', envolvendo as comunidades camponesas nas cidades bolivianas de Cochabamba e Achacachi, em 2000, as rebeliões antiprivatistas ocorridas em Arequipa no Peru em 2002 e a insurreição indígena nucleada pela contestação dos acordos de exploração de gás, que resultou na renúncia do presidente da Bolívia em 2003, vieram mostrar que o modo de apropriação, exploração, uso e regulação dos processos ecológicos da base material do desenvolvimento é visto como questão decisiva pelas populações que acreditam, a seu modo, depender da 'Natureza' para a construção de seu futuro." (ACSELRAD, 2004, p. 7).

ou propriedade de recursos, que envolvem caráter eminentemente econômico. Contudo, podem ocorrer tensões cujo pano de fundo se desdobre em fatores sociais ou políticos.

No que se refere ao segundo grupo dos conflitos socioambientais, esses compreendem as ações lesivas e a responsabilização do agente causador destas. As ações lesivas podem ser divididas, segundo Lorenzetti (2010) em: ações direcionadas ao meio ambiente (macrobem), as quais afetam o bem coletivo; ações lesivas à direitos individuais, quando o bem coletivo é atingido pode gerar reflexamente dano a interesses de particulares; e lesão de direitos individuais com efeitos sobre o meio ambiente.

Assim sendo, o dano ambiental (ação lesiva) pode atingir interesses jurídicos múltiplos. É devido a esse fator que José Rubens Morato Leite, considera que a expressão "dano ambiental" é ambígua, pois "[...] designa, certas vezes, alterações nocivas ao meio ambiente e outras, ainda, os efeitos que tal alteração provoca na saúde das pessoas e em seus interesses." (LEITE, 2015, p. 94).

Compreende-se que o dano ambiental se caracteriza pela "pulverização de vítimas" (MILARÉ, 2015). Isso significa que atinge a esfera individual e coletiva simultaneamente, sendo os danos de origem patrimonial ou moral (extraprimonial). Aliás, sabe-se que os efeitos da ação humana sobre o meio podem perpetuar-se por anos, atingindo, inclusive, as gerações futuras. São conflitos que envolvem, portanto, a esfera transindividual e intergeracional. Como atesta Milaré, "O dano ambiental, gravame significantemente intensificado com o advento da sociedade industrial, tem características próprias, que acabam por orientar o tratamento que as várias ordens jurídicas a ele conferem [...]." (MILARÉ, 2015, p. 321).

Como retratado anteriormente, não se pode deixar de reconhecer que se vive numa sociedade de riscos em que sempre é possível identificar com exatidão a fonte ou valorar a extensão do dano. Cita-se recentemente o rompimento da Barragem de Fundão, em Mariana, e da Barragem do Córrego do Feijão, em Brumadinho, cujas consequências futuras para a biodiversidade são ainda questionadas e sopesadas.

Ademais, os riscos na pós-modernidade não se restringem às fronteiras territoriais dos Estados. E como adverte José Rubens Morato Leite, "No caso da proteção ao meio ambiente os obstáculos são ainda maiores, pois as suas exigências dizem respeito a uma dimensão planetária, ou seja, demandam instrumentos em nível internacional ou intercomunitário e não isoladamente no interior do Estado de Direito." (LEITE, 2015, p. 31). Isso significa que, outra característica do dano ambiental é o seu caráter supranacional, pois mais das vezes a lesão não envolve a área territorial de um só Estado, interferindo no equilíbrio do meio ambiente de vários países. De fato, a constatação do dano ambiental transfronteiriço é decorrência do caráter horizontal da expansão do dano, e um dos fatores, que dificulta a sua resolução pela via judicial. Nesse aspecto, é

inegável que as técnicas de desjudicialização propiciam maior maleabilidade na resolução de conflitos de tais ordens.

Além disso, situações que envolvem lesão ao meio ambiente são sensíveis, dotadas de riscos e incertezas, e não podem sujeitar-se à demora processual sob pena de irreversibilidade ou agravamento do dano. Demandam, portanto, resposta rápida a fim de garantir sua efetiva proteção. Afinal, como visto até o momento, o dano ambiental apresenta características multidimensionais, em que o risco da demora somente tende a agravá-lo.

Por sua vez, o terceiro grupo de conflitos ambientais refere-se às disputas decorrentes das divergências de percepções sobre o conhecimento em matéria ambiental. Nesse aspecto cita-se como exemplo situações que envolvem a instalação de usinas nucleares, utilização de substâncias químicas ou alimentos transgênicos. Sobre o tema não há um consenso quanto aos riscos advindos, sendo comuns posições dissonantes. Outra fonte de tensões desse grupo diz respeito às descobertas científicas ou conhecimentos protegidos pela propriedade intelectual (LITTLE, 2001).

Esses são alguns exemplos de conflitos existentes na seara socioambiental e que podem vir a resultar futuramente em uma ação judicial, sendo a demora no resultado útil do processo um dos principais entraves para o tratamento adequado do conflito e para a concretização da efetiva proteção ambiental. Daí a importância de se disponibilizar formas alternativas para a problemática ambiental, que garantam outros modelos e formas de tratamento dos litígios e que possam vir a ser mais adequadas para determinadas situações.

1 MEIOS CONSENSUAIS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS

As recentes alterações processuais no Brasil têm promovido o debate, bem como incentivado uso o dos métodos alternativos de solução de conflitos (MARCs), ou melhor, mecanismos para a resolução adequada das disputas (RADs) como uma opção apropriada para as tensões surgidas na pós-modernidade em diversos ramos. Necessário averiguar, portanto, a viabilidade do uso dos meios consensuais também na seara ambiental.

Em relação à origem dos meios alternativos de resolução de conflitos, observa-se que muitos são antigos, anteriores à própria figura do Estado nos moldes em que este exsurge nos séculos XVIII e XIX, no qual passa a deter o monopólio da produção do Direito e da Jurisdição.

Entretanto, mesmo com o monopólio da função jurisdicional pelo Estado, esses métodos nunca foram completamente extintos, convivendo de forma paralela à justiça oficial, sendo por isso considerados "parajudiciais" ou "parajurisdicionais"[4].

Como esclarece Ada Pellegrini Grinover:

> Se é certo que, durante um longo período, a heterocomposição e a autocomposição foram considerados instrumentos próprios das sociedades primitivas e tribais, enquanto o processo jurisdicional representava insuperável conquista da civilização, ressurge hoje o interesse pelas vias alternativas ao processo, capazes de evitá-lo ou encurtá-lo, conquanto não o excluam necessariamente. (GRINOVER, 2014, p. 1017).

O que há de novo hodiernamente é o maior incentivo legislativo e doutrinário a esses métodos frente à insuficiência da administração da jurisdição pelo Estado. Conforme atesta a autora supracitada, nas sociedades pós-industriais há maior interesse pelas vias alternativas, que não só se apresentam como mecanismos de gerenciamento de conflitos, mas também como instrumentos na formação de uma consciência política. Assim sendo, há uma clara retomada na importância de tais meios alternativos frente à crise da administração da justiça estatal.

Dentre os métodos, tradicionalmente se destacam: a negociação, a mediação, conciliação e arbitragem. De modo que, verifica-se a utilização destes mecanismos citados, seja com novos formatos de aplicação ou até mesmo a criação de formas híbridas, compostas pela mistura da estrutura desses quatro métodos principais, como por exemplo, é o caso da mediação-arbitragem (Med-Ar[5]) ou das chamadas formas inominadas[6].

Em relação às espécies de métodos, a consensualidade é o diferencial que separa os mecanismos autocompositivos dos adversariais (processo judicial e arbitragem). No primeiro modelo, conforme Morais e Splenger (2012), o poder de decisão sobre o litígio se concentra entre as partes interessadas, ao passo que no segundo, este poder é transferido a um terceiro imparcial, que irá impor a sua decisão ao caso.

---

[4] Vale lembrar que Francesco Carnelutti denomina as vias autocompositivas como "equivalentes jurisdicionais" (CARNELUTTI, 1989, v.I, p. 109).

[5] Med-arb é um procedimento de resolução de conflitos que mistura elementos da mediação e arbitragem. O procedimento se inicia como uma mediação e caso não seja atingido o acordo, ou ainda reste algum impasse, este se transforma em uma arbitragem. (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA; AZEVEDO, 2016, p.24). Nesses casos, ou o próprio mediador, se qualificado, pode ser o árbitro da disputa ou outro pode assumir a posição. Outro mecanismo semelhante o é Arb-med, em que a lógica é inversa, a saber inicia-se por meio da arbitragem, para posterior utilização da mediação. No Brasil o procedimento não é comum. A nova lei de mediação no art. 16 permite que ainda que tenha processo judicial ou arbitral em curso, que ocorra a suspensão destes para que as partes se submetam à mediação. Contudo, no art. 7º veda-se que o mediador atue como árbitro ou testemunha em processos judiciais ou arbitrais atinentes aos conflitos em que atuou na condição de mediador.

[6] Conforme o "Manual de Mediação" editado pelo Conselho Nacional de Justiça denomina-se como práticas inominadas, as iniciativas que visem a prevenção de disputas mediante a realização de práticas educativas oferecidas à sociedade sobre como lidar ou resolver seus próprios conflitos. Cita-se as oficinas de parentalidade ou oficinas pais e filhos, que acompanham processos de divórcio, oficinas de auxílio a dependentes químicos, dentre outros projetos. (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA; AZEVEDO, 2016, p. 25-26).

Desta forma, tem-se que arbitragem, processo judicial, mediação e conciliação preveem a figura de um terceiro. Contudo, o mediador ou o conciliador não têm o condão de impor uma decisão sobre os atores processuais, como árbitros ou juízes. O terceiro na autocomposição não tem o poder de decisão.

No que tange à diferenciação entre os meios consensuais, tem-se que a negociação consiste em forma consensual de solução de conflitos, em que não há a presença de um terceiro. Os atores envolvidos em situação conflituosa, de modo voluntário, negociam os termos, acordando a solução para o problema. É forma antiga de relação entre as partes e bastante utilizada, principalmente em relações comerciais.

A mediação e a conciliação são métodos institucionalizados e previstos no Novo Código de Processo Civil, devendo a sua utilização ser estimulada por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, conforme art. 3º, §3º da Lei 13.105/2015.

Quanto à mediação, Morais e Splenger (2012) ressaltam que a palavra, do latim *mediare*, evoca a ideia de um terceiro entre duas partes. A legislação brasileira define a mediação no parágrafo único, artigo 1º da lei 13.140/2015 como a, "[...] a atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para as controvérsias" (BRASIL, 2015).

Por outro lado, a conciliação, do latim *conciliare*, traz a previsão de colocar em acordo, por meio de técnicas adequadas, as partes em conflito. O terceiro, neutro à relação, a saber, o conciliador, atua de modo a influir diretamente na solução a ser obtida ao final do processo.

Na prática, observa-se que mais das vezes a mediação e conciliação tendem a se confundir. Tanto é que a diferenciação entre mediação e conciliação é controvertida no Brasil. Um dos fatores principais seria quanto ao papel do terceiro. Na mediação o terceiro funciona meramente como facilitador do diálogo entre os litigantes, ao passo que na conciliação, este atua ativamente na promoção do acordo, inclusive propondo soluções próprias, que podem ou não ser acatadas pelas partes.

Para Cintra, Grinover e Dinamarco:

> A mediação assemelha-se à conciliação: os interessados utilizam a intermediação de um terceiro, particular, para chegarem à pacificação de seu conflito. Distingue-se dela somente porque a conciliação busca sobretudo o acordo entre as partes, enquanto a mediação *trabalha o conflito*, surgindo o acordo como mera consequência. Trata-se mais de uma diferença de método, mas o resultado acaba sendo o mesmo. (2020, p. 50).

Outro fator de distinção é que a conciliação visa o acordo, enquanto a mediação tem como função restaurar a comunicação entre os conflitantes. Daí a mediação ser indicada para

participantes que apresentam uma relação pré-constituída ao conflito, como são os casos, por exemplo, de conflitos que envolvem direito de família ou direito de vizinhança e a conciliação nos casos em que não há essa relação anterior.

Inclusive o Novo Código de Processo Civil parte desta visão ao determinar que no art. 165, § 2°, "O conciliador, que atuará preferencialmente nos casos em que não houver vínculo anterior entre as partes, poderá sugerir soluções para o litígio, sendo vedada a utilização de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem." (BRASIL; LEI, 13.105, 2015, art. 165)[7].

No Brasil a institucionalização e incentivo desses métodos têm estado intimamente ligados ao próprio Poder Judiciário, em especial após a atuação do CNJ e da resolução 125/2010 editada pelo órgão. Entrementes, mesmo antes da criação do CNJ, no âmbito do Judiciário já se instituía práticas consensuais na tentativa de "desafogar o Judiciário", como por exemplo a realização de Audiência de Conciliação no antigo CPC de 1973. Ademais, o Ministério Público, a Defensoria Pública e os núcleos de prática jurídica das Faculdades de Direito têm sido fonte efetiva na utilização dessas práticas na resolução das disputas.

Importante destacar que os mecanismos de RAD não são formados sob moldes fechados, ao contrário, são compostos de práticas diversificadas e se alteram conforme as condições sociais e culturais. Ou seja, podem haver variações nas estruturas destes, desde que respeitados os princípios gerais[8] a que submetem e a autonomia dos participantes.

Afinal, como descreve o próprio Manual de Mediação do CNJ:

> Nenhum desses métodos deve ser percebido ou conceituado de forma rígida. Ao contrário, tratando-se de mecanismos adequados de resolução de disputas, deve-se ter em mente uma abordagem pluralista de que podem existir, para cada um desses métodos, definições igualmente corretas ainda que distintas entre si. Ademais, a conceituação, especialmente no campo de RADs, deve ser flexível (para que os processos também o sejam), podendo ser ampliada, reduzida e reformulada, de forma a se adequar à disputa e às partes em um caso concreto. (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA; AZEVEDO, 2016, p.18).

[7] E complementa no § 3º do mesmo artigo que: "O mediador, que atuará preferencialmente nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes, auxiliará aos interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos". (BRASIL; LEI 13.105, 2015, art. 165).

[8] O Marco Legal da Mediação (lei 13.140/2015) normatizou os princípios gerais que vigoram na mediação destacando em seu artigo 2º os princípios da: imparcialidade do mediador; isonomia entre as partes; oralidade; informalidade; autonomia da vontade das partes; busca do consenso; confidencialidade; e boa-fé. Por sua vez, o Novo CPC na esteira deste dispositivo considera no art. 166 que, "A conciliação e a mediação são informadas pelos princípios da independência, da imparcialidade, da autonomia da vontade, da confidencialidade, da oralidade, da informalidade e da decisão informada". (BRASIL, lei 13.105, 2-15, art. 166).

De fato, a informalidade e a flexibilidade destes mecanismos são um dos principais pontos que os defensores dos RADs exaltam em relação à via judicial. Essas são características que contribuem para maior agilidade e adequação ao caso concreto, e a consequente justiça nas decisões. Para Ada Pellegrini (2014), a Justiça Conciliativa, que compreende tanto a mediação quanto a conciliação, se desenvolveu nas últimas décadas e deixa de se focar sobre o aspecto meramente negocial, como era antes concebida, para apresentar-se como uma equivalente à própria jurisdição estatal, apresentando funcionalidades para além da faceta de solucionar litígios. Neste aspecto, a autora destaca três fundamentos das vias consensuais (GRINOVER, 2014).

O primeiro fundamento reside no eficientismo. Os meios "parajudiciais" contribuem para melhorar o acesso material à justiça, ao se demonstrarem como formas adequadas para determinados conflitos, além de também serem métodos passíveis de utilização pelo próprio Poder Judiciário (GRINOVER, 2014).

O segundo fundamento é o da pacificação social, que é mais dificilmente alcançada com o processo judicial. A sentença impõe uma decisão às partes, que mais das vezes sentem- se inconformadas, gerando tensões ou rupturas sociais, podendo prorrogar os conflitos por meio das vias recursais por vários anos ou inclusive gerar um novo conflito a partir da insatisfação com o resultado disposto em juízo. Ao passo que a Justiça Conciliativa, por sua natureza informal e dialogada, é mais producente no sentido de promover a real pacificação das tensões, prevenindo novos litígios sobre o mesmo fato (GRINOVER, 2014).

O último fundamento é político e trata a respeito da participação popular na própria Administração da Justiça, um dos corolários da democracia participativa. A Justiça Conciliativa se apresenta como canal para que leigos possam intervir na tomada de decisões e ainda como forma de reivindicação de direitos por meio da mediação e conciliação (GRINOVER, 2014).

Todavia, nem todos os aspectos são positivos. Entre as críticas a tais mecanismos citam-se dentre as principais: o desequilíbrio entre as partes; a questão da representação; a redução da funcionalidade da jurisdição oficial. Preocupa-se também com quem são as pessoas responsáveis por realizar a tarefa de mediador e conciliador e qual a qualificação destas, uma vez que não apresentam os mesmos requisitos formais de um processo judicial e diferentemente da justiça oficial, em que os magistrados apresentam os deveres e as garantias funcionais próprias da magistratura.

Estes são pontos importantes a serem levados em consideração quando se trata de uma "Justiça Consensual". Quanto ao primeiro fator, e talvez este seja o mais preocupante, e mais comum, uma das partes apresenta maiores condições financeiras e técnica do que a outra,

podendo contribuir na geração de acordos desiguais, conforme assinalam Morais e Splenger (2012).

No processo judicial, devido às reformas sofridas, principalmente sob orientação do movimento pelo Acesso à Justiça realizado por Mauro Cappelletti, vige o princípio da paridade no diálogo, corolário do devido processo legal ou processo justo[9], como a doutrina processual mais recente denomina. Tal princípio objetiva a redução da desigualdade entre as partes, por meio, por exemplo, da concessão de assistência judiciária gratuita, ou mecanismo como a distribuição dinâmica do ônus da prova, o que permite que o magistrado atue diretamente na promoção da paridade processual. Esse princípio envolve, destarte, a garantia de equilíbrio das partes em influenciar igualmente na decisão final do processo.

Ao contrário do sistema judicial, nas vias consensuais o poder de decisão está nas mãos dos participantes destas. Como explicam Morais e Splenger, "Na ordem consensuada, as partes mantém do início ao fim o controle sobre o procedimento e o seu eventual resultado". (MORAIS; SPLENGER, 2012, p. 112). Todavia, ainda que o terceiro neutro (conciliador ou mediador) tenha poder de decisão limitado, é de sua responsabilidade informar se o resultado obtido não atende aos fins propostos por esses métodos, qual seja, a pacificação social.

Afinal, deve-se lembrar que práticas consensuais devem ser orientadas pela concepção ganhador/ganhador e não ganhador/perdedor[10] como em um processo heterocompositivo. A boa negociação, mediação ou conciliação se dá quando todos encontram-se satisfeitos com o resultado obtido, o que garante a maior efetividade no cumprimento do acordo.

Necessário, portanto, que as partes em conflito tenham condições técnicas e financeiras paritárias de realizar esse bom acordo e que sejam bem orientadas sob as condições do conflito. Afinal, o fim último a que se destinam, tanto a jurisdição estatal, quanto os métodos consensuais, é a pacificação das relações sociais, todavia, não se deve perder de vista a justiça das decisões frente à ânsia de pôr fim aos conflitos.

Quanto ao fundamento da redução da credibilidade da justiça oficial pela adoção da "Justiça Conciliativa" tem-se, como relatado no capítulo anterior, o movimento pela

---

[9] A garantia do processo justo é princípio mor que visa obter uma prestação jurisdicional que se fundamenta na inserção do princípio democrático, permitindo a coparticipação das partes e juízes na relação processual, o que propicia a prolação de decisões justas. Para tanto, o procedimento que origina esta decisão deve ser aquele capaz de promover a proteção das garantias fundamentais. Para mais informações sobre o tema ver: MITIDIEIRO, Daniel. Direito Fundamental ao Processo Justo. *In* **Revista Magister de Direito Civil e Processual**, Porto Alegre, nº 45, nov-dez/2011.

[10] Sobre o sistema ganhador/perdedor esclarece Dora Fried Schnitman: "Nossa cultura privilegiou o paradigma ganhar-perder, que funciona com uma lógica determinista binária, na qual a disjunção e a simplificação limitam as opções possíveis. A discussão e o litígio – como métodos e a simplificação limitam as opções possíveis. A discussão e o litígio – como métodos para resolver diferenças – dão origem a disputas nas quais usualmente uma parte termina "ganhadora", e outra, "perdedora". Essa forma de colocar as diferenças empobrece o espectro de soluções possíveis, dificulta a relação entre as pessoas envolvidas e gera custos econômicos, afetivos e relacionais" (SCHNITMAN; LITTLEJOHN,1999, p. 17).

"desjudicialização" que é encabeçado sob a premissa da "Crise da Justiça" e da incapacidade e insuficiência desta em resolver todos os conflitos que lhe são dispostos, o que geraria inegavelmente um descrédito e uma deslegitimação do próprio Poder Judiciário.

Atestam Morais e Splenger (2012) que: "Vivemos uma transição de paradigmas, e a contrapartida que se apresenta, nestes tempos de crise dos sistemas judiciários de regulação dos conflitos, é percebida pelo crescimento em importância dos instrumentos consensuais e extrajudiciais". (MORAIS, SPENGLER, 2012, p. 111).

Considera-se que a melhor opção não é a relação tudo ou nada entre a via judicial e os meios parajurisdicionais. Por que não a utilização das duas vias? O incentivo aos RADs pode ser feito sem fundamentar-se sob a desregulação da atividade jurisdicional do Estado, servindo ao contrário para legitimá-la, a partir do momento que contribui para desafogá-la dos números de processos que crescem a cada ano em suas fileiras. De fato, essa é a proposta por detrás do sistema multiportas.

Compreende-se que há vantagens e desvantagens de ambos os sistemas, o estatal e a "Justiça Consensual" e como esclarece Rodolfo de Camargo Mancuso, entre essas duas vias, "[...] não existe antinomia ou incompatibilidade, mas em verdade, são planos que devem se integrar [...]." (MANCUSO, 2014, p. 17).

Não se trata de uma disputa mercadológica entre diversos métodos de resolução de litígios, mas sim de organização de um sistema de Administração da Justiça que seja capaz de fornecer diferentes "portas" para diferentes casos, permitindo aos cidadãos a escolha do mais adequado.

Entende-se, assim, que cabe no Brasil a implementação eficaz de um sistema de multiportas, com a propositura de políticas públicas informacionais de incentivo ao tratamento adequado dos conflitos, de modo a combater a cultura demandista e efetivar o acesso à justiça.

Nas palavras de Rodolfo Mancuso:

> A logística do sistema, portanto, deve ser outra: partindo da premissa de que ambas as vertentes de distribuição da Justiça buscam objetivo comum – a justa composição dos conflitos – então é fundamental que as duas *funcionem bem*, situação otimizada que gera mais de uma externalidade positiva: a demanda por justiça não fica concentrada só no Judiciário, mas pode se distribuir por outras modalidades resolutivas, ao mesmo tempo em que o consumidor final – o jurisdicionado – fica bem servido, podendo escolher o meio ou o órgão mais apropriado ao caso concreto. (MANCUSO, 2014, p. 237).

Considera-se ingênuo o posicionamento de que somente o processo judicial é capaz de solucionar todos os litígios propostos. Do mesmo modo que seria ingenuidade creditar aos métodos extrajudiciais a "salvação da crise da Justiça", uma vez que esses, semelhantes à

jurisdição estatal, também apresentam seus desafios. Daí a necessidade de existência de múltiplas formas e métodos de resolução de disputas, especificamente em matéria ambiental, que deve prezar pela agilidade na solução a fim de garantir a devida proteção ambiental.

Nesse aspecto, para que se tenha realmente a modificação do sistema, o ponto central é que na fase inicial tenha-se à disposição vários métodos de solução e não necessariamente passar por uma mediação obrigatória ou impossibilidade de transação. De fato, conforme Sales e Sousa (2011), a idealização do tribunal multiportas engloba um processo ainda mais completo e de não fácil realização, em que é realizada uma triagem a indicar as partes quais procedimentos ou combinações destes é ou são mais indicado (s) para as particularidades de cada conflito.

Outro fator a ser considerado são as consequências desses novos modelos de solução consensual de conflitos para o Direito, "Na verdade, estas novas formas de argumentar sobre o direito implicariam também, não apenas novas formas de argumentação sobre o direito e de atingir a solução jurídica, como a relacionação do saber jurídico com outros saberes." (HESPANHA, 2012, p. 461).

De modo que, consoante o historiador português, essas novas formas aproximam a linguagem jurídica do discurso comum e a argumentação judicial da prática negocial. Nesse contexto, quando se trata da "desjudicialização" ambiental há dúvidas quanto à capacidade das vias extrajudiciais de propiciar a devida tutela aos interesses transindividuais. Parcela tradicional da doutrina compreende que para que seja resguardada a tutela protetiva ambiental, seja necessária a opção pela via judicial em detrimento da justiça alternativa.

2 MEDIAÇÃO E CONCILIAÇÃO AMBIENTAL

De forma que, quanto à aplicação dos mecanismos de solução dialogadas vistos até o momento, no que se refere à conflitos socioambientais são necessários algumas considerações iniciais. Assim como a Lei de Arbitragem, no art. 1º, limita a aplicação deste instituto a conflitos de interesses de natureza patrimonial disponível, os mecanismos consensuais também encontram entrave semelhante.

Para Citra, Dinamarco e Grinover (2015), "Sendo disponível o interesse material, admite-se a autocomposição". (p. 52). A grande maioria da doutrina apresenta semelhante concepção. De modo que, a resolução consensual de conflitos difusos esbarraria na disponibilidade do direito em questão, situação essa que será melhor tratada no último capítulo.

Mas desde já, adianta-se que, segundo Carmona, direitos disponíveis são:

> Diz-se que um direito é disponível quando ele pode ser ou não exercido livremente pelo seu titular, sem que haja norma cogente impondo o cumprimento do preceito, sob

> pena de nulidade ou anulabilidade do ato praticado com sua infringência. Assim, são disponíveis (do latim *disponere*, dispor, pôr em vários lugares, regular) aqueles bens, que podem ser livremente alienados ou negociados, por encontrarem-se desembaraçados, tendo a alienante plena capacidade jurídica para tanto. (CARMONA, 2009, p. 38)

Assim, conforme a definição acima apresentada, elege-se o meio ambiente à categoria dos direitos indisponíveis por se tratar de um direito difuso, pertencente a sujeitos indeterminados e, portanto, a princípio não passível de transação. Todavia, como adverte Milaré sobre a categorização dos direitos transindividuais como indisponíveis e a possibilidade de transação destes: "[...] situações concretas de dano ambiental iminente ou consumado, em que o responsável acede em adequar-se à lei ou reparar a lesão, seria fechar os olhos à realidade e às exigências da vida recusar pura e simplesmente tal procedimento, numa incompreensível reverência aos conceitos." (MILARÉ, 2015, p. 1465).

A legislação brasileira já admite como objeto da mediação direitos disponíveis ou indisponíveis, desde que estes sejam passíveis de transação. Nos casos que envolvam direitos indisponíveis, ainda que a mediação seja extrajudicial, o acordo deve ser homologado em juízo, mediante a oitiva do Membro do Ministério Público (BRASL; LEI 13.140, 2015, art. 3º caput e §2º).

A lei 13.140/2015 representa um marco ao considerar a possibilidade de mediação em questões de indisponibilidade, contudo, traz um conceito jurídico indeterminado, pois não esclarece quais são os interesses indisponíveis passíveis de transação. A questão é polêmica, ainda mais sob a luz da doutrina clássica que considera os conceitos de disponibilidade e transação como complementares. Entrementes, fato é que a norma abre uma possível abertura e incentivo para a mediação de conflitos socioambientais.

Mesmo antes da abertura legislativa criada pelo Marco da Mediação em 2015, há no Brasil exemplos de desjudicialização ambiental, cujos resultados obtidos corroboram com a premissa da importância de se explorar "novas" formas de solução de conflitos, ainda que em searas consideradas, a priori, como indisponíveis.

Exemplo que foge ao padrão de judicialização foi a criação da Câmara de Mediação de Conflitos Socioambientais em Nova Lima, Minas Gerais, em funcionamento desde 2012. O projeto partiu de um convênio entre o Ministério Público Estadual e Faculdades Milton Campos.

Os casos de infrações ambientais submetidos são encaminhados pelo Ministério Público à câmara de mediação. Posteriormente, estes são entregues para apreciação de um mediador, que realizará um estudo sobre o conflito. Este estudo será apresentado às partes, que poderão, então, fazer adendos e demonstrar a sua opinião sobre o problema e finalmente optar pela melhor

solução. A mediação pode contar com a participação de membros da sociedade civil, da Administração Pública e da própria promotoria.

O acordo firmado entre os envolvidos tem a natureza jurídica de título executivo extrajudicial, podendo ser objeto de uma futura execução em caso de descumprimento. Caso não seja possível se chegar a um consenso, o procedimento volta para o gabinete da promotoria, que então poderá dar o regular andamento ao feito.

Segundo uma das promotoras envolvidas no projeto, "Busca-se uma solução científica e executável, tendo em vista a natureza do dano, a realidade fática do local, tempo e partes envolvidas e os limites do impacto ambiental legalmente estabelecidos." (LANCHOTTI, 2014, p. 62).

Sem dúvidas, a iniciativa tem como vantagem a aproximação e a condução do diálogo entre promotores do meio ambiente, representantes da Administração Pública e a população da região. Além da resolução de conflitos, oferece-se cursos informativos sobre os MARCs para o público em geral, no intuito de expandir o conhecimento sobre o tema e apresentar as vantagens da Justiça Consensual.

Outro exemplo que ocorre em Portugal, e que pode ser implementado no país, é a chamada mediação ambiental e sócio territorial (MAST)[11]. Segundo Caser (2012), a medida envolve o diálogo entre diversos profissionais ligados a este campo de atuação (geólogos, agrônomos, engenheiros), sejam integrantes da sociedade civil, organizações não governamentais ou cientistas, que em conjunto fazem o planejamento e a tomada de decisão sócio-territorial.

A vantagem da atuação é que os atores do procedimento são justamente pessoas com conhecimento técnico e científico em matéria ambiental. Além disso, é aplicável a casos em que não haja necessariamente um conflito estabelecido, funcionando também como forma preventiva.

No que diz respeito à conciliação ambiental, o decreto nº 9.760, de 11 de abril de 2019, que promoveu alterações no decreto nº 6.514, de 22 de julho de 2008, trouxe disposições sobre o processo administrativo federal para apuração de infrações ambientais. Prevê o texto normativo que a conciliação deve ser estimulada pela administração pública federal ambiental atendido os princípios previstos no próprio decreto. O diploma infralegal também prevê a criação Núcleo de Conciliação Ambiental, o qual deve ser composto por, no mínimo, dois servidores efetivos,

[11] Mais informações em: Caser, U.; Vasconcelos, L. **A Mediação Ambiental e Sócio-Territorial (MAST) Um Campo de Intervenção por Excelência para Geógrafos!** Revista de Geografia e Ordenamento do Território, n.º 2 (Dezembro). Centro de Estudos de Geografia e Ordenamento do Território, 2012.

sendo ao menos um deles integrante do órgão ou da entidade da administração pública federal ambiental responsável pela lavratura do auto de infração (BRASIL, 2019).

Uma outra medida foi realizada pelo estado de São Paulo. A secretaria de meio ambiente instituiu a Resolução SMA nº 51, de 05 de junho de 2014, que trata sobre a criação do Programa Estadual de Conciliação Ambiental. O programa se desenvolve no âmbito da Administração Pública e visa, nos termos de seu Artigo 2º, I, "garantir e assegurar os direitos dos autuados a um atendimento conciliatório para o cumprimento dos deveres e resolução dos processos relacionados aos Autos de Infração Ambiental". (SECRETARIA DE ESTADO DO MEIO AMBIENTE, 2014)

O Conselho Nacional de Justiça também tem incentivado a reativação de Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (Cejucs) específicos em matéria ambiental, inclusive com a instalação em Minas Gerais, a fim de colaborar com a solução rápida dos litígios envolvendo o desastre ambiental causado na região de Mariana e Brumadinho (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2019).

Outro exemplo e que tem apresentado grande repercussão no sistema nacional é o termo de ajustamento de conduta (TAC), previsto na Lei de Ação Civil Pública e na Lei de Crimes Ambientais. Este termo é um acordo firmado entre o agressor e aqueles que se encontram no rol de legitimados para propositura da Ação Civil Pública, que na maioria das vezes é proposto pelo membro do Ministério Público.

O acordo pode ser realizado em momento anterior ou durante o curso da Ação Civil Pública e consiste numa série de obrigações assumidas pelo poluidor. Caso o que foi pactuado não seja cumprido, nada obsta a instauração de futura Ação Cível Pública. Não se discute no termo a responsabilidade civil do infrator, este é um compromisso de reparação do dano.

Diferentemente da mediação realizada em Nova Lima, as cláusulas do acordo são fruto de uma atuação dialogada entre o causador do dano e o membro do *parquet* ou outro órgão público competente. Como explica Milaré (2015), "O que seria objeto de pedido na ação civil pública deve estar presente no compromisso. Admite-se convenção apenas no que se refere às condições de cumprimento das obrigações (modo, tempo, lugar etc.)." (MILARÉ, 2015, p. 1471).

A doutrina verifica como óbice para a maior efetividade deste instrumento extrajudicial de solução de conflitos a desvinculação entre as esferas de responsabilidade civil e penal. A assinatura do TAC não gera, a *priori*, impedimento para a propositura de futura ação penal contra o infrator pelo mesmo fato gerador.

A questão é controvertida e alguns autores[12] propõem a previsão de que TAC seja capaz de gerar reflexos na esfera penal, a fim de que este aspecto seja um incentivo a mais para a proposição de novos termos, devido à maior economicidade da via e agilidade na reparação do dano ambiental.

CONCLUSÃO

Os conflitos socioambientais que didaticamente podem ser agrupados em: conflitos pelo controle dos bens ambientais; conflitos gerados pelo impacto ou dano ambiental; e conflitos relacionados aos conhecimentos ambientais, são caracterizados pela sua maior complexidade. Pois, além da multiplicidade de esferas que podem ser afetadas por meio de uma ação lesiva ao meio ambiente, outros dois fatores aumentam a complexidade do dano ambiental, a saber, a incerteza e o risco.

No estudo apresentado pode-se observar que a análise de outras formas de prevenção e resolução de conflitos para além do tradicional processo judicial é capaz de propiciar uma tutela mais eficiente e adequada ao permitir maior celeridade no deslinde da disputa ambiental. Ademais, a mediação e a conciliação são um fato no ordenamento nacional e têm apresentado crescente avanço em termos práticos.

Dentre os aspectos positivos considera-se que a utilização de meios alternativos em conflitos coletivos é capaz de propiciar maior rapidez e eficiência no deslinde da controvérsia, bem como incrementa a participação democráticas de setores da sociedade civil. Outro fator a ser mencionado que a solução dialogada propiciada é que, diferentemente do processo judicial, a informalidade e a flexibilidade da mediação e da conciliação abrem espeço para possibilitar uma análise técnica sobre o problema, podendo envolver questões multidisciplinares.

Dessa forma, a disposição de novos mecanismos no tratamento de conflitos socioambientais demonstra-se salutar na garantia da efetividade das normas ambientais. Nesse contexto, a adoção do sistema de tribunal multiportas apresenta-se como uma opção. Afinal, a intenção é que diante de várias alternativas os participantes de um litígio possam escolher a que lhes seja mais adequada. Não se trata de escolher a menos pior entre várias, mas sim, de qual método é o mais adequado para aquela situação.

[12] Sobre o tema ver: DELALIBERA, Camila Gomes. Efetividade do termo de ajustamento de conduta ambiental e reflexos penais. *In* **Revista do Ministério Público de Goiás.** Goiânia: ESMP, 2010.

REFERÊNICAS

ACSELRAD, Henri (org). **Conflitos ambientais no Brasil.** Rio de Janeiro: Relume Dumará: Fundação Heinrich Böll, 2004.

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**. Tradução Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2011.

(BRASIL, 2015). Lei 13.140 BRASIL. **Código de Processo Civil**. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm >. Acesso em: setembro de 2020.

BRASIL. **Lei de Mediação**. Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm>. Acesso em: setembro de 2020.

BRASIL. **Decreto nº 9.760,** de 11 de abril de 2019. <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/Decreto/D9760.htm>. Acesso em: setembro de 2020.

CARNELUTTI, Francesco. **Instituciones del proceso civil**. Tradução de Santiago Sentis Melendo. V. I. Buenos Aires: Juridicas Europa-America, 1989.
Caser (2012),

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 32º ed. São Paulo: Malheiros, 2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça mineira mostra ações em Brumadinho e Mariana**. 2019 Disponível em: < https://www.cnj.jus.br/justica-mineira-mostra-acoes-em-brumadinho-e-mariana>. Acesso em: setembro de 2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (BRASIL); Azevedo, André Gomma de (Org.). **Manual de Mediação Judicial**. 6ª ED. Brasília/DF: CNJ, 2016.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Os Fundamentos da Justiça Conciliativa**. Doutrinas Essenciais Arbitragem e Mediação**, vol. 6, p. 1017 -1024, set. 2014.

HESPANHA, António Manuel. **Cultura Jurídica Europeia: síntese de um milénio**. Coimbra, Almedina, 2012.

LANCHOTTI, Andressa de Oliveira. Ministério Público e a mediação - A experiência da Câmara de Mediação de Conflitos Socioambientais de Nova Lima. **Revista Institucional do Ministério Público de Minas Gerais**, Ano IX, ed. 22, p.60-63, mar. 2014.

LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. **Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial**. 7ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

LITTLE, Paul E.. Os conflitos socioambientais: um campo de estudo e de ação política. *In*: BURSZTYN, Marcel (Org.). **A difícil sustentabilidade: política energética e conflitos ambientais**. Rio de Janeiro: Garamond, 2001.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria Geral do Direito Ambiental**. Tradução de Fábio Costa Morosini e Fernanda Nunes Barbosa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito.** 2º ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
MILARÉ, Édis. **Direito do Ambiente.** 10ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
MORAIS, Jose Luis Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação e Arbitragem: Alternativas à Jurisdição!** 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.
MOREIRA, José Carlos Barbosa. Privatização do Processo? **Revista da EMERJ**, v.1, n.3, p. 13-25, 1998.

SALES, Lilia Maia de Morais; SOUSA, Mariana Almeida de. O sistema de múltiplas portas e o Judiciário brasileiro. **Revista Direitos Fundamentais & Justiça**. Ano 5, nº 16, p. 204-220, jul./set. 2011.

SCHNITMAN, Dora Fried; LITTLEJOHN, Stephen (orgs.). **Novos paradigmas em mediação.** Porto Alegre: Artmed Editora, 1999.

OS INCONVENIENTES E AS POSSIBILIDADES DA MEDIAÇÃO NO ÂMBITO DA GESTÃO DE CONFLITOS AMBIENTAIS

Cleiton Lixieski Sell
Doutorando em Direito pela Universidad de Burgos (Espanha). Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Maria (Brasil). Graduado em Direito pela Universidade de Cruz Alta (Brasil). Integrante dos Grupos de Pesquisa *Ordenación Territorial y Urbanística, Medio Ambiente y Dessarollo Sostenible* (ORDITER) da UBU. Endereço eletrônico: cleitonls.direito@gmail.com

Jeano Corrêa Saraiva
Doutorando em Direito pela Universidade de Caxias do Sul (Brasil). Mestre em Direito pela Universidade
Federal de Santa Maria (Brasil). Graduado em Direito pela Universidade Luterana do Brasil. Advogado. Endereço eletrônico: jeano.adv@gmail.com

RESUMO: O presente estudo possui o objetivo principal de analisar os limites e possibilidades da mediação na gestão de conflitos ambientais, e em segundo plano, identificar os desafios da aplicação no contexto da sociedade complexa. Para que fosse atingida essa proposta, utilizou-se de uma revisão bibliográfica estruturada pelo método hipotético dedutivo. O trabalho está composto em três partes: a primeira se consiste em realizar um resgate sobre precedentes filosóficos e jurídicos que a mediação contemplou. O segundo ponto discorre- se sobre a função do mediador ambiental, e for fim os inconvenientes e possibilidades da mediação nos conflitos ambientais no século XXI. Comprovou-se que, a mediação possui vantagens como igualdade das partes, colaboração, agilidade em relação ao processo judicial tradicional, flexibilidade e aproximação das partes envolvidas. Por outro lado, ficaram demonstrados inconvenientes nesse processo como complexidade dos conflitos ambientais, multipartes envolvidas, falta de incentivo na formação de mediadores, bem como uma área desafiadora para o operador jurídico, por isso é considerada pouco explorada no campo jurídico-ambiental.

PALAVRAS-CHAVE: Gestão de conflitos. Mediação ambiental. Resolução de conflitos ambientais. Direito ambiental.

ABSTRACT: The present study has the main objective of analyzing the limits and possibilities of mediation in the management of environmental conflicts, and in the background, to identify the challenges of application in the context of complex society. In order to achieve this proposal, a bibliographic review structured using the hypothetical deductive method was used. The work is divided into three parts: the first consists of rescuing philosophical and legal precedents that mediation contemplated. The second point discusses the role of the environmental mediator, and ends the inconveniences and possibilities of mediation in environmental conflicts in the 21st century. It has been proven that mediation has advantages such as equality of the parties, collaboration, agility in relation to the traditional judicial process, flexibility and approximation of the parties involved. On the other hand, inconveniences in this process were demonstrated, such as complexity of environmental conflicts, multiparties involved, lack of incentive in the training of mediators, as well as a challenging area for the legal operator, which is why it is considered little explored in the legal-environmental field.
KEYWORDS: Conflict management. Environmental mediation. Resolution of environmental conflicts. Environmental Law.

INTRODUÇÃO

A preocupação sobre a gestão de conflitos ambientais ganhou espaço já em meados do século XIX, atualmente, mais do que nunca, esse embate sobre os recursos naturais está sendo explorado e ao mesmo tempo sonegado, mesmo havendo amplas políticas públicas que fomentam e reproduzem discursos de proteção em âmbito local e global. Nesse recorte teórico, começaram a surgir discursos sobre a importância de proteger o meio ambiente como forma da própria modernidade se reinventar como elemento científico e tecnológico. Não diferente, em termos de discursos políticos e econômicos, existem aspectos essenciais sobre o tema do meio ambiente, uma vez que são direcionadas formas de exploração, enquanto o meio ambiente é o termo amplo que é rotulado como não poluir o meio ambiente ou não cortar árvores e realizar queimadas.

Quando se pensa em questões relacionadas com o meio ambiente – logo – por instinto e por que não dizer por obviedade, a reação do pensamento leva ao tema da degradação do meio ambiente, seja, por extração de recursos naturais provocando seu esgotamento, seja, por impactos ambientais como mudanças em trajetos de rios, poluição industrial, poluição do ar, aquecimento global, desmatamento entre outros tantos que podem ser mencionados. No entanto,

a reflexão que deve ficar clara é que o tema da mediação ambiental vai muito além de um conflito multipartes.

A caracterização da mediação nos conflitos ambientais teve origem de outros ramos do direito, pois houve uma familiarização na aplicação dessa ferramenta no contexto ambiental do mesmo modo que rompeu barreiras rígidas do processo judicial tradicional. No entanto, essa expansão para outros tipos de conflitos é um marco desafiador a ser considerado para o operador do direito, uma vez que as mudanças que ocorrem constantemente nas relações sociais, novas tendências processuais necessitam de regulação jurídica constantemente.

O objetivo do trabalho é realizar um recorte sobre o cenário ambiental em sua complexa dimensão, e a partir desse marco teórico propor a mediação ambiental como alternativa no enfrentamento da gestão desses conflitos. Para a abordagem desse tema utilizou-se o método hipotético dedutivo. Como lastro da pesquisa, evidencia-se um cenário da insuficiência da tutela jurídica ambiental, na qual apesar da mediação nesse âmbito ser complexa, possui aspectos positivos como a eficiência, equilíbrio de poder entre as partes, cooperação e igualdade entre as partes.

A mediação ambiental é uma técnica inovadora que caminha em passos lentos no Brasil e em países europeus como a Espanha, uma vez que são destacados inconvenientes como a complexidade desse âmbito de atuação por ser um conflito multipartes, bem como deficiência em órgãos de formação de mediadores ambientais, baixo incentivo político que estimule a mediação como via na gestão desses tipos de demandas. Nesse panorama, exige-se uma abordagem jurídica e ecológica, em que a avaliação do impacto ambiental e seus desdobramentos no âmbito administrativo ou judicial devem alinhar-se com o objetivo que é sua restauração daquilo que foi infringido.

A partir de uma abordagem metodológica, optou-se em analisar a temática da mediação sob três pontos que levaram ao enfrentamento de obstáculos que surgiram no âmbito dos conflitos ambientais. Desse modo, iniciou-se com uma abordagem sobre as perspectivas filosóficas e jurídicas que a mediação foi inserida no âmbito legislativo, bem como um panorama internacional legislativo. Posteriormente, se analisará o papel do mediador ambiental, na qual será realizado um mapeamento das principais funções e princípios norteadores de sua atuação. Por fim, ressaltam-se algumas barreiras a serem superadas para aplicação da mediação ambiental.

1 ASPECTOS FILOSÓFICOS E JURÍDICOS DA MEDIAÇÃO NA GESTÃO DE CONFLITOS AMBIENTAIS

A resolução dos conflitos na esfera do direito mostra-se como a mais antiga e tradicional, sendo assim, não é novidade que os atores envolvidos no conflito possuem objetivos e influências que desaguam no desacordo de ideias na qual uma ordem jurídica é utilizada (ENTELMAN, 2002, p. 99-100). A partir do aspecto dos conflitos ambientais, a própria natureza humana possui uma necessidade de competir e de conseguir os objetivos pessoais e profissionais, desse modo, ocorrem duas linhas que são os interesses econômicos (maioria privados) e o interesse ambiental (bem de uso coletivo).

Será realizada uma abordagem sobre os reflexos de outros âmbitos da mediação que surgiram na gestão de conflitos administrativos, judiciais e extrajudiciais nas diversas áreas como o direito civil, mercantil, trabalho, família, ambiental, escolar, entre outras. A Inglaterra, país pioneiro das Revoluções Industriais, introduziu a mediação como uma alternativa no âmbito civil e mercantil por duas razões: Primeiro, se trata de uma possibilidade atrativa e menos formal do que os processos judiciais tradicionais, bem como por que muitas corporações preferem utilizar mecanismos como a mediação em várias fases dos litígios que não possuem acordos prévios e tampouco oferecem soluções por outras vias (ANDREWS, 2015, p. 28).

A gestão de conflitos ambientais, a partir da criação da teoria de *Gaia*, requer uma reflexão sobre o conceito de "mundo vivo", ou planeta terra que possui uma consciência própria é algo que teve origem na Antiguidade, e que na medida do tempo as teorias modernas foram incorporando esse contexto como um grande "organismo vivo" (JIMÉNEZ, 2000, p. 82-83. No século XIX, período em que surgiram grandes pensadores da teoria do direito como Friedrich Karl Von Savigny, sendo um dos autores do *jusnaturalismo* racionalista, defendia a necessidade da evolução jurídica, observando-se a esfera jurídica e econômica como importante mecanismo na gestão ambiental.

No âmbito das teorias ecológicas, ao menos duas correntes filosóficas se destacam como forma de guiar as discussões na esfera da proteção do meio ambiente, em que a primeira se conhece como vertente antropocêntrica, que possui uma tendência de considerar o ser humano um sujeito de direitos, por outro lado surgiu a corrente biocêntrica, que é caracterizada por uma análise mais profunda acerca da natureza ser considerada independente e por esse motivo se estender também como sujeito de direitos. Em síntese, "[...] o antropocentrismo está inserido na tradição jurídica ocidental que supões que somente os seres humanos são considerados sujeitos

de direitos; o biocentrismo se fundamenta na cosmovisão do *Buen Vivir Sumak Kawsay*, em que a natureza *Pachamama* é um sujeito de direito" (MARTÍN, 2018a, p. 158)[1].

Diante dos aspectos que foram abordados sobre as teorias ambientais do antropocentrismo e do biocentrismo, resta evidente que, a preocupação em torno da proteção do meio ambiente como algo prioritário e necessário. Do mesmo modo, os direitos de natureza foram discutidos primeiramente no ano de 1972, por Christopher Stone, e que passaram a serem discutidos por ambientalistas, juristas, teólogos, filósofos entre outros que possuem o objetivo de defender a natureza na perspectiva de sujeito de direitos (PONTES JÚNIOR; BARROS, 2016, p. 431).

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB, 1988), contemplou um capítulo específico sobre a temática ambiental, e por esse motivo é conhecido majoritariamente como Constituição mais avançada em termos de legislação ambiental. De todo modo, com a Convenção sobre a Diversidade Biológica das Nações Unidas de 1992[2], bem como a Constituição do Equador em 2008[3], em seu capítulo sétimo, *Derechos de la Naturaleza*, em seu art. 71[4], são previstas de forma pioneira os direitos de *Pacha Mama* – garantindo que o lugar onde se vive também deve ser considerado um ambiente capaz de garantir a tutela jurídica ambiental.

O diálogo referente à "Harmonia com a Natureza das Nações Unidas", que ocorre no período de 2011 até 2017, bem como nos precedentes de Justiça Constitucional nos casos dos direitos do rio *Vilcabamba*, situada no Equador, e dos rios *Ganges* e *Yamuna*, na Índia, reforçam o discurso sobre a possibilidade de reconhecimento dos direitos da natureza (MORAES, 2018, p. 129). Relacionar esses direitos pertencentes à natureza reascende o debate sobre a possibilidade que esses precedentes refletem no âmbito jurídico-ambiental, em que o planeta deixa de ser um ambiente em que é cercado pelo ser humano e passa a ser considerado um ser vivo.

---

[1] Tradução própria. "[...] el antropocentrismo está inserido en la tradición jurídica occidental que supone que solo los seres humanos pueden ser sujetos de derecho; el biocentrismo se fundamenta en la cosmovisión del Buen Vivir-Sumak Kawsay donde la naturaleza o Pachamama es un sujeto de derecho".

[2] BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. **Convenção sobre Diversidade Biológica (CDB)**. Disponível em: https://www.mma.gov.br/biodiversidade/convenção-da-diversidade-biológica.html. Acesso em: 10 out. 2020.

[3] ECUADOR. **Constitución del Ecuador**. Asamblea Constituyente de 2008. Disponível em: http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portalStfInternacional/newsletterPortalInternacionalFoco/anexo/ConstituicaodoEquador.pdf. Acesso em: 10 out. 2020.

[4] Art. 71. La naturaleza o Pacha Mama, donde se reproduce y realiza la vida, tiene derecho a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos. Toda persona, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá exigir a la autoridad pública el cumplimiento de los derechos de la naturaleza. Para aplicar e interpretar estos derechos se observaran los principios establecidos en la Constitución, en lo que proceda. El Estado incentivará a las personas naturales y jurídicas, y a los colectivos, para que protejan la naturaleza, y promoverá el respeto a todos los elementos que forman un ecosistema.

No âmbito das discussões sobre a cidadania ambiental e ecológica, para que se tenha uma compreensão aprofundada sobre o tema se faz necessário contextualizar os problemas.

Primeiro, se ambas as cidadanias forem analisadas sob a lente política, estas se tornam complementares, uma vez que as previsões no âmbito ambiental nas Constituições assim como estimular projetos sustentáveis se inter-relacionam. O conceito de cidadania ecológica é complexo, uma vez que relaciona reflexões sobre a própria definição tradicional de cidadania, ao passo que na ambiental percorre uma vertente liberal em que não há uma análise sobre sua função (GORKCZEVSKI; MARTÍN, 2018, p. 81).

Pelo lado do atual processo extrativista do meio ambiente– principalmente no contexto Latino-americano – pendenciou-se a uma espécie de exploração dos recursos disponíveis no planeta (ACOSTA, 2016, p. 52). Nesse aspecto, tanto em âmbito local como global, a "[...] propriedade privada alimentada pelo dinheiro (ele próprio uma abstração jurídica concentrada nas mãos privadas de corporações bancarias) vem produzindo enormes benefícios a alguns à custa do meio ambiente e das comunidades locais" (CAPRA; MATTEI, 2018, p. 26). Nessa perspectiva negativa, os seres vivos e o ambiente natural são alvos de disputas implicam em fenômenos que levaram a uma visão mecanicista controvérsia no século XX (BERMAN, 1986, p. 31).

A ideia de pensar como comunidade tem ocasionado discussões e mal-entendidos sobre a real proposta que está disposta a oferecer no âmbito de uma visão política e econômica. Essa ideia procura compreender os problemas econômicos a partir de uma perspectiva produtiva no campo prático e na perspectiva local de uma comunidade (BOLLIER, 2016, p. 13). A partir dessa necessidade, busca-se a proteção de recursos naturais e de medidas de apoio e cooperação dos indivíduos locais, na qual é possível pensar em uma nova ordem econômica e social do ponto de vista coletivo e harmonioso. Sobre a discussão que gira em torno da sociedade e a natureza – vale lembrar que o ser humano utiliza os recursos naturais de forma infinita, uma vez que esses recursos já estão cada vez mais escassos (MILARÉ, 2015, p. 108). Um exemplo dessa realidade é a necessidade de criar legislações protetivas sobre recursos naturais e inclusive animais – posto que – estão caminhando para um itinerário sem precedentes dos conflitos ambientais. A partir desse cenário na qual o ser humano explora os recursos naturais de forma ilimitada, bem como perpassa pela grande produção de bens materiais que, ao fim e ao cabo, é devolvido ao meio ambiente em forma de rejeito ou resíduo. Essa perspectiva fez emergir um individualismo diversificado, assim como um empobrecimento moral e intelectual dos seres humanos em que aspectos como fraternidade e solidariedade são substituídos pela competitividade e pela busca do consumo, perdendo-se as referências éticas que norteiam a vida humana para um contexto perverso. Nesse cenário, ee o discurso ambiental for analisado pela

perspectiva da obra "A natureza à margem da Lei", de François Ost (OST, 1997, p. 7-8), na qual inicia de uma visão filosófica e jurídica no contexto global, a crise do meio ambiente deve ser percebida como uma crise de representação do ser humano no sentido estrito em relação à natureza que pertence. É claro que essa possibilidade só é possível se houver uma profunda reflexão do ser humano sobre a sua forma de inter-relacionar-se com a natureza, uma vez que a própria evolução do ser humano como espécie, alinhavada ao aparato científico e tecnológico, proporcionou novas tendências que implicam nessa análise sob o ponto de vista de proteção do meio ambiente.

Como forma de frear essas ações, a mediação nos conflitos ambientais é considerada uma alternativa a partir do final do século passado. Nos Estados Unidos da América (EUA), na década de 70, surgiu um conflito na cidade de *Seatle*, referente à construção de uma barragem no rio *Snoqualmie*, em que nesta oportunidade o Governador do Estado nomeou mediadores para o litígio. No âmbito europeu, na Alemanha, na cidade de *Bielefeld*, a mediação foi pioneira em 1984, quando o conflito se caracterizou pela destinação de lixo em local adequado. Na Áustria, a aplicação da mediação nos casos ambientais é realizada desde 1996, tendo o primeiro caso relativo a uma fábrica de cimento, na cidade de *Salzburgo*. No Reino Unido, apesar de não pertencer mais a União Europeia (UE), em 1992, na cidade de *Chester*, foi desencadeada representação por agências ambientais com o objetivo de garantir o cumprimento das diretrizes ambientais com a publicação de um procedimento de resolução de conflitos que não haviam solução adequada (PEDREÑO, 2014, p. 141-142).

A mediação pouco a pouco foi incorporada em conflitos que necessitam de uma diminuição das barreiras de poder e equilíbrio que tradicionais que o processo judicial se constitui. Essa forma de resolução de conflitos obtém, entre outros aspectos, resultados inovadores e consistentes na medida em que promovem decisões com melhor aceitabilidade entre as partes envolvidas, uma vez que se busca o melhor interesse para ambas as partes através do protagonismo dos próprios polos em conflito.

A mediação no âmbito espanhol ganhou maior visibilidade com a edição da Lei 5/2012, de 27 de julho de 2012[5], referente à gestão de conflitos na seara civil e mercantil. Nesse dispositivo, são previstos requisitos como a formação universitária ou formação profissional superior para exercer a mediação, bem como a necessidade de uma formação adequada do mediador nas comunidades autônomas espanholas (VILLALUENGA; VIDE, 2012, p. 150-151). No aspecto da formação profissional, a *Universidad Complutense de Madrid*, possui um dos maiores cursos de especialização em formação de mediadores que contemplam diversas áreas do

[5] ESPANÃ. Ley 5/2012 de Mediación en Asuntos civiles y Mercantiles. *In*: **Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado**. BOE 27.07.2012. Disponível em: https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2012-9112. Acesso em: 10 out. 2020.

direito, bem como públicos diversos como advogados, psicólogos, pedagogos, professores universitários, trabalhadores sociais, etc.

A legislação referente à mediação de conflitos na Espanha foi mais precoce do ponto de vista de civil e mercantil. Com a edição da Lei nº 5/2012, a mediação ganhou mais visibilidade em relação aos conflitos jurídicos que eram destinadas unicamente pelas vias tradicionais do Poder Judiciário. No entanto, com esse dispositivo normativo foi possível inserir uma ferramenta voluntária em um processo, bem como se tornou viável estimular as partes para que haja cooperação na resolução do conflito. Esse texto de lei é um avanço jurídico em termos de aplicação em outros âmbitos do direito, bem como contribuiu para que haja uma aproximação das partes com a utilização do mediador.

Referente a esse dispositivo jurídico, que prevê a mediação como alternativa de gestão de conflitos, possui alguns aspectos vazios e uma definição adequada sobre a atuação dos mediadores. O primeiro aspecto é a indefinição dos indivíduos que podem ser mediadores, uma vez que é um problema amplo e que necessita ser mais claro; Há uma necessidade da administração Pública ter maior protagonismo frente à fiscalização dos requisitos para titulação na formação de mediadores; Não está previsto uma registro dos mediadores em órgão oficial; há inexistência sobre duração da mediação no processo, bem como o protocolo obrigatório do acordo firmado entre as partes (MARTÍN, 2013b, p. 81).

A mediação ganhou espaço na Espanha, uma vez que se tornou uma viável alternativa nos conflitos na esfera administrativa que possuem uma das partes a Administração Pública. O interesse público alinhavado com as políticas de governança, elevou o *status* para uma relação assertiva entre a administração e a sociedade, em que a inércia da legislação sobre outros sistemas de resolução de conflitos, bem como a necessidade de reconhecer sistemas de autotutela administrativa e judicial impulsionaram esse âmbito (GIL-ROBLES, 2012, p. 40). No entanto, a mediação no âmbito administrativo possui dificuldades em promover políticas com a participação da sociedade é um elemento que torna a transparência em adoções de medidas restritas e com menor aceitabilidade, bem como limitações legais para fazer acordos no caso da mediação.

O contexto brasileiro persiste a cultura da conciliação influenciada pela criação dos Juizados Especiais, também conhecidas como “pequenas causas”. Essa tradição ocupou espaço desde 1995, quando ouve uma tendência na figura do conciliador, no entanto, essa cultura também se estendeu aos países sul-americanos. Entretanto, no caso da mediação, se não houver um treinamento adequado à realidade do conflito, poderá se tornar um obstáculo mais custoso em termos econômicos e um processo prolongado até sua resolução.

A mediação se tornou transparente em termos de reconhecimento de uma alternativa na gestão de conflitos, com a edição da Lei nº 13.140/15 (BRASIL, 2015), na qual prevê a possibilidade de soluções de controvérsias na esfera dos particulares, bem como contemplou a modalidade de autocomposição de conflitos no âmbito da Administração Pública. A doutrina nacional seguiu rigorosamente o conceito de mediação previsto no parágrafo único[6], *Caput*, do referido texto de lei. Para que haja um padrão (ou modelo) a ser seguido pelos mediadores nas diversas espécies de conflitos, foram contemplados princípios do mediador tais como: a imparcialidade, isonomia, oralidade, informalidade, autonomia de vontades, procurar consenso entre as partes, o princípio da confidencialidade e da boa-fé por partes dos envolvidos no processo.

A partir de uma análise sobre os requisitos da utilização da mediação na gestão dos conflitos ambientais, a primeira regra que deve ser obedecida é que a mediação não deve ser aplicada de forma generalizada em todos os casos. Desse modo, quando uma parte procura a esfera judicial para protocolar uma petição inicial, ao menos, deve ficar claro que existe a possibilidade de resolver o conflito pela via da mediação – ademais – deve estar intrínseca a possibilidade de resultados não favoráveis dependendo de cada caso (BERNARDINA DE PINHO, 2008, p. 287).

2 A FUNÇÃO DO MEDIADOR AMBIENTAL E OS DESAFIOS JURÍDICOS NESTE SÉCULO XXI

Após realizada uma abordagem sobre os aspectos da mediação nos conflitos, bem como um recorte teórico sobre os âmbitos que contemplam a mediação, se discutirá o cerne desse trabalho que é examinar as funções dos mediadores ambientais no contexto de uma sociedade complexa formada por redes. Nesse ponto o objetivo é demonstrar que no campo dos conflitos ambientais ocorre ocorrem peculiaridades e barreiras que necessitam maior preparação e maior interdisciplinaridade em seu enfrentamento – ou seja –, é preciso avaliar a extensão de um impacto ambiental requer esforços de outras áreas técnicas que auxiliam nessa tarefa, havendo, portanto, um grau de complexidade maior.

Para entender a função do mediador ambiental é oportuno fazer uma reflexão sobre como o direito ambiental está previsto em termos de proteção. Nesse contexto amplo sobre o

[6] Art. 1º Esta Lei dispõe sobre a mediação como meio de solução de controvérsias entre particulares e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública.
Parágrafo único. Considera-se mediação a atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia.

meio ambiente, essa perspectiva pode ser definida como “[...] um conjunto de normas e institutos jurídicos pertencentes a vários ramos do direito reunidos por uma função instrumental para a disciplina do comportamento humano em relação ao seu meio ambiente” (MUKAI, 2007, p. 10). Diante desse ponto de partida, somam-se princípios e normas que regulam as atividades humanas que, em última análise, são as diretrizes que o mediador deve seguir na gestão de um conflito na seara ambiental.

Na perspectiva de análise do processo, o papel principal do mediador se consiste em assistir as partes de forma prévia, durante o processo e, em sua resolução ou não resolução (caso em que não ocorre acordo satisfatório). O mediador atua como facilitador do diálogo coordenado, uma vez que que “[...] restabelece uma comunicação cooperativa e responsável entre as partes em conflito, na qual permitirá que estas sejam capazes de manifestar suas posições e interesses de forma clara e precisa ao outro, evitando os receios ou prejuízos que qualquer conflito gera” (CARRASCO, 2009, p. 231).

O exercício do mediador frente aos conflitos parte do princípio de que se trata de um diálogo construtivo e esclarecedor em relação ao contexto da discórdia. Desse modo, o mediador tem com um dos objetivos clarearem as informações e de se fazer compreender como um indivíduo que possui o papel de auxiliar das funções inerentes ao conflito (LOVE; STULBERG, 2015, p. 190). Para que a mediação sofra menor risco de haver inconformidade das partes envolvidas, é necessário manter uma postura otimista e que transpareça confiança tanto em sua abordagem jurídica quanto a técnica utilizada na estratégia de conduzir da melhor forma possível os trabalhos das reuniões.

A função deverá ser analisada a partir de uma perspectiva na qual as qualidades devem estar inseridas no processo de formação profissional do indivíduo. Vale lembrar que, essa qualificação deve ser específica em cada área, uma vez que os conflitos familiares possuem origem e desdobramentos diversos dos conflitos na esfera ambiental. Se espera que o mediador possua um domínio nos aspectos comuns como os princípios da mediação, bem como manter uma postura ética sobre sua conduta na intervenção no processo (MARTÍN, 2015, p. 41). O mediador é conhecido como um coordenador do processo na capacidade de compreender a situação e se fazer compreender no esclarecimento de eventuais dúvidas que surjam entre as partes em sua atuação.

Como forma de padronizar a atuação do mediador como um profissional na gestão dos conflitos, se faz necessário uma postura coerente e íntegra para que não haja contrastes em relação a seu procedimento. Se trata de um conjunto que compreendem os direitos e deveres que contemplam o caráter jurídico e ético do mediador, pois, “[...] o não cumprimento dessas obrigações levará no caso a uma responsabilidade que joga em duplo plano: ético (exigido pelo

colégio profissional correspondente ou instituição que cumpra suas funções) e jurídico (eventualmente diante dos tribunais)"[7] (MARTÍN, 2013a, p. 236).

Diante dessas questões abordadas, a mediação antes de qualquer conclusão equivocada, se trata de uma forma de enfrentar conflitos muito além de interpessoais, pois está em jogo a disputa o contexto de meio ambiente. Também, está implícito que alguns conflitos a solução não passem e, talvez por muito tempo continue sendo utilizada a mediação, no entanto, é uma porta que deverá ser considerada nos conflitos que necessitem de uma resolução (VILLALVA, 2010, p. 45). Do mesmo modo, a estrutura idealizada pelo conflito ambiental em que desagua na figura do mediador, torna esses tipos de conflitos mais complexos, uma vez que o conflito tem origem em direitos difusos, relacionados com um polo da Administração, caracterizando-se, portanto, como conflitos de direito público.

O mediador ambiental é um indivíduo alheio ao processo que é chamado para resolver um conflito. Nessa linha, ajudar as partes na resolução requer algumas observações quanto à forma de intervir, pois não é porque a mediação em determinado conflito não tenha resultado em êxito que o mediador tenha falhado em sua função, até mesmo porque o papel do mediador não deve influenciar na direção do resultado (MURGUÍA, 1999, p. 112-113). Cabe ao mediador esgotar as possibilidades que pretende adotar em sua abordagem nas sessões de mediação, que é diferente de forçar acordos ou omitir informações relevantes para decisão que cabe as partes no processo.

Um dos maiores desafios quando se pensa em mediação ambiental é a avaliação do impacto ambiental, posto que, se trata de um tema específico e de uma ação humana que implica na alteração de algum componente do meio ambiente. Desse modo, a avaliação do impacto ambiental tem origem em analisar o alcance do dano na perspectiva dos efeitos causados (NOVO, 1998, p. 147). Quantificar o grau de impacto é uma tarefa complexa e que leva em consideração vários elementos externos de forma complementar na qual não se trata apenas de restituir economicamente o impacto em si, mas de restaurar nas condições aquilo que foi danificado.

A partir de uma observação do mediador ambiental, se torna um ponto complexo para levar a cabo a ideia de que a gestão de conflitos por intermédio da mediação não é uma tarefa simples. Esses conflitos são caracterizados por sua peculiaridade e ao mesmo tempo sua expansividade, uma vez que reforça a tendência de que os problemas desenvolvidos na perspectiva do desenvolvimento sustentável geram inúmeras incertezas tendo em vista os riscos de ocorrências de impactos ambientais (MARTÍN, 2019, p. 244). A necessidade de

[7] Tradução própria. "[...] el incumplimento de esas obligaciones llevará, en su caso, una responsabilidad que juega en ese doble plano: ético (exigible por el colegio profesional correspondiente o institución que cumpla.

buscar novos mecanismos para confrontar os fenômenos de uma sus funciones) y jurídico (eventualmente ante los tribunales)".

O grau de vínculo do mediador em relação ao conflito ultrapassa uma relação diálogo limitada ao processo, uma vez que se trata de reconhecer a interdependência nos fenômenos humanos que, ao fim ao cabo, todos os seres humanos estão inertes ao processo da natureza (SOLDEVILA; VENTURA, 2003, p. 34). Mesmo havendo uma comunicação positiva de forma segura e transparente, não é garantia de que um conflito possa ser resolvido por intermédio de um mediador, pois é uma soma de fatores que podem dar uma probabilidade maior ou menor de resolução do conflito.

Na mediação ambiental, o que deve ficar claro é que existem semelhanças em relação atuação de outros mediadores de outras áreas. No entanto, a análise neste último caso ocorre entrepartes – ou seja – não reflete ao bem coletivo ou qualidade de vida. DE modo diferente, na seara ambiental a mediação é considerada como uma possibilidade recente que não possui uma legislação específica, apesar de se tratar de um conflito de direito público. A prática jurídica alinhavada com as técnicas utilizadas nos casos concretos se torna elementos que podem compreender com maior profundidade esse tema que possui múltiplas possibilidades, uma vez que no aspecto doutrinário, ainda se está caminhando em passos lentos em relação à aplicação da mediação ambiental como uma alternativa com eficiência e baixo custo na gestão de conflitos ambientais.

3 ASPECTOS FAVORÁVEIS E INCONVENIENTES DA UTILIZAÇÃO DA MEDIAÇÃO AMBIENTAL

Após realizar uma abordagem sobre as funções que o mediador ambiental desenvolve na gestão dos conflitos, será realizado um contraponto entre as vantagens e desvantagens. Para que se possa compreender essa tarefa desafiadora na qual contempla um tema sensível no âmbito jurídico, a análise foi constatada a partir da dificuldade em que os conflitos ambientais são enfrentados tanto em esfera pública ou na esfera pública e privada, uma vez que que essa temática possui aspectos controversos entre operadores jurídicos que trabalham com esse tema, conforme se analisará nesse capítulo.

A efetividade da tutela jurídica frente a considera sociedade de risco sustentada por autores como Ulrich Beck, bem como a sociedade líquida como aborda Zygmunt Bauman, se mostra complexa e por vezes não compreendida no aspecto jurídico. A mediação surgiu como uma alternativa de composição de conflitos em diversas esferas jurídicas, no âmbito ambiental parece que está ganhando maior protagonismo tendo em vista ser uma técnica inovadora e mais

ágil que os procedimentos tradicionais. No entanto, o que deve ficar claro é que essa possibilidade de gestão de conflitos ambientais reflete no futuro do bem comum (MARTÍN, 2012, p. 2). A mediação ambiental assim como em outros âmbitos de atuação, se trata de uma alternativa complementar (isso não quer dizer que não possa ser trabalhada individualmente), na qual poderá ser utilizada como forma de implicar as partes a serem os protagonistas do embate jurídico.

A partir da análise dos conflitos ambientais ocorrem diferenças em relação a outros tipos de conflitos jurídicos. Primeiro, quando envolve o meio ambiente se está referindo de conflitos públicos, em que figura a administração como parte envolvida no processo; são conflitos multipartes, não existindo uma única parte relacionada ao conflito; os conflitos envolvem outros vetores como o aspecto social, político, econômico, ecológico, entre outros; os conflitos exigem uma interdisciplinaridade na gestão, na qual são necessários biólogos, advogados, engenheiros, economistas e sociólogos (PEDREÑO, 2015, p. 58). Como forma de sintetizar esses elementos nos conflitos ambientais, não existe uma razão única e determinante que precedeu sua ocorrência – ou seja – foi uma soma de eventos que se coadunaram em um resultado que refletiu sobre o meio ambiente.

Os aspectos que podem ser considerados vantajosos estão relacionados com o rompimento da estrutura tradicional do processo, em que as partes são igualadas e aproximadas para uma abordagem menos formal e mais prática, em que o mediador propõe as partes a apresentarem seus argumentos e justificarem suas razões. A mediação se diferencia de outros métodos como arbitragem ou conciliação pelo aspecto da imparcialidade (e aqui se quer dizer que as partes é que decidem), assim como o aspecto preventivo que poderá ser utilizado na gestão de um conflito. Diferentemente, a mediação ambiental possui algumas barreiras paradigmáticas a serem superadas. A primeira é a de que qualquer conflito ambiental é complexo, seja por se tratar de múltiplas partes envolvidas, seja pela dificuldade em avaliar o impacto. A mediação ambiental necessita de estudos mais aprofundados, uma vez que os conflitos ultrapassam a área do direito, desaguando em outras áreas ecológicas que permitem uma análise interdisciplinar.

As mudanças que ocorrem nas relações sociais refletem no mundo jurídico em forma de novos desafios e perspectivas de enfrentamento. A mediação ambiental não foi diferente, já há algum tempo vem sendo utilizada como um processo que permite que os cidadãos acompanhem de forma ativa e transparente os conflitos (MEJÍAS, 2010, p. 13).

Do mesmo modo, a figura institucional passou a ser objeto fundamental como ferramenta nos litígios jurídicos ambientais, na qual a figura de um processo judicial tradicional

com sua estrutura é revertida para uma visão da realidade fática dos indivíduos envolvidos no conflito, representando os interesses e as diferenças entre as partes são discutidas.

Em relação aos inconvenientes, cabe uma reflexão sobre a inexistência de regulação jurídica geral sobre o meio ambiente, uma vez que provocou uma regulamentação fragmentada em diversas esferas e microesferas de atuação dos órgãos de controle e fiscalização ambiental. Do mesmo modo, o papel que é atribuído aos Ministérios se torna mais complexa devido à falta de sincronia com os demais órgãos públicos de proteção ambiental (PÉREZ LUÑO, 2003, p. 479). Além dos conflitos ambientais se tratarem de interesses coletivos em que figuram múltiplos sujeitos de diretos, essa dificuldade aumenta na medida em que, as políticas públicas de cooperação entre Municípios e Estados, não possuem os mesmos objetivos – ou seja – se torna uma lacuna institucional que implica diretamente no aspecto de seus órgãos competentes por essa matéria.

De tudo que foi abordado até o presente momento, percebe-se que, a mediação se mostra como uma alternativa possível de ser utilizada nos conflitos ambientais. No entanto, deve se lembrar de que esses conflitos estão relacionados com ambiente de vida dos seres vivos, isso quer dizer que nem sempre a mediação ambiental é o melhor instrumento na gestão do conflito, seja por inexistência de previsão legal, seja por incapacidade de satisfação das partes envolvidas. De todo modo, esse âmbito está em fase de reconhecimento em termos institucionais, como é o caso da criação de uma formação acadêmica de mediadores ambientais (CARBONELL, 2008, p. 753). No caso dos conflitos privados em que se disputam terras para uma instalação de indústrias ou fábricas, ramos alheios do direito ambiental estarão em jogo, por outro lado, a esfera econômica regula e continuará regulando essas relações naturalmente.

No âmbito da utilização da mediação nos conflitos ambientais é preciso revisitar alguns conceitos como o dever de cuidado com o meio ambiente. Nessa linha de pensamento, o direito e a moral são dois dos fortes e mais antigos embates jurídicos que abordam a forma como deve haver um equilíbrio na interpretação para que não tome um rumo contrário ao direito, uma vez que o cuidado com o meio ambiente (dever) remete a um elemento no sentido efetivo – ou seja – está implícita a ideia de algo bom (MARTÍN, 2018b, p. 522). Os conflitos ambientais representam o lado prejudicial, ou seja, o impacto, o dano ou a degradação no sentido da palavra. Por essas razões, a mediação deve ser utilizada como uma ferramenta que compreenda esse cenário como resposta a infringência ambiental que ressurge em diferentes perspectivas na sociedade denominada moderna.

Com essa análise sobre os aspectos positivos e negativos sobre a aplicação da mediação ambiental, não se pode esquecer que essa ferramenta também poderá atuar do ponto de vista preventivo aos conflitos já constituídos. Essa ideia parte do princípio de que, prevenir é mais

benéfico do que remediar, e isso se estende não só a seara ambiental, mas a todos os conflitos que possam evitar um processo judicial. Intervir em um conflito inicia-se de uma perspectiva de resultado incerto, bem como não existe uma fórmula mágica que poderá espelhar a obtenção de resultados positivos, no entanto, o que pode contribuir é adotar uma postura colaborativa, precisa e desburocratizada na busca de uma solução.

O tema dos direitos humanos está intrinsecamente relacionado ao meio ambiente a partir de uma visão de proteção do meio ambiente nos tribunais internacionais de direitos humanos. Os danos ambientais possuem vinculação com direitos civis, ao passo que a responsabilidade objetiva passou a vincular-se no tema dos direitos das pessoas ao direito ao meio ambiente (VAQUÉS, 2014, p. 68-69). Desse modo, a forma de regulação dos direitos humanos é mais eficaz quando possuem interesses na esfera ambiental, no entanto, o que ocorre na prática é que, esses direitos referentes à proteção do meio ambiente acabam pela via compensatória que é revertida em penas pecuniárias.

O risco de impactos ambientais sempre esteve presente na relação do homem com o meio ambiente, no entanto, pouco se tem pensado nas formas de preveni-los, bem como reflexionar sobre as formas de responsabilidade que são realizadas de forma superficial em discursos políticos e econômicos (NOVO, 1996, p. 135-136). Uma mudança considerável que ocorreu foi à possibilidade de divulgação de informações sobre as consequências que são advindas das ações humanas, uma vez que os veículos de comunicação social possuem uma pauta que contempla diariamente a problemática ambiental. Por outro lado, há uma ausência de discussões éticas, políticas e jurídicas sobre as formas preventivas que contemplam os riscos ambientais presentes em todas as esferas.

Conforme a proposta deste estudo que é a gestão de conflitos ambientais por intermédio da mediação, ficou evidente que, quando se trata de definir um conflito ou a gestão de um conflito, não é algo simples e com entendimento uniforme entre autores que trabalham com esse tema. No entanto, entre a linha da prevenção de conflitos e a resolução propriamente dita, está a gestão, que é a perspectiva ou método na qual se procura esclarecer uma situação ou caso concreto (REDORTA, 2009, p. 37). A gestão do conflito é observada do ponto de vista de intervenção, e que se forma preventiva é realizada para evitar o conflito, no entanto, no momento que o conflito já está materializado, a gestão é utilizada como forma de apresentar alternativas para sua solução.

CONCLUSÕES

O contexto da sociedade complexa e sua relação com os conflitos ambientais na qual se propôs a mediação como uma alternativa de enfrentamento na gestão – resta evidente que – apesar de ser uma ferramenta que ocupa espaços em diversos âmbitos jurídicos, é preciso uma reflexão em se tratando de compreender qual é seu objetivo e os desafios que a função de mediador ambiental possui em termos de perspectivas jurídicas no século XXI. Os conflitos ambientais em sua grande maioria – são desaguados na via administrativa, na qual são compensados por multas pecuniárias, bem como se torna explícito que a restauração do *status quo* anterior é a medida mais complexa a ser realizada em caso de dano ambiental.

Por outro lado, a via judicial tem sido demasiadamente desgastante em termos de custos processuais e de resolução dos conflitos, uma vez que as decisões são reiteradamente recorridas pelas partes, tornando-se um processo que perdura por anos até a conclusão. Desse modo, percebe-se um distanciamento legislativo da gestão de conflitos quando relacionados aos danos ambientais, porque em realidade, são previstas penas para ocorrência de crimes ambientais e medidas administrativas nos casos brandos, no entanto, há um esvaziamento de iniciativas, como é o caso da mediação ambiental, de incentivo institucional em termos de política estratégica de questões ambientais.

Com essa análise transversal sobre a gestão de conflitos ambientais, se faz necessário em futuras investigações averiguar sobre a necessidade de uma legislação específica como forma de garantia e segurança para atuação do mediador na discussão desse âmbito que é o ambiental. É imprescindível investir em centros de formação acadêmica – no caso a criação de disciplinas em cursos de graduação ou pós-graduação nas Universidades como forma de promover a cultura da mediação na seara ambiental, bem como fomentar pela via das políticas públicas que o mediador ambiental é um novo caminho profissional a ser institucionalizado na esfera dos Tribunais Superiores.

Com a constatação de que a mediação na seara ambiental possui uma série de elementos que devem ser levados em consideração, conforme mencionado no capítulo anterior, é necessário que haja uma compreensão sobre as mudanças sociais que são direcionadas pelos efeitos da sociedade moderna, uma vez que flertam sobre novas demandas jurídico-ambientais. Em relação à tutela jurídica do meio ambiente, não é pretensão deste estudo entrar na discussão de quais sujeitos de direitos podem ser reconhecidos, no entanto, a reflexão sobre o papel dos juristas é determinante na busca de efetivação dessa tutela – que em última análise, compõe esse cenário referente à gestão dos conflitos.

REFERÊNCIAS

ACOSTA, Alberto. Extrativismo e neoextrativismo. Duas faces da mesma maldição. *In*: DILGER, Gerhard; LANG, Miriam; FILHO, Jorge Pereira (Orgs.). **Descolonizar o imaginário**. Debates sobre pós-extrativismo e alternativas ao desenvolvimento. Tradução Igor Ojeda. São Paulo: Fundação Rosa Luxemburgo, 2016, p. 47-85.

ANDREWS, Neil. Mediation in Ingland. *In*: BERNARDINA DE PINHO, Humberto Dalla; ANDRADE, Juliana Loss (Coord.). **Contemporary tendencies in mediation**. Madrid: Dykinson S. L., 2015, p. 13-30.

BERMAN, Marshall. **Tudo que é sólido desmancha no ar**: a aventura da modernidade. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1986.

BERNARDINA DE PINHO, Humberto Dalla; ANDRADE, Juliana Loss (Coord.). **Contemporary tendencies in mediation**. Madrid: Dykinson S. L., 2015.

BERNARDINA DE PINHO, Humberto Dalla. **Teoria geral da mediação à luz do Projeto de Lei do Direito Comparado**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

BOLLIER, David. **Pensar desde los comunes**. Una breve introdución. Traducción Guerrilla Translation. Cáceres: P2P Foundation, 2016.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao compilado.htm. Acesso em: 10 out. 2020.

_____. Lei nº 13.140 de 26 de junho de 2015. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2º do art. 6º da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997. *In*: **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 29. jun. 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13140.htm. Acesso em: 10 out. 2020.

_____. Ministério do Meio Ambiente. **Convenção sobre Diversidade Biológica (CDB)**. Disponível em: https://www.mma.gov.br/biodiversidade/convenção-da-diversidade-biológica.html. Acesso em: 10 out. 2020.

CAPRA, Fritjof; MATTEI, Ugo. **A revolução ecojurídica**. O direito sistêmico em sintonia com a natureza e a comunidade. Tradução de Jeferson Luiz Camargo. São Paulo: Cultrix, 2018.

CARBONELL, Xavier et al. Mediación en conflitctos ambientales. *In*: **Libro Blanco en Cataluña**, v. 1, n. 1, 2008, p. 753-796. Disponível em: http://www.crana.org/themed/crana/files/docs/083/069/2010_mediacian_ambiental_libro_blanco_cat.pdf. Acesso em: 10 out. 2020.

CARRASCO, Marta Blanco. **Mediación y sistemas alternativos de resolución de conflictos**. Una visión jurídica. Madrid: Reus, S. A., 2009.

DILGER, Gerhard; LANG, Miriam; FILHO, Jorge Pereira. **Descolonizar o imaginário**. Debates sobre pós-extrativismo e alternativas ao desenvolvimento. Tradução Igor Ojeda. São Paulo: Fundação Rosa Luxemburgo, 2016.

ENTELMAN, Remo Fernando. **Teoría de conflitos:** hacia un nuevo paradigma. Barcelona: Editorial Gedisa, 2002.

ECUADOR. **Constitución del Ecuador**. Asamblea Constituyente de 2008. Disponível em: http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portalStfInternacional/newsletterPortalInternacionalFoco/anexo/ConstituicaodoEquador.pdf. Acesso em: 10 out. 2020.

ESPANÃ. Ley 5/2012 de Mediación en Asuntos civiles y Mercantiles. *In*: **Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado**. BOE 27.07.2012. Disponível em: https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2012-9112. Acesso em: 10 out. 2020.

ESTAPÁ, Jaume Saura; PALOP, Maria Eugenia Rodriguez. **Derechos emergentes**. Desarrollo y medio ambiente. Valencia: Huri-Age, 2014.

GIL-ROBLES, Álvaro. La mediación administrativa como alternativa. In: **Revista del Poder Judicial**, n. 94, 2012, p. 40-43. Disponível em: https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4155918. Acesso em: 10 out. 2020.

GORKCZEVSKI, Clovis; MARTIN, Nuria Belloso. **Cidadania, democracia e participação política:** os desafios do século XXI. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2018.

JIMÉNEZ, Fernando León. **El derecho humano a un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona desde el paradigma ecológico**. Sevilla: Kronos, 2000.

LOVE, Lela P.; STULBERG, Joseph. B. The uses of mediation. *In*: BERNARDINA DE PINHO, Humberto Dalla; ANDRADE, Juliana Loss. (Coord.). **Contemporary tendencies in mediation**. Madrid: Dykinson S. L., 2015, p. 189-196.

MARTÍN, Nuria Belloso. Un nuevo reto para las políticas públicas: posibilidades de una mediación ambiental "sostenible". *In*: **I Seminário Internacional de Mediação de Conflitos e Justiça Restaurativa**. UNISC (Brasil), 2012, p. 1-22. Disponível em: https://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/mediacao_e_jr/article/view/10876. Acesso em: 10 out. 2020.

_____. Del Estatuto del mediador a una ética de la mediacción. *In*: LACASA, Elena Lauroba; MUÑOZ, Pascual Ortuño (Coords.). **Mediación es justicia:** El impacto de la Ley 5/2012, de mediación civil e mercantil. Actas del III Simposio "Tribunales y Medición". Madrid: Huygenes editorial, 2013a, p. 235-243.

_____. El acceso a la justicia a través de la mediación. Algunas novedades legislativas en España. *In*: SPENGLER, Fabiana Marion; BERNARDINA DE PINHO, Humberto Dalla (Orgs.). **Acesso a Justiça, Jurisdição (in)eficaz e Mediação**. A delimitação e a busca de outras estratégias na resolução de conflitos. Curitiba: Multimedia, 2013b, p. 45-84. Disponível em: https://www.academia.edu/28027289/Acesso_à_Justiça_jurisdição_in_eficaz_e_mediação_1_.pdf. Acesso em: 10 out. 2020.

_____. Un reto para la mediación: el diseño de su Código Deontológico. *In*: BERNARDINA DE PINHO, Humberto Dalla; ANDRADE, Juliana Loss (Coord.). **Contemporary tendencies in mediation**. Madrid: Dykinson S. L., 2015, p. 31-66.

_____. El debate sobre la tutela institucional: generaciones futuras y derechos de la naturaleza. *In*: MARTÍN, Nuria Belloso. **Cuadernos de la Cátedra de Democracia y Derechos Humanos de la Universidad de Alcalá y el Defensor del Pueblo**. Nº14.
Madrid: Universidad de Alcalá, 2018a.

_____. Las generaciones futuras y la Naturaleza: ¿hay un deber de cuidado? Refleções desde o Eurocentrismo. *In:* **NOMOS**, Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará, Dossiê temático, Cátedra Jean Monnet, v. 39, n. 2, p. 521-547, jul./dez., 2018b. Disponível em: http://www.periodicos.ufc.br/nomos. Acesso em: 10 out. 2020.

_____. Perspectivas de una mediación ambiental. *In*: SILVA JUNIOR, Sidney Rosa da. **La mediación de conflitos ambientales**. Una vision sistémico-funcional hacia el desarrollo sostenible. Espanha: Thomson Reuters; Aranzadi, S.A.U., Pamplona, 2019, p. 231-275.

MEJÍAS, Felipe Morente (Coord.). **La mediación en tiempos de incertidumbre**. Madrid: Dykinson S. L., 2010.

MILARÉ, Édis. **Direito do Ambiente**. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MORAES, Germana de Oliveira. **Harmonia com a Natureza e Direitos de Pachamama**. Fortaleza: Edições UFC, 2018.

MUKAI, Toshio. **Direito Ambiental Sistematizado**. 6. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

MURGUÍA, Beatriz Martínez de. **Mediación y resolución de conflictos:** un guia introductoria. México: Editorial Paidós, 1999.

NOVO, Maria. **La educación ambiental:** bases éticas, conceptuales y metodológicas. Madrid: Editorial Universitas, S. A., 1996.

_____. **La educación ambiental:** bases éticas, conceptuales y metodológicas. Paris, Madrid; UNESCO: Editorial Universitas, S. A., 1998.

OST, François. **A natureza à margem da lei**. A ecologia à prova do direito. Lisboa. Portugal: Instituto Piaget, 1997.

PEDREÑO, Remedios Mondéjar. **Mediación ambiental**. Recursos y experiencias. Madrid: Dykinson S. L., 2014.

_____. **Los conflitos ambientales y su tratamiento a través de la mediación**. Madrid: Dykinson S. L., 2015.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución**. 8. ed. Madrid: Tecnos, 2003.

PONTES JÚNIOR, Felício de Araújo; BARROS, Lucivaldo Vasconcelos. A natureza como sujeito de direitos. A proteção do Rio Xingu em face da construção de Belo Monte. *In*: DILGER, Gerhard; LANG, Miriam; FILHO, Jorge Pereira (Orgs.). **Descolonizar o imaginário**. Debates sobre pós-extrativismo e alternativas ao desenvolvimento. Tradução de Igor Ojeda. São Paulo: Fundação Rosa Luxemburgo, 2016, p. 427-442.

REDORTA, Josep. **Cómo analizar los conflictos**. La tipología de conflictos como herramienta de mediación. Barcelona: Paidós Ibérica S. A., 2009.

SILVA JUNIOR, Sidney Rosa da. **La mediación de conflitos ambientales**. Una vision sistémico-funcional hacia el desarrollo sostenible. Espanha: Thomson Reuters; Aranzadi, S. A. U., Pamplona, 2019.

SOLDEVILA, Juan José Sarrado; VENTURA, Marta Ferrer. **La mediación:** un reto para el futuro. Actualización y prospectiva. Bilbao: Editorial Desclée de Brouwer S. A., 2003.

VAQUÉS, Mar Aguilera. El derecho a um medio ambiente sano en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *In*: ESTAPÁ, Jaume Saura; PALOP, Maria Eugenia Rodriguez (Ed.). **Derechos emergentes**. Desarrollo y medio ambiente. Valencia: Huri-Age, 2014, p. 67-95.

VILLALUENGA, Leticia García; VIDE, Carlos Rogel (Coord.). **Mediación en asuntos civiles y mercantiles:** comentarios a la Ley 5/2012. Madrid: Editorial Reus S. A., 2012.

VILLALVA, Miguel Beltrán. Conflictos y resolución de conflitos: el papel de la mediación. *In*: MEJÍAS, Felipe Morente (Coord.). **La mediación en tiempos de incertidumbre**. Madrid: Dykinson S. L., 2010, p. 27-46.

GT 3 - 2
DESENVOLVIMENTO HUMANO, MEIO AMBIENTE, POLÍTICAS PÚBLICAS E SUSTENTABILIDADE II

Coordenadores:
Profa. Dra. Juliana Rodrigues Freitas (CESUPA)
Profa. Ms. Roberta Zumblick (UnB)

A IMPRESCRITIBILIDADE DA REPARAÇÃO DOS DANOS AMBIENTAIS SOB A ÓTICA JURISPRUDENCIAL E DO PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DA PROTEÇÃO DEFICIENTE

Paulo Henrique Fernandes Boverio
Mestrando na linha de pesquisa "Empresa, Sustentabilidade e Funcionalização do Direito" pelo Programa da Universidade Nove de Julho. Contato para sugestões ou apontamentos:pauloboverio@gmail.com

RESUMO: O bem ambiental tem se tornado a cada dia, alvo de grande preocupação tanto da comunidade nacional quanto da comunidade nacional. Isso porquanto, cresce o interesse da indústria, no que tange aos mais variados seguimentos da biodiversidade. Nesses termos, importante mencionar que o bem ambiental, inserido no conceito de bem ambiental de natureza transindividual, desfruta de ampla proteção do ordenamento jurídico. Assim a tutela, ou regime de proteção deve ser efetivo. Não apenas para evitar os danos ao meio ambiente, mas, também, com vistas a reparar os danos causados. O que deve ser observado são os imperativos constitucionais, além dos tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário, em que evidente a preocupação de proteger o meio ambiente para futuras gerações, de maneira que a exploração industrial seja responsável por danos causados. Não se pode admitir que as grandes empresas socializem os prejuízos ambientais na medida em que privatizam os lucros. Bem por isso, a reparação dos danos ambientais deve seguir o regime da imprescritibilidade, demonstrando, assim, que o regime do direito ambiental se difere do regime comum privado.
PALAVRAS-CHAVE: Meio Ambiente. Direito Difuso. Imprescritibilidade.

ABSTRACT: The environmental good has become a daily concern of both the national community and the national community. This because, the interest of the industry grows, with respect to the most varied segments of biodiversity. In these terms, it is important to mention that the environmental asset, inserted in the concept of environmental asset of a transindividual nature, enjoys wide protection of the legal system. So guardianship, or protection regime, must be effective. Not only to avoid damage to the environment, but also to repair the damage caused.

What must be observed are the constitutional imperatives, in addition to the international treaties to which Brazil is a signatory, in which the concern to protect the environment for future generations is evident, so that industrial exploitation is responsible for damage caused. Large companies cannot be admitted to socialize environmental damage as they privatize profits. For this reason, the repair of environmental damage must follow the regime of imprescriptibility, thus demonstrating that the regime of environmental law differs from the common private regime.
KEYWORDS: Environment. Diffuse Right. Imprescriptibility.

INTRODUÇÃO

O meio ambiente foi, ao longo do tempo, explorado sem critério ou parcimônia alguma, resultando em danos drásticos à natureza.

A legislação referente às questões ambientais se desenvolveu tornando mais efetiva a proteção ao meio ambiente visando sempre disciplinar o uso racional e sustentável dos recursos naturais, entendidos de forma ampla, ou seja, toda a biodiversidade que pode ser encontrada na natureza, tanto na água, no solo, nas florestas, no ar e, também, os animais.

Isso porquanto o homem passou a considerar a realidade de que não poderia mais assumir um padrão de conduta como se os recursos ambientais fossem bens ilimitados. A realidade, em especial as alterações climáticas e os constantes desastres naturais passaram a evidenciar que a manutenção do meio ambiente não apenas evita a escassez desses recursos, de fundamental importância, mas, também, evita tragédias ligadas a atuação predatória do meio ambiente.

Esse processo evolui lenta, mas continuamente, da década de 1930 até o início da década de 1970. A doutrina de regência indica que ao longo desse período, surgiram os primeiros defensores do meio ambiente, nos mais variados países, apontando os danos causados pela exploração, sem controles e sem regulamentação específica, do petróleo e todas as consequências adversas que isso estava ocasionando. Esse movimento deu origem à Conferência de Estocolmo.

Nesses termos, a evolução histórica, cara à doutrina do direito ambiental, ensina que o primeiro instrumento a reconhecer o direito humano ao meio ambiente de qualidade foi a Declaração das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano, editada por ocasião da Conferência de Estocolmo, em 1972.

Nessa conferência internacional, marco do desenvolvimento da proteção ambiental, o Brasil defendeu o crescimento econômico, acima da proteção ambiental. Para justificar o

posicionamento contrário a proteção ambiental, sustentou a necessidade imperativa de superar o subdesenvolvimento. Ademais, houve expressa referência ao fato de que os países desenvolvidos vivem realidade completamente distinta e, também, a esses o grande interesse não situava necessariamente em proteger o meio ambiente, mas, sim, em frenar o crescimento econômico mundial, mantendo a hegemonia financeiro/econômica. "A Delegação Brasileira na Conferência de Estocolmo declara que o país está aberto à poluição, porque precisava de desenvolvimento e empregos"[1].

Com efeito, seja por desconhecimento ou deliberada má-fé, o comando político nacional entendia que as questões relativas ao meio ambiente, na verdade, consubstanciavam verdadeiro óbice ao crescimento econômico e, assim, como uma restrição ao direito da população brasileira de desenvolver-se.

Alguns doutrinadores, como Paulo de Bessa Antunes[2], sustentam que a Conferência de Estocolmo não obteve o êxito necessário, razão pela qual surgiu a necessidade de se formalizar outro instrumento de tutela ambiental internacional.

O segundo instrumento internacional de proteção ao meio ambiente, reconhecido pela doutrina ambientalista, foi a Declaração do Rio/92, momento em que restou definido o fato de que o direito a um meio ambiente sustentável está imbricado com a ideia da dimensão ecológica da dignidade da pessoa humana.

A Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e o Desenvolvimento, também conhecida como Eco-92, Cúpula da Terra, Cimeira do Verão, Conferência do Rio de Janeiro e Rio 92, foi uma conferência de chefes de estado organizada pelas Nações Unidas e realizada de 3 a 14 de junho de 1992 na cidade do Rio de Janeiro, no Brasil. Seu objetivo foi debater os problemas ambientais mundiais.

Foi o momento em que a comunidade política internacional admitiu que era preciso conciliar o desenvolvimento socioeconômico com a utilização dos recursos da natureza.

A avaliação partiu do pressuposto de que, se todas as pessoas almejarem o mesmo padrão de desenvolvimento dos países ricos, não haverá recursos naturais para todo mundo sem que sejam feitos graves — e irreversíveis — danos ao meio ambiente.

---

[1] BRASIL. Ministério do Interior. Relatório da Delegação do Brasil à Conferência das Nações Unidas sobre o Meio ambiente. Brasília. 1972. v. I.

[2] Para Paulo de Bessa Antunes, a Conferência de 1972 foi mal recebida em seu tempo, pois não se obteve êxito em estabelecer um diálogo adequado entre os países em desenvolvimento e os países desenvolvidos, visto que ambos os blocos não compreenderam, de pronto, a importância do tema que estava sendo apresentado à opinião pública internacional. Criou-se uma polaridade entre ricos e pobres, fazendo com que o desenvolvimento da matéria permanecesse em ritmo aquém do esperado, durante vinte anos, até que fosse realizada a Conferência do Rio.

Na Rio-92, chegou-se à conclusão de que temos de agregar os componentes econômicos, ambientais e sociais. Se isso não for feito, não há como se garantir a sustentabilidade do desenvolvimento.

Na Rio-92, ficou acordado, então, que os países em desenvolvimento deveriam receber apoio financeiro e tecnológico para alcançarem outro modelo de desenvolvimento que seja sustentável, inclusive com a redução dos padrões de consumo — especialmente de combustíveis fósseis (petróleo e carvão mineral). Com essa decisão, a união possível entre meio ambiente e desenvolvimento avançou, superando os conflitos registrados nas reuniões anteriores patrocinadas pela ONU, como na Conferência de Estocolmo, em 1972[3].

No direito nacional a proteção ao meio ambiente passou por três fases. São elas: Fase individualista, fase fragmentária e fase holística.

A fase individualista iniciou-se com o descobrimento do Brasil, em 1500, até aproximadamente a metade do século XX, período em que a proteção ambiental no Brasil recebeu pouca atenção, à exceção de algumas poucas normas isoladas. Esse período ficou conhecido também por ser momento de exploração desregrada, em que não havia controle sobre as atividades exploradas, tendo como caraterística a ausência de preocupação com o meio ambiente, visto que este não era considerado bem autônomo. Em resumo, é possível asseverar que a questão ambiental, nos períodos colonial, imperial e republicano, foi deixada à margem.

A fase fragmentária iniciou-se em 1950 e foi até meados de 1980. Considera-se fragmentária, tendo em vista o fato de que a proteção ao meio ambiente é esparsa. A grande preocupação é a atividade econômica, não estabeleciam uma política ambiental e não reconheciam a natureza difusa do meio ambiente.

O legislador, preocupa-se com determinadas categorias de recursos naturais, mas, desconsiderava o meio ambiente como bem em si mesmo. Essa fase caracteriza-se pela imposição de controles legais às atividades exploratórias. Controle esse exercido de forma incipiente. Isso porquanto, regido pelo utilitarismo – visto que só se tutelava o recurso ambiental que tivesse valoração econômica – e, também, marcado pela fragmentação do objeto, fato esse que negava ao meio ambiente uma identidade própria e, em consequência, prejudicava a aplicação da lei vigente.

A fase holística advoga que o meio ambiente deve ser protegido independentemente dos reflexos econômicos que dele possam advir; apresenta um valor em si mesmo. Trata-se da fase atual. A fase holística foi inaugurada com a Lei da Política Nacional do Meio Ambiente (Lei n. 6.938/1981), “na qual o ambiente passa a ser protegido de maneira integral, vale dizer, como sistema ecológico integrado e com autonomia valorativa.

[3] Disponível em: http://www.senado.gov.br/noticias/Jornal/emdiscussao/rio20/a-rio20/conferencia-rio-92- sobre-o-meio-ambiente-do-planeta-desenvolvimento-sustentavel-dos-paises.aspx

Decisões, portanto, bastante progressistas emanaram do Superior Tribunal de Justiça (STJ) nesta fase holística, inserida na era das mudanças climáticas, das catástrofes causadoras de externalidades ambientais negativas e da extinção de espécies.

Nesse sentido, decisão do eminente Ministro Herman Benjamin do STJ:

> No Brasil, ao contrário de outros países, o juiz não cria obrigações de proteção do meio ambiente. Elas jorram da lei, após terem passado pelo crivo do Poder Legislativo. Daí não precisarmos de juízes ativistas, pois o ativismo é da lei e do texto constitucional. Felizmente nosso Judiciário não é assombrado por um oceano de lacunas ou um festival de meias-palavras legislativas. Se lacuna existe, não é por falta de lei, nem mesmo por defeito na lei; é por ausência ou deficiência de implementação administrativa e judicial dos inequívocos deveres ambientais estabelecidos pelo legislador. STJ, 2ª T., REsp 650.728/SC, Rel. Min. Herman Benjamin, j. 23/10/2007, DJe 02/12/2009.

Infere-se, que a disciplina do Direito Ambiental brasileiro, reconhece um valor inerente a própria vida, em termos gerais, não necessariamente restrita a vida humana, tal como se observa da vedação que consta do art. 225, §1º, inciso VI, da Constituição Federal, que veda, em qualquer hipótese o tratamento cruel contra animais.

A Constituição Federal de 1988 foi a primeira constituição a tratar a matéria ambiental em capítulo próprio; para alguns doutrinadores, tal capítulo pode ser definido como a Constituição Ambiental.

Antes de 1988, não havia menção específica da tarefa estatal da proteção ambiental, uma vez que o próprio meio ambiente ainda não era considerado um objeto que merecia proteção jurídica específica (ANTUNES, 2012, p.61 s.).

Com a proteção do meio ambiente prevista na constituição, entre outros avanços, quadra destacar a relevância dos princípios constitucionais ambientais, isso porquanto, servem de diretrizes para a proteção do bem ambiental, conforme preciosa lição do professor Celso Antonio Bandeira de Mello[4].

Entre outros princípios, no que tange especificamente a necessidade do Estado de promover proteção do meio ambiente, destaca-se o princípio da obrigatoriedade da intervenção estatal na defesa do meio ambiente.

---

[4] BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. Curso de Direito Administrativo. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 450-451. "Princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo - lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalização do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. E o conhecimento dos princípios que preside a intelecção das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo[...]. Violar um princípio é muito mais grave do que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. E a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra. Isto porque, com ofendê•Io, abatem-se as vigas que o sustêm e alui-se toda a estrutura neles esforçada".

É dizer, compete ao Estado (considerando cada um dos Poderes e também o Ministério Público) a obrigação de adotar as políticas públicas e programas de ação necessários para realizar esse dever imposto.

O Poder Público tem o dever, o qual não pode renunciar, de proteger o meio ambiente. Isso porquanto, o bem ambiental, direito fundamental de segunda geração, notabiliza-se por ser bem difuso e indispensável à vida humana sadia e, também, de toda a coletividade.

Referido princípio tem, também, no que tange a dimensão objetiva dos direitos fundamentais, o efeito de impor ao Poder Público a implementação da proteção ambiental, criando atos normativos que atendam em primeiro lugar os anseios de toda a sociedade, e, apenas num segundo momento, os denominados direitos subjetivos individuais.

A luz do referido princípio o aspecto coletivo deve sobrepor-se, como regra, sobre os interesses individuais.

Ainda no que tange a linha principiológica estabelecida pela constituição federal, importa mencionar o quanto preconiza o princípio do estado socioambiental que surge da conjugação entre justiça social, realização dos direitos humanos e fundamentais sociais e proteção do meio ambiente.

Trata-se de um novo modelo de Estado de Direito, havendo inúmeros termos para denominar o novo projeto da comunidade estatal, entre eles, o Estado Constitucional Ecológico.

Tendo essa nova ideia como base, é de grande importância atentar-se para o aspecto social e, também a dimensão ecológica como elementos integrantes do núcleo essencial do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Possível asseverar, que apenas na hipótese de um projeto político ou plano de governo que possa contemplar esses objetivos constitucionais atingirá um quadro compatível com a condição existencial humana tutelada na nossa Constituição.

1 ASPECTOS REFERENTES A RESPONSABILIDADE DO DANO AMBIENTAL E ANÁLISE HISTÓRICA REFERENTE A PRESCRIÇÃO

No que diz respeito à responsabilidade por danos ao meio ambiente, o art. 225, § 3º, da CF/88 prevê a tríplice responsabilização ambiental, estando, portanto, o causador de danos ambientais sujeito à responsabilização administrativa, cível e penal, de modo independente e simultâneo:

> Art. 225 [...] § 3º As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

A responsabilidade por danos ambientais na esfera cível é objetiva, previsto genericamente no parágrafo único do art. 927 do Código Civil e, de forma específica, na Lei nº 6.938/81. O objetivo é garantir a reparação do dano, independentemente da verificação de culpa.

Isso significa, por exemplo, que, se o Ministério Público propuser uma ação contra determinado poluidor, ele não precisará provar a culpa ou dolo do réu.

A respeito da responsabilidade objetiva por dano ambiental, leciona Paulo Affonso Leme Machado acerca do dever jurídico de reparação:

> Não se pergunta a razão da degradação para que haja o dever de indenizar e/ou reparar. A responsabilidade sem culpa tem incidência na indenização ou reparação dos "danos causados ao meio ambiente e aos terceiros afetados por sua atividade" (art. 14, §1.º, da Lei n. 6.938/1981). Não interessa que tipo de obra ou atividade seja exercida pelo que degrada, pois não há necessidade de que ela apresente risco ou seja perigosa. Procura-se quem foi atingido e, se for o meio ambiente e o homem, inicia-se o processo-lógico-jurídico da imputação civil objetiva ambiental. Só depois é que se entrará na fase do estabelecimento do nexo de causalidade entre a ação ou omissão e o dano. É contra o Direito enriquecer-se ou ter lucro à custa da degradação do meio ambiente[5].

A responsabilidade por danos ambientais, além de ser objetiva, é regida pela teoria do risco integral, nos termos do art. 14, § 1º, da Lei nº 6.938/81, recepcionado pelo art. 225, §§ 2º, e 3º, da CF/88:

> Art. 14 [...]§ 1º Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade. O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente.

A teoria do risco integral encontra justificativa no princípio do poluidor-pagador e pela vocação redistributiva do direito ambiental. Segundo o princípio do poluidor-pagador, os custos sociais externos que estão ligados ao processo produtivo devem ser internalizados, ou seja, devem ser levados em consideração por todos que exercem atividades relacionadas a exploração do bem ambiental no momento de calcular seus custos e, como contrapartida, caso esses danos realmente aconteçam, a empresa deverá repará-los.

Esse padrão confere proteção efetiva ao meio ambiente, patrimônio coletivo da sociedade, impondo aos agentes econômicos a internalização dos custos externos envolvidos em sua atividade empresarial. Evitando-se, assim, "privatização de lucros e a socialização de perdas".

---

[5] MACHADO, Paulo Affonso Leme. Direito ambiental brasileiro. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 409-410.

Assim, afasta-se a teoria do risco criado, já que o caso fortuito, a força maior e o fato exclusivo de terceiro não têm o condão de afastar a reparação pelo dano ambiental, bastando a prova do dano e do nexo de causalidade para a configuração da responsabilidade.

Importante anotar também que o Superior Tribunal de Justiça tem precedentes declarando a responsabilidade objetiva do Estado por danos ambientais, ainda que seja pela omissão na fiscalização ambiental.

Mais a mais, ainda que o Estado seja poluidor indireto, ou seja, por sua inércia em evitar o dano ambiental, sua responsabilidade é objetiva. A ressalva que dever ser feita é a de que a responsabilidade civil do Poder Público é de execução subsidiária, apenas se a execução não puder alcançar o patrimônio do poluidor direto, a exemplo da insolvência, é que o processo executivo será direcionado ao Poder Público, isso pela razão de que toda a sociedade sofre as consequências pelo dano ambiental causado diretamente por agentes privados.

Por tanto o exposto, pela dicção legal, não apenas o causador direto pelos danos ambientais será responsabilizado, mas também o indireto, existindo dois responsáveis: poluidor direto e poluidor indireto.

A responsabilidade por danos ambientais se caracteriza também por ser *propter rem*. Ou seja, o proprietário do bem é obrigado a reparar o dano ambiental, mesmo que não o tenha causado.

Esse regime de responsabilização ambiental do proprietário ou possuidor do bem degradado, independentemente de ter sido o autor do ato lesivo ao ambiente, foi positivado pela Lei 12.651/2012, que aprovou o novo Código Florestal brasileiro. Na forma do artigo 2º, § 2º, "as obrigações previstas nesta Lei têm natureza real e são transmitidas ao sucessor, de qualquer natureza, no caso de transferência de domínio ou posse do imóvel rural".

Bem por isso, o regime de reparação civil dos danos ambientais pela obrigação *propter rem* passou a ter previsão expressa na legislação florestal brasileira, sendo reproduzida em outros artigos do novo Código Florestal (artigos 7.º, § 2.º, e 66, § 1.º).

Diante dessas considerações, importa analisar a questão referente a prescrição do dano ambiental sob o aspecto da evolução história, isso pelo fato de que a regra geral é a de que todo ilícito se submete a prazo prescricional.

O tema, por muito tempo, revelou-se intrincado, suscitando grandes debates na doutrina e também na jurisprudência, conforme afirma João Carlos de Carvalho:

> O que move o presente estudo é a necessidade de organizar temas que já mereceram diferentes abordagens – há inúmeros trabalhos científicos a respeito do dano ambiental e de sua reparação e outros tantos a versar sobre o instituto da prescrição -, mas que não conhecem uma sistematização correlacionada. No âmbito da ciência jurídica não houve aprofundamento da análise da aplicação do instituto da prescrição à ação civil de

> reparação do dano ambiental, observada à luz do pacto transgeracional de sustentabilidade ambiental criado pela Constituição Federal[6].

Assim, o tema referente a prescrição ambiental foi evoluindo ao longo dos tempos.

Paulatinamente, foram construídos argumentos que desmitificaram a impossibilidade de prescrição do ano ambiental com o mero argumento de ser exceção não expressamente mencionada na Constituição Federal.

Em especial, o fato de que a Constituição Federal deve conservar sua força normativa a luz do princípio hermenêutico constitucional da interpretação teleológica, de maneira que, se a Constituição protege determinado bem, com maior firmeza, o intérprete deve considera esse aspecto, ainda que a regra seja a prescrição das infrações.

Infere-se que a prescrição referente a lesão ao meio ambiente, embora não disciplinada pelo ordenamento, não pode ser tratada com a mera importação das regras clássicas da responsabilidade civil.

Dentro do aspecto da evolução do tema referente a prescrição do dano ambiental calha mencionar ainda os aspectos referentes a sociedade do risco, a luz do quanto estabelecido por Ulrich Beck conforme se infere de suas lições:

> A semântica do risco diz respeito a perigos futuros tematizados no presente, resultantes, frequentemente, dos avanços da civilização. Ela permite igualmente novas mobilizações – pós utópicas – das sociedades, como por exemplo – como referido -, iniciativas cosmopolitas contra as alterações climáticas, alianças variáveis entre movimentos da sociedade civil, Estados e grupos econômicos[7].

Ou seja, é necessário entender que devem ser considerados com máxima seriedade os riscos causados ao meio ambiente, por sua relevância, tendo em vista que vivemos em uma sociedade que a cada vez mais considera natural o risco referente ao avanço socioeconômico em detrimento do meio ambiente.

---

[6] ROCHA, João Carlos de Carvalho; Política Nacional do Meio Ambiente: 25 anos da Lei 6.938/81 – Belo Horizonte- Ed. Del Rey, 2007. Pg 299

[7] Beck, Ulrich, A sociedade de risco mundial: em busca da segurança perdida. Ed. Almeida, S.A. pg 22

2 FUNDAMENTOS QUE JUSTIFICAM A IMPRESCRITIBILIDADE DO DANO AMBIENTAL E PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DA PROTEÇÃO DEFICIENTE

Afora a estrutura da responsabilização civil por infração ambiental, outra questão que merece atenção é o prazo que o Estado possui para promover a respectiva ação de reparação pelos danos ambientais causados.

Consabido que o prazo prescricional existe como instrumento de pacificação social e segurança nas relações jurídicas, pois não se pode admitir que uma pretensão possa ser reivindicada indefinidamente. A regra é a de que o decurso do tempo afeta o exercício do direito.

Inobstante, são várias as exceções à regra da prescrição que constam no ordenamento, ou mesmo construídas pela jurisprudência, especialmente no que tange aos direitos não patrimoniais, inerentes à pessoa. Assim, os direitos da personalidade não sofrem as consequências do passar do tempo.

Como exemplo, podemos citar entendimento do Supremo Tribunal Federal nas relações de direito de família, conforme enunciado da súmula 149 do STF dizendo ser imprescritível a pretensão de investigação de paternidade.

Outrossim, decidiu o Superior Tribunal de Justiça que a proteção à dignidade da pessoa humana é imprescritível, nas hipóteses em que for constatado crime de tortura e prisão por delito de opinião durante o regime militar (REsp 959.904).

Nessa linha de raciocínio, no âmbito do direito ambiental, a prescrição referente ao direito de reparação civil deve ser vista *cum grano salis*, isso, pela importância do bem ambiental e pela efetividade da proteção conferida pela Constituição Federal, em especial no que tange aos princípios que foram adrede mencionados.

Assim, a abordagem deve ser feita a luz da dogmática do direito ambiental, considerando, sua natureza difusa, extrapatrimonialidade e indisponibilidade desse direito.

A princípio, necessário fazer a distinção entre dano ambiental direto e dano ambiental indireto. O dano direto ou próprio é o dano ao meio ambiente em si mesmo considerado, é o dano ambiental propriamente dito. O dano ambiental indireto ou impróprio, é o dano causado às pessoas e seus bens.

Quanto ao poluidor, o conceito legal é estabelecido pelo artigo 3.º, IV, da Lei 6.938/1981, sendo a "a pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, responsável, diretamente ou indiretamente, por atividade causadora de degradação ambiental".

A degradação ambiental, por sua vez, caracteriza-se por ser mais ampla, pois caracteriza-se como qualquer alteração adversa das características do meio ambiente, enquanto a poluição.

Nos dizeres do artigo 3.º, III, da Lei 6.938/1981, é a degradação da qualidade ambiental resultante de atividades que, direta ou indiretamente: prejudiquem a saúde, a segurança e o bem-estar da população; criem condições adversas às atividades sociais e econômicas; afetem desfavoravelmente a biota; afetem as condições estéticas ou sanitárias do meio ambiente; lancem matérias ou energia em desacordo com os padrões ambientais estabelecidos.

A discussão que aqui se propõem se dá em torno do dano ambiental próprio, pois, não assomam dúvidas de que os danos materiais prescrevem.

Como anteriormente mencionado, o tema é polêmico.

Paulo de Bessa Antunes[8] tem posição contrária a imprescritibilidade da reparação civil dos danos ambientais. Entende referido autor que a regra é que a reparação civil seja prescritível, e que exceções a regra apenas podem existir se previstas na Constituição Federal ou em outro diploma legislativo infralegal.

A maioria da doutrina, por outro lado, entende que o dano ambiental próprio não deve se submeter ao regime prescricional.

Entre outros, Frederico Amado[9] entende que a reparação civil por danos ambientais é imprescritível, em especial pela impossibilidade de que a matéria seja submetida a regulação do direito privado.

---

[8] ANTUNES; Paulo de Bessa. Disponível em: https://direitoambiental.com/prescricao-em-materia-ambiental/Muitos se mostram preocupados com danos que só venham a se manifestar muitos anos após os fatos que lhes tenham dado causa, ou cujo conhecimento não seja contemporâneo `a sua ocorrência. O direito tem solução para tais problemas sem a necessidade de uma "jurisprudência criativa". Com efeito, imaginemos que 10 anos após um grave derramamento de óleo no mar, chega-se `a conclusão que os peixes consumidos pela comunidade local sofreram mutações decorrentes do acidente e não se prestam para consumo, o artigo 189 do Código Civil fixará como dies a quo aquele em que a situação foi identificada. Não há, portanto, qualquer prejuízo para a proteção ambiental. Isto é importante nos casos em que os danos não decorrem imediatamente de um fato determinado. O princípio da actio nata também é de grande utilidade para entender como se deve manejar o tema da prescrição em matéria ambiental, enquanto não existir uma lei que expressamente declare imprescritíveis os danos ao meio ambiente. Assim, o conhecimento da lesão do direito pela vítima e' que, efetivamente, dará início `a contagem do prazo prescricional (AgRg nos EDcl no REsp 1.074.446/GO, 2ª Turma, Rel. Min. Humberto Martins, DJe 13.10.2010; AgRg no Ag 1.098.461/SP, 4ª Turma, Rel. Min. Raul Araújo Filho, DJe 2.8.2010; AgRg no Ag 1.290.669/RS, 1ª Turma, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJe 29.6.2010; REsp 1.176.344/MG, 2ª Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, DJe 14.4.2010.) Como se viu, não existem motivos jurídicos, muito menos ambientais, para que se pratique uma verdadeira barbaridade contra a ordem jurídica reconhecendo-se um regime de imprescritibilidade sem qualquer previsão legal.

[9] AMADO,Frederico;disponívelemhttps://www.facebook.com/professorfredericoamado/posts/responsabilidad e-civil-por-danos ambientais-estudo-completo-para-concursos-extra/637778546299123/Aliás, frise-se que a pretensão reparatória ambiental imaterial é perpétua, porquanto não sujeita a prazo prescricional, conforme já decidido pelo Superior Tribunal de Justiça. Na seara privada, liga-se o dano ao prejuízo ao patrimônio de alguém. Mesmo nos casos de danos extrapatrimoniais (morais, em sentido amplo), acaba-se indenizando em pecúnia, ante a sua irreparabilidade natural. No Direito Ambiental existem inúmeras especificidades que impedem a adoção integral da linha privatística. Em primeiro lugar, tecnicamente, o dano ambiental normalmente é irreparável in natura, pois um jacaré retirado do seu habitat por certo lapso de tempo não mais se readaptará ao mesmo ou uma floresta desmatada não poderá ser colada, podendo-se no máximo reflorestar e constituir novo ecossistema similar. Assim, uma vez impossibilitada a reparação (ou restauração) em espécie, que é prioritária, dever-se-á partir para uma compensação ambiental ou, em último caso, para a indenização em pecúnia.

São muitos argumentos que podem ser utilizados para sustentar a adoção do regime de imprescritibilidade do dano ambiental, entre outros, cita-se o princípio constitucional da proibição da proteção deficiente.

Referido princípio, deriva do princípio da proporcionalidade, e devem ser interpretados de acordo com este.

Dito de outro modo, tendo em vista o papel do Estado na proteção ambiental, sua atuação deve não apenas limitar-se ao combate da poluição ou degradação ambiental, mas, também primar pela efetiva reparação dos danos causados.

Como fundamento para a aplicação do princípio em comento, colhe-se em doutrina a seguinte lição:

> Está-se a tratar, portanto, de direitos de envergadura constitucional e por isso, invoca-se o moderno sistema de proteção de direitos, o qual, há muito, superou o modelo absenteísta característico da primeira dimensão dos direitos fundamentais, assim como evoluiu em relação à perspectiva do princípio da proporcionalidade, calcada na vedação dos excessos estatais. Refere-se assim, à concepção atual do dever estatal de não somente vedar os excessos, como também, dispensar a devida proteção aos bens jurídicos fundamentais[10].

Portanto, ainda que a prescrição seja instrumento de segura jurídica e pacificação social, deve haver proteção efetiva ambiental preservando-se o interesse social e as futuras gerações.

Destarte, a limitação das ações estatais, de forma a preservar os direitos individuais dos atingidos, deve ser aferida em consonância com o seu dever de proteção da coletividade.

Não se desconsidera as clássicas lições referentes ao direito de defesa do indivíduo no sentido de exigir que o Estado não cometa arbitrariedades, violando com isso direitos fundamentais, porém isso não conduz a uma total negação dos poderes estatais.

Nesse sentido, são preciosas as lições de Lenio Luiz Streck[11] quando menciona que na atual quadra o Estado deve ser visto como promotor da cidadania e protetor do bem público.

Nesse contexto o princípio da proibição da proteção deficiente surge na seara ambiental, como ponderação ao fato de que, se de um lado há exigências prementes de que a os direitos individuais sejam respeitados, como direitos de primeira geração, ou seja, exigem postura absenteísta do Estado, há também a exigência de que não se passe, sob o argumento de proibição de excessos, a considerar "excesso" qualquer postura que vise a efetividade máxima na proteção ao bem ambiental.

No que tange ao direito comparado, possível verificar que o fiel da balança tende a pender para a efetiva proteção ambiental, conforme escreve Mario Peña Chacón:

---

[10] GUARAGNI; Fábio André; Ministério Público e Princípio da Proteção Eficiente; Ed. Almeidina, 2016.
[11] STRECK, Lenio Luiz (org.). Direito Penal em tempos de crise. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

> La tesis de la imprescriptibilidad de las acciones tendientes a la preservación, cesación y reparación del daño ambiental acaecido sobre bienes pertenecientes al patrimonio natural del Estado, o bien declarados de interés público por parte del ordenamiento jurídico, puede ser sustentada en tres distintos argumentos jurídicos, por una parte, el carácter de derecho humano fundamental que pose por la protección ambiental a nivel constitucional y del derecho internacional de los derechos humanos, por otra, la naturaliza colectiva, y por último, a las similitudes que guarda el daño ambiental de naturaliza colectiva con los delitos de lesa humanidade[12].

Infere-se que a tese da imprescritibilidade das ações destinadas à preservação, cessação e reparação dos danos ambientais também se fundamenta no fato de que referido bem possui natureza transindividual razão pela qual o dano ambiental da naturalização coletiva assemelha-se aos crimes contra a humanidade.

CONCLUSÃO

Considerando as últimas decisões do Superior Tribunal de Justiça e, especialmente do Supremo Tribunal Federal, possível afirmar que o fiel da balança pende para o entendimento de que não deve ser submetido a prazo prescricional a reparação ambiental, tendo em vista a decisão exarada no RE nº 654.833-AC, STF, Pleno, que, seguindo corrente jurisprudencial majoritária e definindo o direito ao meio ambiente equilibrado como um direito fundamental, a decisão do STF pacifica o debate na jurisprudência.

No referido julgamento houve a fixação da seguinte tese (Tema STF nº 999): "*É imprescritível a pretensão de reparação civil de dano ambiental*".

O relator entendeu que, embora a regra seja a prescrição da ação em homenagem à segurança jurídica e a não prescrição seja a exceção, há de se reconhecer a existência de direitos imprescritíveis; e citando a Ministra Eliana Calmon, relatora no STJ, "no conflito entre estabelecer um prazo prescricional em favor do causador do dano ambiental, a fim de lhe atribuir segurança jurídica e estabilidade com natureza eminentemente privada, e tutelar de forma mais benéfica bem jurídico coletivo, indisponível, fundamental, que antecede todos os demais direitos — pois sem ele não há vida, nem saúde, nem trabalho, nem lazer — o último prevalece, por óbvio, concluindo pela imprescritibilidade do direito à reparação do dano ambiental".

Tendo por base o julgamento do RE nº 654.833-AC no Supremo Tribunal Federal, possível afirmar que para a Suprema Corte a imprescritibilidade do dano ambiental, tem como fundamento principal o fato de o direito ambiental afigurar-se como direito fundamental

---

[12] CHACÓN; Mario Peña; Dano Ambienal Y Prescripción. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/tablas/r31079.pdf

coletivo e indisponível que antecede todos os demais direitos e, portanto, prevalece sobre os demais.

O ministro Ricardo Lewandowski alegou, em seu voto, o seguinte:

> "[...] a pretensão de reparar o meio ambiente é imprescritível por envolver direito fundamental dos presentes e futuras gerações (artigo 225 da CF), não se podendo penalizar com a prescrição as pessoas que não puderam exercitar o seu direito, mas que um dia poderiam, por conta de sua ausência física, natural ou naturalística. O fundamento, portanto, reside na natureza dos sujeitos protegidos, ou dos direitos envolvidos, como observado pelo eminente ministro Mauro Campbell Marques. Com efeito, não se pode negar às futuras gerações a tutela dos seus direitos. É a segurança jurídica da coletividade futura que enfraquece e mitiga, quando não aniquila, a chamada segurança jurídica tradicional, no caso do infrator das normas ambientais. Ou seja, deve prevalecer a segurança jurídica coletiva das gerações futuras sobre a segurança jurídica do infrator individual de hoje"[13].

Assim, entendeu Supremo Tribunal Federal que a imprescritibilidade da reparação do dano ambiental, origina-se do fato de que os direitos envolvidos no tema possuem natureza de direitos fundamentais.

Hipótese em que, há de se ter presente que o Direito Ambiental submete-se a regime próprio, diferente do Direito Civil, Direito Administrativo e Direito Penal, submetendo-se a um regramento autônomo, ainda que se considere a necessidade de manter-se um diálogo das fontes que seja contínuo entre esses diversos ramos do ordenamento.

Deveras, se não há um titular determinado ou determinável do direito ambiental em causa, mas, ao revés, toda a coletividade, presente e futura, justifica-se, a impossibilidade de se impor prazo prescricional à reparação do dano ambiental.

REFERÊNCIAS:

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental Internacional e Interno**: Aspectos de sua Evolução. Publicado na Gazeta Mercantil em 12 de dezembro de 2002.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **Curso de Direito Administrativo**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 450-451.

BECK, Ulrich. **A sociedade de risco mundial**: em busca da segurança perdida. Ed. Almeida, S.A.

CHACÓN; Mario Peña. **Dano Ambienal y Prescripción**. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/tablas/r31079.pdf

[13] Acórdão; RE nº 654.833-AC, fls. 106.

GUARAGNI; Fábio André. **Ministério Público e Princípio da Proteção Eficiente**. Ed. Almeidina, 2016.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 409-410.

ROCHA, João Carlos de Carvalho. **Política Nacional do Meio Ambiente**: 25 anos da Lei 6.938/81 – Belo Horizonte- Ed. Del Rey, 2007.

STRECK, Lenio Luiz (org.). **Direito Penal em tempos de crise**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007. p. 102.

A ORDEM ECONÔMICA CONSTITUCIONAL E AS BASES PARA UM DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

Lia Verônica de Toledo Piza
Mestranda no Programa de Mestrado em Direito do Centro Universitário Salesiano de São Paulo (UNISAL), U.E. Lorena (SP). E-mail: liapiza@gmail.com

Fabiana Mancilha Bernardes
Mestranda no Programa de Mestrado em Direito do Centro Universitário Salesiano de São Paulo (UNISAL), U.E, Lorena (SP). E-mail: mb_fabiana@hotmail.com

RESUMO: O artigo objetiva analisar a ordem econômica constitucional, de modo a abranger a defesa do meio ambiente e a do consumidor. Ainda, pretende estabelecer a relação entre economia, meio ambiente e consumo sustentável, bem como demonstrar outros pontos de intersecção entre esses três pilares, de modo que se possa alcançar um desenvolvimento sustentável, a abranger, também, a qualidade de vida, sob uma perspectiva interdisciplinar. Para subsidiar esta pesquisa, foi realizado levantamento bibliográfico e estudo de legislações. A pesquisa obteve como resultado a contribuição da economia, como atividade, e da Economia, como ciência, na formatação da ordem econômica constitucional. Ainda, destacou-se que a atuação do Estado, intervindo na ordem econômica, fez com que o autointeresse ficasse em segundo plano, priorizando-se outros aspectos, como os direitos metaindividuais. Constatou-se ser a ordem econômica uma matriz comum entre a defesa do meio ambiente e a defesa do consumidor, tratando-se de segmentos que estão profundamente ligados. Outrossim, verificou-se que o crescimento estritamente econômico associado a um consumo desenfreado, desvinculados de uma concepção de sustentabilidade, causam sérios impactos ambientais. Além disso, concluiu- se que um meio ambiente equilibrado, pautado, também, no consumo sustentável, é a chave para o desenvolvimento sustentável, atingindo-se a qualidade de vida e a existência digna.

PALAVRAS-CHAVE: ordem econômica constitucional; economia; meio ambiente; consumo sustentável; desenvolvimento sustentável.

RESUMEN: El artículo tiene como objetivo analizar el orden económico constitucional, con el fin de abarcar la defensa del medio ambiente y la del consumidor. Aún, se pretende establecer la relación entre economía, medio ambiente y consumo sustentable, así como demostrar otros puntos de intersección entre estos tres pilares, para que se pueda alcanzar un desarrollo sustentable, abarcando también la calidad de vida, por medio de una perspectiva interdisciplinar. Para sustentar esta investigación se realizó una encuesta bibliográfica y un estudio de legislación. La investigación obtuvo como resultado la contribución de la economía, como actividade, y de la Economía, como ciencia, en la configuración del orden económico constitucional. Aún, se enfatizó que la actuación del Estado el orden económico, dejó en un segundo plano el interés proprio, dando prioridad a otros aspectos, como los derechos metaindividuales. Se encontró que el orden económico es una matriz común entre la defensa del medio ambiente y la protección del consumidor, siendo segmentos profundamente conectados. Además, se encontró que el crecimiento estrictamente económico asociado al consumo desenfrenado, desvinculados a un concepto de sustentabilidad, ocasiona graves impactos ambientales. Aún, se concluyó que un medio ambiente equilibrado, basado también en el consumo sostenible, es la clave para el desenvolvimiento sostenible, logrando calidad de vida y existencia digna.
PALABRAS CLAVE: orden económico constitucional; economía; medio ambiente; consumo sustentable; desenvolvimiento sustentable.

INTRODUÇÃO

O presente artigo trata da contribuição da economia, como atividade, e da Economia, como ciência, para a formatação da ordem econômica constitucional. Para tanto, será abordada a evolução dos sistemas econômicos, relacionando-a com os impactos que foram gerados ao meio ambiente, por meio do hiperconsumo, inclusive.

Também será delineada a aproximação entre as concepções de meio ambiente, padrões de consumo e o consumo sustentável, até o alcance, em última análise, da própria ideia de desenvolvimento sustentável.

A importância deste estudo se dá diante dos impactos que a produção e o consumo causam ao meio ambiente, tornando-se necessário que as diretrizes do desenvolvimento sustentável sejam atingidas para se alcançar a qualidade de vida.

Dessa forma, objetiva-se analisar a ordem econômica constitucional, estabelecendo-se a relação entre economia, meio ambiente e consumo sustentável. Além disso, visa-se demonstrar outros pontos de intersecção entre esses três pilares, de modo que se possa alcançar um

desenvolvimento sustentável. Outrossim, pretende-se verificar o elo existente entre o meio ambiente equilibrado, consumo consciente, o desenvolvimento sustentável e qualidade de vida.

A metodologia utilizada é a bibliográfica e documental.

1 A ECONOMIA E A ORDEM ECONÔMICA CONSTITUCIONAL

Neste tópico, é abordada, então, a economia, como atividade e, a Economia, como ciência, com o intuito de reconstruir os delineamentos que moldaram a formatação de uma ordem econômica com o passar do tempo.

O ponto de partida, sob a perspectiva histórica, é a Revolução Industrial, situada no século XVIII, e caracterizada como um movimento que daria sequência a uma série de fatores que vieram a repercutir de forma significativa tanto na ordem econômica, estritamente considerada, quanto na ordem ambiental.

Nesse cenário, construía-se um novo paradigma, assentado no objetivo de aproveitar ainda mais as vantagens resultantes da tecnologia para aperfeiçoar as formas de combinação dos fatores e aumentar a capacidade de crescimento da economia. (NUSDEO, 1975, p. 5).

Com efeito, o sistema de produção capitalista já estava em curso e as indústrias passaram a confeccionar produtos em maior volume e por menor custo. Houve um acelerado crescimento populacional, a chegada de novos consumidores ao mercado e, gradativamente, o aumento do próprio consumo que, levado ao extremo, resultaria numa cultura do desperdício (PHILIPPI JR.; RODRIGUES, 2005, p. 04).

Como a maximização do lucro, em termos materiais, era a meta prioritária a ser alcançada pelas empresas, desprezavam-se eventuais implicações, sobretudo, as ambientais, decorrentes das atividades envolvidas nesse processo. Acreditava-se, ainda, que os bens da natureza eram inesgotáveis, infinitos.

Nessa época, sob os enfoques da política e da ciência econômica, alicerçaram-se os fundamentos para o estabelecimento de um modelo liberal, característico de um sistema econômico denominado de autonomia e descentralizado. (NUSDEO a, 2005, p. 206-207).

Nesse sistema, os dois centros decisórios, político e econômico, encontravam-se dissociados. Ao Estado, cabiam as decisões políticas; aos particulares, as econômicas, que eram pautadas por um padrão comportamental no qual cada um busca maximizar os próprios resultados. (NUSDEO, 2005, a, p. 202-203).

Tal sistema, entretanto, com o passar do tempo, mostrou-se ineficiente, visto que não dispunha de um aparato apropriado para o enfrentamento de novos problemas que foram se apresentando, entre eles, o ambiental. O modelo fundado nas decisões individuais e

descentralizadas, mostrou-se, enfim, incompatível com o referencial exigido, por exemplo, para o equacionamento da problemática ambiental, que demandava uma visão já mais voltada para a internalização de custos sociais e para o suprimento de bens coletivos. (NUSDEO, 2010, p. 157-161).

Essa inoperância do sistema de autonomia, é traduzida, na literatura econômica, como um fenômeno conhecido como falhas de mercado, que são assim nomeadas por, realmente, representarem situações nas quais o mercado não é capaz de gerar uma alocação de recursos que maximize o bem-estar social.

Entre essas falhas, estão, por exemplo, as externalidades negativas, estreitamente ligadas aos recursos naturais, por representarem a situação de uma atividade de produção e de consumo que acarreta um efeito indireto sobre outras atividades de mesma natureza, e que não são incorporadas pelos preços dos mercados. Pode-se mencionar, a título de ilustração, uma usina que maximiza os lucros privados despejando resíduos em um rio, tornando-o inadequado para pesca ou natação. (PINDYCK; RUBINFELD, 2005, p. 524).

Uma segunda falha de mercado, muito aproximada da temática ambiental, são os recursos comuns. Além da água e do ar puros serem considerados suas espécies, a grande problemática que os envolve está relacionada com o uso excessivo desses bens, o que torna objeto de atenção a quantidade deles que será utilizada (MANKIW, 2001, p. 235-236).

Consequência dessa mudança de perspectiva é que se tornava, de certa forma, insustentável a manutenção de um ordenamento de regras pautado em valores predominantemente liberais, do qual podem ser consideradas manifestações jurídicas, o Estado mínimo e as Constituições clássicas.

E, diante dessas constatações, portanto, a de que o mercado falha e a de que o modelo pautado pelo autointeresse dos agentes econômicos não era mais adequado para o enfrentamento desses novos desafios, desencadeia-se uma transição desse sistema econômico de autonomia, para um sistema econômico misto ou dual. Nesse modelo, segundo Nusdeo: “O Estado não apenas regula – direta ou indiretamente – a vida econômica, mas dela participa também...”. (2005, b, p. 726).

Esse novo estado da questão, que passa a conjugar aspectos relacionados aos planos decisórios econômico e político, reflete-se, por certo, na Economia, que busca a formulação de políticas públicas para a correção das falhas de mercado, como pela via da regulamentação (STIGLITZ; WALSH, 2003, p. 355). Também, na configuração do próprio Direito, isto é, na reformulação de suas regras e de seus princípios.

Em termos de positivação, é importante destacar, que a economia passa a ser introduzida, como matéria constitucional, nas Constituições do México, de 1917, e de Weimar,

de 1919. No Brasil, aparece, pela primeira vez, na Constituição de 1934. Já na Constituição Federal de 1988, vem disposta no artigo 170 e seguintes (BRASIL, 1988), como uma "ordem econômica capitalista em nosso país, que deve ser verificada sob a perspectiva da livre iniciativa e do valor social do trabalho". (FIORILLO; CARMO, 2009, p. 52-53).

Esse núcleo constitucional também se torna identificado como Constituição Econômica, conforme explicitado no trecho a seguir:

> Vale dizer: a Constituição econômica formal brasileira consubstancia-se na parte da Constituição Federal que contém os direitos que legitimam a atuação dos sujeitos econômicos, o conteúdo e limites desses direitos e a responsabilidade que comporta o exercício da atividade econômica. (SILVA, 2014, p. 723).

Observe-se que o artigo 170 inaugura o Título VII – Da Ordem Econômica e Financeira, Capítulo I – Dos Princípios Gerais da Atividade Econômica, da Constituição Federal de 1988. (BRASIL, 1988). Do referido dispositivo legal, depreende-se que a ordem econômica é fundada na valorização do trabalho humano e na iniciativa privada, e assentada sobre um rol de princípios próprios a serem observados, entre eles, a defesa do consumidor (inciso V) e a defesa do meio ambiente (inciso VI). (BRASIL, 1988). Essa estrutura denota que esses dois segmentos, meio ambiente e consumo, derivam de uma matriz comum, a ordem econômica, e, sob o comando dela devem estar harmonizados, refletindo a busca por uma proteção de valores de natureza difusa.

Essa harmonização em prol dos valores coletivos é bem traduzida por Elali e Trennepohl:

> Pelo exposto, o Estado desenvolvido é marcado pela estrutura harmônica entre o padrão de modernização e a proteção dos valores coletivos. Busca-se ao mesmo tempo o crescimento, com a liberdade das atividades econômicas, desde que tal conviva com a proteção do consumidor, do meio ambiente, do trabalho, da educação de todos etc. Um Estado que enfatiza apenas a vertente da modernização, desprezando a sua harmonia com os demais elementos, não pode se configurar como desenvolvido; pode, no máximo, ser um Estado modernizado. (2009, p. 125)

Desse modo, nota-se a evolução dos sistemas econômicos e as modificações na ordem econômica, de modo a acarretar menor ou maior intervenção do Estado na economia, dado o surgimento de novas dificuldades, destacando-se a questão ambiental, diante da exploração crescente dos recursos naturais, percebidos, já, como finitos, bem como da necessidade de equacionar o meio ambiente e o consumo, sob uma matriz comum, com vista a um consumo sustentável.

2 MEIO AMBIENTE, PADRÕES DE CONSUMO E CONSUMO SUSTENTÁVEL

Até aqui, pretendeu-se demonstrar que a relação entre economia e meio ambiente foi uma das fortes razões que motivou a intervenção do Estado na economia, colaborando para o delineamento dos parâmetros de uma ordem econômica.

Também já se examinou a defesa do meio ambiente e a defesa do consumidor dentro de uma matriz comum, a Constituição Econômica.

Sendo assim, importante acentuar outros aspectos que aproximam o meio ambiente e o consumo. Sob o ponto de vista eminentemente jurídico-formal, pode-se afirmar que tanto um quanto o outro podem ser reconhecidos como direitos fundamentais previstos nos artigos 5º e 225 da Constituição Federal de 1988, respectivamente.

Seus objetos de tutela, como mencionado, estão relacionados a interesses de natureza transindividual e ambos têm na ação civil pública um instrumento apto para a apuração da responsabilidade civil daquele que atenta contra o meio ambiente e do que viola as normas de tutela dos consumidores. (FIGUEIREDO, 2005, p. 741).

Figueiredo, porém, ainda confere uma apreciação mais pragmática dessa relação, que envolve as formas de coordenação entre produção e consumo, e as repercussões que podem vir a causar no meio ambiente:

> O estudo das razões decorrentes da degradação ambiental no planeta exige a análise prévia dos padrões de produção e consumo adotados pela coletividade. É o ritmo do consumo dos bens ambientais que determina a velocidade com que esses bens passem a tornar-se escassos. (2005, p. 739).

Portanto, se num primeiro momento, restou estabelecida a conexão entre economia, meio ambiente e ordem econômica, neste ponto, conectam-se meio ambiente e os padrões de consumo, de modo a se perscrutar sobre até que ponto eles se condicionam reciprocamente.

Como afirma Filomeno:

> Não há, por conseguinte, qualquer exagero em afirmar-se que todos os problemas ambientais estão relacionados ao consumo: poluição do ar, água, solo, subsolo, degradação dos solos e assoreamento de cursos d'água, em razão de desmatamento, esgotamento de suprimentos de água etc. (2009, p. 267).

À vista disso, observa-se que o consumo, com sua evolução, mudou sua vertente. No início, era voltado para a própria subsistência, sendo consumidos alimentos, vestuários e objetos básicos para que o indivíduo pudesse sobreviver e conviver em sociedade. No entanto, a busca pelo "ter" foi aumentando, com a finalidade de suprir um desejo de conforto e de uma vida

melhor, tornando-se o consumo um passo para a conquista de satisfação pessoal. (LIPOVETSKY, 2017, p. 07).

Desse modo, o consumidor, na busca constante de atingir a felicidade por meio da aquisição de produtos e serviços, desenfreadamente, ingressou em um ciclo vicioso do hiperconsumo, consumindo cada vez mais objetos desnecessários, seguindo um comportamento da sociedade capitalista, sendo o consumidor bastante influenciado, também, pelas publicidades. (LIPOVETSKY, 2017, p. 12).

Assim, evidente que esse crescente aumento do consumo tem colaborado para uma maior exploração dos recursos naturais, prejudicando, consequentemente, o meio ambiente, diante do aumento constante do uso excessivo desses bens, decorrentes, por vezes, de atos impensados dos consumidores, gerando desperdícios.

Diante dos inúmeros problemas ambientais existentes, tendo como uma das causas, repita-se, o consumo desenfreado, tem-se recorrido a maneiras de se atingir um consumo que seja consciente e responsável, alcançando-se o consumo sustentável.

Nesse sentido, indubitável que a educação tem grande colaboração e influência para que os consumidores possam entender como suas escolhas diárias causam impactos no meio ambiente, que deve ser preservado, nos termos da Constituição Federal de 1988, para as presentes e futuras gerações. (BRASIL, 1988):

> Percebe-se a característica disseminadora que a educação ambiental pode trazer para a temática, fato este de suma importância na busca por uma mudança na forma de pensamento e consciência da sociedade. Ainda, segundo a política nacional de educação ambiental, essa prática educativa deve ser integradora, contínua e permanente em todos os níveis e modalidades do ensino formal, não se excluindo a necessidade de uma educação ambiental não-formal desenvolvida por todos os participantes de uma sociedade. (SILVA; GÓMEZ, 2010, p. 49).

O consumo sustentável envolve não somente a redução de aquisições que se dão de modo supérfluo e desnecessário, mas também a escolha de produtos que utilizem menos recursos naturais ao serem produzidos, e que possam ser reciclados e reaproveitados com facilidade. (BRASIL, 2020).

Desse modo, no momento em que o consumidor faz escolhas pensadas, reduzindo desperdícios com utilização de água e luz, por exemplo, já está colaborando para uma melhoria do meio ambiente, por meio do consumo consciente.

No entanto, analisando-se o atual cenário ambiental global, imprescindível que sejam tomadas decisões que vão além das condutas básicas, não se podendo apenas esperar que o consumidor seja educado sobre os seus deveres, conforme traz o Código de Defesa do Consumidor. (BRASIL, 1990).

Dessa forma, é preciso que as empresas, indústrias e fornecedores de modo geral também tomem medidas que contribuam para que se chegue ao consumo sustentável, haja vista que os sistemas produtivos exploram os recursos naturais de forma excessiva. Nessa linha de argumentação:

> Considera-se que as empresas desempenham papéis relevantes no processo de promoção do consumo sustentável e que as suas responsabilidades não se limitam às questões tecnológicas, mas incorporam, também, ações e estratégias que se estendem nas relações com os demais stakeholders e contemplam mudanças estruturais e culturais. (OLIVEIRA; GOMEZ; CORREIA, 2018, p. 55).

Assim, produção e consumo devem caminhar conjuntamente na busca pelo consumo sustentável, unindo-se, tendo cada um a sua responsabilidade e assumindo os deveres que se tornaram inerentes à relação de consumo diante do direito ao meio ambiente equilibrado ser direito de todos, nos termos do artigo 225 da Constituição Federal. (BRASIL, 1988). Como afirma Fink:

> Produção e consumo estão no centro do desenvolvimento econômico. Ambos devem procurar atingir seus objetivos obedecendo aos contornos (regras de cumprimento) da relação jurídica que antecede o processo produtivo: não causar desequilíbrio ecológico e promover a preservação do meio ambiente para as presentes e futuras gerações [...] Produzir e consumir sem observância dos postulados ambientais não pode mais ser aceito... É ato atentatório à vida e sua preservação e qualidade... O segredo da sustentabilidade ambiental está exatamente na capacidade de produtores e consumidores (e demais agentes sociais e políticos) entenderem as regras de cumprimento dos postulados da relação jurídica ambiental. Será sustentável o processo produtivo ou de consumo que atenda ao equilíbrio ecológico e à preservação do meio ambiente, do contrário, haverá descumprimento da regra constitucional fundamental proclamada no artigo 225. (2009, p. 110-111).

Com efeito, a maior preocupação das empresas em relação aos aspectos econômicos, que acaba por prejudicar e até mesmo retardar a evolução de tecnologias verdes, deve ser substituída por estratégias para se alcançar e atingir um meio sustentável de consumo:

> Apesar da evidente preocupação em evitar o desaquecimento do crescimento econômico do país, as ações de promoção do consumo sustentável devem ir além dos questionamentos sobre os aspectos econômicos, de modo a priorizar ações que melhorem a eficiência na utilização dos recursos naturais e a proteção ao meio ambiente, além de manter a qualidade de vida das pessoas. Porém, este é um dos principais aspectos relacionados ao ceticismo quanto ao envolvimento das empresas em ações e estratégias em prol da produção e do consumo sustentável, dadas ao viés economicista que, muitas vezes, prevalece como fator preponderante nos processos de tomada de decisão. (OLIVEIRA; GOMEZ; CORREIA, 2018, p. 69).

Cumpre, ainda, registrar, que o Supremo Tribunal Federal, no RE 732686 RG, com Repercussão Geral reconhecida (Tema 0970), considerou os princípios constitucionais da ordem econômica para apreciar a questão relativa à substituição de sacos e sacolas plásticas por sacos e sacolas de material ecológico.

No acórdão, destacou-se que a defesa do consumidor e a defesa do meio ambiente devem se coadunar com a livre iniciativa, também essencial à ordem econômica, sobrelevando, como centro do debate, por um lado, "o combate à acumulação de resíduos de plástico nos ecossistemas" e, por outro, "a possibilidade de medidas alternativas de mesma eficácia para reduzir o consumo de sacos plásticos". (BRASIL, 2017, p. 11).

À vista disso, fica patente que a relação de consumo possui extrema influência nas condições atuais do meio ambiente, seja por meio da produção, seja por meio do consumo final, influenciando na qualidade do meio ambiente em toda a sua cadeia e, por consequência, na própria qualidade de vida.

Sendo assim, imprescindível que o desenvolvimento econômico, dada as peculiaridades do meio ambiente, e o padrão de consumo se moldem para que se possa alcançar um consumo sustentável e, ao final, o desenvolvimento sustentável no seu sentido mais amplo, preservando-se o meio ambiente para as presentes e futuras gerações, visto que também se trata de direito fundamental.

3 DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

Como foi abordado, no modelo de economia característico do sistema de autonomia, o meio ambiente e o padrão de consumo estavam relacionados de forma mais incipiente ao crescimento econômico, ainda pautado na ideia de que o mercado constituía o mecanismo adequado e suficiente para exercer o autocontrole da economia.

Mas a transição de um sistema de autonomia para um sistema dual, em que o Estado passa a regular a atividade econômica, denotam-se questões outras que devem ser consideradas, como a internalização de externalidades negativas, para correção de uma das falhas de mercado, e o equacionamento do uso de recursos comuns ou ambientais, de modo que sua utilização transcorra de forma limitada, sem desperdícios.

Dessa forma, convergentes os objetivos da economia, da defesa do meio ambiente e do consumidor, pautados pelo conceito de consumo sustentável, aponta-se para um desenvolvimento que está para além do desenvolvimento especificamente econômico. Trata-se de uma nova configuração de desenvolvimento: o desenvolvimento sustentável. Conforme pontua Bianchi:

> A busca pelo desenvolvimento sustentável requer uma interação harmônica entre objetivos econômicos e proteção ambiental. Assim, pode-se afirmar que, no termo "desenvolvimento sustentável", a palavra "desenvolvimento" diz respeito à economia, e o termo 'sustentável' refere-se à preservação do meio ambiente. Numa perspectiva macroeconômica, esta preocupação com as questões ambientais associadas ao desenvolvimento econômico exigirá determinadas modificações estruturais nas políticas de desenvolvimento. (2008, p. 65).

Esses valores passam, portanto, a serem promovidos em conjunto, visto que não se confrontam, mas consistem em contrapartida um do outro. Essa convergência é descrita por Bourgoignie:

> O encontro entre o direito do consumidor, o desenvolvimento sustentável e a proteção ambiental proporciona uma oportunidade para colocar em primeiro plano as questões sociais e coletivas do direito do consumidor. Ao invés de se opor, os valores promovidos por essas diferentes disciplinas se complementam à realização dos objetivos comuns. O direito do consumidor vê o desenvolvimento sustentável não mais como uma restrição ou um obstáculo para o seu desenvolvimento, mas uma possiblidade de uma mutação benéfica (2017, p.18).

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal também já enfrentou essa matéria na Ação Declaratória de Constitucionalidade 42 – Distrito Federal, ao analisar dispositivos do Novo Código Florestal.

Nesse julgamento, salientou-se que:

> O desenho institucional das políticas públicas ambientais suscita o duelo valorativo entre a tutela ambiental e a tutela do desenvolvimento, tendo como centro de gravidade o bem comum da pessoa humana no cenário da escassez. É dizer, o desenvolvimento econômico e a preservação do meio ambiente não são políticas intrinsecamente antagônicas. (BRASIL, 2018, p. 04).

Quanto à temática do desenvolvimento sustentável, importante salientar que o conceito de sustentabilidade surgiu em 1987, quando uma Comissão Mundial sobre o Meio Ambiente, presidida pela primeira-ministra da Noruega, Gro Harlem Brundtland, apresentou à ONU o Relatório Brundtland.

Esse documento trazia uma concepção de desenvolvimento sustentável enquanto conceito político entendido como "um processo de mudança no qual a exploração dos recursos, a orientação dos investimentos, os rumos do desenvolvimento tecnológico e a mudança institucional estão de acordo com as necessidades atuais e futuras." (FREIRIA, 2011, p. 105).

De fato, a contribuição significativa dos trabalhos dessa Comissão exprimiu-se na elaboração "da temática do desenvolvimento sustentável – desenvolvimento capaz de garantir o atendimento das necessidades do presente sem comprometer a capacidade de as gerações futuras atenderem também às suas [...]". (BUCCI, 2001, p. 60).

É indispensável, ainda, relatar que, após a concepção de desenvolvimento sustentável na década de 80 do século passado, a Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e o Desenvolvimento (Rio-92) se constituiu como marco importante no cenário internacional, visto que houve a concordância de diversos países quanto à promoção do desenvolvimento sustentável, adotando-se a Agenda 21. Após, com a Rio+20, tal compromisso foi renovado, avaliando-se o progresso que havia sido alcançado até aquele momento, conferindo-se ênfase às questões futuras, determinando-se, então, a criação de metas para o alcance do desenvolvimento sustentável para além de 2015. (INSTITUTO, 2015).

Dessa forma, iniciou-se um processo para a construção de objetivos universais de desenvolvimento sustentável, chegando-se aos 17 Objetivos da Agenda 2030, que decorreu da reunião de líderes mundiais na sede da ONU, no ano de 2015, visando justamente as questões relativas à proteção do planeta, erradicação da pobreza e alcance da paz e prosperidade. Esta trouxe, assim, 17 Objetivos de Desenvolvimento Sustentável, como "plano de ação para as pessoas, o planeta e a prosperidade, que busca fortalecer a paz universal". (INSTITUTO, 2015). Dentre os 17 objetivos, destaca-se o Objetivo 12, que trata sobre o consumo e produções responsáveis, coadunando-se com tudo o que foi exposto na presente pesquisa, uma vez que visa assegurar os padrões de produção e de consumo sustentáveis:

> Para alcançar as metas deste ODS, a mudança nos padrões de consumo e produção se configuram como medidas indispensáveis na redução da pegada ecológica sobre o meio ambiente. Essas medidas são a base do desenvolvimento econômico e social sustentável. As metas do ODS 12 visam a promoção da eficiência do uso de recursos energéticos e naturais, da infraestrutura sustentável, do acesso a serviços básicos. Além disso, o objetivo prioriza a informação, a gestão coordenada, a transparência e a responsabilização dos atores consumidores de recursos naturais como ferramentas chave para o alcance de padrões mais sustentáveis de produção e consumo. (INSTITUTO, 2015).

Nesse sentido, a ODS 12 traz diversas metas para serem cumpridas, visando um impacto positivo no meio ambiente por meio das melhorias na produção e no consumo, colaborando-se, assim, com o planeta. São elas:

> 12.c Racionalizar subsídios ineficientes aos combustíveis fósseis, que encorajam o consumo exagerado, eliminando as distorções de mercado, de acordo com as circunstâncias nacionais, inclusive por meio da reestruturação fiscal e a eliminação gradual desses subsídios prejudiciais, caso existam, para refletir os seus impactos ambientais, tendo plenamente em conta as necessidades específicas e condições dos países em desenvolvimento e minimizando os possíveis impactos adversos sobre o seu desenvolvimento de maneira que proteja os pobres e as comunidades afetadas
> 12.b Desenvolver e implementar ferramentas para monitorar os impactos do desenvolvimento sustentável para o turismo sustentável que gera empregos, promove a cultura e os produtos locais

> 12.a Apoiar países em desenvolvimento para que fortaleçam suas capacidades científicas e tecnológicas em rumo à padrões mais sustentáveis de produção e consumo
> 12.8 Até 2030, garantir que as pessoas, em todos os lugares, tenham informação relevante e conscientização sobre o desenvolvimento sustentável e estilos de vida em harmonia com a natureza
> 12.7 Promover práticas de compras públicas sustentáveis, de acordo com as políticas e prioridades nacionais
> 12.6 Incentivar as empresas, especialmente as empresas grandes e transnacionais, a adotar práticas sustentáveis e a integrar informações de sustentabilidade em seu ciclo de relatórios
> 12.5 Até 2030, reduzir substancialmente a geração de resíduos por meio da prevenção, redução, reciclagem e reuso
> 12.4 Até 2020, alcançar o manejo ambientalmente adequado dos produtos químicos e de todos os resíduos, ao longo de todo o ciclo de vida destes, de acordo com os marcos internacionalmente acordados, e reduzir significativamente a liberação destes para o ar, água e solo, para minimizar seus impactos negativos sobre a saúde humana e o meio ambiente
> 12.3 Até 2030, reduzir pela metade o desperdício de alimentos per capita mundial, em nível de varejo e do consumidor, e reduzir as perdas de alimentos ao longo das cadeias de produção e abastecimento, incluindo as perdas pós-colheita
> 12.2 Até 2030, alcançar gestão sustentável e uso eficiente dos recursos naturais
> 12.1 Implementar o Plano Decenal de Programas Sobre Produção e Consumo Sustentáveis, com todos os países tomando medidas, e os países desenvolvidos assumindo a liderança, tendo em conta o desenvolvimento e as capacidades dos países em desenvolvimento. (INSTITUTO, 2015).

Nesse viés, interessante ressaltar que às ideias de desenvolvimento econômico, consideradas as particularidades dos recursos naturais, e de consumo sustentável, associa-se a noção de qualidade de vida da coletividade. E esse fundamento passa a ser mais uma justificativa para intervenção do Estado na economia. Eis como o assunto aparece, no excerto destacado a seguir:

> Como os bens ambientais interferem tanto no aspecto social quanto no aspecto econômico, pois a um só tempo são responsáveis pela qualidade de vida e pelo desenvolvimento econômico, a intervenção do estado se justifica nessas duas frentes, tendo em vista um objetivo comum: estabelecer um ponto de equilíbrio entre a atividade econômica e a repercussão ambiental que ela causa na qualidade de vida da coletividade. (RODRIGUES, 2009, p. 356).

No mesmo sentido, Derani (1997, p. 77) apresenta uma fórmula da qualidade de vida como expressão máxima dos preceitos do direito ambiental e da ordem econômica constitucional brasileira, orientada para assegurar a todos existência digna. Não se trata mais de vinculação a um aspecto meramente quantitativo, traduzido em bens materiais, mas, sobretudo, do recurso a um aspecto também qualitativo, relacionado ao bem-estar como saúde física e psíquica. O trecho abaixo reforça esse pensamento:

> Qualidade de vida, proposta na finalidade do direito econômico, deve ser coincidente com a qualidade de vida almejada nas normas de direito ambiental. Tal implica que nem pode ser entendida como apenas um conjunto de bens e comodidades materiais,

> nem como a tradução do ideal de volta à natureza, expressando uma reação e indiscriminado desprezo a toda elaboração técnica e industrial. Portanto, qualidade de vida no ordenamento jurídico brasileiro apresenta estes dois aspectos concomitantemente: o do nível de vida material e o do bem estar físico e espiritual. Uma sadia qualidade de vida abrange esta globalidade, acatando o fato de que um mínimo material é sempre necessário para o deleite espiritual. Não é possível conceber, tanto na realização das normas de direito econômico como nas normas de direito ambiental, qualquer rompimento desta globalidade que compõe a expressão "qualidade de vida", muitas vezes referida por sua expressão sinônima "bem estar". (1997, p. 77).

Nusdeo (1975, p. 10) também elucida que um mero crescimento quantitativo não pode mais ser contemplado como o único ou, mesmo, até como um dos objetivos da política econômica, uma vez que consistiria no meio pelo qual se viabiliza o aprimoramento da qualidade de vida do homem, em todas as suas dimensões. Na sua proposta, essa revisão do *modus operandi* do sistema econômico, propiciada pelo enfrentamento dos problemas ecológicos, conduz à preservação de vários valores. Manifesta-se, com essas palavras, o autor:

> Essa maneira de encarar o problema em tela, parte da ideia de ser impossível separarem-se níveis de satisfação, seja individuais, seja coletivos, em compartimentos isolados, cada qual, referente a uma particular espécie ou categoria. Nada parece ser mais contrário à psicologia humana na qual se encontram imbricados sensações, ideias ou sentimentos de caráter ético, axiológico, afetivo, utilitário e de tantas outras origens ou naturezas. O homem, ser multidimensional em sua essência, não vive em cada uma de suas dimensões isoladamente, mas sim em todas ou na maioria delas simultaneamente. (NUSDEO, 1975, p.10).

Desse modo, nota-se que o crescimento econômico continuará prosperando mesmo diante da instauração de práticas diferenciadas voltadas à existência digna, à preservação do meio ambiente e à defesa do consumidor. Tais políticas públicas, se bem orquestrados os pilares da ordem econômica constitucional, de fato, poderão contribuir para mudanças tanto na forma de utilização dos recursos naturais, quanto de padrões de consumo e de produção, atingindo-se o consumo e desenvolvimento sustentáveis, que asseguram, em última análise, a própria qualidade de vida.

CONCLUSÃO

O presente trabalho pretendeu abordar a contribuição da economia, como atividade e, da Economia, como ciência, para o alcance de balizas para a formatação de uma ordem econômica constitucional.

Tal percurso foi desenvolvido com base na evolução de um sistema econômico de autonomia e descentralizado, para um sistema dual ou misto, no qual se vislumbrou a intervenção do Estado na economia. Foi demonstrado como tais aspectos tiveram impactos

econômicos e jurídicos, de modo que a ordem econômica passou a dispor de tutela constitucional.

Foi, também, evidenciada a ordem econômica como a matriz comum entre a defesa do consumidor e a defesa do meio ambiente, e apresentados outros pontos de aproximação entre esses dois segmentos, entre os quais o modo como podem estar coordenados a produção e o consumo, e as possíveis repercussões ambientais.

Na sequência, abordou-se como o hiperconsumo tem colaborado para a maior exploração dos recursos naturais e que uma das maneiras para melhor equacionar a problemática ambiental é por meio do consumo sustentável, pautado, sobretudo, na educação ambiental dos consumidores e na busca de novas estratégias por parte das empresas.

Por fim, o presente estudo apresentou o conceito de desenvolvimento sustentável, os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável da ONU e a relação estreita entre essas concepções e a qualidade de vida do homem, em todas as suas dimensões.

Assim, concluiu-se que foi importante a intervenção do Estado na economia, em decorrência da necessidade de equacionar as questões relativas ao meio ambiente e ao consumo, sob uma matriz comum, a ordem econômica, com vista a um consumo sustentável. A relação de consumo possui extrema influência nas condições atuais do meio ambiente, seja por meio da produção, seja por meio do consumo final, influenciando na qualidade do meio ambiente em toda a sua cadeia e, por consequência, na própria qualidade de vida.

Desse modo, é imprescindível que o desenvolvimento econômico, dadas as peculiaridades do meio ambiente, e o padrão de consumo se moldem para que se possa alcançar consumo e desenvolvimento sustentáveis, que asseguram, em última análise, a própria qualidade de vida

REFERÊNCIAS

BIANCHI, Patrícia Nunes Lima. **Meio Ambiente: certificações ambientais e comércio internacional.** 2. ed. Curitiba: Juruá, 2008.

BOURGOIGNIE, Thierry. Proteção do Consumidor e Desenvolvimento Sustentável: Consumidor Soberano, Poluidor, Responsável ou Vítima? **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 109, n. 26, p. 17-37, jan.-fev. 2017. Tradução de: Matheus Linck Bassani. Disponível em: https://revistadedireitodoconsumidor.emnuvens.com.br/rdc/article/view/1341. Acesso em: 04 out. 2020.

BRASIL. **Código de Defesa do Consumidor**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm. Acesso em: 12 maio 2020.

BRASIL. Constituição Federal (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 23 maio 2020.

BRASIL. MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE. **Consumo Sustentável**. 2020. Disponível em: https://www.mma.gov.br/responsabilidade-socioambiental/producao-e-consumo-sustentavel/conceitos/consumo-sustentavel.html. Acesso em: 02 out. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Ação Direta de Constitucionalidade 42 – DF**. Direito constitucional. Direito ambiental. Art. 225 da Constituição. Dever de proteção ambiental. Necessidade de compatibilização com outros vetores constitucionais de igual hierarquia. Artigos 1º, VI; 3º, II e III; 5º, *caput* e XXII; 170, *caput* e incisos II, V, VII E VIII, da CRFB. Desenvolvimento sustentável. Justiça intergeracional. Alocação de recursos para atender as necessidades da geração atual. Escolha política. Controle judicial de políticas públicas. Impossibilidade de violação do princípio democrático. Exame de racionalidade estreita. Respeito aos critérios de análise decisória empregados pelo formador de políticas públicas. Inviabilidade de alegação de "vedação ao retrocesso". Novo código florestal. Ações diretas de inconstitucionalidade e ação declaratória de constitucionalidade julgadas parcialmente procedentes. Relator Ministro Luiz Fux, 28 de fevereiro de 2018. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15340792543&ext=.pdf. Acesso em: 08 out. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Recurso Extraordinário 732686 RG**. Constitucional. Ambiental. Princípios constitucionais da ordem econômica. Lei municipal. Obrigação de substituição de sacos e sacolas plásticas por sacos e sacolas de material ecológico. Repercussão geral reconhecida. Relator Ministro Luiz Fux, 19 de outubro de 2017. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14027799. Acesso em: 08 out. 2020.

BUCCI, Maria Paula Dallari. A Comissão de Brundtland e o conceito de desenvolvimento sustentável no processo histórico de afirmação dos direitos humanos. *In*: DERANI, Cristiane; COSTA, José Augusto Fontoura (org.). **Direito Ambiental Internacional.** São Paulo: Leopoldianum, 2001. p. 50-63.

DERANI, Cristiane. **Direito Ambiental Econômico.** São Paulo: Max Limonad, 1997.

ELALI, André; TRENNEPOHL, Terence. Desenvolvimento econômico e proteção ambiental: reflexões de direito constitucional econômico à luz do princípio da precaução no direito ambiental brasileiro. *In*: PAULA, Marco Aurélio Borges de; MAGRINI, Rachel de Paula (coord.). **Estudos de Direito Público.** Mato Grosso do Sul: 2009. p. 115-133.

FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. Relação de Consumo, Defesa da Economia e Meio Ambiente. *In*: JÚNIOR, Arlindo Philippi; ALVES, Alaôr Caffé (ed.). **Curso Interdisciplinar de Direito Ambiental.** Barueri: Manole, 2005. p. 739-785.

FILOMENO. José Geraldo Brito. Consumo, Sustentabilidade e o Código de Defesa do Consumidor. *In:* MARQUES, José Roberto (org.). **Sustentabilidade e Temas Fundamentais de Direito Ambiental.** Campinas: Millennium Editora, 2009. p. 265-279.

FINK. Daniel R. Relação Jurídica Ambiental e Sustentabilidade. *In:* MARQUES, José Roberto (org.). **Sustentabilidade e Temas Fundamentais de Direito Ambiental.** Campinas: Millennium Editora, 2009. p. 101-120.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco; CARMO, Thaís Maria Leonel do. Desenvolvimento Sustentável: A ordem econômica do capitalismo e a questão do meio ambiente na Constituição Federal de 1988 – art. 170, VI. *In*: MARQUES, José Roberto (org.). **Sustentabilidade e Temas Fundamentais de Direito Ambiental.** Campinas: Millennium Editora, 2009. p. 49-70.

FREIRIA, Rafael Costa. **Direito, Gestão e Políticas Públicas Ambientais.** São Paulo: Senac, 2011.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA - IPEA (Brasil). **Plataforma Agenda 2030**. 2015. Disponível em: http://www.agenda2030.com.br/. Acesso em: 30 out. 2020.

LIPOVETSKY, Gilles. **A Felicidade Paradoxal**: ensaio sobre a sociedade do hiperconsumo. Lisboa: Edições 70, 2017.

MANKIW, N. Gregory. **Introdução à economia: Princípios de micro e macroeconomia.** Tradução de: Maria José Cyhlar Monteiro. Rio de Janeiro: Campos, 2001.

NUSDEO, Fábio. Curso de Economia: **Introdução ao Direito Econômico.** 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

NUSDEO, Fábio. **Desenvolvimento e Ecologia**. São Paulo: Saraiva, 1975.

NUSDEO, Fábio. Direito Econômico Ambiental. *In*: Júnior, Arlindo Philippi; ALVES, Alaôr Caffé (ed.). **Curso Interdisciplinar de Direito Ambiental.** Barueri: Manole, 2005b. p. 717-738.

NUSDEO, Fábio. Economia do Meio Ambiente. *In*: Júnior, Arlindo Philippi; ALVES, Alaôr Caffé (ed.). **Curso Interdisciplinar de Direito Ambiental.** Barueri: Manole, 2005a. p. 193-213.

OLIVEIRA, Verônica Macário de; GOMEZ, Carla Regina Pasa; CORREIA, Suzanne Érica Nóbrega. PAPÉIS DAS EMPRESAS E O CONSUMO SUSTENTÁVEL NA VISÃO DE ESPECIALISTAS BRASILEIROS. **Revista de Gestão Social e Ambiental**, [S.L.], v. 12, n. 2, p. 55-70, 21 jun. 2018. RGSA- Revista de Gestao Social e Ambiental. http://dx.doi.org/10.24857/rgsa.v12i2.1485. Disponível em: https://rgsa.emnuvens.com.br/rgsa/article/view/1485#:~:text=Considera%2Dse%20que%20as%20empresas,e%20contemplam%20mudan%C3%A7as%20estruturais%20e. Acesso em: 08 out. 2020.

PHILIPPI JR., Arlindo; RODRIGUES, José Eduardo Ramos. Uma Introdução ao Direito Ambiental: Conceitos e Princípios. *In*: Júnior, Arlindo Philippi; ALVES, Alaôr Caffé (ed.). **Curso Interdisciplinar de Direito Ambiental.** Barueri: Manole, 2005. p. 3-26.

PINDYCK, Robert S.; RUBINFELD, Daniel L. **Microeconomia.** Tradução de: Eleutério Prado; Thelma Guimarães. 6ª ed. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2006.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. Uso Comum e Incomum da Água e Princípio do Poluidor Pagador. *In*: MARQUES, José Roberto (org.). **Sustentabilidade e Temas Fundamentais de Direito Ambiental.** Campinas: Millennium Editora, 2009. p. 351-364.

SILVA, José Afonso da. **Comentário Contextual à Constituição**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

SILVA, Minelle Enéas da; GÓMEZ, Carla Regina Pasa. Consumo Consciente: o papel contributivo da educação. **Reuna**, Belo Horizonte, v. 15, n. 3, p. 43-54, dez. 2010. Disponível em: https://revistas.una.br/reuna/article/view/162. Acesso em: 30 set. 2020.

STIGLITZ, Joseph E.; WALSH, Carl E. **Introdução à Microeconomia.** Tradução de: Helga Hoffmann. Rio de Janeiro: Campus, 2003.

BEM VIVER, GÊNERO E SUSTENTABILIDADE SOCIAL: REFLEXÕES DECOLONIAIS

LOCATELI, Cláudia Cinara
Doutoranda em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina – Unoesc; Mestra em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC; Advogada. Mediadora. Participa dos grupos de pesquisa: Interculturalidade, identidade de gênero e personalidade (Unoesc) e Novas perspectivas da dignidade na sociedade da informação: propriedade, bioética e liberdade científica (Unoesc). Desenvolve pesquisas em direitos fundamentais da família, criança e adolescente.

WENCZENOVICZ, Thais Janaina
Docente adjunta/pesquisador sênior da Universidade Estadual do Rio Grande do Sul/UERGS. Professora Titular no Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito/UNOESC. Professora Colaboradora no Programa de Pós-graduação *Stricto Sensu* em Educação da Universidade Estadual do Paraná- UNIOESTE. Avaliadora do INEP - BNI ENADE/MEC. Membro do Comitê Internacional Global *Alliance on Media and Gender* (GAMAG) - UNESCO. Líder da Linha de Pesquisa Cidadania e Direitos Humanos: perspectivas decoloniais/PPGD UNOESC

RESUMO: O estudo analisa o bem viver como paradigma da sustentabilidade social em igualdade de gênero decolonial. A alternativa andina do bem viver indica alcançar a sustentabilidade pelo equilíbrio da dimensão intersubjetiva, sociocultural e socioambiental como episteme do bem-estar. No desenvolvimento, as estruturas de poder que marcam a desigualdade de gênero geram privações, subalternizações e impedem alcançar a sustentabilidade. Avaliar se a proposta do bem viver contempla as demandas da igualdade de gênero decolonial, como condição essencial à sustentabilidade, constitui o objetivo geral do estudo. Para alcançar o propósito, a escolha metodológica prioriza a pesquisa bibliográfica, documental e o levantamento de dados; a abordagem é a exploratória analítica. Para o estudo, as teorias do desenvolvimento como liberdade, da condição humana e do bem viver apresentam fundamentos homogêneos à sustentabilidade social pela igualdade de gênero. O bem viver fortalece as relações humanas interculturais em conexão com o meio ambiente e sintoniza a necessidade de promover a superação de um determinismo biológico binário que articula as subjetividades e as interseccionalidades ampliando as desigualdades humanas. Como virada decolonial, o bem viver permite avançar na conquista da isonomia como direito humano, um caminho alternativo possível à sustentabilidade social, através de políticas públicas interculturais com suficiência para desnaturalizar o binarismo que demarca o espaço de ser, atuar e viver da mulher.

PALAVRAS-CHAVE: Bem viver. Decolonial. Gênero. Sustentabilidade Social. Bem Viver.

RESUMEN: El estudio analiza el buen vivir como paradigma de sostenibilidad social en la igualdad de género descolonial. La alternativa andina al buen vivir indica lograr la sustentabilidad al equilibrar la dimensión intersubjetiva, sociocultural y socioambiental como episteme del bienestar. En el desarrollo, las estructuras de poder que marcan la desigualdad de género generan privaciones, subordinaciones e impiden la sostenibilidad. Valorar si la propuesta de buen vivir incluye las demandas de la igualdad de género descolonial, como condición esencial para la sostenibilidad, constituye el objetivo general del estudio. Para lograr el propósito, la elección metodológica prioriza la investigación bibliográfica, documental y la recolección de datos; el enfoque es el análisis exploratorio. Para el estudio, las teorías del desarrollo como la libertad, la condición humana y el buen vivir tienen bases homogéneas para la sostenibilidad social a través de la igualdad de género. El buen vivir fortalece las relaciones humanas interculturales en relación con el medio ambiente y se sintoniza con la necesidad de promover la superación de un determinismo biológico binario que articula subjetividades e interseccionalidades, ampliando las desigualdades humanas. Como giro descolonial, el buen vivir permite avanzar en la consecución de la isonomía como derecho humano, un camino alternativo posible a la sostenibilidad social, a través de políticas públicas interculturales suficientes para desnaturalizar el binarismo que demarca el espacio de ser, actuar y vivir para las mujeres.
PALABRAS CLAVE: Buen vivir. Decolonial. Género. Sostenibilidad social.

INTRODUÇÃO

O desenvolvimento capitalista tem sido alvo de críticas pela lógica que valoriza o produto interno bruto, a produção e o consumo, desprezando as potencialidades humanas e sua inserção com o meio ambiente e cultura. Esse modelo pauta-se na ideia de estado de bem-estar social que tem demonstrado insuficiência estrutural por manter a lógica neoliberal, responsável pela generalizada exclusão social. Nos projetos econômico e político, a ausência de uma perspectiva da satisfação humana que não se reduza ao consumo e à exploração da natureza foram percebidas pela agenda política internacional. Os relatórios atentam às múltiplas dimensões da sustentabilidade, apresentam propostas inseridas a um quadro mais amplo que se assemelham, em partes, às premissas do bem viver do projeto idealizado pelas teorias decoloniais latino-americanas.

O bem viver como um projeto político alternativo propõe adotar a filosofia da melhoria da qualidade de vida em dimensões intersubjetivas, socioculturais e socioambientais. O foco promove a ampliação das capacidades humanas inseridas na relação com a cultura e a natureza,

o que gera liberdades e reduz privações, inclusive as derivadas das grades que aprisionam pela categoria binária do sexo, fortalecendo o acesso e participação feminina na economia e na política. O bem viver reconhece a interculturalidade, sem dominação, respeita as diferenças sociais, culturais e econômicas, e promove a perspectiva da isonomia pela descontinuidade das relações de poder.

É neste cenário de exclusões, ampliado pela política econômica neoliberal, que emerge o problema da pesquisa: a proposta andina do bem viver constitui-se numa alternativa decolonial viável à sustentabilidade social pela superação das privações motivadas pela desigualdade de gênero? Como objetivo geral, o escrito estuda o bem viver como proposta ao desenvolvimento sustentável pelo viés decolonial da igualdade de gênero. Apresenta os seguintes objetivos específicos: i) Identificar a concepção de sustentabilidade nas teorias do bem viver, do desenvolvimento como liberdade e da condição humana; ii) Investigar na agenda política neoliberal a desigualdade de gênero como privação do desenvolvimento sustentável; iii) Enunciar as convergências entre o projeto do bem viver e da superação da desigualdade de gênero como proposta do feminismo de política decolonial à sustentabilidade social.

A reflexão constitui um exercício que correlaciona às teorias do desenvolvimento sustentável e igualdade de gênero, com base em pesquisa bibliográfica, documental e pelo levantamento de dados, em abordagem exploratório-analítica. O suporte teórico ratifica a adoção dos preceitos do bem viver como proposta para efetivar a isonomia de gênero em harmonia com as premissas do feminismo decolonial, pela ruptura da dominação patriarcal e eurocêntrica, como condicionante à sustentabilidade.

1 A SUSTENTABILIDADE NO BEM VIVER

O modelo de desenvolvimento capitalista, baseado na inclusão de um estado de bem-estar social, não se sustentou com a adoção da política neoliberal gerando contradições que agravam a exclusão social. Aliado à lógica da globalização, o modelo impede racionalizar uma redução do crescimento econômico como forma necessária para valorizar a vida, o bem-estar humano, os recursos naturais e as manifestações interculturais. A proposta de uma concepção mais engajada da economia com a sustentabilidade pode confluir em possibilidades socioecológicas e interculturais à vida digna. Essa racionalização não é nova, nem inédita, lançada na década de setenta, na Conferência de Estocolmo, e a partir do marco teórico do ecodesenvolvimento, incorporou-se à ideia da sustentabilidade.

Com a mesma toada, em 1987, o Relatório Brundtland, elaborado pela Comissão Mundial sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento, apresentou um conceito de

desenvolvimento sustentável que o definiu como "o processo que satisfaz as necessidades presentes, sem comprometer a capacidade das gerações futuras de suprir suas próprias necessidades" (ONU, 1987). O referido relatório apresenta incompatibilidades entre o desenvolvimento e os padrões da lógica capitalista e neoliberal que supervalorizam o produto interno bruto, a produção e o consumo, revelando a necessidade de inter-relação entre as potencialidades humanas, a sua inserção na cultura e no meio ambiente.

Pelos termos propostos, a sustentabilidade deve ser considerada em sua natureza social, política, ética, jurídica, econômica e ambiental, em contexto de sobrevivência humana. Um conceito reducionista, focado no antropocentrismo, no econômico ou somente no ambiental, é um equívoco de comprovada insuficiência. Na proposta, a "sustentabilidade é princípio-síntese que determina a proteção do direito ao futuro", como sintetiza Freitas (2012, p. 73). Para ele, a sustentabilidade não é "[...] mera norma vaga, pois determina, numa perspectiva tópico-sistemática, a universalização concreta e eficaz do respeito às condições multidimensionais da vida de qualidade, com o pronunciado resguardo do direito ao futuro." (FREITAS, 2012, p. 76).

Na proposta multidimensional, alcançar a meta da sustentabilidade condiz com o estudo que deu origem ao Relatório Brundtland e que apresenta propostas similares às premissas das teorias feministas de política decolonial[1] e do bem viver latino-americanas. Na essência, propõe-se a melhoria da qualidade de vida em dimensões intersubjetivas, socioculturais, econômicas e socioambientais (GUDYNAS; ACOSTA, 2011). Embora sem tradução exata, o neologismo do viver bem, de ter uma vida boa, corresponde à noção de um mínimo existencial para uma vida digna, e se arquiteta numa perspectiva de sustentabilidade desmembrada da competição e do consumo desenfreado por considerá-los armadilha da subalternização eurocêntrica, um meio de alienação e aprisionamento (ACOSTA, 2016).

O bem viver, prática secular praticada e vivenciada pelas populações andinos[2], torna-se conhecido na América Latina e em outros continentes como proposta de repensar o desenvolvimento pela matriz da autossustentabilidade em espaço e tempo comuns. O projeto tem firme propósito de fortalecer e superar as dicotomias das desigualdades, inclusive de raça e gênero, e reduzir as privações que derivam do prepotente modelo capitalista e neoliberal. A proposta traduz um desestímulo ao excesso de consumo, descentraliza o lucro e a renda, com a firme pretensão de valorizar os diferentes potenciais culturais, éticos e socioambientais.

[1] Para as teorias políticas decoloniais, a colonização deve ser entendida como um acontecimento histórico que originou o colonialismo, um processo persistente das formações sociais pela dominação de categorias de classe, gênero e raça. As epistemes decoloniais tornam visíveis os elementos de racionalização da sociedade e contribuem para afirmar um direito à existência digna em bem viver.

[2] O bem viver se tornou visível com o reconhecimento nas Constituições da Bolívia e do Equador. Embora seja um conceito em construção, não se limita ao mundo indígena, propõe adotar princípios para superar a pobreza, conquistar a igualdade, valorizar a biodiversidade em relação harmônica dos seres humanos com a natureza. (GUDYNAS; ACOSTA, 2008).

Com matriz filosófica e ética, o bem viver encontra fundamentação na teoria da libertação de Dussel (1977). O filósofo identifica, com base na realidade do continente latino-americano, a necessidade de emancipação ontológica ao considerar que o mundo deve ser um local de moradia digna para todos. O seu fundamento teórico é o de estimular e valorizar as potencialidades das diferentes manifestações culturais como tributo às diferenças, incentivar as proximidades, enaltecer a solidariedade e alteridade na concepção de ter uma vida boa no lugar que se vive, desfrutando equilibradamente dos recursos naturais de cada região. Ao ignorar essa realidade ontológica, foca-se no modelo importado e gera-se um mau desenvolvimento (SACHS, 1993).

Para Acosta (2016), a defesa do bem viver é "uma alternativa ao desenvolvimento, uma proposta civilizatória que reconfigura um horizonte de superação do capitalismo" na América Latina. Essa reconfiguração "constitui uma ruptura civilizatória necessária em tempos distópicos, e na urgência de se constituir sociedades solidárias e sustentáveis revaloriza as diversidades culturais e os modos de vida suprimidos pela homogeneização imposta", conclui o autor (ACOSTA, 2016, p. 67). Para o bem viver, o modelo Norte/Sul capitalista, colonizador e dominante (QUIJANO,1992) é linear e desmedidamente antropocêntrico (GUDYNAS; ACOSTA, 2011), portanto se equivoca, inverte o foco, aloca o econômico no centro e o humano na periferia, gerando uma inversão que despreza riquezas e potenciais culturais e ambientais e ao mesmo tempo, produz miséria, exclusão, marginalização e indiferença.

A proposta de sustentabilidade latino-americana do bem viver denuncia a alienação, a indiferença e a opressão por entender que se constituem em vetores de privações e mazelas sociais. A ideia harmoniza-se com a proposta de Sachs (2002)[3], ao alertar a imposição eurocêntrica do capitalismo neoliberal por ser inadequada e por não considerar a inter-relação entre as dimensões econômica, social, cultural, política, ambiental e tecnológica, propõe o ecodesenvolvimento. Com os mesmos propósitos, bem viver e ecodesenvolvimento são considerados modelos de resistência, negam o mito do progresso a qualquer custo e almejam suplantar a relação impositiva que subalterniza e é predatória com a natureza.

Os pontos fundantes da proposta do bem viver (QUIJANO, 1992; ACOSTA, 2016) e do ecodesenvolvimento (SACHS,1993) sugerem resgatar o papel social do Estado e ampliar a participação política representativa e intercultural. As teorias realçam a importância de considerar os benefícios que o progresso e o desenvolvimento trouxeram e repensar meios de fortalecer uma concepção social, cultural, ambiental, política e jurídica mais igualitária e

[3] Para Sachs (1993), o desenvolvimento deve ter relação com o crescimento econômico, aumento igualitário do bem-estar social e preservação ambiental. Esses fatores não devem ser considerados em modelo único, eis que no próprio país há desigualdade como as encontradas na divisão dicotômica entre o Norte e o Sul.

integrada, permitindo a participação popular em termos de desenvolvimento como sustentabilidade. Para alcançar os propósitos, indicam a necessidade de ampliar e qualificar as novas formas de fazer, de produzir por maneiras
renováveis, conscientes, solidárias, em que o lucro não seja o objetivo central. Uma ideia de solidariedade e descomercialização dos serviços sociais, alcançadas por políticas públicas que fortaleçam a concepção de um estado plurinacional com participação popular e acesso às instituições de modo igualitário.

Por ser um marco de oposição, o bem viver latino-americano valoriza o estado plurinacional, o pluralismo jurídico e os direitos da natureza como alternativas em harmonia, viáveis e possíveis. Seu legado é aderir a um modelo de sustentabilidade fortalecido na ética que centraliza o ser humano, não o dissocia pela etnia, ou gênero, na sua intrínseca relação com a natureza, de forma a priorizar níveis satisfatórios de reconhecimento e promoção pelo viés intercultural das diferenças.

2 CONVERGÊNCIAS EPISTÊMICAS AO BEM VIVER: DESENVOLVIMENTO COMO LIBERDADE E CONDIÇÃO HUMANA

Fragmentos essenciais da teoria do bem viver, no contexto da sustentabilidade, em suas múltiplas dimensões, podem ser identificados nas estruturas teóricas que pautam o desenvolvimento como liberdade, de Amartya Sen (2010) e na racionalização de uma condição humana, de Hannah Arendt (2020). Em particularidades, para o indiano nobel de economia, o crescimento econômico deve ser considerado em um quadro mais amplo, empírico e completo, em uma integração multidimensional, capaz de garantir potencialidades pela ampliação da liberdade, proporcionando condições a um progresso à vida activa e digna, aspectos que também são destacados na fenomenologia das atividades humanas reflexionadas pela filósofa alemã.

Em consonância, o bem viver denuncia que a acumulação não é sinônimo de riqueza e que a fartura pode ser conquistada com o equilíbrio entre as necessidades fundamentais e os recursos disponíveis para satisfazê-las em uma relação geográfica e temporal. Esse argumento condiz com a ampliação das dimensões da sustentabilidade para promover melhoria em perspectiva solidária, intercultural e cooperativa. Logo, os referenciais teóricos, nas suas particularidades, aludem ao bem-estar e ao desenvolvimento a ser alcançado pela ampliação das capacidades humanas (SEN, 2010) de articular, como pressuposto da liberdade e da responsabilidade, em dimensões socioambientais, a construção de projetos de vida dignos.

A sustentabilidade concentrada no econômico, em crescimento do produto interno bruto, rendas, industrialização, consumo, avanço tecnológico e modernização social é um equívoco porque minimiza a relevância da promoção da dignidade em outros e múltiplos sentidos. Revela que o "crescimento econômico não pode ser considerado um fim em si mesmo, deve estar relacionado com a melhoria da qualidade de vida e com o fortalecimento das liberdades" (SEN, 2010). Ainda o autor destaca a importância de valorizar as liberdades positivas, a expansão das capacidades de agir e de evitar as privações, por traduzirem-se na livre condição de agente, de ser humano ativo na perspectiva arendtiana, integrado e corresponsável com o social, político e ambiental.

Ao projetar o desenvolvimento nas liberdades como metas de bem-estar aproxima-se do bem viver e da condição humana. As teorias retiram o foco central da renda e da riqueza e reconhecem que o crescimento econômico deva estar conectado às concepções mais abrangentes de sustentabilidade em termos humanos e concepções de justiça (SEN, 2011; ARENDT, 2020). Pela conexão teóricas, a ampliação das capacidades em bem viver permite participar em condição de igualdade, independente das diferenças culturais e multiétnicas, das decisões de foro íntimo, políticas e sociais. Um argumento que sinaliza a importância de valorizar a vida activa como condição humana na perspectiva arendtiana (2020). Vida activa compreendida como "a vida humana na medida em que se empenha ativamente em fazer algo". A filósofa percebe a necessidade de um equilíbrio razoável nas três atividades fundamentais da vida: labor, fabricação e ação. Em relação à ação, destaca a atividade política, a pluralidade e a igualdade e pressupõe a necessidade do interagir na "teia das relações humanas". Pela referida concepção, a participação social e política, da mulher, inclusive, evita a alienação e a subalternização, possibilita reconhecer as reais demandas éticas e sociais.

Ao afirmar que viver apenas para subsistir não faz sentido, Arendt (2020) critica a organização social baseada no excesso de trabalho como mecanismo distribuidor de renda e na ideia do alto consumo. Deixa um alerta: a servidão do trabalho, justificada pelas necessidades, é forma de dominação e aprisionamento, não permite conhecer e desenvolver outras atividades mais significativas. Essa ausência de liberdade, provocada pelas desigualdades, foco no trabalho e produção, impede participar ativamente nos espaços públicos, ampliando as invisibilidades e desigualdades.

As convergências epistêmicas aludem um bem viver em harmonia, com interação social, cultural, ambiental, econômica e política. Se transformadas em ações alinhadas com o espaço e o tempo, podem impulsionar as mudanças almejadas e permitir uma ampliação das capacidades, um viver bem, uma vida activa, e o bem-estar pelo viés do reconhecimento intercultural. A integração razoável do desenvolvimento como liberdade, da vida activa como

condição humana e do bem viver apresentam argumentos consistentes que permitem repensar a sustentabilidade social em igualdade de gênero pelo feminismo decolonial.

3 GÊNERO E POLÍTICA DA SUSTENTABILDIADE

Enfrentar a desigualdade de gênero é a proposta do projeto político da Agenda 2030, lançada em 2015, pela Organização das Nações Unidas, a qual incluiu, entre seus 17 Objetivos de Desenvolvimento Sustentável, o ODS 5, que propõe alcançar a igualdade de gênero e empoderar todas as mulheres (ONU, 2015). A meta inspirou-se no conteúdo da Plataforma de Pequim, da Quarta Conferência Internacional sobre a Mulher, em 1995 e, de forma mais tímida, baseou-se no relatório do Banco Mundial.

A inclusão na plataforma universal promete compreender as dimensões econômicas, sociais, políticas e ambientais. É considerada um avanço à luta pela igualdade de gênero não apenas em condições de pobreza, todavia de restrições em diversos países, independente do grau de desenvolvimento. Mas é duramente criticada pela polarização entre modelos capitalistas e socialistas de desenvolvimento sem apresentar propostas reais aptas a desnaturalizar os papéis do feminino e do masculino no combate à estrutura patriarcal (SCOTT; QUADROS, 2018). Contudo, a agenda política de estrutura liberal é importante instrumento que registra os graves obstáculos à igualdade de gênero e a ineficiência das ações para acabar com a discriminação contra o feminino, impedindo avançar nas metas que visam pôr fim à pobreza, proteger o planeta como indica o Relatório Transformando Promessas em Ação: Igualdade de Gênero na Agenda 2030 para o desenvolvimento sustentável (ONU MUJERES, 2018)[4].

O Relatório e o Informe *El Progreso de las Mujeres em el Mundo 2019-2020: Familias em um mundo cambiante* (ONU MUJERES, 2019) mostram que o tema é prioritário para atingir os demais objetivos, é uma abordagem integrada em direitos e políticas públicas,

[4] O Relatório mostra que as desigualdades de gênero estão presentes em todos os países como um problema generalizado que exclui as mulheres do progresso pela dificuldade de acessar a educação, saúde, água potável, renda em múltiplas variáveis e dimensões do desenvolvimento sustentável. Os dados indicam que a desigualdade é mundial. Há 122 mulheres com idade entre 25 e 34 anos que vivem em pobreza extrema, enquanto, entre os homens desse mesmo grupo etário, há 100. Na América Latina e Caribe, existem 132 mulheres que vivem nessas condições enquanto, entre os homens desse mesmo grupo etário, há 100. As mulheres divorciadas maiores de 15 anos têm o dobro de chances de viver em extrema pobreza que os homens na mesma faixa etária. O percentual de mulheres pobres divorciadas na América Latina e no Caribe atinge 15,8%. Em nível mundial, a carga de trabalho doméstico e de cuidado, não remunerados, realizado por mulheres é 2,6 vezes maior do que assumem os homens. As mulheres são proprietárias de apenas 13% das propriedades agrícolas no mundo. Em relação à participação política, as mulheres têm ocupado apenas 23,7% dos espaços parlamentares no mundo. Das 100.000 mulheres mortas, 2,3% tiveram como causa o feminicídio (ONU MUJERES, 2018).

construído a partir de uma séria agenda política[5] para sua implementação. No período de sua elaboração, a Comissão Econômica para a América Latina e Caribe – CEPAL emitiu um relatório intitulado: *A autonomia das mulheres na mudança de cenários econômicos* que reitera a desigualdade de gênero e a ausência de autonomia das mulheres como um sério obstáculo ao desenvolvimento sustentável. O estudo foi desenvolvido pela linearidade liberal e destaca a necessidade de reunir esforços na elaboração de estratégias de igualdade que reconheçam a contribuição das mulheres à economia na América Latina e no Caribe (CEPAL, 2019).

Nos marcos internacionais, o tema remonta, de forma mais específica, à Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, adotada pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas, em 1979, a qual foi ratificada pelo Brasil. Desde a época, elaboraram-se mais de duas dezenas de convenções internacionais que, de forma direta ou não, propõem garantir os direitos humanos às mulheres de forma isonômica aos homens. No Brasil, a igualdade de gênero é direito fundamental formal e material, conta com suporte jurídico no artigo 5º, inciso I, da Constituição Federal, um desdobramento do princípio da igualdade, cujo fundamento está na prevalência da dignidade da pessoa humana, princípio de matriz constitucional, e sua inobservância implica prática discriminatória, veda o exercício dos direitos de cidadania de forma paritária e perpetua relações de poder entre gêneros[6].

Atingir as pretensões expressas nos marcos regulatórios nacionais e internacionais exige esforço político para aprofundar o tema e superar as dimensões ideológicas: a naturalização das competências e habilidades; remuneração iníqua decorrente da desvalorização associada ao feminismo; e o acesso a desigual tempo livre, diante da influência da aceitação de responsabilidades como femininas, subjacentes à incumbência precípua das mulheres pelas tarefas domésticas, incluindo o dever de cuidado, que constitui o cerne da alocação desigual de responsabilidades (BIROLI, 2018). Além da igualdade formal de matriz neoliberal, as demandas dos movimentos feministas de políticas decoloniais são pelo reconhecimento de direitos, de modo a suprimir empecilhos legais, econômicos e sociais, que obstaculizam seu

[5] Dentre as recomendações do Relatório, destacam-se que a agenda política deve: a) Garantir o serviço público acessível e de qualidade para apoiar as famílias e promover a igualdade de gênero; b) Prever formas de garantir tempo, dinheiro e serviço dentro e fora da família; c) Garantir recursos necessários para políticas orientadas às famílias; d) Prevenir e responder pela violência familiar contra as mulheres; e) Sancionar e implementar leis voltadas às famílias na diversidade, igualdade e não discriminação (ONU MUJERES, 2019).

[6] A isonomia propõe dar eficácia ao propósito de construir, com fundamento no artigo 3º, IV, da Constituição Federal, uma sociedade livre, justa e solidária, bem como promover o bem-estar, sem preconceitos ou discriminações. Além da previsão expressa, a igualdade de gênero caracteriza-se como formal, o conteúdo abraça uma dimensão material e alberga a abertura do catálogo de direitos fundamentais, consagrada expressamente pelo artigo 5º, § 2º, da Constituição Federal.

acesso às representações políticas, educação e emprego pela desconstrução da categoria e do lugar da mulher.

Para que seja possível a mulher alcançar a dignidade em marcos nacionais e internacionais, um bem-estar em uma vida activa, é necessário que tenha assegurado o seu reconhecimento como pessoa não racializada, para que possa eleger prioridades, como sujeito detentor de autonomia decisória na sua vida e nas relações intersubjetivas na família e na sociedade. Essas reivindicações derivadas dos dados que foram levados à Agenda 2030 da sustentabilidade, permitem concluir que as mulheres exercem alta carga do trabalho não remunerado, têm acesso desigual a recursos econômicos e poder, são vítimas de violência e de subordinação. Porém, o reconhecimento nas agendas políticas não é suficiente para garantir a efetividade das normas e ações, quer seja pela ausência de sanções contundentes, superficialidade das políticas públicas e, principalmente, pela histórica naturalização estrutural que atribui ao gênero uma categoria binária e colonial.

4 IGUALDADE DE GÊNERO E SUSTENTABILIDADE SOCIAL: REFLEXÕES PONTUAIS

Alcançar a igualdade de gênero é condição necessária à sustentabilidade social e constitui-se como fundamento do bem viver. Para efetivá-la torna-se essencial compreender que na história da América Latina a emancipação da mulher é considerada uma desobediência epistêmica, uma resistência à continuidade de uma lógica da hegemonia eurocêntrica, estruturada no processo de colonialização que reproduz a categoria binária do “humano” e do “não humano” (LUGONES, 2014).

A premissa da igualdade pressupõe romper com a hierarquia do poder colonizador que pelas estruturas e subjetividades continua colonizando o ser, o saber e a natureza. Essa proposta decolonial justifica-se pelas ilações das diferenças humanas, históricas, culturais e abismos econômicos entre o Norte e o Sul, na perspectiva de respeitar o ser e o viver em pluralidade. Para atingir a emancipação, supera-se o controle pelo gênero,
oriundo da separação eurocêntrica entre o humano e o não humano (WALSH, 2019; LUGONES, 2014), fomenta um frágil modelo da igualdade e de desenvolvimento que ao valorizar a ideia monocultural amplia as desigualdades, aprisiona o ser humano em matriz de gênero, raça e classe.

O projeto do bem viver propõe alcançar a sustentabilidade pela valorização das múltiplas diferenças que é contrária a lógica binária. Considera que o modelo global amplia as fragilidades e as insuficiências porque se organiza em torno da produção do “outro” como

inferior, padroniza e desconsidera as dimensões humanas, suas relações com a cultura, natureza, tempo e espaços geográficos. Opondo-se, o bem viver idealiza a superação dos estereótipos, das invisibilidades e exclusões, e permite pensar em um modelo de sustentabilidade social harmônico e plural, que valoriza as manifestações humanas, interculturais e suas relações com a biodiversidade.

No modelo de origem andina, a igualdade de gênero centrada na proposta binária global soa estranha, não é uníssona no sentido de que o gênero é o humano, sem partição. O ideal político e normatizado nos documentos internacionais de um humano universal, alienado pelos signos da raça, sexo e classe, é o que se pretende borrar nas relações intersubjetivas, sociais e ambientais de um estado plurinacional e iminentemente participativo. Nessa articulação multimensional das pessoas em sua cultura e ambiente, o propósito é o de reduzir as interferências institucionais e subjetivas que produzem e reproduzem as relações de poder, do consumo exagerado, do excesso do trabalho, da ausência de participação política, e adoecem. A proposta, como dito, é de resistência e oposição ao legado colonizador que retroalimenta a dicotomia patriarcal do gênero e suas inter-relações que subalternizam e impede atingir a sustentabilidade.

Ao reconhecer que os seres humanos formam parte de um contexto harmônico com a natureza e outros seres, cruza-se a linha do lugar da mulher, do público e do privado (OKIN, 2008) reduzindo as diferenças como meta da sustentabilidade social. A proposta de viver bem reconhece o alerta de Okin (2008) sobre os perigos da multiculturalidade por usar do manto protetivo da cultura para manter a lógica de submissão e comportamentos na esfera doméstica que afetam as mulheres. A mudança na simbologia patriarcal da mulher deve acontecer no seio familiar por ser ambiente em que as estruturas de poder da raça, sexo e gênero se retroalimentam, produzem-se e se reproduzem. O escopo é de correção das discrepâncias que podem subliminar disparates com o objetivo de reservar ao homem o trânsito pela esfera pública, enquanto a mulher, embora tenha conquistado certo espaço, permanece fragilizada em termos sociais e políticos, circunscrita ao espaço privado, com o papel idealizado, invisível e não remunerado de cuidar do lar e da família[7].

O bem viver conectado ao feminismo de política decolonial[8] respeita as relações interculturais, mas não adere aos preceitos de um multiculturalismo de sobreposição servil, que pode ser usado como sinônimo de tradição, conforme alerta kin (2008). A alternativa não

[7] A produção do gênero não deve ser isolada de outras variáveis, como padrões de hierarquias gerados pelo acesso ao trabalho, maior renda, estudo, raça, entre outras, afirma Biroli (2016).

[8] Os feminismos descoloniais estudam formas de romper com o processo de colonização pelas estratégias complexas de superação das complexidades do racismo, sexismo e etnicismo que impregna as relações de dominação (VÈRGES, 2020).

permite deslocar a mulher ao delimitado espaço doméstico e de divisão sexual de tarefas pelas imposições históricas, culturais ou políticas, fato que gera o seu afastamento da participação política e social, naturalizando um produto historicamente forjado[9]. Assim, não assimila o discurso de raízes eurocêntricas que conserva as estruturas de poder subalternizando as mulheres (BUTLER, 2017) em padrão universal de igualdade, revelando um importante obstáculo à dimensão social da sustentabilidade em igualdade de gênero.

O aparente descuido epistêmico da linearidade no tratamento isonômico do gênero, adotado pelas agendas políticas da sustentabilidade, reconhecem como um direito humano universal e ocultam a mesma ideologia eurocêntrica da desigualdade. Como consequência, as teorias do desenvolvimento não têm mostrado eficiência para enfrentar as relações subjetivas de poder que se inter-relacionam na família e no laço social, conservando a dualidade do lugar da mulher e do homem no modelo colonizador binário do "humano" e do "não humano", do homem e da mulher. Nesses lugares marcados, que entrelaçam o simbólico e o real, pelo padrão que se retroalimenta, reproduzem-se as diferenças que limitam as possibilidades de atuação da mulher em termos mais amplos, sociais, econômicos e políticos (BIROLI, 2018) limitando a conquista do equilíbrio em igualdade e sustentabilidade.

Os dados estatísticos revelam as diferenças de remuneração[10], a divisão sexual do trabalho[11] e de cuidado, ou são usados como estratégias para manter invisíveis as mulheres racializadas e as interseccionalidades das relações que ampliam as vulnerabilidades, a tolerância com a violência, a ideologia da feminização da maternagem, os limites do controle autônomo da capacidade reprodutiva, consequentemente, geram impactos importantes e fragilizam uma equilibrada concepção social do desenvolvimento. A demarcação da raça e do

[9] As mulheres continuam trabalhando muito mais horas do que os homens nos afazeres domésticos e no desempenho do cuidado, além de, a despeito da maior escolarização, seguirem recebendo salários menores e ocupando menos cargos de poder. Para exemplificar, em 2016 e 2017, mulheres brasileiras, em geral, trabalharam cerca 18,1 horas por semana em cuidados e/ou afazeres domésticos, enquanto os homens trabalharam 10,5 horas (o que significa que as mulheres dedicavam 73% mais horas do que os homens); a média salarial dos homens foi de aproximadamente R$ 2.306,00, enquanto a das mulheres correspondeu a R$ 1.764,00 (cerca de ¾ do montante recebido pelos homens); mulheres ocuparam perto de 39,1% dos cargos de gerência nas empresas públicas e privadas, ao passo que os homens 60,9%; e apenas 10,5% dos deputados na Câmara eram mulheres (IBGE, 2018). Além disso, cerca de 24,2% das mulheres brasileiras, entre 15 (quinze) a 29 (vinte e nove) anos de idade, que não estavam estudando, justificaram a impossibilidade de estudar por precisar cuidar dos afazeres domésticos ou de criança, adolescente, idosos ou pessoa com deficiência. Esse motivo foi citado por somente 0,7% dos homens, correspondendo à menor porcentagem das justificativas obtidas do público masculino (IBGE, 2019).

[10] Na PNAD Contínua – Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua, realizada pelo IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, resta comprovado que as mulheres brasileiras, em todas as ocupações, ganham menos que os homens. Se os dados forem comparados, entre 2012 e 2018, a pesquisa mostra uma queda na desigualdade, porém, em média, 20,5% das mulheres ganham menos que os homens no país (IBGE, 2019).

[11] O estudo do IBGE, com base na PNAD Contínua – Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua, de 2018, mostra que permanece a diferença da carga horária diária trabalhada entre homens e mulheres, embora venha, em termos oficiais, diminuindo (IBGE, 2019). A diferença de 6 horas de 2012 caiu para 4 horas e 48 minutos em 2018. A jornada não apresenta o fato de as mulheres trabalharem em outras atividades domésticas e por cuidados com membros da família (IBGE, 2019).

gênero têm limitado o espaço de atuação da mulher e mascarado a marginalização nas múltiplas dimensões da sustentabilidade: a feminização da pobreza; a violência contra a mulher; a precária participação feminina na política e decisória; a falta de isonomia de oportunidades; o pouco acesso aos recursos financeiros.

Todas as desigualdades visíveis ou invisíveis inferiorizam a mulher e demarcam a naturalização das funções e dos espaços, como obstáculo de assegurar a sua condição humana na perspectiva arendtiana de uma vida activa, constituindo-se em restrição à expansão das capacidades e liberdades na concepção senniana. A superação das discriminações aparentes ou veladas tem propósito de descentralizar as hierarquizações e impedir a perpetuação limitativa do pleno exercício de direitos humanos em perspectiva intercultural, óbices à consolidação da cidadania e do desenvolvimento sustentável.

No cenário latino-americano do bem viver, como explica Lugones (2008), a igualdade de gênero recepcionada pela episteme decolonial é considerada uma resistência da manutenção da política da colonialidade do poder que se fortalece por meios (in)visíveis e é imposto a uma organização social do sexo a qual contribui para reduzir o gênero ao ambiente privado. Nessa concepção, a isonomia pode parecer frágil pela contravenção, perigosa à lente política neoliberal, de modo que resta o alerta: sem o devido cuidado com as armadilhas universalistas, a mulher poderá ser conduzida a uma dimensão ampliada de subordinação pela invisibilidade, contrária à luta pela superação.

A proposta também é de uma cidadania activa como condição humana (ARENDT, 2020) que deve se dar no contexto da representatividade e do poder. Bourdieu (2005) a reconhece como sendo a chave para a mudança da realidade social. Embora as mulheres sejam a maioria da população brasileira[12], elas ainda possuem inexpressiva participação nos centros decisórios[13]. As falhas na construção de uma isonomia em termos econômico, participativo e decisório constituem-se em fragilidades a serem enfrentadas por políticas públicas de educação inclusiva e conscientização, que visam a desmistificar as estruturas eurocêntricas de poder, ampliar os debates e reflexões, qualificando a participação e representatividade política, bem como fortalecer as instituições em termos plurais.

[12] Segundo dados da Pesquisa Nacional por Amostras de Domicílios Contínua (PNAD, 2018), as mulheres são 51,7% da população brasileira.

[13] O exemplo regional do Município de Chapecó não destoa da regra nacional em que a representatividade feminina na política é desproporcional a dos homens. Situado no Oeste de Santa Catarina, desde a sua fundação em 1917, teve mais de 30 gestões administrativas, sendo o cargo de Prefeito Municipal exercido exclusivamente por homens (PREFEITURA DE CHAPECO, 2020). A Câmara Municipal de Vereadores do Município de Chapecó, de 1959 até hoje, teve a contribuição de apenas 14 mulheres, e mais, do número atual de 21 vereadores, apenas duas mulheres estão exercendo a função. (CAMARA MUNICIPAL DE VEREADORES DE CHAPECÓ, 2020). Pelos dados obtidos nos sites dos municípios da AMOSC – Associação dos Municípios do Oeste de Santa Catarina, a realidade do distanciamento representativo feminino na política é experimentada na região (AMOSC, 2020).

O feminismo de política decolonial latino-americano em sintonia com o bem viver propõe o debate, reivindica a inclusão e a igualdade e faz denúncia das diversas e não padronizadas necessidades humanas. As estratégias sinalizam efetivar uma isonomia intercultural, participativa em termos sociais e financeiros, novas formas de inserção e deliberação nas instituições políticas, e apresentam críticas à integração da mulher ao sistema econômico e aos mercados especulativos neoliberais (BIROLI, 2019), com o propósito de construir um novo projeto político mais solidário e participativo e um redesenho das instituições plurinacional em contínuo aperfeiçoamento.

O acesso das mulheres ao espaço público como renúncia à herança patriarcal do poder, pode ser conquistada pela reivindicação dos movimentos sociais[14] se trabalhada seriamente em políticas públicas descoloniais[15]. O propósito é assegurar, com base na igualdade intercultural, alcançada pelo reconhecimento das diferenças, a participação feminina nas instituições e na política, uma ruptura das relações de poder eurocêntricas, de modo a consolidar um modelo de sustentabilidade pautado nas ideologias do feminismo decolonial e do bem viver.

CONCLUSÃO

A sustentabilidade, em termos multidimensionais, enfrenta graves deficiências no atual contexto em face das políticas econômica, políticas e sociais assentadas no consumo exacerbado e na fluidez da sociedade pós-moderna. As diretrizes decoloniais do projeto latino-americano do bem viver propõem superar os desafios do desenvolvimento pela valorização das inter-relações identitárias e socioambientais. Na sua essência, está o propósito de fortalecer a condição humana e de agente, a ser conquistada pelo estreitamento das conexões entre as pessoas nas culturas, etnias, geografias, ideologias, e em suas relações com a natureza.

A alternativa do bem viver projeta alcançar o equilíbrio entre social, ecológico, econômico, espacial, digital e cultural como meio essencial para uma política de enfrentamento das invisibilidades geradas pelas mazelas sociais e econômicas que agravam as privações decorrentes das desigualdades estruturais e suas interseccionalidades que delimitam o gênero em categoria binária. Como proposta de resistência, o bem viver propõe lutar contra as opressões de

[14] Os movimentos sociais, atores de fundamental importância para a sociedade civil, como meio de manifestação e reivindicação de causas sociais e políticas, são também fenômenos históricos que pretendem transformar e introduzir mudanças estruturais nas sociedades. O movimento social feminista no Brasil teve várias etapas, para este estudo, destaca-se a atuação no campo da política de modo a ampliar a participação das mulheres nas esferas representativas públicas.

[15] O movimento feminista, em especial, o decolonial, é um importante ator que estimula mudanças socioculturais com propósito de alcançar a igualdade em termos amplos, na interseccionalidade das diferenças, e não somente na aquisição de renda, na remuneração pelo trabalho, do cuidado e outros que são invisíveis, pela participação isonômica nas instituições políticas, consolidando preceitos constitucionais de sociedade solidária e participativa.

uma geopolítica eurocentrista e sustenta a adoção de uma ideologia coletiva, harmônica, democrática e participativa, com redução do consumo, valorização da cultura e equilíbrio com o meio ambiente. Nesse sentido, mantém o firme propósito de promover uma melhoria das condições de vida e do bem-estar não apenas no presente, mas também para as futuras gerações.

Na perspectiva decolonial, propõe uma sustentabilidade social em articulação, com correspondência às estruturas de poder para desconstruir a desumanização promovidas pela manutenção das normativas de gênero isoladas do contexto social e histórico. Em atenção às ações das agendas políticas e às clássicas teorias do desenvolvimento, a desigualdade de gênero é indicada como limite à sustentabilidade social, e as estratégias apresentadas indicam o enfrentamento integrado à política neoliberal associada a estrutura eurocêntrica que reproduz o poder patriarcal, universaliza e encarcera a mulher na categoria do determinismo biológico. Pela incoerência, a igualdade em termos interculturais deve ser conquistada pela paulatina supressão da lógica binária da diferença que molda, produz e reproduz as estruturas de poder e naturaliza a subalternização da mulher no pertencimento ao gênero, raça e classe social.

Essa perversa lógica política, social e econômica pode ser enfrentada por projetos políticos alternativos, como o do bem viver, que incluam o paradigma da igualdade de gênero do feminismo de política decolonial. O pensamento emancipatório é razoável e sintoniza-se com os preceitos da sustentabilidade multidimensional, da vida activa, do desenvolvimento como liberdade. Assim, as premissas decoloniais podem estruturar novas e suficientes políticas públicas comprometidas a superar essa fragilidade da condição humana que se reflete em limitação das liberdades e capacidades pela definição padronizada de funções e lugares de homens e mulheres, responsabilidades desiguais, submissões, e demais fatores de distinção, privando o acesso coletivo ao bem-estar como óbice à justiça, à cidadania ativa e à sustentabilidade social.

REFERÊNCIAS

ARENDT, Hannah. **A condição Humana.** Trad. Roberto Raposo. Rev. Técnica Adriano Correia. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

ACOSTA, Alberto. **O bem viver**: uma oportunidade para imaginar outros mundos. Rio de Janeiro: Editora Elefante, 2016.

BIROLI, Flávia. Divisão sexual do trabalho e democracia. **Revista das Ciências Sociais**, Rio de Janeiro, v. 59, n. 3, p. 719-754, 2016.

BIROLI, Flávia. **Gênero e desigualdades:** limites da democracia no Brasil. São Paulo: Boitempo, 2019.

BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Rio de Janeiro: Nova fronteira, 2005.

BUTLER, Judith. **Problemas de gênero.** Feminismo e subversão da identidade. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2017.

COMISIÓN ECONÓMICA PARA AMÉRCIA LATINA Y EL CARIBE – CEPAL. **La autonomía de las mujeres en escenarios económicos cambiantes**. Santiago: ONU, 2019.

COMISSÃO ECONÔMICA PARA AMÉRICA LATINA E CARIVE -CEPAL. **A autonomia das mulheres e a igualdade na agenda de desenvolvimento sustentável**. Santiago: ONU, 2016.

DUSSEL, Henrique Domingo. **A filosofia da libertação**. São Paulo: Loyola, 1977.
GUDYNAS, E. ACOSTA A. **El buen viver mas allás del desarrollo.** Quehacer. Lima: Desco, 2008.

FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade.** Direito ao Futuro. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

GUDYNAS, Eduardo. ACOSTA Alberto. La renovación de la crítica al desarrollo y el buen vivir como alternativa. Utopía y Praxis Latinoamericana. *In*: **Revista Internacional de Filosofía Iberoamericana y Teoría Social**, n. 53, p. 71-83. abr./jun. 2011.

QUIJANO, Aníbal. Colonialidad do poder, eurocentrismo e América Latina. *In*: LANDER, Edgardo (org.). **A colonialidade do saber:** eurocentrismo e clínicas sociais. Perspectivas latino-americanas. Buenos Aires: Clacso, 2005. p. 117-142.

QUIJANO, Aníbal. Colonialidad y modernidad/racionalidade. In: **Perú Indígena**, v. 12, n. 29, 1992, p.11-20.

LUGONES, María. Colonialid y género. In: **Tábula Rasa**. Universidad Colegio Mayor de Cundinamarca. Bogotá, n. 9, p. 73-101, jul./dic. 2008.

LUGONES, María. Rumo a um feminismo decolonial. In: **Revista de estudos feministas.** vol. 22, n. 3, 2014, p. 929-934.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDADE. **Meio Ambiente:** Relatório Brundtland. Disponível em: https://nacoesunidas.org/acao/meio-ambiente/. Acesso em: 27 jun. 2020.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDADAS. **AGENDA 2030:** 17 Objetivos para transformar o mundo. Disponível em: https://nacoesunidas.org/pos2015/agenda2030/. Acesso em: 7 jun. 2020.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS MUJERES. **Hacer las promesas realidad.** La igualdad de género em la agenda 2030 para el desarrollo sostenible. Disponível em: https://www.unwomen.org/-/media/headquarters/attachments/sections/library/publications/2018/sdg-report-fact- sheet-latin-america-and-the-caribbean-es.pdf?la=en&vs=0. Acesso em: 28 jun. 2020.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS MUJERES. **Familias em um mundo cambiante**: El progresso de las mujeres en el mundo 2019-2020. Nova Iorque: ONU MUJERES, 2020.

OKIN, Susan Moller. Gênero, o público e o privado. **Revista Estudos Femininos**, v.16, n.2, p. 305-332, 2018. Disponível em: https://doi.org/10.1590/S0104- 026X2008000200002. Acesso em: 24 jun. 2020.

RAWLS, John. **Justiça como equidade**. Uma reformulação. Organizado por Erin Kelly. Trad. Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

SACHS, Ignacy. **Caminhos para o desenvolvimento sustentável**. Rio de Janeiro: Garamond, 2002.

SACHS, Ignacy. **Estratégias de transição para o século XXI**: desenvolvimento e meio ambiente. São Paulo: Studio Nobel/ Fundap, 1993.

SCOTT, Russell Parry; QUADROS, Marion Quadros. Desenvolvimento, poder, gênero e feminismo. *In*: **Dossie desenvolvimento, poder, gênero e feminismo**. Campinas: Caderno Pagu. n. 52, nov. 2018.

SEN, Amartya. **A ideia de Justiça.** Tradução Denise Bottmann. Rev. Téc. Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

SEN, Amartya. **O desenvolvimento como liberdade.** Trad. Laura Teixeira Motta. Rev. Téc. Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

VÈRGES, Françoise. **Um feminismo decolonial.** Trad. Jamille Pinheiro Dias e Raquel Camargo. São Paulo: Ubu Editora, 2020.

WALSH, Catherine. Interculturalidade e decolialismo do poder um pensamento e posicionamento "outro" a partir da diferença colonial. *In*: **Revista eletrônica da faculdade de direito da Universidade Federal de Pelotas (UFPel),** Pelotas, v. 5, n.1, p. 6-39, jan./jul. 2019.

COVID-19 E O IMPACTO NO MEIO AMBIENTE: O APELO DO MUNDO POR UMA CONSTITUIÇÃO GLOBAL DIANTE DO ECOCÍDIO

Vanessa Saldanha de Lyra
Graduada em Direito pela Universidade Gama Filho, Especialista em Direito Privado pela Universidade Gama Filho, Graduanda em Ciências Econômicas (UFSM), Graduada em Teologia (Ifete), Mestranda em Direito e Negócios Internacionais pela Universidad Europea del Atlántico. Advogada. E-mail: vanessa.lyra@gmail.com

RESUMO: A história mostra que o homem vem sofrendo com pandemias através dos tempos e atualmente com o Covid-19. Esse trabalho busca demonstrar que as pandemias possuem relação com a degradação ambiental, com a invasão de habitats naturais, a urbanização desordenada e ao desenvolvimento socioeconômico, como práticas de agricultura intensiva, que aumentam o número de zooneses. Como essas consequências e danos estão alcançando o mundo todo e uma vez que é um problema global, exige uma resposta global. Estamos sofrendo um ecocídio, ou seja, uma devastação ambiental massiva. Nosso modelo de vida está colocando em risco a vida na terra. Observando a pandemia atual e o impacto global, é necessário que exista uma positivação jurídica que comprometa e responsabilize o indivíduo na proteção ambiental e na vida no planeta. Porque sem a implementação de leis preventivas, esses eventos catastróficos continuarão a colocar em risco o nosso planeta e a vida que nele vive.
PALAVRAS CHAVES: Covid-19, Degradação ambiental, zooneses, constituição global, ecocídio

ABSTRACT: History shows that man has been suffering from pandemics through the ages and currently with Covid-19. This work seeks to demonstrate that pandemics are related to environmental degradation, the invasion of natural habitats, disordered urbanization and socioeconomic development, such as intensive farming practices, which increase the number of Zoos. How these consequences and damages are reaching the whole world and since it is a global problem, it requires a global response. We are suffering an ecocide, that is, massive environmental devastation. Our model of life is putting life on earth at risk. Observing the current pandemic and the global impact, it is necessary that there is a legal positivity that compromises and makes the individual responsible for environmental protection and life on the planet. Because without the implementation of preventive laws, these catastrophic events will continue to put our planet and the life that lives on it at risk.
KEYWORDS: Covid-19, Environmental degradation, zooneses, global constitution, ecocide

INTRODUÇÃO

O mundo atual é assolado por uma pandemia que não conhece fronteiras, nem barreiras, atingiu a todos sem distinção de raça, classe social, ou qualquer outra distinção. O impacto na economia e na sociedade com aumento da pobreza e isolamento social.

O vírus disseminou pelo mundo com uma rapidez que surpreendeu inclusive os especialistas. Demonstrou a fragilidade humana e o quanto o planeta está interligado.

Observando a origem do Covid-19 e outras pandemias que ocorreram através dos tempos, a similaridade leva a um ponto em comum: a degradação ambiental.

Estudos pelo Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente, PNUMA, comprovam o aumento de doenças infecciosas pela zoonese, tendo como escopo invasão de habitats naturais, a urbanização desordenada e ao desenvolvimento socioeconômico, como práticas de agricultura intensiva.

Tendo em vista a globalização, o bem ambiental não pode ser encarado de forma individual pelos Estados, pois as consequências dos danos, podem alcançar diversos países. Essa degradação ambiental massiva, que coloca em risco o ser humano e demais formas de vida, são consideradas um ecocídio. Assim, a importância dos princípios no plano internacional como no direito interno de estruturar valores ambientais, positivar o direito para proteger a vida e responsabilizar aqueles que degradam o meio ambiente, uma constituição global.

Este estudo busca através da abordagem qualitativa, realizar uma pesquisa documental, aprofundar o tema de pesquisa a partir dos fundamentos teóricos sobre o assunto abordado, através de uma análise crítica e reflexiva, embora com teor científico. Nesse trabalho foi usado doutrina acerca do âmbito jurídico e ambiental, relatórios dos organismos responsáveis pela pesquisa do Covid-19, buscando identificar e compreender o que levou o mundo a colapsar e quais seriam as soluções para se evitar uma nova pandemia.

1 A TRANSMISSÃO DE VÍRUS ATRAVÉS DOS TEMPOS

A transmissão de doenças infeccionas por animais não é novidade na história da humanidade.

O século XIV foi marcado por mortes, pela “peste Negra” na Europa. Cotrim (1997, p.115), em seus estudos afirma que tal epidemia foi trazida pelo oriente por um navio genovês contaminado. O vírus provocava infecção pulmonar, que geralmente levava a óbito.

O bacilo “pasteurella pestis”, ou seja, a peste negra, foi transmitido por forma bubônica, pulgas e piolhos vindos dos ratos. Em sua forma pulmonar passava de uma pessoa para outra,

por tosse ou hálito. Os doentes eram isolados, pois desconheciam remédios. Calcula-se que um terço da população europeia tenha morrido em decorrência da peste negra. No final da Primeira grande Guerra Mundial, o mundo ficou refém da gripe espanhola, matando mais pessoas que todas as execuções na Primeira Guerra Mundial.

No portal da Fiocruz (2020), explica que o vírus começava com uma gripe e progredia para uma pneumonia jamais vista. Atingindo o mundo inteiro. No Brasil chegou com os marinheiros.

Foi pedido que se evitasse as aglomerações. Conforme “Centers for disease control and prevention (CDC, 2020)”, a pandemia de influenza de 1918, ou gripe espanhola como ficou conhecida, foi a mais grave da história, causada por um vírus H1N1 com genes de origem aviária. Tinha como profilaxia isolamento social, quarentena, boa higiene pessoal, uso de desinfetantes e limitações de reuniões públicas, que foram aplicadas de forma desigual.

No portal do Ministério da Saúde (2020), explica o Ebola, vírus descoberto em 1976 e provém do morcego, reservatório mais provável, hospedeiro animal nativo da África. Animais como chimpanzés, gorilas, antílopes e porco espinho, também podem transmitir o vírus ao ser humano. O contágio se faz através do contato com sangue, tecidos ou fluidos corporais de animais infectados ou a partir do contato com superfícies e objetos contaminados.

E agora, o Covid-19, que teve sua origem nos mercados de carnes de Wuhan na China. No portal do Ministério da Saúde, confirma que a OMS ainda investiga o vírus, mas provavelmente surgiu de morcegos e teve outro portador animal intermediário. A China fechou o mercado de animais selvagens em Wuhan, no começo do surto.

Mesmo com casos similares na história, a humanidade pouco fez, e o Covid-19 é a prova disso, como será explicado a seguir.

1.1 Quadro retratando os rastros da epidemia: Peste negra

Fonte: https://aventurasnahistoria.uol.com.br/noticias/reportagem/como-peste-negra-mudou-o-cenario-da- europa.phtml

1.2 Retrato de uma família durante Pandemia de 1918

Fonte: https://www.cursosapientia.com.br/conteudo/noticias/pandemias-gripe-espanhola

2 O AVANÇO DE ZOONESES

O Programa de Nações Unidas para o Meio Ambiente – PNUMA (2020), afirma que a maioria das doenças infecciosas são zoonóficas. Essas doenças ocorrem devido à invasão de habitats naturais, a urbanização e ao desenvolvimento socioeconômico, como práticas de agricultura intensiva. No Brasil, o novo Código Florestal de 2012, comparado ao outro código, a quantidade de áreas de APPs que deveriam ser preservadas, diminuíram consideravelmente.

Essas doenças infecciosas negligenciadas afetam a vida socioeconômica e os pilares da sustentabilidade: economia, sociedade e meio ambiente.

O equilíbrio entre a exploração econômica e a preservação ambiental perpassa a abordagem de temas como política governamental, legal e institucional. O Estado deve coibir atitudes como desvios administrativos e as problemáticas que discrepam da atitude racional da felicidade jurídica.

O especialista ugandês Bernard Bett para a PNUMA (2020), estudos sobre zoonoses, doenças transmissíveis entre animais e humanos, chamaram a atenção para uma questão que agora preocupa o mundo. Relata que o Covid- 19, não é uma surpresa, tendo em vista que muitas patologias emergentes foram relatadas nos últimos dez anos, o que o preocupou foi a disseminação. As zooneses estão mais frequentes, e vem aumentando com o tempo. Cerca de 60% das doenças são zoonóticas e mais de 70% das infecções são causadas por patógenos originários na vida selvagem. O contato do ser humano com essas doenças se dá à medida que se avança nos habitats desses animais.

A população humana aumenta e as economias se desenvolvem, a demanda por alimentos e outros bens também aumentam. Indústrias, produção agrícola se intensificam. Assim explica Bernard Bett (2020): “O uso da terra, as mudanças climáticas, o desenvolvimento econômico, o crescimento populacional e as pessoas que vivem em áreas densamente povoadas contribuem para o surgimento de zoonoses, facilitando a disseminação de patologias entre animais e seres humanos.”

Ainda conforme estudo de Bernard Bett (2020), um vírus inofensivo pode sofrer mutações genéticas por recombinação com outros organismos que carregam características patogênicas críticas. Pensando na agricultura intensiva, onde animais e aves são criados em ambientes pequenos, com diversidade genética limitada, estão mais passíveis a doenças.

A utilização da terra e as mudanças climáticas diminuem a capacidade do ambiente de conter infecções. O uso de áreas protegidas, por exemplo, para horticultura, pastoreio ilegal ou caça de animais silvestres, coloca humanos e animais domésticos em contato direto com ambientes potencialmente infectados. Quando as pessoas degradam os habitats da vida

selvagem ou estabelecem seus próprios assentamentos em algumas áreas, elas se tornam parte do ecossistema e do ciclo selvático, ou seja, o ciclo de transmissão viral que ocorre entre os animais nas florestas.

Outro fator, é a urbanização desorganizada, falta de saneamento básico, despejo de resíduos, que favorecem roedores e aves transmitirem patógenos. Conforme a PNUMA (2020), inclusive o aumento de temperatura amplia as taxas de desenvolvimento de vetores e patógenos.

Tais fatores demonstram que nosso comportamento diante do meio ambiente deve mudar urgente, nosso modelo atual de vida está colocando em risco a vida na Terra.

3 DEGRADAÇÃO AMBIENTAL, UMA PREOCUPAÇÃO GLOBAL

Na revisão da literatura foram apresentados os fundamentos teóricos, que demonstram que através da história, o mundo passou por pandemias semelhantes, com vetores comuns. E doenças provocadas pela zooneses tem tido uma repercussão maior tendo em vista a degradação ambiental.

Uma doença transmitida pelo contato pessoal, fez com que o mundo se adaptasse à uma nova rotina. Rapidamente, essa doença ultrapassou fronteiras e não encontra barreiras, parou a economia do mundo e dificilmente as coisas serão como eram.

Primeiramente, é necessário debater a pandemia mundial. E observa-se através desse caráter global a necessidade de um amparo legal, que preveja garantias para a proteção da vida de todos.

O bem ambiental não pode ser encarado de forma individual pelos Estados, pois as consequências dos danos podem alcançar diversos países.

Além disso, a biosfera, ou seja, a vida de plantas e animais é interligada e os efeitos são percebidos em cadeia. Deste modo, a discussão jurídico-ambiental deve considerar o aspecto global do meio ambiente. Sobre o direito ambiental internacional, destaca Wold (2003, p.06), que no plano internacional a estruturação do direito ambiental é empregado por formuladores da política ambiental internacional que possuem importância para a proteção do ambiente em âmbito local e internacional.

Assim, é importante que se estruture valores ambientais seja no plano internacional ou no direito interno. A formulação das políticas ambientais, com escopo em um plano comum, para um enfrentamento da questão ambiental.

As doenças que são transmitidas de animais para seres humanos estão progredindo à medida que habitats selvagens são destruídos pela atividade humana. Segundo relato do Programa das Nações Unidas para o meio ambiente (PNUMA), sugerem que habitats

degradados podem desencadear e diversificar doenças, já que os patógenos se espalham facilmente para rebanhos e seres humanos.

Segundo Canotilho (2001, p.10), em uma tentativa de harmonizar as políticas de gestão ambiental com desenvolvimento escreve:

> O postulado globalista pode resumir-se assim: a proteção do ambiente não deve ser feita a nível de sistemas jurídicos isolados (estatais ou não) mas sim a nível de sistemas jurídico-políticos, internacionais e supranacionais, de forma a que se alcance um standard ecológico ambiental razoável a nível planetário e, ao mesmo tempo, se estruture uma responsabilidade global (de Estados, organizações, grupos) quanto às exigências de sustentabilidade ambiental. Por outras palavras: o globalismo ambiental visa ou procura formatar uma espécie de Welt-Umweltrecht (direito do ambiente mundial). (CANOTILHO, 2001, p. 10)

O Covid-19 está se espalhando pelo mundo todo, é uma emergência global e exige uma resposta global. Esse vírus demonstrou a fragilidade e interdependência humana. Embora a humanidade tenha avançado tecnologicamente e aumentado suas riquezas, está suscetível a catástrofes e pandemias como a então citada.

Em comparação com as pandemias do passado, com a globalização o vírus tem se espalhado pelo mundo de uma maneira avassaladora. Confirmando a necessidade e urgência de uma Constituição global. Tendo em vista que, de nada adianta um país ter políticas ambientais fortes e outro não. Estamos interligados, uma pandemia que começou na China, tem se espalhado pelo mundo de forma avassaladora.

O Covid-19 é uma crise ambiental, a responsabilidade deve ser igualmente dividida por todos, governo e sociedade. Canotilho (2003, p. 108 e 109), descreve essa proteção como “sistemática e global do ambiente”, não devendo ser considerada uma tarefa somente dos agentes públicos, a proteção exige comunicação e participação do cidadão.

A gravidade da situação exige conscientização por parte de todos os membros da sociedade, o vírus desconhece classe social, etnia, raça ou qualquer outra distinção. É necessário que cada um tenha sua parcela de responsabilidade, tomando os cuidados necessários.

O impacto na economia vem sendo observada com a interrupção de alguns serviços, redução de consumo e produção industrial, queda da bolsa de valores, tais fatores estão gerando um aumento da pobreza. A sociedade se vê obrigada a uma nova rotina em decorrência do isolamento social.

Paradoxalmente ao impacto socioeconômico, é possível observar impacto positivo no meio ambiente, distante da influência do homem.

Conforme portal Visão (2020), a diminuição da circulação de carros e o freio de algumas atividades que agridem o meio ambiente, principalmente de fábricas, foi possível observar a

limpeza dos canais de Veneza (Itália), podendo avistar o aparecimento de peixes. De fato, conforme artigo da Ecodebate (2020), houve melhora na qualidade do ar, as emissões de carbono diminuíram entre 5.5% e 5.7% durante a pandemia. Com a redução de algumas atividades, principalmente a industrial, houve um menor consumo de energia elétrica.

Embora, tenha alguns pontos positivos, os resíduos domiciliares e hospitalares aumentaram. Segundo Ecodebate (2020), no Brasil, o trabalho de fiscalização diminuiu, com isso o aumento de 59% no desmatamento durante a pandemia, mesmo após estudos comprovando a relação direta entre o desmatamento e o surgimento de doenças contagiosas, como a própria Covid-19.

Com esses relatos é possível perceber que a degradação ambiental provocada pelo homem, está afetando diretamente nossa vida no planeta. Com a globalização, os impactos estão tomando proporções cada vez maiores.

Segundo Paulo Ferreira da Cunha (2010, p. 254), que escreveu sobre o Constitucionalismo Global, afirma que haverão dificuldades no caminho, mas que de modo algum tratar-se de uma globalização uniformizadora, mas de uma globalização que respeite as diferenças. O constitucionalismo global funda-se sobre valores e princípios constitucionais gerais, também eles globalizados.

Para o Direito, é necessário que se observe a importância da proteção ambiental, local e internacional, estruturando uma responsabilidade global, ao (de Estados, organizações, grupos) quanto às exigências de sustentabilidade ambiental.

Os casos de COVID-19 em todo o mundo ultrapassaram 15 milhões e quase 620 mil mortes, conforme dados da ONU (2020). Quando um vírus que teve origem na degradação ambiental, mata milhões de pessoas no mundo, estamos falando de um crime de ecocídio, ou seja, uma destruição massiva do meio ambiente e que está afetando a vida no planeta.

4 O ECOCÍDIO E A POSITIVAÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL

Este estuda demonstra que o surgimento de muitas doenças está relacionado às mudanças ambientais e ao comportamento humano. À medida que a degradação ambiental ocorre em maior escala, ficamos mais expostos à vida selvagem, aumentando a probabilidade de uma doença infecciosa fazer a transição dos animais para os humanos. A degradação ambiental é um problema global e é necessário que a solução seja tomada por todos e para todos.

Entretanto, há uma lacuna no que tange a esfera jurídica internacional, há uma ausência de sanções jurídicas que punam a conduta que destrói o meio ambiente colocando em risco a

vida no planeta. O direito penal internacional, diferentemente das outras áreas do direito, vem buscando alçar princípios na proteção do bem jurídico.

Conforme o Ministério da Relações Exteriores (2020), em sua página oficial, destaca a criação do Tribunal Penal Internacional, que no Estatuto de Roma inclui 123 países signatários, para julgar crimes de genocídio, crimes contra a humanidade, crimes de guerra e crimes de agressão.

Djalma Neto e Tarin Alverne (2018, p. 212) assim dispuseram sobre o assunto:

> a busca pela criminalização de condutas atentatórias ao meio ambiente alcançou o Tribunal Penal Internacional (TPI), com sede em Haia, habilitado a punir atos que provoquem danos ambientais em contexto de guerra (artigo 8º, item 2, alínea iv, do Estatuto de Roma) desde 2002.

Em 2016, a procuradoria do Tribunal Penal Internacional, entregou uma "*policy paper"* sobre o crime de ecocídio. E aqui cabe explicar que "*policy paper"* é uma pesquisa com foco em uma questão política específica que fornece recomendações claras para os formuladores de políticas, no caso em questão sobre o crime de ecocídio.

A procuradoria do Tribunal Penal Internacional, nas palavras de Djalma Neto e Tarin Alverne (2018), entregou o documento, procurando cooperar com os países signatários do Estatuto de Roma na apuração de delitos ambientais, embora não seja uma adesão do crime de ecocídio à Corte, ainda sim, um avanço.

Embora, o termo ecocídio tenha surgido no Tribunal Penal Internacional em 2016, esse termo já vem sendo discutido entre estudiosos. Segundo o Centro de Estudos de Toxicologia da Universidade Federal do Ceará (Boletim 07, 2013), na Guerra do Vietnam (1965-1975), o herbicida que os Estados Unidos despejou no Vietnam, o "agente laranja", causou malformações congênitas nas crianças vietnamitas até os dias atuais. Levando a criação do crime de "Ecocídio" à esfera internacional.

Conforme site Ecocide Law (2020), Ecocídio é o dano extensivo, destruição ou perda de ecossistema (s) de um determinado território, seja por ação humana ou por outras causas, a tal ponto que o gozo pacífico pelos habitantes desse território foi ou será severamente diminuído.

David Quammen, em artigo publicado na New York Times (2020), intitulado como "*We Made the Coronavirus Epidemic*", traduzindo literalmente, "Nós fizemos a Epidemia do Coronavírus" afirma: "Cortamos as árvores; matamos os animais ou os enjaulamos e os enviamos aos mercados. Nós perturbamos os ecossistemas e libertamos os vírus de seus hospedeiros naturais. Quando isso acontece, eles precisam de um novo hospedeiro. Frequentemente, somos nós." Ainda afirma que, o comércio perigoso de animais selvagens por

alimentos, que se estende por lugares como Ásia e África, está proibido na China temporariamente, mas também já foi proibido durante a SARS e depois autorizado a ser retomado. Morcegos, algas, porcos-espinhos, tartarugas, ratos de bambu, muitos tipos de pássaros e outros animais empilhados são encontrados em mercados como o de Wuhan. A invasão de florestas tropicais e outras paisagens selvagens, que abrigam tantas espécies de animais e plantas, podem conter vírus desconhecidos.

Ben Thomas (2020), em sua página "Earth Law Center", escreveu sobre o ecocídio e afirma que a degradação ambiental generalizada já é um tema de preocupação internacional. O desmatamento que assola a Floresta Amazônica no Brasil tem recebido atenção significativa da mídia. Na Amazônia, uma área do tamanho de um campo de futebol é eliminada a cada minuto e, à medida que mais florestas são convertidas em terras agrícolas, os incêndios causados por humanos aumentam em tamanho e frequência. Em 2019, o desmatamento na Amazônia aumentou 76% acima da taxa de 2018, levando a incêndios maiores e mais incontroláveis. A resposta internacional deve ser eficaz e visando punir os responsáveis pelos danos.

Bem Thomas (2020) fala ainda sobre a "Law Earth", em tradução literal, Lei da Terra, que tem uma abordagem semelhante ao desafio do ecocídio. De acordo com a Lei da Terra, os benefícios econômicos para os humanos nunca são priorizados sobre o direito de um ecossistema de prosperar e sobreviver. O estabelecimento do ecocídio encontra um lugar dentro da Lei da Terra, como uma consciência ecológica assumida, e o dano à natureza não é simplesmente uma externalidade de colher benefícios econômicos para os humanos.

No Brasil, Comissão de Meio Ambiente do Senado, aprovou em 2019, o Projeto de Lei 2.787/19, que tipifica o crime de ecocídio, altera a lei de Crimes Ambientais, estabelecendo pena para quem der causa a desastre ambiental, com destruição significativa da flora ou mortandade de animais.

Entretanto, em seu livro "Eradicating Ecocide", Polly Higgs (2010) afirma que os poucos países que possuem leis de ecocídio em geral baseiam o crime em uma exigência de intenção criminosa, enquanto o ecocídio deveria ser um crime de responsabilidade objetiva. Sendo assim, uma pessoa ou entidade que cometeu ecocídio seria responsável pelas consequências do crime, independentemente da intenção por trás da ação. Além de aumentar a eficácia das medidas de coação, a existência de responsabilidade objetiva também colocaria o foco principal da política na prevenção.

Ecocídio tem definições variadas, mas todos os casos referem-se à destruição generalizada da natureza e dos ecossistemas. O ecocídio é uma preocupação internacional, não apenas por causa das implicações de saúde pública mencionadas, mas porque sem a

implementação de leis preventivas, esses eventos catastróficos continuarão a colocar em risco o nosso planeta e a vida que nele vive.

CONCLUSÃO

Este artigo mostrou que a transmissão de vírus por animais não é novidade, observa-se isso ao longo da história. A degradação ambiental, a invasão de habitats naturais, urbanização desordenada, desenvolvimento socioeconômico, são algumas das ações do homem que vem provocando o aumento de doenças zoonóticas.

O Covid-19, vírus responsável pela pandemia que assola o mundo, que teve sua origem no mercado de carnes de Wuhan na China. A pandemia tem provocado impacto na economia, aumentando a pobreza, tendo em vista a interrupção de serviços, redução de consumo e produção, isolamento social, obrigando a sociedade a se adaptar a uma nova rotina.

E mesmo com tantos impactos negativos, observa-se impactos positivos no meio ambiente, devido a diminuição da poluição provocada pelo homem, ou seja, diminuição da atividade industrial, circulação de carros. Demonstrando assim, mais uma vez, a responsabilidade de todos na degradação ambiental e seus impactos.

Como parte do ecossistema, o homem não está em um patamar elevado, como alguns costumam pensar que estão. Nossa existência depende de uma coexistência entre homem e demais formas de vida. É necessário alcançar um equilíbrio para que a vida no planeta não acabe.

A pesquisa mostra que o surgimento de muitas doenças está relacionado às mudanças ambientais e ao comportamento humano. À medida que a degradação ambiental ocorre em maior escala, ficamos mais expostos à vida selvagem, aumentando a probabilidade de uma doença infecciosa fazer a transição dos animais para os humanos.

A investigação científica é conclusiva, ao demonstrar que a positivação do direito não contempla desejos individuais, a proteção de bens e direitos que, no âmbito jurídico, promova as liberdades fundamentais, harmonizando a relação do homem e do meio ambiente, alcançando uma relação de equilíbrio e respeito à vida em todas as formas.

Observando a pandemia e o impacto global, é necessário que exista uma positivação jurídica que comprometa e responsabilize o indivíduo na proteção ambiental e na vida no planeta.

O surto de covid-19, mostrou que o maior consenso é que a vida deve ser priorizada acima de tudo. Não tem como lidar com as consequências econômicas, se não resolvermos a crise de saúde pública. Além disso, um sistema econômico não pode prosperar quando o público

não é saudável e seu futuro é incerto. Assim, como pudemos mudar nosso estilo de vida, nossas rotinas por conta de uma pandemia, podemos mudar a maneira como vivemos para que novas pandemias não ocorram, observando nossas atitudes para alcançarmos um meio ambiente saudável e equilibrado.

REFERÊNCIAS

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estado constitucional ecológico e democracia sustentada**. Coimbra: Impactum, 2001. Disponível em: < https://digitalis-dsp.uc.pt/bitstream/10316.2/5732/1/revcedoua8%20art.%201%20JJGC.pdf?ln=pt-pt#:~:text=O%20postulado%20globalista%20O%20postulado,standard%20ecol%C3%B3gico%20ambiental%20razo%C3%A1vel%20a> Acesso em 02 de setembro de 2020.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Estado constitucional ecológico e democracia sustentada**. In: Estudos em homenagem a José Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2003.

CDC: **History of 1918 Flu Pandemic**. Disponível em: <https://www.cdc.gov/flu/pandemic-resources/1918-commemoration/1918-pandemic-history.htm> Acesso em 01 de setembro de 2020.

CONJUR: **Comissão de Meio Ambiente aprova PL que tipifica crime de "ecocídio".** Disponível em: < https://www.conjur.com.br/2019-out-10/comissao-meio-ambiente-aprova- pl-tipifica-crime-ecocidio> Acesso em 05 de setembro de 2020.

COTRIM, Gilberto. **História Global**: Brasil e Geral. Volume Único. São Paulo: Saraiva, 1997.

CUNHA, Paulo Ferreira da. **Do Constitucionalismo global**. 2010. Disponível em: < http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-15/RBDC-15-245 Paulo_Ferreira_da_Cunha_(Do_Constitucionalismo_Global).pdf> Acesso em 05 de setembro de 2020.

Ecocide: **What is ecocide**. Disponível em: < https://ecocidelaw.com/the-law/what-is-ecocide/> Acesso em 05 de setembro de 2020.

Ecodebate: **Os efeitos que podemos ver da pandemia sobre o meio ambiente**. Disponível em: <https://www.ecodebate.com.br/2020/05/15/os-efeitos-que-ja-podemos-ver-da-pandemia-sobre-o-meio-ambiente/> Acesso em 02 de setembro de 2020.

FERREIRA, Maria Augusta Drago, et al. **Agente Laranja/Dioxina**: consequências de seu uso no Vietnã. Cetox-UFC, Fortaleza, boletim 7, 2013. Disponível em: < http://www.cetox.ufc.br/boletins/arquivos%20boletins/Boletim%2007%20Dioxina.pdf >. Acesso 04 de setembro de 2020.

HIGGINS, Polly. **Eradicating Ecocide**: Exposing the Corporate and Political Practices Destroying the Planet and Proposing the Laws Needed to Eradicate Ecocide. Londres: Shepheard-Walwyn, 2010.

In vivo: Pandemia de 1918. Disponível em: <http://www.invivo.fiocruz.br/cgi/cgilua.exe/sys/start.htm?infoid=815&sid=7> Acesso em 01 de setembro de 2020.

LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. **Direito Ambiental na Sociedade de Risco**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002.

LEITE, José Rubens Morato et alli. **Estado de Direito Ambiental: tendências**.Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, p. 5.

LUTZEMBERGER, José. **Gaia o planeta vivo (por um caminho suave).** Porto Alegre, L&PM, 1990.

NETO, Djalma Alvarez Brochado e Tarin Cristino Frota Mont Alverne. **Ecocídio**: proposta de uma política criminalizadora de delitos ambientais internacionais ou tipo penal propriamente dito? UNICEUB, 2018. Diponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/5203> Acesso em: 05 de setembro de 2020.

Ministério da Saúde: **Covid-19**. Disponível em: <https://coronavirus.saude.gov.br/sobre-a-doenca#o-que-e-covid> Acesso em 02 de setembro de 2020.

Ministério da Saúde: **Ebola**: causas, sintomas, diagnóstico, tratamento e prevenção. Disponível em: <http://www.saude.gov.br/saude-de-a-z/ebola> Acesso em 01 de setembro de 2020.

Ministério das Relações Exteriores. **Tribunal Penal Internacional**. Disponível em: < http://www.itamaraty.gov.br/pt-BR/politica-externa/paz-e-seguranca-internacionais/152-tribunal-penal-internacional> Acesso em 05 de setembro de 2020.

QUAMMEN, David. **We Made the Coronavirus Epidemic**. New York Times, 2020. Disponível em: < https://www.nytimes.com/2020/01/28/opinion/coronavirus-china.html?auth=login-email&login=email&smid=tw-nytopinion&smtyp=cur> Acesso em: 05 de sembro de 2020.

Redação – Ambiente. **O coronavírus limpou os canais de Veneza** – e não só. VISÃO. Disponível em: <https://visao.sapo.pt/atualidade/ambiente/2020-03-18-o-coronavirus-limpou-os-canais-de-veneza-e-nao-so/?fbclid=IwAR0cxvVEOY1c3B86kyLO wihz73Ni_N6onyZBJZ_Aiuq30029Nx-vj4qc5w> Acesso em: 02 de setembro de 2020.

Revista Planeta. **Coronavírus está ligado à queda de poluição do ar na Itália e na China**. TERRA. Disponível em: <https://www.revistaplaneta.com.br/amp/coronavirus-esta-ligado-a-queda-de-poluicao-do-ar-na-italia-e-na-china/?fbclid=IwAR1ag1AZLjkn4FT-VMUJThL00FTzKh0z08hzj6iKsf_Nr2cOe5uIumNEv60> Acesso em 02 de setembro de 2020.

SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional**. 8 ed. São Paulo: Malheiros, 2010b.

THOMAS, Ben. **Ecocide and the Importance of Prevention**. Earth Law Center: 2020. Disponível em: < https://www.earthlawcenter.org/blog-entries/2020/7/ecocide-and-the-importance-of-prevention> Acesso em 05 de setembro de 2020.

ONU. **OMS: casos de COVID-19 ultrapassam 15 milhões no mundo**; 620 mil mortes. Disponível em: < https://nacoesunidas.org/oms-casos-de-covid-19-ultrapassam-15-milhoes- no-mundo-620-mil-mortes/> Acesso em 05 de setembro de 2020.

ONU. **Invasão de habitats naturais intensifica surgimento de zoonoses, diz especialista**. Disponível em: < https://nacoesunidas.org/invasao-de-habitats-naturais-intensifica- surgimento-de-zoonoses-diz-especialista/> Acesso em 01 de setembro de 2020.

WOLD, Chris el alli. **Princípios de Direito Ambiental**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 06.

DIREITO À EDUCAÇÃO AMBIENTAL COMO COROLÁRIO DA CIDADANIA ECOLÓGICA

Camila Queiroz de SOUZA
Mestranda Unifieo (Brasil), camilaqdesouza@gmail.com,
http://lattes.cnpq.br/3714739206174945, https://orcid.org/0000-0002-5208-7879)

RESUMO: O presente trabalho discute a relação entre o direito à educação ambiental e a participação pública, aquela favorecendo o manejo dos direitos ambientais procedimentais (participação na tomada de decisão, acesso à informação e acesso à justiça), uma vez que fornece aos indivíduos conhecimento, conscientização e sensibilização acerca das questões ambientais para que possam atuar de forma efetiva na tutela do meio ambiente nas mais diversas esferas, institucionais ou não. Nesse contexto, a educação ambiental é reconhecida como um aspecto relevante e fundamental na proteção do meio ambiente, tanto em âmbito internacional como na Constituição Federal e legislação brasileiras, estabelecendo-se direitos e deveres para que ela seja concretizada. Além disso, situa-se a educação ambiental como corolário para a participação pública e, consequentemente, a busca pela construção de uma sociedade sustentável. Trata-se de pesquisa qualitativa e descritiva, com base na análise da educação ambiental como direito e dever fundamentais e sua implicação com os direitos ambientais procedimentais.
PALAVRAS-CHAVE: Educação ambiental; participação pública; direitos ambientais procedimentais; proteção do meio ambiente.

ABSTRACT: This paper discusses the relationship between the right to environmental education and public participation, which favors the management of procedural environmental rights (participation in decision-making, access to information and access to justice), since it provides individuals with knowledge, awareness and sensitization about environmental issues so that they can act effectively in the protection of the environment in the most diverse spheres, institutional or not. In this context, environmental education is recognized as a relevant and fundamental aspect in the protection of the environment, both at the international level and in the Brazilian Constitution and legislation, establishing rights and duties for it to be accomplished. In addition, environmental education is a corollary to public participation and, consequently, to the search for the construction of a sustainable society. It is a qualitative and descriptive research, based on the analysis of environmental education as a fundamental right and duty and its implication with procedural environmental rights.

KEYWORDS: Environmental education; public participation; procedural environmental rights; environmental protection.

INTRODUÇÃO

O presente estudo trata do direito à educação ambiental como um dos alicerces da cidadania ecológica, ou seja, da efetiva participação pública, destacando a importante relação entre direito à educação ambiental e direitos ambientais procedimentais. A relação direito/dever da educação ambiental também é abordada, salientando-se que, na perspectiva do dever, este não se restringe apenas ao Poder Público – que, é claro, deve concretizá-lo por meio, sobretudo, de políticas públicas – mas também a pessoas jurídicas, coletividades e meios de comunicação de massa.

O que se busca com o presente estudo é responder ao seguinte questionamento: qual a relação entre educação ambiental e participação pública? O desafio a ser enfrentado é, portanto, saber se a educação ambiental se constitui em uma premissa importante para que a participação pública se concretize de forma mais efetiva. Com a ressalva, é claro, de que, ainda que não se tenha tido acesso à educação ambiental, a participação pública continua sendo possível, embora isso não seja o ideal.

A hipótese levantada é a de que existe correlação entre educação ambiental e participação pública, considerando que a primeira favorece o exercício da segunda, preparando o indivíduo para que ele possa fruir os direitos ambientais procedimentais de forma mais efetiva.

Inicia-se, assim, com o exame dos dispositivos da Constituição Federal (BRASIL, 1988) que versam sobre o direito à educação ambiental, passando por uma breve perspectiva histórica da legislação infraconstitucional e de alguns dos instrumentos internacionais que trataram do tema. Tudo isso com a finalidade de destacar a importância da temática da educação ambiental na formação dos indivíduos por meio do processo educativo relacionado.

Em seguida, examinar-se-á os direitos ambientais procedimentais e sua previsão nos instrumentos internacionais, apontando, ao final, a sua importante relação com a educação ambiental, esta como “chave” para o exercício daqueles.

1 O DIREITO E DEVER FUNDAMENTAL À EDUCAÇÃO AMBIENTAL

A educação ambiental foi estabelecida na Constituição Federal (BRASIL, 1988) como um direito e um dever fundamental, no sentido de que os indivíduos têm direito a, por meio do processo de formação, desenvolverem competências e habilidades para lidar com questões

ambientais em seu grande universo temático – clima, biodiversidade, ecossistemas, suas interações, dentre outras (isso para ficarmos apenas com exemplos de questões que dizem respeito ao meio ambiente natural) – e, em contrapartida, há um dever imposto ao Poder Público de assegurar, sobretudo, por meio de políticas públicas, a implementação desse direito.

Evidente, no entanto, que educação ambiental não se resume à transmissão de conhecimento, tratando-se, na realidade, de um processo educativo contínuo pelo qual as pessoas poderão se tornar "agentes transformadores", contribuindo efetivamente para a busca de soluções que suprimam ou reduzam os impactos ambientais e se voltem ao uso sustentável dos recursos naturais (MARCATTO, 2002, p. 14).

Destaca-se que a educação ambiental, não apenas no âmbito formal[1], mas também como instrumento de conscientização da comunidade e, assim, capaz de promover mudanças de hábitos deletérios ao meio ambiente, denominada educação não-formal, integrou as preocupações do constituinte, o qual estabeleceu, no artigo 225, § 1.º, inciso VI, da Magna Carta (BRASIL, 1988), incumbir ao Poder Público o dever de "promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino *e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente*" [sem itálico no original].

A Agenda 21 Global (ONU, 1992), em seu Capítulo 36, tratou da educação ambiental sob o tríplice prisma do ensino (formal e não-formal), consciência pública e treinamento para o pleno desenvolvimento das potencialidades humanas. Em seu item 36.3, mais especificamente, tratou do ensino e sua relação com a sustentabilidade, fazendo referência também à ideia de participação pública:

> 36.3. O ensino, inclusive o formal, a consciência pública e o treinamento devem ser reconhecidos como um processo pelo qual os seres humanos e as sociedades podem desenvolver plenamente suas potencialidades. O ensino tem fundamental importância na promoção do desenvolvimento sustentável e para aumentar a capacidade do povo para abordar questões de meio ambiente e desenvolvimento. Ainda que o ensino básico sirva de fundamento para o ensino em matéria de ambiente e desenvolvimento, este último deve ser incorporado como parte essencial do aprendizado. Tanto o ensino formal como o informal são indispensáveis para modificar a atitude das pessoas, para que estas tenham capacidade de avaliar os problemas do desenvolvimento sustentável e abordá-los. O ensino é também fundamental para conferir consciência ambiental e ética, valores e atitudes, técnicas e comportamentos em consonância com o desenvolvimento sustentável e que *favoreçam a participação pública efetiva nas tomadas de decisão*. Para ser eficaz, o ensino sobre meio ambiente e desenvolvimento deve abordar a dinâmica do meio físico/biológico e do sócio-econômico e do desenvolvimento humano (que pode incluir o espiritual), deve integrar-se em todas as disciplinas e

[1] A Lei da Política Nacional de Educação Ambiental (Lei n.º 9.795/1999) distingue em: a) educação ambiental no ensino formal, ou seja, aquela "desenvolvida no âmbito dos currículos das instituições de ensino públicas e privadas" (artigo 9.º, *caput*); b) educação ambiental não formal, consistente em "ações e práticas educativas voltadas à sensibilização da coletividade sobre as questões ambientais e à sua organização e participação na defesa da qualidade do meio ambiente" (artigo 13, *caput*).

> empregar métodos formais e informais e meios efetivos de comunicação. [sem itálico no original]

A fundamentalidade do direito à educação ambiental pode ser extraída, em exame da Magna Carta (BRASIL, 1988), tanto com base no direito à educação, que se encontra consagrado, de forma ampla, nos artigos 6.º, *caput*, e 205, *caput*, como com base no próprio artigo 225, § 1.º, inciso VI, anteriormente visto, que, reconhecendo a necessidade da educação ambiental para a proteção do meio ambiente ecologicamente equilibrado, criou um dever específico ao Poder Público de promovê-la.

Contudo, apesar de o artigo 225, §1.º, inciso VI, da Constituição Federal (BRASIL, 1988) estabelecer um dever específico ao Poder Público de assegurar a oferta de educação ambiental, o *caput* do referido artigo não desobriga a que toda coletividade defenda e preserve o meio ambiente, o que pode ser realizado, inclusive, mediante ações educativas[2].

Na legislação infraconstitucional, o assunto, até então, era tratado de forma assistemática, como nas Leis n.º 4.771/65 (BRASIL, 1965) e 5.197/67 (BRASIL, 1967), a primeira, atualmente revogada, prevendo que os livros escolares de leitura deverão conter textos de educação ambiental (artigo 42), e a segunda dispondo que os livros escolares deverão conter textos sobre a proteção da fauna (artigo 35), ou seja, fazia-se referência a questões pontuais, mas ainda assim os aludidos diplomas cuidavam de promover, em alguma medida, a educação ambiental (CANOTILHO; LEITE, 2015, p. 296).

A Lei n.º 6.938, de 31 de agosto de 1981 (BRASIL, 1981), que dispôs sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, indo um pouco mais além, atentou-se para a necessidade de incluir a educação ambiental formal e não-formal na agenda da política pública brasileira com o objetivo de capacitar os cidadãos para a defesa efetiva do meio ambiente, consoante se depreende de seu artigo 2.º, inciso X.

Com o advento da Constituição, como ressaltado anteriormente, esse direito/dever restou constitucionalizado. Todavia, a Política Nacional de Educação Ambiental somente veio à tona com a Lei n.º 9.795, de 27 de abril de 1999 (BRASIL, 1999) que, em seu artigo 1.º, trouxe a definição de educação ambiental, nos seguintes termos:

> Art. 1.º Entendem-se por educação ambiental os processos por meio dos quais o indivíduo e a coletividade constroem valores sociais, conhecimentos, habilidades,

[2] Nesse sentido, aliás, a Política Nacional de Educação Ambiental expressamente estabelece que a educação ambiental é incumbência não somente do Poder Público, mas também das instituições educativas, órgãos integrantes do Sistema Nacional do Meio Ambiente (SISNAMA), meios de comunicação de massa, empresas, entidades de classe, instituições públicas e privadas e à sociedade como um todo (artigo 3.º e incisos da Lei n.º 9.795/1999).

> atitudes e competências voltadas para a conservação do meio ambiente, bem de uso comum do povo, essencial à sadia qualidade de vida e sua sustentabilidade.

Trata-se, segundo Milaré (2018, p. 1235), de legislação pioneira, porquanto o Brasil foi o primeiro país latino-americano a ter uma política nacional voltada especificamente à educação ambiental. A referida lei foi regulamentada por meio do Decreto n.º 4.281/2002 (BRASIL, 2002), que criou um Órgão Gestor, incumbido da Coordenação da Política Nacional de Educação Ambiental e dirigido pelos Ministros do Meio Ambiente e da Educação (artigo 2.º), bem como um Comitê Assessor, que possui composição bastante diversificada, incluindo representantes dos seguintes órgãos, entidades ou setores: setor-educacional-ambiental, indicado pelas Comissões Estaduais Interinstitucionais de Educação Ambiental, Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), Municípios, Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência – SBPC, Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA), organizações não-governamentais (ONGs), Conselho Nacional de Educação (CNE) etc. (artigo 4.º e seus incisos).

É interessante destacar que a Lei da Política Nacional de Educação Ambiental (BRASIL, 1999) prevê como dois de seus princípios "o enfoque humanista, holístico, democrático e participativo" (artigo 4.º, inciso I), bem como "a concepção do meio ambiente em sua totalidade, considerando a interdependência entre o meio natural, o sócio-econômico e o cultural, sob o enfoque da sustentabilidade" (artigo 4.º, inciso II). Os aludidos dispositivos parecem direcionar a discussão para o que Capra e Mattei (2018, 62) defendem em sua obra: a necessidade de implementar a denominada "ecoalfabetização", isto é, entender como a "natureza sustenta a vida" e desenvolver um pensamento sistêmico capaz de enxergar como se dão "relações, padrões e contexto".

Interessante ainda é a observação de Sirvinkas (2019, p. 87) para quem, ao lado do analfabetismo tradicional, funcional, virtual, numérico e emocional, existe ainda o denominado "analfabetismo ambiental", consistente no desconhecer "o ciclo da vida e dos recursos ambientais".

No âmbito internacional, a interconexão entre educação e meio ambiente já havia sido objeto de reconhecimento muito antes da promulgação de nossa Constituição. Com efeito, a Declaração de Estocolmo sobre o Ambiente Humano ou Declaração de Estocolmo (ONU, 1972), de 16 de junho de 1972, em seu princípio 19, alertou para a educação como um dos pilares para a promoção e proteção do meio ambiente:

> Princípio 19
> É indispensável um esforço para a educação em questões ambientais, dirigida tanto às gerações jovens como aos adultos e que preste a devida atenção ao setor da população

> menos privilegiado, para fundamentar as bases de uma opinião pública bem informada, e de uma conduta dos indivíduos, das empresas e das coletividades inspirada no sentido de sua responsabilidade sobre a proteção e melhoramento do meio ambiente em toda sua dimensão humana. É igualmente essencial que os meios de comunicação de massas evitem contribuir para a deterioração do meio ambiente humano e, ao contrário, difundam informação de caráter educativo sobre a necessidade de protegê-lo e melhorá-lo, a fim de que o homem possa desenvolver-se em todos os aspectos.

Anote-se que o aludido dispositivo deixa claro que o direito à educação em questões ambientais é destinado a todos os indivíduos, nas diversas fases da vida em que o processo educativo acontece. Ademais, trata-se de elemento essencial para orientar e estimular condutas protetivas ao meio ambiente não só pelos cidadãos, como também por parte das pessoas jurídicas e coletividades. Os meios de comunicação, do mesmo modo, devem contribuir para a difusão de informações com conteúdo educativo sobre as questões ambientais.

Ressalte-se que, na era das *fake news*[3], cuja difusão é facilitada por meio das redes sociais, a confiabilidade, veracidade e integridade das informações educativas a serem difundidas à comunidade é de fundamental importância, evitando-se com isso a desinformação, que sempre ocorrerá em prejuízo da proteção do meio ambiente e do conhecimento científico. A educação voltada para a aquisição de conhecimentos e habilidades para o desenvolvimento sustentável também foi prevista como um dos dezessete Objetivos de Desenvolvimento Sustentável da ONU:

> 4.7 Até 2030, garantir que todos os alunos adquiram conhecimentos e habilidades necessárias para promover o desenvolvimento sustentável, inclusive, entre outros, por meio da educação para o desenvolvimento sustentável e estilos de vida sustentáveis, direitos humanos, igualdade de gênero, promoção de uma cultura de paz e não violência, cidadania global e valorização da diversidade cultural e da contribuição da cultura para o desenvolvimento sustentável.

Colocadas essas ponderações iniciais sobre a educação ambiental, com a finalidade de demonstrar que ela é um dos pilares sobre os quais se assenta a efetiva proteção do meio ambiente, haja vista que por meio dela é possível difundir conhecimento e conscientizar as pessoas sobre práticas sustentáveis, pouco a pouco mudando hábitos deletérios ao meio ambiente e que estão arraigados em nossa sociedade, passar-se-á ao exame, no tópico seguinte, de como o direito à educação ambiental é fundamento para uma cidadania ecológica, na expressão utilizada por Sarlet e Fensterseifer (2020, p. 805).

---

[3] O Observatório do Clima lançou uma plataforma denominada "Fakebook.eco" para o combate à desinformação em matéria ambiental, que poderá ser acessada por meio do sítio eletrônico: <https://fakebook.eco.br/>. Acesso em: 30 set. 2020.

2 O DIREITO À EDUCAÇÃO AMBIENTAL COMO BASE PARA A CIDADANIA

Para que realmente possamos ter uma sociedade comprometida com a defesa do meio ambiente, com cidadãos atuantes nas mais diversas esferas de participação, institucionais ou não, é essencial que se tenha como base a educação ambiental, que precisa ser acessível e inclusiva. Será, a partir dela, na perspectiva de interdependência entre os direitos fundamentais, que o indivíduo poderá obter certa "bagagem" para assim tornar efetivos outros direitos ecológicos igualmente relevantes para a tutela do meio ambiente, como os são os denominados direitos ambientais procedimentais (participação na tomada de decisão, acesso à informação e acesso à justiça).

Na doutrina, Sarlet e Fensterseifer (2019, p. 105) ensinam que os direitos ambientais procedimentais, também denominados direito ambientais de acesso ou direitos ambientais de participação, possuem como escopo a "efetivação da legislação ambiental por meio de uma participação mais ativa da sociedade, exercendo maior controle sobre as práticas poluidoras (ou potencialmente poluidoras) do ambiente".

Os direitos ambientais procedimentais foram inicialmente previstos no Princípio 10 da Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (ONU, 1992), a seguir transcrito, e dizem respeito à participação popular nas questões envolvendo a temática ambiental:

> Princípio 10: O melhor modo de tratar as questões ambientais é com a participação de todos os cidadãos interessados, em vários níveis. No plano nacional, toda pessoa deverá ter acesso adequado à informação sobre o ambiente de que dispõem as autoridades públicas, incluída a informação sobre os materiais e as atividades que oferecem perigo a suas comunidades, assim como a oportunidade de participar dos processos de adoção de decisões. Os Estados deverão facilitar e fomentar a sensibilização e a participação do público, colocando a informação à disposição de todos. Deverá ser proporcionado acesso efetivo aos procedimentos judiciais e administrativos, entre os quais o ressarcimento de danos pertinentes.

Há ainda previsão de aludidos direitos na Convenção de Aarhus sobre Acesso à Informação, Participação Pública na Tomada de Decisão e Acesso à Justiça em Matéria Ambiental (CEE/ONU, 1998), celebrada em 25 de junho de 1998, na cidade de Aarhus, Dinamarca, que, em seu artigo 3.º, 3, estabeleceu como um dos componentes da educação ambiental justamente a forma de fruir os direitos de acesso à informação, participação no processo de tomada de decisão e de obtenção de acesso à justiça em matéria ambiental:

> Artigo 3.º
> 3. Cada parte promoverá a educação e a sensibilização ambiental do público, especialmente no que respeita à forma de obter acesso à informação, de participar nos processos de tomada de decisão e de obter acesso à justiça em matéria ambiental.

Além disso, os direitos ambientais procedimentais também foram consagrados no Acordo Regional sobre Acesso à Informação, Participação Pública e Acesso à Justiça em Assuntos Ambientais na América Latina e no Caribe (CEPAL, 2018), adotado em Escazú, Costa Rica, em 4 de março de 2018. O Brasil assinou o aludido Acordo em 27 de setembro de 2018, entretanto, ainda não o ratificou. No Acordo de Escazú, o direito à educação ambiental foi expressamente previsto no artigo 10, 2, alínea "d", corroborando o fato de que educação ambiental e direitos procedimentais estão interconectados:

> Artigo 10 Fortalecimento de capacidades
> 2. Cada Parte, de acordo com as suas capacidades, poderá tomar, entre outras, a seguintes medidas:
> d) promover a educação, a capacitação e a conscientização sobre questões ambientais mediante, entre outros meios, a inclusão de módulos educativos básicos sobre os direitos de acesso para estudantes em todos os níveis educacionais; [...].

É claro que não se está limitando a fruição desses direitos apenas a quem tem acesso à educação ambiental. Entretanto, ressalta-se o fato de que a fruição de um direito (educação ambiental) favorece a de outros (direitos ambientais procedimentais), na medida em que fornece a base de conhecimento holístico sobre o meio ambiente para que, então, seja possível manejar eficazmente todo o arcabouço que compõe os direitos ambientais procedimentais. Se pudermos utilizar uma analogia para explicar esse ponto de vista, dir-se-ia que educação ambiental e direitos ambientais procedimentais são faces de uma mesma moeda.

Nesse aspecto, Sarlet e Fensterseifer (2020, p. 805) enfatizam que a "educação ambiental apresenta relação direta com o **princípio da participação pública** em matéria ambiental, bem como com os elementos-chave que conformam tal conceito" (participação na tomada de decisão, acesso à informação e acesso à justiça). Prosseguem os mesmos autores (2020, p. 805) esclarecendo que "a educação ambiental é colocada como a 'chave' para uma participação ativa da sociedade no seu conjunto, individual e coletivamente, para a defesa ecológica em face de agentes poluidores".

Sirvinkas (2019, p. 94), por sua vez, leciona que é "o exercício efetivo da cidadania que poderá resolver parte dos grandes problemas ambientais do mundo mediante a ética transmitida pela educação ambiental".

Portanto, educação ambiental e direitos ambientais procedimentais devem caminhar em conjunto em busca de uma sociedade sustentável e democrática, que consiga aliar tutela do meio ambiente e cidadãos bem informados e com as habilidades necessárias para compreender essas informações por meio do processo educativo ambiental, participativos e engajados.

Questão importante enfrentada por Sarlet e Fensterseifer (2020, p. 809) diz respeito à educação em direitos, notadamente em se tratando de pessoas vulneráveis, no sentido de que elas devem ser educadas e informadas sobre seus próprios direitos, os direitos de proteção do meio ambiente e as maneiras pelas quais poderão exercê-los e defendê-los, atividade que poderia ser realizada pelos órgãos públicos, notadamente os que compõem o sistema de justiça. A educação em direitos, incluindo os ecológicos, favorece o protagonismo dos indivíduos, tornando-os preparados para desempenharem a cidadania ecológica, com o manejo, por exemplo, dos direitos ambientais procedimentais.

Chacon (2016) discorre sobre as graves consequências que envolvem a ausência ou implementação insuficiente dos direitos ambientais procedimentais, ressaltando que o resultado é o "*desconocimiento generalizado del marco jurídico, especialmente por parte de los destinatarios de la normativa, así como falta de apropiación e internalización, desconfianza, inobservancia, incumplimiento e injusticia ambiental*". Nesse ponto, pode-se acrescentar que a educação ambiental, nela incluída a educação em direitos, associada à efetiva implementação dos direitos ambientais procedimentais, impediria que tais mazelas se realizassem.

Milaré (2018, p. 1236) leciona que a educação ambiental, por óbvio, não resolverá os problemas ambientais num "passe de mágica", mas certamente contribuirá para a construção de um caminho para a participação popular mais efetiva:

> A Educação Ambiental deve ser considerada como uma *atividade-fim*, visto que ela se destina a despertar e formar a consciência ecológica para o exercício da cidadania. Não é panaceia para resolver todos os males, sem dúvida, porém, é um instrumental valioso na geração de atitudes, hábitos e comportamentos que concorrem para garantir o respeito ao equilíbrio ecológico e a qualidade do ambiente como patrimônio da coletividade.

Assim, na medida em que seja assegurada educação ambiental, participação na tomada de decisão, acesso à informação e acesso à justiça, poderemos ter pessoas mais conscientes do seu papel na proteção do meio ambiente e atuantes em sua defesa.

Saliente-se que a Constituição Federal, consagrando a ideia de democracia participativa, incentiva a defesa do meio ambiente por intermédio de seus cidadãos, como no exemplo clássico da ação popular prevista no artigo 5.º, LXXIII (BRASIL, 1988), que é movida para anular, dentre outros, ato lesivo ao meio ambiente e patrimônio histórico e cultural.

Um exemplo que pode ser extraído da legislação infraconstitucional, por sua vez, diz respeito às audiências públicas em casos de licenciamento ambiental, previstas na Resolução n.º 009/87 do CONAMA. A participação popular nessas audiências públicas revela-se fundamental, uma vez que envolvem o licenciamento de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente. Todavia, essa participação não pode ser meramente simbólica, mas sim deve ser efetiva.

Assim, constata-se que a educação ambiental é um dos alicerces para dar concretude à participação pública, preparando a sociedade para uma atuação mais efetiva na proteção do meio ambiente.

CONCLUSÃO

A educação ambiental é prevista no texto constitucional como um direito e um dever e se revela imprescindível não só para operar uma mudança interna no indivíduo, acrescendo- lhe conhecimento, conscientização e sensibilização nas questões relacionadas ao meio ambiente, como também, a partir desse processo educativo, preparar o indivíduo para melhorar o mundo exterior, com o exercício, por exemplo, dos direitos ambientais procedimentais.

Reforce-se o fato de que a educação ambiental é um dever estabelecido ao Poder Público, que é implementado, sobretudo, por meio de políticas públicas. Entretanto, por força do artigo 225, *caput*, da Constituição Federal (BRASIL, 1988), toda a sociedade se encontra comprometida na defesa do meio ambiente, o que pode – e deve – ser feito também por meio de ações educativas.

Os direitos ambientais procedimentais, consistentes em participação na tomada de decisão, acesso à informação e acesso à justiça, consagrados na Declaração do Rio, Convenção de Aarhus e Acordo de Escazú, serão favorecidos se tiverem como premissa um direito à educação ambiental efetivo.

O binômio educação ambiental, nela incluída, a educação em direitos, e o efetivo exercício dos direitos ambientais procedimentais trará como consequência a tutela do meio ambiente e o reforço de ações com vistas a alcançar uma sociedade sustentável, com cidadãos capacitados, sensibilizados, conscientizados, informados, participativos e engajados.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Lei n.º 4.771**, de 15 de setembro de 1965. Institui o novo Código Florestal. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4771.htm>. Acesso em 30 set. 2020.

BRASIL. **Lei n.º 5.197**, de 3 de janeiro de 1967. Dispõe sobre a proteção da fauna e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/l5197.htm>. Acesso em: 30 set. 2020.

BRASIL. **Lei n.º 6.938**, de 31 de agosto de 1981. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6938.htm>. Acesso em: 30 set. 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, 5 de outubro de 1988. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 30 set. 2020.

BRASIL. **Lei n.º 9.795**, de 27 de abril de 1999. Dispõe sobre a educação ambiental, institui a Política Nacional de Educação Ambiental e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9795.htm#:~:text=LEI%20No%209.795%2C%20DE%2027%20DE%20ABRIL%20DE%201999.&text=Disp%C3%B5e%20sobre%20a%20educa%C3%A7%C3%A3o%20ambiental,Ambiental%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%AAncias.>. Acesso em: 30 set. 2020.

BRASIL. **Decreto n.º 4.281**, de 25 de junho de 2002. Regulamenta a Lei n.º 9.795, de 27 de abril de 1999, que institui a Política Nacional de Educação Ambiental, e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4281.htm>. Acesso em 03 out. 2020.

CHACÓN, Mario Peña. **Derecho Ambiental Efectivo** [recurso electrónico]. San José, Costa Rica, 2016. E-Book: pdf (Serie Derecho Ambiental, n.º 1).

CAPRA, Fritjof; MATTEI, Ugo. **A revolução ecojurídica: o direito sistêmico em sintonia com a natureza e a comunidade**. Trad. Jeferson Luiz Camargo. São Paulo: Editora Cultrix, 2018.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes (org.); LEITE, José Rubens Morato (org.). **Direito constitucional ambiental brasileiro**. 6.º ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

COMISSÃO ECONÔMICA PARA A AMÉRICA LATINA E O CARIBE (CEPAL). **Acordo Regional sobre Acesso à Informação, Participação Pública e Acesso à Justiça em Assuntos Ambientais na América Latina e Caribe**. Disponível em: < https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/43611/S1800493_pt.pdf>. Acesso em 01 out. 2020.

CONAMA. **Resolução n.º 9**, de 3 de dezembro de 1987. Dispõe sobre a realização de Audiências Públicas no processo de licenciamento ambiental. Disponível em: < http://www2.mma.gov.br/port/conama/legiabre.cfm?codlegi=60>. Acesso em: 01 out. 2020.

COMISSÃO ECONÔMICA PARA A EUROPA DAS NAÇÕES UNIDAS (CEE/ONU). **Convenção sobre o Acesso à Informação, Participação do Público no Processo de Tomada de Decisão e Acesso à Justiça em Matéria de Ambiente**, de 25 de junho de 1998. Disponível em: < https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex:22005A0517(01)>. Acesso em 03 out. 2020.

MILARÉ, Édis. **Direito do Ambiente**. 11. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

MARCATTO, Celso. **Educação ambiental**: conceitos e princípios. Belo Horizonte: FEAM, 2002. E-Book: pdf. Disponível em: < https://jbb.ibict.br/bitstream/1/494/1/Educacao_Ambiental_Conceitos_Principios.pdf>. Acesso em 03 out. 2020.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração de Estocolmo sobre o Meio Ambiente Humano**, de 16 de junho de 1972. Disponível em: < http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/meio-ambiente/declaracao-de-estocolmo-sobre-o-ambiente-humano.html>. Acesso em: 20 set. 2020.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento**, de junho de 1992. Disponível em: <https://cetesb.sp.gov.br/proclima/wpcontent/uploads/sites/36/2013/12/declaracao_rio_ma.pdf>. Acesso em: 30 set. 2020.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Agenda 21 Global**, 1992. Disponível em: < https://www.mma.gov.br/estruturas/agenda21/_arquivos/cap36.pdf>. Acesso em 03 out. 2020.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Objetivos de Desenvolvimento Sustentável**. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/sdgs/4>. Acesso em: 30 set. 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito constitucional ecológico: constituição, direitos fundamentais e proteção da natureza.** 6.º ed., São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Curso de direito ambiental**. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

SIRVINKAS, Luís Paulo. **Manual de direito ambiental**. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

DIREITOS FUNDAMENTAIS: SEMIÓTICA, CIDADANIA, OFICINA DE PARENTALIDADE, EDUCAÇÃO NÃO-FORMAL

Marcia de Fátima do Prado
Aluna de Mestrado de Políticas Públicas da Universidade de Mogi das Cruzes, Disciplina: Semiótica, Cultura e Cidadania.

Luci Mendes de Melo Bonini
Luci Mendes de Melo Bonini, RG: 9.446.772 SSP/SP e CPF/MF: 844.261.448-68. Doutora e Mestre em Comunicação e Semiótica pela PUC-SP. Pesquisadora no Núcleo de Pesquisa em Ciências Sociais Aplicadas (NCSA). Professora do Mestrado de Políticas Públicas da Universidade de Mogi das Cruzes.

RESUMO: O presente artigo analisa as Oficinas de Parentalidade de acordo com a Semiótica, como exercício de cidadania, através da Educação Não-Formal, no desenvolvimento da cultura da paz. No Brasil, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) implantou a Resolução nº 125/2010, como Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses, utilizando a mediação, a conciliação e outros métodos alternativos de solução de conflitos, como instrumentos efetivos do exercício da cidadania, da pacificação social, da solução e da prevenção de litígios. Conhecida como Oficina de Pais e Filhos, a Oficina de Parentalidade é um instrumento de educação não-formal, preventiva e multidisciplinar, com objetivo de pacificação familiar, direcionado às famílias que enfrentam o conflito familiar, motivado pela ruptura da convivência familiar ou do laço conjugal dos pais. A família é convidada para participar da Oficina de Pais e Filhos.
PALAVRAS-CHAVE: Cidadania. Mediação. Oficina de Parentalidade. Educação Não-Formal.

ABSTRACT: This article analyzes the semiotics of Parenting Workshops as an exercise of citizenship, through non-formal education, in the development of a culture of peace. In Brazil, the National Council of Justice (CNJ) implemented Resolution No. 125/2010, as National Judicial Policy for the proper treatment of conflicts of interest, using mediation, conciliation and other alternative methods of conflict resolution, as effective instruments of exercise of citizenship, social pacification, solution and prevention of litigation. Known as the Parents and Children's Workshop, the Parentality Workshop is a non-formal, preventive and multidisciplinary education instrument for the purpose of family pacification, aimed at families facing family conflict, motivated by the rupture of family or parents' marital bond. The family is invited to participate in the Parents and Children Workshop.

KEYWORDS: Citizenship. Mediation. Parenting and Divorce Workshop. Non-formal education.

INTRODUÇÃO

O nome, a marca, o logotipo, os signos e os símbolos expressam a personalidade, identidade e a imagem visual, identificando uma pessoa natural ou uma pessoa jurídica, sendo protegidos por lei (Código Civil, Lei n. 10.406/2002).

A Constituição da República Federativa do Brasil garante aos brasileiros e aos estrangeiros os direitos fundamentais: a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, sendo livre a expressão de atividade intelectual, artística, cientifica e de comunicação, garantindo-lhes o direito exclusivo de utilização, publicação e reprodução de suas obras.

Segundo Dias (2016, p.394), a identidade de uma marca é o resultado do processo de simbolização e da construção da autoimagem, disponibilizando a sua imagem perante o público usuário, através da comunicação verbal, não verbal e visual.

Segundo Pierce (2015, p.46), um signo ou representámen é um objeto que representa alguma coisa para alguém, podendo ser perceptível, imaginável ou inimaginável. Perceptível é algo que se pode tocar. Imaginável é algo que se pode ser transportado para a descrição no papel, por exemplo: uma estrela, o sol. Inimaginável é algo que não se tem uma definição, porque está na mente da pessoa, por exemplo: a fé em Deus.

Para Greimas (1976), a Semiótica é uma teoria dos processos de significação e não uma ciência dos sistemas de signos, distinguindo os signos da significação. Os signos representam algo a ser exposto para terceiros. A significação expressa a essência do conteúdo dos signos.

Para Prados (2009, p.13), a Semiótica é a ciência da significação, porque a transmissão, a conservação, a transformação e a aprendizagem da cultura são realizadas através das práticas sociais.

Neste contexto, o artigo analisará o logotipo da “Oficina de Parentalidade do Conselho Nacional de Justiça.

Figura 1

Fonte: Conselho Nacional de Justiça

1 BREVE HISTÓRICO DAS OFICINAS DE PARENTALIDADE

Neste artigo, portanto, apresenta-se uma análise semiótica do texto não-verbal, a imagem das mãos sobrepostas.

A Oficina de Parentalidade, conhecida como Oficina de Pais e Filhos ou Oficina de Parentalidade e Divórcio, é um projeto educacional, preventivo e multidisciplinar do Conselho Nacional de Justiça, de tratamento adequado dos conflitos familiares, com objetivo de orientar as famílias sobre a comunicação não-violenta, desenvolvendo a pacificação familiar, evitando conflitos, durante a convivência familiar ou durante a ruptura do relacionamento conjugal.

A Constituição da República Federativa do Brasil estabelece como princípios fundamentais do Estado, o exercício da cidadania e o direito à dignidade da pessoa humana, com o objetivo de constituir uma sociedade livre, justa e solidária, promovendo o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer formas de discriminação,

regendo as suas relações internacionais na prevalência dos direitos humanos e solução pacifica dos conflitos.

Em 08 de dezembro de 2004, entrou em vigor a Emenda Constitucional nº 45, conhecida como Reforma do Poder Judiciário, disciplinando sobre a instalação do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), iniciando uma nova era para o Poder Judiciário brasileiro.

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) é uma instituição pública do Poder Judiciário Brasileiro, com objetivo de aperfeiçoar o trabalho do sistema judiciário brasileiro, administrativo e processual.

A partir de sua instalação, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) desenvolve e coordena vários programas de âmbito nacional, que priorizam áreas como: "Gestão Institucional", "Meio Ambiente", "Direitos Humanos e Tecnologia". Entre eles estão: "Conciliar é Legal", "Metas do Judiciário", "Lei Maria da Penha", "Pai Presente", "Começar de Novo", "Justiça Aberta", "Justiça em Números".

Em 2010, o CNJ instituiu a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses, através da Resolução nº 125/2010, utilizando a mediação, a conciliação e outros métodos alternativos de solução de conflitos, como instrumentos efetivos de pacificação social, solução e prevenção de litígios.

Neste contexto, a Oficina de Parentalidade foi um Projeto Piloto Pedagógico, desenvolvida pela Juíza Titular da Vara da Família e Sucessões da Comarca de São Vicente/SP, Dra. Vanessa Aufiero da Rocha, para tratar e prevenir os conflitos familiares, buscando soluções adequadas de resolução de conflitos, através da comunicação não-violenta.

Segundo a Unesco (Cuellar, 1997, p.17), a educação é uma forma de transmissão de conhecimentos e de valores sociais e morais, transmitidos entre gerações e culturas. As políticas educacionais têm uma repercussão decisiva no florescimento ou no declínio da diversidade cultural, devendo promover a educação pela e para a diversidade, garantindo o direito à educação, reconhecendo a diversidade das necessidades dos educandos (especialmente daqueles que pertencem a grupos minoritários, indígenas ou nômades) e a variedade dos métodos e conteúdos conexos.

O objetivo principal da Oficina de Pais e Filhos é transmitir as técnicas de comunicação familiar não-violenta, demonstrando as consequências dos conflitos familiares na qualidade de vida dos idosos e no desenvolvimento das crianças e dos adolescentes, transmitindo informações legais sobre os direitos dos idosos, a alienação parental, a ruptura dos laços conjugais, a guarda, as visitas, o direito de convivência e dos alimentos.

2 ESTRUTURA NARRATIVA DO LOGOTIPO DA OFICINA DE PARENTALIDADE

Para aplicar o Projeto das Oficinas de Parentalidade, o Conselho Nacional de Justiça utilizou a linguagem visual, expressadas nas digitais, compostas de três mãos sobrepostas entre si, identificadas através de cores diferentes, sendo duas mãos grandes sobre uma mão pequena, o fundo do painel em cor neutra.

Figura 2

Fonte: Conselho Nacional de Justiça

A interpretação é individual e cultural. Na Semiótica, na estrutura superficial de um texto, considera-se que a figurativização é um processo que concretiza valores culturais.

A imagem das mãos sobrepostas representa a paz, a proteção, o amor, a solidariedade, o carinho, a harmonia e o cuidado dos adultos sobre a criança ou individuo incapaz.

A simbologia das mãos representa o convívio familiar entre os parentes consanguíneos ou por afinidade, transportando a imagem das mãos sobrepostas para o inconsciente de cada indivíduo.

O ser humano possui cinco sentidos: a visão, a audição, o paladar, o olfato e o tato. Cada sentido tem uma função própria de seus órgãos. A visão captura as imagens, levando para o estado cognitivo de interpretação sensorial.

A visualização das mãos sobrepostas trabalha o imaginário da comunicação não-violenta, ressaltando a linguagem simbólica para os indivíduos envolvidos nos conflitos, o sentido de família e de união.

Para Chauí (Chauí, 1997), a linguagem simbólica está intimamente ligada à emoção e à afetividade do indivíduo, manifestando-se através de analogias e metáforas (mito, religião, conto, poesias e arte) por meio das quais este compreende o mundo e se conecta a ele. A imagem é um texto não verbal que no sincretismo de linguagens constitui-se de um processo de identificação cultural, porque manifesta um sistema de valores, que decorre sempre de um processo de atualização, que é buscar na memória o sentido para aquela imagem.

As três cores utilizadas na imagem das mãos: vermelha, azul e branca, representam diferentes indivíduos. O vermelho e o azul são cores primarias, conhecidas como cores puras. O branco é a reunião de todas as cores, primarias, secundarias e terciárias.

Segundo Santana, Oiwa, Costa, Tiedemann, Silveira e Ventura (2006), para Hering (1874), a percepção visual é formada a partir de seis cores elementares: verde, vermelho, azul, amarelo, branco e preto. A percepção do branco é o resultado da combinação particular de cores elementares. O preto é uma percepção de cor, uma vez que a ausência de percepção não tem significado neural ou psicológico. A interpretação das cores ocorre através dos meios ópticos da retina dos olhos dos humanos, que leva o processamento neural para o córtex cerebral, fornecendo-lhe a percepção da cor.

Para Prados (2009), a Sociosemiótica trata da captura do sentido enquanto provada do ser no mundo, isto é, o sentido em situação ou em ato, no momento de interação entre a vida e o meio social, onde as pessoas interagem.

Neste contexto, a manipulação do imaginário do público atendido pelas Oficinas de Parentalidade consiste na essência das cores que representa as mãos de indivíduos diferentes da convivência familiar, sendo as duas mãos grandes simbolizadas na união para a proteção da mão pequena, através da comunicação não-violenta.

3 O DISCURSO SEMIÓTICO

Para Greimas (1976), no plano do discurso, a comunicação é um ato e um exercício de certa liberdade do ser humano, limitada ao entendimento de seu receptor ou interpretante.

Santaella (2005) entende que a noção de interpretante é aquilo que o signo produz como efeito imediato em uma mente humana, podendo ter vários níveis de realização: o imediato (primeiridade), o dinâmico (secundidade) e o final (terceiridade). O Interpretante imediato estabelece a relação de visão no objeto, sem expressar o entendimento sobre o significado do signo. O interpretante dinâmico busca os significados dos signos, através do efeito da emoção, do energético e do efeito lógico. O interpretante final entende os significados dos signos, através

dos fatos e atos que compõem aquele objeto, por exemplo: jogar lixo na água, torna a água imprópria para o seu consumo.

Nesse sentido, entende-se que a Semiótica busca o entendimento do significado dos signos, isto é, o que aquele signo significa para aquele interpretante ou receptor, ou seja, o que a imagem das três mãos sobrepostas representa para aquela família em conflito? “Talvez, no olhar singelo de uma família em conflito, a imagem das mãos sobrepostas representa um sonho de uma família sólida, complementando a sequência original de sua família, a continuidade de suas raízes para o mundo”.

Para Hellinger (2014), existem três Ordens do Amor que precisam ser respeitas e reconhecidas, evitando o desequilíbrio no sistema familiar, mantendo a harmonia. São elas: a ordem do pertencimento e inclusão – o sentimento de que fazemos parte de um todo, independente das atitudes, crenças ou comportamentos; a ordem da hierarquia - os mais antigos vêm primeiro e os mais novos vêm depois; a ordem de dar e receber (a troca) - o equilíbrio e a compensação entre dar e receber amor. A troca faz parte da vida. A pessoa que não sabe dar e receber não gera vínculo.

Sobre a ótica de Bert Hellinger e da análise da semiótica, o logotipo das Oficinas de Parentalidade com a imagem das mãos sobrepostas representa as três ordens do amor: a ordem do pertencimento e inclusão - as três mãos estão juntas, fazendo parte de um todo; a ordem da hierarquia – os mais velhos antecedem o mais novo; a ordem de dar e receber – as três mãos estão entregando e recebendo amor, devido ao contato.

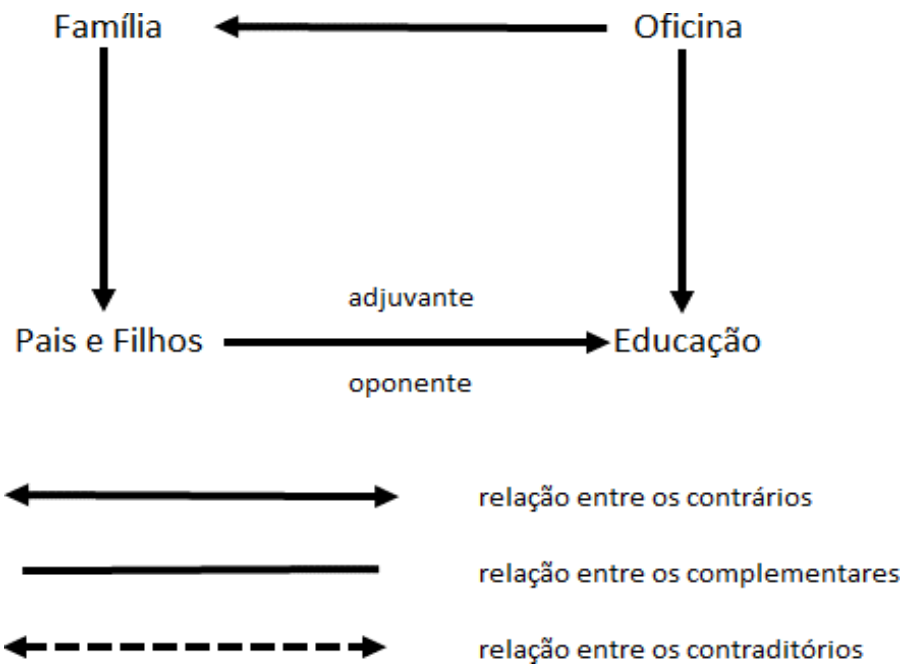
Do ponto de vista da Semiótica, o conteúdo do percurso gerativo de sentido constrói o discurso, simulando uma interpretação dos significados dos signos, ou seja, o logotipo das Oficinas de Parentalidade com as mãos sobrepostas induz alguns pensamentos ou divagação nos participantes das oficinas, o sentido de resolução de conflitos para obter: a paz, a não- violência, a proteção, a união, o amor, o pertencimento e a hierarquia.

O discurso possui três estruturas básicas de formação para análise semiótica: a narrativa, a discursiva e a profunda. A estrutura superficial busca a relação entre o Destinador e o Destinatário, através da diferença ou oposição entre os eixos semânticos. A estrutura narrativa de ação busca a interação entre o Destinador e o Destinatário através de questões subjetivas: os atores, o tempo e o espaço, propondo um objeto positivo como recompensa, visando o Destinatário a fazer algo. A estrutura discursiva (profunda) envolve os sujeitos, o objeto, os valores, as crenças e o caminho a ser seguido, sendo o percurso positivo ou negativo, demonstrando os benefícios e os malefícios das decisões tomadas.

A Oficina de Parentalidade é um projeto educacional, preventivo e multidisciplinar desenvolvido pelo Conselho Nacional de Justiça, direcionado as famílias em conflito, com objetivo de orientar as famílias sobre a comunicação não-violenta e a paz familiar e social, podendo ser representada através das relações narrativas, apresentada na Figura 1.

Figura 1

Relações Narrativas

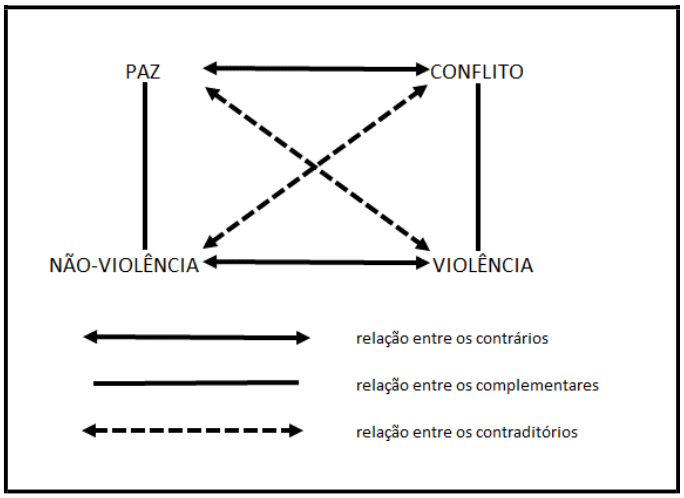


Na figura 1, as relações narrativas demonstram o envolvimento dos personagens e seus papeis, a Oficina de Parentalidade é o Destinador e a Família é o Destinatário. Os Sujeitos são os pais ou filhos e o Objeto de Valor é a educação. A Oficina busca atingir o Destinatário (Família) que atinge os Sujeitos (Pais e Filhos) com o Objeto de Valor (educação). A família é formada pelos Pais e Filhos, tendo interesse na educação fornecida pela Oficina.

No Quadrado Semiótico, observa-se a ideia de ação entre o destinador e o destinatário (sujeito e o objeto), demonstrando a relação: entre os contrários, entre os complementares e entre os contraditórios.

Figura 2

Quadrado Semiótico

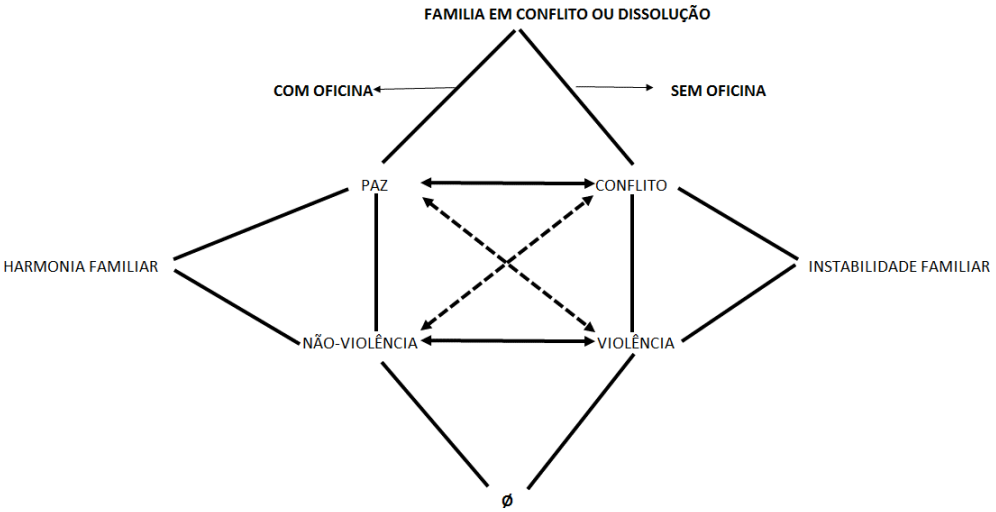


Na figura 2, o quadrado semiótico mostra a relação de oposição entre os contrários (paz e conflito) e (não-violência e violência). Na relação entre os complementares, a paz gera não violência e o conflito gera violência ou caus. Na relação entre os contraditórios, a paz é contraditória da violência e o conflito é contraditório da não-violência.

A semântica profunda analisa todo universo envolvido aquele personagem, através dos seus valores sociais e morais, bem como as consequências de seus atos, podendo ser positiva ou negativa. Depende das suas escolhas.

Figura 3

Octógono Semiótico



Na figura 3, octógono semiótico analisa os efeitos da Oficina de Parentalidade nas pessoas que vivem em comunidade familiar. A família em processo de conflito ou dissolução, o participante da Oficina de Parentalidade entende que a paz existe através da comunicação não-violenta, encontrando a harmonia familiar. No prisma oposto ou contrário da harmonia familiar, o conflito e a violência permanecem, gerando a instabilidade ou desarmonia familiar. No excludente, a não-violência e a violência anulam-se entre si, tornando-se zero.

Segundo Prados (2008, p.79), "a percepção assimila a co-presença das coisas, integra a causa e a consequência, através da expectativa e da previsão, associando a defesa e a apropriação em contexto de figurativização". Assim, se a família em conflito busca a Oficina de Parentalidade para encontrar a paz, através da comunicação não-violenta, restabelece a harmonia familiar. No caso contrário, a família não procura a Oficina de Parentalidade, a família permanece em conflito com violência, gerando instabilidade familiar. Portanto, "a figurativização é concebida como uma propriedade semântica fundamental da linguagem, que proporciona manifestações graduais de acordo com o uso que o discurso faz dela" (Prados, 2008, p.79).

CONCLUSÃO

O artigo apresenta um estudo sobre a Semiótica da Oficinas de Parentalidade desenvolvida pelo Conselho Nacional de Justiça.

A utilização dos elementos da teoria da Semiótica do discurso mostra a eficiência da lógica no campo da Oficina de Parentalidade, demonstrando todo o percurso da matéria em estudo, os seus efeitos positivos e negativos da utilização ou não utilização das oficinas no ambiente familiar.

A cultura da paz está relacionada à prevenção e a resolução de conflitos, através da comunicação não violenta, mediante atos de: solidariedade, tolerância, respeito aos direitos individuais e a liberdade de opinião.

Para tanto, há necessidade de que quatro pilares da educação sejam respeitados: aprender a conhecer, aprender a fazer, aprender a viver juntos e aprender a ser.

Conhecendo os quatro pilares da educação, o benefício da Oficina de Parentalidade e Divórcio é imenso, porque as famílias aprendem a se conhecer como seres humanos interligados entre si, mantendo diálogo através da comunicação não violenta entre os idosos, o casal e os

filhos. Cada um coloca-se no lugar do outro, tentando entender o que outro necessita e os seus reais interesses.

A conscientização do termo família proporciona aos indivíduos, a necessidade de manutenção do convívio pacífico para convivência com os idosos, a criação e educação dos filhos de forma harmônica, evitando que a família seja destruída e falsas denúncias de alienação parental.

As famílias que fizeram a Oficina de Parentalidade e Divórcio chegam mais tranquilas para uma sessão de conciliação ou para uma audiência de instrução e julgamento do processo, trazendo soluções que elas mesmas encontraram para resolver o litígio.

Como educação não-formal e Resolução de Conflitos, a Oficina de Parentalidade e Divórcio é um ponto inicial de Política Pública de Tratamento adequado dos conflitos familiares, buscando a pacificação social familiar, evitando longos litígios que prejudicam os idosos e o desenvolvimento da criança e do adolescente, contribuindo com a construção da cidadania.

Assim, a análise semiótica do discurso contribui com a evolução e continuidade das Oficinas de Parentalidade desenvolvida pelo Conselho Nacional de Justiça, como ferramenta de estabilização e consciência do pertencimento da família na vida cotidiana da sociedade. A familiar é a viga mestra da sociedade.

REFERÊNCIAS

BRASIL **Código Civil,** Lei nº 10.406/2002.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil,** 1988.

CHAUÍ, Marilena. **Convite à filosofia.** São Paulo: Ática, 1997.

CUÉLLAR, Javier Pérez (org.). **Nossa Diversidade Criadora**: relatório da comissão mundial de cultura e desenvolvimento. Campinas/SP: Papirus, Brasília: Unesco, 1997.

DIAS, Alvaro Roberto. **A aplicação da semiótica discursiva na análise da comunicação publicitária para a divulgação da marca**. In: Porto Alegre, UFRGS, n. 37, p. 394-412, set/dez. 2016. DOI: http://dx.doi.org/10.19132/1807-8583201637.394-412. Acesso: 22/11/2017.

GREIMAS, Algirdas Julius. **Semântica Estrutural**: Pesquisa de Método. São Paulo: Editora Cultrix e Editora da Universidade de São Paulo, MCMLXXVI.

HELLINGER, Bert. **Ordens do Amor.** São Paulo: Cultrix, 2014.

PIERCE, Charles Sanders. **Semiótica**. São Paulo: Editora Perspectiva S.A, 2015.

PRADOS, Rosália Maria Netto. **Linguagens e construção do sentido**: os universos discursivos literários e as paixões. In: Linguagens, tecnologias, culturas: discursos contemporâneos. São Paulo: Factash Editora, 2008, p.47-89.

PRADOS, Rosália Maria Netto. **Semiótica**, Discurso e Cultura. Factash Editora, 2009, p.11- 28.

SANTAELLA, Lucia. **Semiótica Aplicada**. São Paulo: Pioneira Thomson Learning, 2005.

SANTANA, Claudia Feitosa et al. **Espaço de Cores**. São Paulo: Psicologia USP, 2006, 17(4), 35-62.

GT 4 - 1
GLOBALIZAÇÃO, SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO, DEMOCRACIA, CIDADANIA E POLÍTICA I

Coordenadores:
Prof. Dr. José Marcos Miné Vanzella (UNISAL)
Profa. Dra. Maria de Fátima Ribeiro (UNIMAR)
Profa. Ms. Ana Luísa Tarter Nunes (UnB)

A GLOBALIZAÇÃO COMO ELEMENTO TRANSFORMADOR DA SOBERANIA ESTATAL: A SOCIEDADE EM REDE E A (IN)CAPACIDADE ESTATAL DE CONTROLE DOS FLUXOS DE DADOS

Ana Cláudia Favarin Pinto
Mestranda em Direito no PPGD/UFSM. Membro do Grupo de Pesquisa Phronesis: Jurisdição e Humanidades da UFSM. Endereço eletrônico: anaclaudia.favarin@gmail.com

Bruna Andrade Obaldia
Mestranda em Direito no PPGD/UFSM. Membro do Núcleo de Estudos Avançados em Processo Civil(NEAPRO) da UFSM. Bolsista CAPES. Endereço eletrônico: obaldiabruna@gmail.com

RESUMO: O presente trabalho busca investigar a globalização enquanto elemento incidente na soberania do Estado. Intimamente relacionada com o desenvolvimento da sociedade em rede, a globalização redesenha novas relações econômicas, políticas e sociais. Assim, o estudo divide-se em duas seções. Inicia-se pela investigação do fenômeno da globalização enquanto mecanismo capaz de reconfigurar os conceitos de soberania estatal e a decorrente necessidade de remodelagem do Estado em face da sociedade em rede. Ato contínuo, o segundo capítulo aborda a (in)capacidade estatal de controle dos fluxos de dados em tempos de sociedade em rede. Ante a isso, questiona-se: na era da sociedade em rede, o Estado detém capacidade para controlar os crescentes fluxos de dados, na perspectiva do mundo globalizado? Para responder a problemática levantada, o estudo utiliza o método de abordagem dedutivo, juntamente com o método de procedimento monográfico e a técnica de pesquisa bibliográfica. Ao final, a pesquisa permitirá depreender que os Estados estão se deparando com o enfraquecimento de sua soberania, e com a sua incapacidade de acompanhar a complexidade advinda dos movimentos da sociedade em rede

PALAVRAS-CHAVE: Fluxo de Dados. Globalização. Soberania. Sociedade em Rede.

ABSTRACT: The work pretends to investigate globalization as an element that affects the State sovereignty. Closely related to the development of a network society, globalization is redesigning new economic, political and social relations. Thus, the study is divided into two sections. It begins with the investigation of the phenomenon of globalization as a mechanism capable of reconfiguring the concepts of state sovereignty and the resulting need to remodel the State in the face of the network society. Immediately thereafter, the second chapter deals with the state's (in)capacity to control data flows in times of network society. In view of this, the question arises: in the era of the network society, does the state have the capacity to control the growing data flows, in the perspective of the globalized world? To answer the problem raised, the study uses the deductive approach method, together with the monographic procedure method and the bibliographic research technique. In the end, the research will reveal that States are facing a weakening of their sovereignty, and their inability to keep up with the complexity arising from the movements of network society.
KEYWORDS: Data Flows. Globalization. Network Society. Sovereignty.

INTRODUÇÃO

A globalização é um fenômeno que modificou, em vasta medida, os modos de ser e viver em sociedade. Assim, não só produziu transformações significativas em segmentos relacionados à economia, à política e, principalmente, àqueles vinculados às relações de consumo, como também alterou a forma com que a soberania estatal se estabelece. Do mesmo modo, a globalização também viabilizou, por meio do avanço tecnológico, o crescimento dos fluxos de dados, sendo que, inevitavelmente, transcorreu-se a perda no controle sobre a circulação destas informações.

Nessa seara, afigura-se fundamental repensar o fenômeno da globalização, no contexto da sociedade em rede, considerando-se as possibilidades de reconfiguração dos conceitos de soberania estatal, propondo-se, desse modo, uma remodelagem do Estado. Destarte, a partir desta reflexão, elaborou-se o seguinte problema de pesquisa: na era da sociedade em rede, o Estado detém capacidade para controlar os crescentes fluxos de dados, na perspectiva do mundo globalizado?

Assim, constitui objetivo central deste ensaio investigar a globalização como elemento que exerce influência direta na soberania estatal, compreendendo-se o fenômeno do fluxo de dados e a incapacidade do Estado em controlá-los. Especificamente, são objetivos deste trabalho estudar a globalização enquanto fenômeno apto a reconfigurar os conceitos tradicionais que envolvem a soberania estatal e a consequente necessidade de remodelagem do atual modelo de

Estado em face de uma sociedade em rede, bem como perquirir sobre o fenômeno do fluxo de dados frente à incapacidade do Estado em controlar esses fluxos com os meios de que tradicionalmente dispõe.

Para o desenvolvimento deste estudo, adota-se a abordagem dedutiva uma vez que partir-se-á de uma compreensão geral acerca do Estado e de sua soberania, perpassando pela globalização, até restringir o campo de estudo à especificidade do fluxo de dados, adotando os conceitos generalistas anteriormente abordados, para obter respostas específicas ao problema apresentado. Na mesma linha de entendimento, opta-se pelo procedimento monográfico e pela técnica de pesquisa bibliográfica, visto que utilizar-se-á da doutrina que aborda a temática discutida. Nesse ponto, servirá de aporte a este trabalho, notadamente, a bibliografia de José Luis Bolzan de Morais e de Manuel Castells.

Este artigo será estruturado em quatro seções, inauguradas por esta introdução. A segunda seção, sob a forma de desenvolvimento, tratará, no primeiro subtópico, da globalização enquanto um fenômeno capaz de reconfigurar os conceitos de soberania estatal e da necessidade de remodelagem do Estado no contexto da sociedade em rede. Já o segundo subtópico do desenvolvimento desta pesquisa, versará sobre a incapacidade estatal de controle dos fluxos de dados, também inserido no cenário da sociedade em rede. Derradeiramente, a última seção desenvolver-se-á sob a forma de conclusão do ensaio realizado, trazendo a resposta da problemática de pesquisa levantada.

Em vista disso, destaca-se que este tema apresenta relevância jurídica e social, devendo ser explorado no meio acadêmico, tendo em vista que a globalização é fenômeno que alterou de modo substancial as relações estatais, sendo de interesse da coletividade o desenvolvimento de estudos aprofundados acerca da capacidade do Estado em controlar os fluxos de dados no mundo globalizado.

1 A GLOBALIZAÇÃO ENQUANTO FENÔMENO CAPAZ DE (RE)CONFIGURAR OS CONCEITOS DE SOBERANIA ESTATAL: A NECESSIDADE DE (RE)MODELAGEM DO ESTADO EM FACE DA SOCIEDADE EM REDE

A soberania é um elemento imprescindível para a constituição estatal, responsável por figurar como uma das condições de possibilidade para o estudo da teoria do Estado Moderno, tendo em vista que é nesse recorte temporal em que seu conceito é forjado, sob a inteligência de Jean Bodin. É claro que, anteriormente à Bodin, já haviam pinceladas que induziam a um teor semelhante do que mais tarde levaria a alcunha de soberania. No Estado absolutista, por exemplo, a centralização e unicidade de poder nas mãos do rei era fator indicativo de uma

soberania; poder irrestrito e ilimitado que propiciou, inclusive, denominar o monarca de soberano.

Em uma linha sequencial de temporalidade, é em Rousseau que, ante a derrocada do Estado absolutista e, ato contínuo, a instauração do Estado liberal de direito, a soberania adquire um delineado mais próximo ao conceito contemporâneo. Ao inaugurar o poder político da burguesia enquanto classe, a Revolução Francesa é responsável também por pulverizar esse poder (antes concentrado nas mãos do rei), impondo severas limitações ao Estado. Todavia, a soberania parecia estar ligada diretamente ao poder.

Nesse contexto, Streck e Bolzan de Morais (2014, p. 109) dispõem que "posteriormente, será o próprio Estado, como personalidade jurídica, que deterá a titularidade desta, acrescentando-a como uma de suas peculiaridades." Há a ideia de que, com o passar do tempo, assim como os modelos estatais, a conceituação de soberania perpassou por incontáveis alterações. Isso porque, como bem se sabe, a concepção de Estado – e, pois, de seus elementos intrínsecos – estava umbilicalmente ligada às matrizes econômicas, políticas e sociais de cada quadra da história.

Acerca de tal relação estabelecida entre a história do Estado e o fenômeno da soberania é possível depreender, sob a égide dos ensinamentos de Streck e Bolzan de Morais (2014, p. 109), que

> A soberania caracteriza-se, historicamente, como um poder que é juridicamente incontrastável, pelo qual se tem a capacidade de definir e decidir acerca do conteúdo e aplicação das normas, impondo-as coercitivamente dentro de um determinado espaço geográfico, bem como fazer frente a eventuais injunções externas. Ela é, assim, tradicionalmente tida como una, indivisível, inalienável e imprescritível.

Muito embora o ideal de soberania esteja, ao menos historicamente, interligado às concepções – advindas ainda do período de vigência de um Estado absolutista – de poder absoluto e irrestrito, abandonar essa perspectiva em face da atual configuração de Estado que a sociedade experimenta é medida que se impõe. Para Ranieri (2013, p. 84), a relação entre soberania e poder se dá no sentido em que a soberania é entendida como "o poder que já se fez instituição [...], isto é, o poder que se revela, que se exprime, que se concretiza na unidade de um sistema jurídico e na coordenação dos órgãos destinados a exercê-lo."

Significa que, em utilização às palavras de Streck e Bolzan de Morais (2014, p. 109) "falar em soberania, nos dias que correm, como um poder irrestrito, muito embora seus limites jurídicos, parece mais um saudosismo do que uma avaliação lúcida dos vínculos que a circunscrevem." Assim, tendo em vista que a conexão imediata dos conceitos de soberania à ideia de poder irrestrito é equivocada, é necessário entender porque, nos dias atuais, esse vínculo se mostra ultrapassado.

O contexto atual de mundo está inserido, inegavelmente, em uma sociedade em rede. Essa sociedade que, para Cardoso (2007, p. 28), é "caracterizada por uma mudança na sua forma de organização social, possibilitada pelo surgimento das tecnologias de informação num período de coincidência temporal com uma necessidade de mudança econômica [...] e social." Nessa perspectiva, sobre o conceito de rede, Manuel Castells (1999, p. 566) explicita que

> Redes são instrumentos apropriados para a economia capitalista baseada na informação, globalização e concentração descentralizada; para o trabalho, trabalhadores e empresas voltadas para a flexibilidade e adaptabilidade; para uma cultura de desconstrução e reconstrução contínua; para uma política destinada ao processamento instantâneo de novos valores e humores públicos; e para uma organização social que vise a suplantação do espaço e invalidação do tempo. Mas a morfologia da rede também é uma fonte de drástica reorganização das relações de poder. As conexões que ligam as redes (por exemplo, fluxos financeiros assumindo o controle de impérios da mídia que influenciam os processos políticos) representam os instrumentos privilegiados do poder. Assim, os conectores são os detentores do poder. Uma vez que as redes são múltiplas, os códigos interoperacionais e as conexões entre redes tornam-se as fontes fundamentais da formação, orientação e desorientação das sociedades.

O fenômeno da sociedade em rede, para Cardoso (2007, p. 25), está "relacionado com a globalização, ou seja, com a formação de uma rede de redes globais que ligam seletivamente, em todo o planeta, todas as dimensões funcionais da sociedade." A sociedade em rede está, pois, ligada diretamente ao fenômeno da globalização. Destarte, "no decorrer da história, o Estado se viu sujeito aos influxos dos diversos sistemas sociais. Isso exigiu mudanças na sua formatação, o que, por um lado, contribuiu para a sua consolidação e, por outro, demandou adaptações e transformações." (MENEZES NETO, 2016, p. 29)

Em face do advento da globalização não foi diferente. O estreitamento da integração de cariz internacional nos âmbitos social, cultural, econômico e político – sem prejuízo de outros tantos –, ocasionada a partir do final do século XX, foi responsável por alterar fundamentalmente a lente perceptiva na visão tradicional de Estado. A globalização, enquanto agente transformador de tudo que a sociedade já experimentara, pode ser percebida em todas as esferas contemporâneas. Sobre tal processo de mundialização, surge a discussão que versa sobre uma possível crise que o Estado vem vivendo e que foi, por sua vez, desencadeada pela globalização.

Interligando todos os institutos já abordados, é possível alegar que o conceito de soberania estatal, em face da globalização e da sociedade em rede na qual o mundo está atualmente inserido, precisa de um redesenho. Sobre isso, nas palavras de Costa (2018, p. 24), insta salientar que "o conceito de soberania no sentido clássico e o entendimento do papel das

normas jurídicas internas a cada país sofrem alterações para dar conta de novos paradigmas construídos no contexto da globalização em direito ao processo de integração de mercados.” Corroborando com tal ideia, Streck e Bolzan de Morais (2014, p. 162) alertam que “o conceito de soberania sofre inexoráveis consequências com o processo de transnacionalização pela qual passa o mundo”.

Há que se ter cuidado ao tratar da temática. A justificativa de tal afirmação advém da pertinente colocação posta por Menezes Neto (2016, p. 30), que é pontual ao salientar que “o problema é que a maior parte das análises sobre globalização tende a colocar o Estado no papel de vítima de um processo de desconstrução das suas estruturas, o que não é, necessariamente, verdade.” A historicidade presente na própria teoria do Estado é capaz de mostrar que:

> O Estado moderno dos primórdios do século XXI se defronta, no seu território e na ordem internacional, com uma pluralidade de centros decisórios e de produção do direito, não estatais ou supraestatais, o que implica a relativização da centralidade, unidade e territorialidade do poder estatal. Sua soberania é partilhada ou compartilhada com os demais sujeitos da ordem internacional e regional, provocando o declínio da autoridade estatal assim como a perda do monopólio do poder político. De outro lado, a prevalência da economia sobre a política, em grande parte por obra de processos de transnacionalização dos mercados de insumos, produção, capitais, finanças e consumo, e da perda do controle estatal sobre a moeda, associada à tecnologia da informação e à organização da sociedade em rede relativizou a soberania dos Estados. Por essa razão é que, na sociologia e na ciência política, fala-se do renascimento dos Estados como “atores”, com sua competência institucional original dividida entre outros atores públicos e privados no cenário mundial, sofrendo a concorrência dos jogos informais de poder, animados por redes com as quais os Estados têm de conviver, dentro e fora de seu território. (RANIERI, 2013, p. 102)

Em face dessa construção histórica do Estado, é perceptível que a globalização – enquanto fenômeno que reconfigura os conceitos de soberania estatal – deflagra a necessidade de remodelagem da própria estrutura de Estado em face da sociedade em rede em que o mundo está inserido. Isso porque, para Menezes Neto (2016, p. 38), “a modernidade (e, em especial, sua grande intervenção político-jurídica, o Estado) passa por uma fase de desconstrução de paradigmas decorrente do envelhecimento e da incompatibilidade das suas estruturas com os processos dominantes na sociedade contemporânea.”

O cenário enfrentado pelo Estado – e, pois, pela sua soberania – face à globalização pode ser encarado como uma crise. Todavia, seja dada a nomenclatura que for, o fato em si “não se trata de um problema novo: desde a sua criação, o Estado teve que lidar com os influxos de outras esferas de poder que, com ele, concorriam.” (MENEZES NETO, 2016, p. 38). Ademais, essa visão que se tem de crise não precisa, definitivamente, decorrer de uma ideia direta de fracasso: crises que apontam falhas de modelo estruturais podem ser demonstrativos da

necessidade de que outro paradigma deve ser construído. Sob esse aspecto, uma crise pode ser a saída para que um novo modelo estatal, compatível com as necessidades atuais da sociedade, se instaure.

De qualquer modo – ou sob qualquer perspectiva –, a remodelação conceitual que gira em torno da soberania – motivada pelo fenômeno da globalização – é algo que se impõe. Adaptar-se à temporalidade na qual está inserida é conduta básica a ser tomada pelo Estado e, assim, também pela soberania. Sem extremismos, tal ideia não significa acabar com a figura do Estado ou, em contraponto, entendê-lo como plenamente capaz e suficiente em tempos atuais. Destarte,

> ao invés de negar a importância do Estado ou de, pelo contrário, acreditar na possibilidade de sua aplicação em escala mundial, essa nova ordem multilateral [...] requer a superação da noção de Estado da Idade Moderna, extremamente arraigada à indivisibilidade da soberania e à rigidez-espaço temporal. (MENEZES NETO, 2016, p. 41)

2 A (IN)CAPACIDADE ESTATAL DE CONTROLE DOS FLUXOS DE DADOS EM TEMPOS DE SOCIEDADE EM REDE

Conforme já demonstrado, a sociedade tem se modificado ao longo dos tempos, principalmente em razão da sociedade em rede, se torna cada vez mais difícil que o Estado consiga controlar o fluxo de informações na sociedade em rede, surgindo a necessidade de que o Estado se remodele, a fim de se adaptar aos novos desafios propiciados pela globalização.

É notório que na era global, especificamente sob a ótica da globalização e do desenvolvimento tecnológico, tem ocorrido diversas mudanças na sociedade e na forma de organização do Estado. As estruturas sociais que surgiram nos últimos anos, alteram a forma como a sociedade se organiza principalmente em razão do fato de estarem vinculadas à globalização, ao fluxo de dados e à comunicação em rede. A partir desse contexto, também paira a concepção de soberania que, frente à sociedade em rede, sofre alterações constantemente.

O poder de interconexão, bem como o de transmissão de dados possibilita que a comunicação de forma global se torne cada vez mais fácil. A informação chega até onde o usuário estiver, e isso se dá pela conectividade e facilidade de propagação de dados que é propiciada pela rede, ou seja, o processo de globalização contribui fortemente para que os fluxos de dados que mudem as formas de transmissão de informação e inovação e estabeleçam novos mecanismos de interação entre seus usuários.

Os fluxos de dados na sociedade global podem ser explicados por uma cadeia interconectada de forma global que permite a circulação de diversos elementos e,

principalmente, informações. Além de transmitir fluxos valiosos de informação e de ideias em si, os fluxos de dados permitem o movimento de bens, serviços, finanças e pessoas.

Ainda que a modalidade de organização em rede não seja nova, o surgimento da tecnologia da informação e a velocidade de propagação dos dados possibilita a expansão da rede de forma rápida e com alto alcance. Nesse sentido, Habermas aduz que

> "rede" [Netzwerk] tornou-se uma palavra-chave, e tanto faz se se trata das vias de transporte para bens e pessoas, de correntes de mercadorias, capital e dinheiro, de transmissão e processamento eletrônicos de informações ou de circulações de pessoas, técnica e natureza (HABERMAS, 2001, p. 84).

A fim de corroborar com tal linha de pensamento, Manuel Castells afirma que "[...] essa lógica de rede induz a uma determinação social de nível mais alto que aquele dos interesses sociais específicos expressos através das redes: o poder dos fluxos prevalece em relação aos fluxos do poder" (CASTELLS, 2010b, p. 500). Essa sociedade é chamada por Castells de "sociedade em rede".

Destarte, a modernização impulsionou a sociedade em rede, o que contribuiu para que os fluxos de dados se tornassem cada vez mais rápidos, mudando as formas de interação social e formando novos nichos. O Estado passou a se comunicar em forma de rede e perdeu o total controle sobre o fluxo de informações e dados a que os usuários possuem contato, esbarrando na necessidade de uma descentralização do poder, proporcionada pela atuação em rede, mediando as relações entre local e global, caracterizando o que Castells irá chamar de Estado-Rede.

Boaventura de Sousa Santos, retomando o processo histórico do avanço da globalização, asseverou:

> Entende-se por globalização a intensificação de interações transnacionais para além do que sempre foram as relações entre Estados nacionais, as relações internacionais, ou as relações no interior dos impérios, tanto antigos como modernos. São interações que não são, em geral, protagonizadas pelos Estados, mas antes por agentes econômicos e sociais nos mais diversos domínios. Quando são protagonizadas pelos Estados, visam cercear a soberania do Estado na regulação social, sejam os tratados de livre comércio, a integração regional, de que União Europeia (UE) é um bom exemplo, ou a criação de agências financeiras multilaterais, tais como o Banco Mundial e o FMI. (SANTOS, 2017, n.p)

Resta claro um encolhimento da soberania dos Estados nacionais, dada a difusão e o avanço do fluxo de informações, propiciado pela globalização. Ao mesmo tempo em que permitiu a transposição de barreiras, capitais e dos agentes envolvidos, a globalização também gerou barreiras para os Estados, no que diz respeito ao controle sobre os dados que circulam pela sociedade.

As redes são ambientes que contribuem para que haja a interação, troca de conhecimentos e aprendizado, podendo ser estabelecida de forma local ou global. Referida interação leva ao compartilhamento, o que acaba por impulsionar o fluxo de dados e informações que decorrem do movimento das redes, ou seja, a globalização propicia que a sociedade em rede se apresenta como um canal pelo qual o fluxo de informações e conhecimento ocorre de forma contínua.

Importa referir que a globalização, segundo David Held (1995, p. 21), deve ser entendida como, pelo menos, dois fenômenos distintos. Primeiramente, a globalização significa que muitos aspectos da atividade política, econômica e social estão adquirindo perspectivas globais. Ainda, caracteriza um contexto novo de intensificação dos níveis de interação e interconexão entre Estados e sociedades.

Esta globalização gera novas composições territoriais, ainda que, em sua grande maioria, sejam informais, não mais formadas pelas delimitações das fronteiras estatais, e sim nas relações transfronteiriças que demandam do Estado novas formas de articulação com outras nações e entidades não-governamentais.

Assim, ainda para David Held, a globalização acaba por colocar em risco o modelo de Estado já estabelecido, ainda que não o aniquile. Isso porque atores não sujeitos às tradicionais estabelecidas passam a compor as relações estatais. Assim, sugere o autor, a globalização exige a ressignificação de conceitos como poder, legitimidade política e autoridade, separando-os das associações tradicionais com um território fixo.

Dessa forma, as novas tecnologias fizeram com que o Estado se deparasse com a necessidade de se remodelar, alterando a forma de comunicação e de se relacionar com a população ao exercer seu papel de poder soberano. Ou seja, o Estado passa por uma fase informacional onde a informação proporciona o poder. Consequentemente, com as redes, o poder público se comunica e se torna cada vez mais presente, a fim de obter maior poder de articulação e interação, inclusive no tocante à relação local e global (CASTELLS, 1999, p. 59).

A sociedade em rede e a consequente facilidade dos fluxos de dados, proporcionam mudanças nas estruturas tradicionais de poder, que, embora mais difuso, ainda se concentra.

Entretanto, no contexto da sociedade em rede, o poder tende a concentrar-se mais em elementos que possibilitam que redes distintas se conectem.

Nesse sentido, as fronteiras do Estado nacional não servem para obstaculizar a expansão da globalização e o fluxo das redes. A relação entre espaço, tempo e sociedade sofre uma transformação e o Estado perde sua capacidade de controlar/regular o fluxo global de informação, propiciando uma alteração qualitativa da experiência estatal em relação àquela construída na Idade Moderna (CASTELLS, 2010b, p. XVIII). Os Estados ganham uma

remodelagem dos conceitos de soberania, vez que perdem a capacidade de responder isoladamente à problemática propiciada pelos atores internacionais.

Dito de outro modo, os Estados soberanos adquirem uma nova lógica de operação, onde seu poder é limitado devido à expansão de fatores transnacionais que diminuem a capacidade dos governos de controlarem os indivíduos e as informações que perpassam a sociedade, e que impulsionam essas relações transfronteiriças. Não obstante, Zygmunt Bauman destaca que:

> A integração e a divisão, a globalização e a territorialização, são processos mutuamente complementares. Mais precisamente, são duas faces do mesmo processo: a redistribuição mundial de soberania, poder e liberdade de agir desencadeada (mas de forma alguma determinada) pelo salto radical na tecnologia da velocidade. A coincidência e entrelaçamento da síntese e da dispersão, da integração e da decomposição são tudo, menos acidentais; e menos ainda passíveis de retificação. (BAUMAN, 1999, p. 76).

Essas mudanças, propiciadas pela globalização, representam um desafio à tradicional noção de soberania do Estado. Este vê seu poder de controle diminuído porque a "[...] expansão das forças transnacionais reduz o controle que cada governo pode exercer sobre as atividades de seus cidadãos e dos outros povos" (HELD E MCGREW, 2001, p. 34-35). A interdependência crescente, dentro dessa nova realidade, questiona a legitimidade e a soberania porque diminui a capacidade dos Estados de oferecerem bens e serviços às suas populações sem apelarem para a cooperação internacional.

Conforme já referido, as consequentes mudanças geradas pela globalização alteraram as formas de percepção do tempo e do espaço, tendo em vista a atuação de novos agentes globais em territórios antes isolados. A cisão do espaço e a multiplicação das conexões e interações impactou também o sujeito e o seu processo de identificação com a comunidade em que está inserido.

Nesse ponto, Boaventura de Sousa Santos refere que

> A turbulência actual de escalas e a aceleração do tempo desestabilizaram a equação entre raízes e opções. E assiste-se a uma explosão das raízes e opções. A multiplicação das opções, em tempo chamado de globalização, concorre em simultâneo, e em aparente contradição, com um tempo de localismos, territorializações de identidade, de singularidades, de genealogias, e de memórias [...]. (SANTOS, 2002, p. 513)

Esse processo acaba por aumentar o esgotamento da soberania estatal, cujas causas estão relacionadas à incapacidade do Estado-nação “[...] para navegar nas águas inexploradas e turbulentas entre o poder das redes globais e os desafios das identidades singulares” (CASTELLS, 2010a, p. 304).

Entretanto, não resta caracterizada uma completa desestruturação do Estado, tendo em vista que suas instituições políticas, frequentemente, resistem à perda do poder. O grande desafio dos Estados é o fato de que os fluxos de dados, atravessando todas as nações, não podem ser controlados da maneira desejada pelos soberanos.

Isso demonstra que o direito, por diversas vezes, tentou controlar de certa forma a tecnologia da informação e a velocidade do fluxo de dados. Porém, os juristas estão fortemente ligados à ideia da necessidade da territorialidade estatal, de modo que suas tentativas de controle têm pouca ou nenhuma efetividade. Nesse sentido, Castells entende que

> [...] nos próximos anos, os Estados-nações lutarão para controlar a informação circulando nas redes de comunicação globalmente interconectadas. Eu aposto que é uma batalha perdida. E, com sua eventual derrota, cairá a pedra angular do poder estatal. De modo geral, a globalização/localização das mídias e das comunicações eletrônicas equivale à desnacionalização e desestatização da informação, duas tendências por enquanto inseparáveis (CASTELLS, 2010a, p. 320-321).

O enfraquecimento da soberania na sociedade em rede possui relação direta com o surgimento de novas estruturas não estatais de poder. O Estado se apresenta vulnerável aos ataques das diversas fontes de poder, sofrendo mudanças em suas funções, passando a agir como o centro de uma rede descentralizada de poder. Nesse sentido, os fluxos de dados se mostram como fator de grande importância para que tal realidade seja estabelecida.

O Estado passa por profundas transformações desde sua origem, cujas mudanças tecnológicas aceleram a integração e os fluxos de informação, provocando uma reorganização nas estruturas hegemônicas de poder e em suas hierarquias no mundo.

A conclusão parece estar no fato de que, dentro da rede, o Estado nacional encontra dificuldades para agir unilateralmente, sobretudo, em questões que transcendem as fronteiras de seu território. Tal dificuldade resta demonstrada, principalmente, em razão da agilidade com a qual o fluxo dos dados encontra as esferas nacionais, supranacionais, públicas e privadas, aliada à concepção tradicional e ultrapassada de Estado que ainda vige no pensamento político.

Dessa forma, o Estado e o Direito já estabelecidos se apresentam insuficientes para resolver os impasses oriundos da problemática ocasionada pelos fluxos de dados advindos do contexto da sociedade em rede. O Estado não pode mais ser visto como suficiente em si mesmo, dada a interligação e conexão instantânea entre os indivíduos, estejam em que localidade for.

Em síntese, o Estado é incapaz de lidar com os problemas globais relacionados aos fluxos globais de dados e informações, mas não no que diz respeito à resolução dos problemas dos indivíduos. A globalização aponta para um processo de diminuição sistemática da soberania e do poder do Estado-nação.

Resta claro que é desconstruída a ideia de soberania como algo absoluto. Até mesmo na Era Moderna, a efetiva soberania dos Estados era muito maior que a realidade. A história dos últimos séculos, para Anthony Giddens (2003, p. 61), não foi uma história de gradual perda de soberania do Estado, mas um processo desigual de perda para alguns e ganho para outros.

Gradualmente, os Estados vêm perdendo, quase que de forma imperceptível, sua soberania. O Estado, antes soberano, se transforma e está cada vez mais flexível, surgindo assim, um novo conceito de Estado soberano.

Assim, é possível concluir que o modelo estatal moderno não é capaz de abarcar a complexidade dos movimentos da sociedade em rede e, consequentemente, do fluxo de dados, criando um espaço que é ocupado por forças incontroláveis de poder. A formação desse espaço é perigosa devido ao fato de que a resposta jurídica tradicional se caracteriza, em uma falsa ideia de segurança, apta a solucionar os referidos problemas.

CONCLUSÃO

Essa pesquisa buscou investigar a globalização enquanto elemento incidente na concepção do conceito e atuais possibilidades da soberania do Estado. Intimamente relacionada com o desenvolvimento de uma sociedade em rede, o fenômeno da globalização é responsável por redesenhar novas e diversas relações culturais, econômicas, políticas e/ou sociais.

Assim, a globalização não só produziu transformações significativas nos diversos segmentos da sociedade, como também alterou a forma com que a soberania estatal se estabelece; portanto, incidindo vigorosamente no cerne do Estado. Da mesma forma, a globalização também viabilizou, por meio do avanço tecnológico, o crescimento dos fluxos de dados, sendo que, inevitavelmente, transcorreu-se uma perda no controle sobre a circulação destas informações.

Com o fortalecimento da globalização e do avanço do fluxo de informações, nota-se a tendência da flexibilização do conceito de soberania. A soberania acaba por não utilizar seu conceito de outrora, não é apenas no território que os desafios aos Estados estão localizados, as fronteiras se tornaram meras demarcações geográficas, servindo apenas de referência para fenômenos físicos.

Os fluxos globais não abarcam conceitos de fronteira, pois estão sob uma nova perspectiva da modernidade, onde a divisão do território de nada serve para barrar o seu avanço, isso devido, principalmente, ao fato de a sua velocidade de propagação se estende por todos os cantos do mundo, sem observar as fronteiras estatais.

Sob essa ótica, o surgimento das novas tecnologias da informação coloca à prova o modelo tradicional de soberania do Estado, uma vez que tais tecnologias desestabilizam as já estabelecidas hierarquias associadas à modernidade sólida. Embora continuem existindo em diversos contextos da vida social, essas estruturas de poder da Era Moderna possuem baixa capacidade de controlar os fluxos globais de dados do mundo contemporâneo.

Essa nova realidade tem influenciado o modo como os países se relacionam entre si, bem como o próprio comportamento estatal interno, indicando uma configuração do que, possivelmente possa vir a ser um novo modelo de Estado, constituído por diferentes perspectivas, que se remodela em razão da necessidade de acompanhar a velocidade de evolução da globalização. O efeito da globalização atinge todas as áreas do Estado não fazendo acepção de limites e o avanço tecnológico fragmenta as fronteiras trazendo dificuldades para os governos locais normatizarem regras de controle do fluxo de informações.

Somado a isso, esta pesquisa concluiu que o atual modelo estatal moderno não é suficientemente capaz de acompanhar a complexidade advinda dos movimentos da sociedade em rede em que o mundo está atualmente inserido, havendo a necessidade de adição de novas respostas para problemas igualmente novos. Isso porque estes últimos não podem ser pensados somente a partir do direito estatal caso se deseje garantir a efetividade da soberania de que se devem valer as instituições jurídicas regulamentadoras de direitos.

REFERÊNCIAS

GIDDENS, Anthony. The Globalizing of Modernity. In: HELD, D.; MCGREW, A. **The Global Transformations Reade**r: An Introductionto the Globalizing Debate. 2. ed. Cambridge: Polity, 2003.

BAUMAN, Zygmunt. **Globalização e as consequências humanas**. Tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Zahar, 1999.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **A ilusória desglobalização**. Outras palavras. 2017. Disponível em https://outraspalavras.net/posts/boaventura-a-ilusoria-desglobalizacao/ Acessado em 20 jun. 2020.

CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

CASTELLS, Manuel. **The power of identity**: The information age – economy, society and culture. 2. ed. Chichester: Wiley-Blackwell, v. 2, 2010a.

CASTELLS, Manuel. **The rise of the network society**: The information age – economy, society and culture. 2. ed.Chichester: Wiley-Blackwell, v. 1, 2010b.

CARDOSO, Gustavo. **A Mídia na Sociedade em Rede:** Filtro, Vitrines, Notícia. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2007.

COSTA, Hirdan. Globalização e soberania: análise dos possíveis efeitos dinâmicos da integração. **Revista de Direito Internacional e Globalização Econômica**, v. 04, n. 04, 2018, p. 23-36. Disponível em: https://revistas.pucsp.br/DIGE/article/view/40608/27241. Acesso em: 10 jun. 2020.

HABERMAS, Jürgen. **A constelação pós-nacional**: ensaios políticos. Tradução de Márcio Seligmann-Silva. São Paulo: LitteraMundi, 2001.

HELD, David. **Democracyandthe Global Order**: FromtheModernStatetoCosmopolitanGovernance. Stanford: Stanford University Press, 1995.

HELD, David; MCGREW, Anthony. **Prós e contras da globalização**. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

MENDES, José Manuel Oliveira. **O desafio das identidades**. In: SANTOS, Boaventura de Sousa. A Globalização e as Ciências Sociais. 2º edição. São Paulo: Cortez, 2002. p. 513

MENEZES NETO, Elias Jacob de. **Surveillance, democracia e direitos humanos: os limites do Estado na era do big data.** 293f. Tese (Doutorado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos. São Leopoldo, 2016, 291 f. Disponível em:http://www.repositorio.jesuita.org.br/handle/UNISINOS/5530. Acesso em: 08 jun. 2020.

RANIERI, Nina Beatriz Stocco. **Teoria do Estado:** do Estado de Direito ao Estado Democrático de Direito. Barueri: Manole, 2013.

STRECK, Lenio Luiz; BOLZAN DE MORAIS, José Luis. **Ciência política e teoria do Estado**. 8. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

O DIREITO À PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS COMO UM DIREITO FUNDAMENTAL

Daniele de Andrade Malta
Mestranda em Direito, Justiça e Desenvolvimento no IDP. Aula especial em regulação bancária no mestrado em Direito e Economia da FGV. Especialista em Análise Econômica do Direito pela Unicamp. Pós graduada em Direito Empresarial e graduada em Direito pela Unisal. Advogada do departamento jurídico interno do Banco do Brasil.

Resumo: O presente artigo busca tratar do direito à proteção de dados pessoais no contexto da sociedade da informação, com enfoque sobre a pertinência jurídica de sua positivação constitucional como direito fundamental, à luz da evolução dos direitos da personalidade e do direito à privacidade.
Palavras-chave: Direitos fundamentais, direitos da personalidade, privacidade, proteção de dados pessoais.

Abstract: This article examines the protection of personal data in the context of the information society, with a focus on the law relevance of its constitutional positiveity as a fundamental right, and the evolution of personality rights and the right to privacy.
Keywords: Fundamental rights, personality rights, privacy, protectionn of personal data.

INTRODUÇÃO

A monetização dos dados pessoais e sua crescente relevância na sociedade da informação, contexto sintetizado na célebre assertiva da comissária europeia pela proteção dos consumidores, Meglena Kuneva *"os dados pessoais são o novo petróleo da Internet e a nova moeda do mundo digital*"[1], intensificaram o debate sobre a tutela jurídica a ser conferida a matéria.

Problematizações inéditas na seara jurídica advieram deste cenário e impulsionaram a promulgação de novos e importantes instrumentos legislativos, com especial destaque ao Regulamento Geral de Proteção de Dados da União Europeia (GDPR*)*, no espectro internacional, e a Lei nº 13.709/18 – Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD), em âmbito nacional.

[1] KUNEVA. Meglena. **Discurso proferido na mesa redonda sobre coleta de dados, direcionamento e perfilação**. Bruxelas. 31 de março de 2009.

Diante desse novo arcabouço jurídico, ganha relevo o questionamento sobre a concepção do direito à proteção de dados pessoais à luz de sua conformação aos direitos da personalidade e sua interface com o direito à privacidade.

Nesse espectro, emerge o debate sobre a necessidade de alçar o direito a proteção de dados ao status de direito fundamental autônomo, inclusive mediante positivação expressa, o que resta consubstanciado na Proposta de Emenda à Constituição (PEC) nº 17/2019[2].

1 O DIREITO A PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS COMO DIREITO FUNDAMENTAL

O ineditismo das relações entabuladas pela sociedade digital exige uma evolução do direito, no sentido de sua adequação as demandas sociais contemporâneas, as quais desafiam novas formas de proteção, sem, contudo, dissociar-se dos valores e princípios inerentes a ordem jurídica posta.

Nessa perspectiva, o desenvolvimento de uma hermenêutica constitucionalmente válida a respeito da proteção de dados, sua interpretação sistemática ante aos novos diplomas legislativos sobre a matéria[3] e de uma eventual imperatividade de sua positivação como direito fundamental, perpassa, *a priori*, pelo seu estudo à luz do direito da personalidade e seu corolário direito à privacidade.

Os direitos da personalidade nascem no espectro do direito público como resposta ao absolutismo do Estado e da consequente busca pela valorização do cidadão, cujos marcos históricos são a Revolução Norte-americana, em 1776, e a Revolução Francesa, em 1789.

Destacam-se como signos normativos do direito da personalidade, sob a égide dos ideais supramencionados, os seguintes diplomas: a Declaração Americana (1776), a Declaração Francesa (1789) e a Declaração Universal das Organizações das Nações Uunidas- ONU (1946).

No entanto, a evolução jurídica e social tornou os direitos da personalidade mais abrangentes, de modo a integrar também as relações pautadas pelo direito privado, cujo principal marco é a Constituição de Weimar, de 1919.

Nesse cenário, BARRETO (2005, p. 100) acrescenta ao panorama histórico a importância da teoria dos direitos subjetivos construída pela doutrina alemã, cujo principal

---

[2] Ementa: Altera a Constituição Federal para incluir a proteção de dados pessoais entre os direitos e garantias fundamentais e para fixar a competência privativa da União para legislar sobre proteção e tratamento de dados pessoais.

[3] Destacam-se o Regulamento Geral de Proteção de Dados da União Europeia (GDPR*)*, no espectro internacional, e a Lei nº 13.709/18 – Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD), em âmbito nacional.

expoente é Otto Von Gierke, responsável, inclusive, por cunhar a terminologia *"direitos da personalidade."*

A visão dos direitos da personalidade como direitos subjetivos privados ampara, no ordenamento jurídico pátrio, o elenco de suas características descritas no 11 do Código Civil, quais sejam, instransmissibilidade, indisponibilidade e irrenunciabilidade.

Nesse espectro, os direitos da personalidade ainda engendrados como direitos subjetivos de forte viés patrimonial, pautados no binômio lesão-sanção, são incapazes de tutelar todas as atuais facetas da personalidade, conforme lições de TARTUCE (2017, p. 144- 145).

Assim, leciona MORAES (2008, p. 5), que no intento de conferir uma tutela adequada a sociedade contemporânea, o subjetivismo é superado e adota-se o valor máximo da pessoa humana como diretriz interpretativa dos direitos da personalidade, mediante a adoção cláusula geral de tutela da personalidade, cujo fundamento central é o princípio da dignidade da pessoa humana, extraído do artigo 1º, III, da CF.

Construído sob tais balizas, FRANÇA (1988, p. 1025), autor de um dos mais consagrados trabalhos nacionais sobre o tema, conceitua os direitos da personalidade como "*faculdades jurídicas cujo objeto são os diversos aspectos da própria pessoa do sujeito, bem assim da sua projeção essencial no mundo exterior*".

A conceituação dos direitos da personalidade traz em si, portanto, um critério aberto, que permite incluir outros aspectos da pessoa, na medida que novos bens jurídicos decorrentes do desenvolvimento humano e das relações sociais desafiem proteção, tal como ocorre com os dados pessoais.

A partir desta colocação da dignidade da pessoa humana como cerne interpretativo, segundo JABUR (2000, p.28), a positivação dos direitos da personalidade em determinados artigos constitucionais e legais não mais restringe sua classificação, pois irrefutável o caráter não exauriente de tais dispositivos, de tal sorte que toda a hermenêutica jurídica passa a ser balizada pela cláusula geral de tutela da personalidade e os princípios a ela inerentes, de modo a assegurar proteção jurídica à todas as irradiações da personalidade ante as mudanças sociais cada vez mais dinâmicas.

Dentre as diversas matizes dos direitos da personalidade, o direito à privacidade, cuja consolidação como direito fundamental está atrelada a própria evolução dos direitos da personalidade, emerge como fundamento hábil a adaptar-se a tutela dos dados pessoais ansiada pelos dias hodiernos, nas lições de DONEDA (2006, p.14).

A doutrina é uníssona ao designar a publicação do artigo *"The Right of Privacy"*, de autoria de Samuel Dennis Warren e Louis Dembitz Brandeis, no ano de 1890 na Havard Law Rewiew, como a pedra angular do direito à privacidade.

Referido artigo tratava, em apertada síntese, do direito da pessoa de recolher-se a sua esfera íntima, sem a importunação de terceiros, algo próximo a um direito à solidão, o que se convencionou chamar de "direito de estar só" *(right to be let alone).*

Sob forte influência do momento histórico em que foi redigido, usualmente denominado de "idade de ouro da privacidade", as lições preambulares do direito em apreço estão fortemente arraigadas aos ditames do liberalismo jurídico clássico, em especial os espectros individualista e patrimonialista da época.

Não por outra razão, DONEDA (2006, p. 90) ressalta o caráter de privilégio burguês contido nos primórdios do direito à privacidade, ao reverso da abrangência inserta na sua atual categorização como desdobramento da tutela da dignidade da pessoa humana, e, para corroborar tal assertiva, elenca tais aspectos contidos nas decisões judiciais estrangeiras marcantes a respeito do tema.

Não obstante a relevância do "*direito de estar só*", enquanto embrião do direito à privacidade, indelével a essencialidade das interações sociais para a existência do indivíduo.

Tanto o é que, desde os primórdios da antropologia, filosofia, sociologia e direito, a referida temática das interações do homem em sociedade está presente nos estudos elaborados por essas ciências, conforme corrobora a célebre assertiva de que o *"homem é um animal político",* erigida na obra aristotélica, em meados de 335 a.c.

Por tais razões, não tardou para que o caráter relacional ganhasse destaque no desenvolvimento e complementação da hermenêutica sobre o direito à privacidade.

Nesse encadeamento de ideias, a abordagem da correlação do homem e a sociedade, e sua essencialidade ao estudo do direito da privacidade é trazida à baila por MORAES (2008, p.14), com a explicitação da coexistência dos indivíduos como requisito para a própria existência da individualidade.

Inspirado em tais proposições, segundo lições de DONEDA (2006, p.90), a superação do paradigma individualista e patrimonialista, no qual pautava a origem do direito à privacidade, converge para a evolução dos direitos da personalidade, no sentido da colocação do homem como centro do ordenamento jurídico e na tutela do livre desenvolvimento de sua personalidade, para o qual o convívio social mostra-se fundamental e inerente ao seu exercício.

Em aderência a nova visão do direito à privacidade, na esfera da positivação no direito alienígena, destacam-se a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (1948), a Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948), a Convenção Europeia dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (1950), a Convenção Americana dos Direitos do Home, conhecida como "Carta de San José" (1969) e, ainda, a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (2000).

Sob o prisma dessa evolução conceitual e ante os atuais desafios sobre o direito em comento[4], defende a superação da antiga celeuma presente na doutrina nacional sobre a distinção dos termos "vida privada" e "intimidade", preconizando a utilização, exclusivamente, do termo "privacidade", pois assevera a perda da importância das diferenças entre referidos termos, tendo em vista a falta de relevância das distinções semânticas ante os problemas hodiernos afetos a matéria, notadamente sobre os dados pessoais, objeto central do presente trabalho, razão pela qual a abordagem da celeuma carece de um maior aprofundamento.

Dada essa nova arquitetura, a interpretação do direito à privacidade, à luz do princípio da dignidade humana, adquire contornos mais nítidos, de modo que a *"privacidade torna-se uma grande preocupação, pois a partir da sua violação, com efeito cascata, serão lesionados direitos fundamentais*", nas palavras de FERREIRA (2016, p 62).

Nessa perspectiva, DONEDA (2019), inspirado nas lições de Stefano Rodotà, define o direito à privacidade como o direito de manter o controle sobre as próprias informações e de determinar as modalidades de construção da própria esfera privada.

A remodelação conceitual do direito à privacidade e, notadamente, a mencionada preocupação que sua violação provoca é acrescido de outro elemento ao confrontar-se com a nova arquitetura informacional e os potenciais violações à personalidade dela decorrentes, fruto do dinamismo tecnológico e de sua consequente majoração do fluxo qualitativo e quantitativo de informações.

Assim, a evolução tecnológica associa um novo desafio ao direito à privacidade, pois além de colocar em xeque a tradicional dicotomia entre segredo e publicidade, o imensurável fluxo de dados nos dias atuais, incluídos aqueles tornados públicos pelo próprio titular, exigem uma tutela específica.

A origem do direito em apreço contrapõe-se a proteção almejada nos dias hodiernos, dado o paradoxo entre o direito de ficar só e a tutela da privacidade numa sociedade de elevada exposição digital, sob um viés de coletividade.

Essa mudança de paradigma impôs ao direito à privacidade ocupar-se, especialmente, de seu viés informacional, com vistas a proteção de dados pessoais, dando ensejo aos preceitos da autodeterminação informativa.

A autodeterminação informativa, tem por essência, empoderar o indivíduo, colocando- o como gestor de seus dados pessoais, competindo-lhe, exclusivamente, determinar o fluxo de seus dados pessoais.

---

[4] DONEDA (2019. http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2460)

Nesse contexto, o direito à privacidade, em seu contorno informacional, adquire maior relevância ante a potencialidade de sua afronta pela intromissão na intimidade e vida privada, por meio do amplo acesso a informações pessoais possibilitada pelas novas tecnologias.

No entanto, a evolução legislativa em matéria de proteção de dados e as mudanças tecnológicas e sociais dos últimos tempos, despertou o debate a respeito de alçar o direito à proteção de dados pessoais como um direito fundamental expressamente positivado e autônomo ante o direito à privacidade, ainda que este mostre-se aperfeiçoado pelos ditames informacionais.

A abordagem da proteção de dados como um direito autônomo não é nova e remonta as gerações legislativas anteriores, com forte caráter individualista e exclusivista.

A categorização como direito fundamental, por sua vez, é fruto do atual estágio da evolução jurídica da proteção de dados, inserta na quarta fase geracional de leis sobre a matéria.

Assim, é necessário retroceder no tempo, por meio da análise história das três gerações precedentes, para identificar e complementar a construção jurídica que culminou no viés principiológico e constitucional hodierno.

A primeira geração de leis sobre proteção de dados remonta a década de 1970, tendo por principais signos as leis do Estado alemão de Hesse (1970), a Lei de Dados da Suécia (1973), o Estatuto de Proteção de Dados do Estado alemão de Rheinland-Pfalz (1974) e a Lei Federal de Proteção de Dados da Alemanha (1977), sendo todas estruturadas em face da tecnologia da época, com o objetivo de uma regulamentação computacional, passando ao largo da proteção da privacidade.

Nesse cenário, versavam, em suma, sobre a atividade de processamento eletrônico de dados, em especial bancos de dados, assim entendidos como grandes centros de concentração da coleta e gestão de dados, com especial direcionamento aos órgãos públicos e sem a previsão de participação dos indivíduos cujos dados eram coletados e geridos.

Diante da falta de adaptabilidade das leis da primeira geração às mudanças tecnológicas, em especial a dispersão dos bancos de dados e a insatisfação dos indivíduos com a utilização de seus dados por terceiros, já no final da década de 1970 sobreveio a segunda geração, marcada pela migração do caráter tecnocrático para uma estrutura preocupada com a privacidade e com a proteção de dados pessoais.

Tem-se como ícone da segunda geração a Lei de proteção de dados francesa, intitulada *LoiInformatique et Liertées*, de 1978, bem como a supramencionada Lei Federal de Proteção de Dados da Alemanha - *Bundesdaenshutzgesetz* (1977), como representante da transição entre as gerações.

No entanto, o contínuo aprimoramento tecnológico impôs uma dependência maior do fornecimento de dados pelos indivíduos para a concretização das interações sociais, situação ante a qual as leis da segunda geração mostraram-se inaptas a enfrentar.

Em resposta a tal cenário, na década de 1980 adveio a terceira geração, na qual a proteção de dados pessoais é entendida como um processo mais complexo, de modo a expandir a abordagem para além da mera liberdade acerca dos fornecimentos e permissões de uso dos dados para buscar também a efetividade de referida liberdade, por meio da aferição do contexto em que tais solicitações eram formuladas.

Aliás, os contornos iniciais da "autodeterminação informacional", compreendida como a autonomia do indivíduo sobre as informações disponíveis sobre sua própria vida e tão cara à proteção de dados, surge exatamente na terceira fase geracional, ainda com fortes traços individualistas, e tem como o signo a decisão da Corte Constitucional alemã pela inconstitucionalidade parcial da Lei do Censo de 1983, a qual afastou a permissão contida na referida lei para o cruzamento dos dados coletados com o escopo genérico de consecução de "atividades administrativas", e autorizou, somente, o compartilhamento dos dados coletados pelo censo para fins estatísticos é o signo da terceira geração de leis sobre proteção de dados pessoais.

Neste momento, a autodeterminação informativa ainda era restrita àqueles que estivessem dispostos a arcar com os custos econômicos e sociais advindos do exercício desta tutela legalmente concedida, configurando, portanto, uma natureza individualista e exclusivista das leis da terceira geração.

Contudo, diante da complexidade e do volume de dados tratados pela tecnologia atual, tornou-se impossível ao titular controlar, individualmente, o fluxo de seus dados pessoais.

Assim, em contraposição a natureza de direito subjetivo antes conferida, surge a quarta geração de leis de proteção de dados pessoais, na qual o enfoque é mais amplo, adotando-se instrumentos coletivos de proteção, conforme relato histórico elaborado por DONEDA (2010, http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/lefis11-09.pdf).

Entre as principais técnicas legislativas adotadas para a concreção da proteção aos dados pessoais, nesse patamar evolutivo do próprio direito da privacidade, são o modelo de autoridades independentes para a autuação da lei; a redução da alçada decisória individual sobre o tratamento de determinados dados; o reconhecimento do desequilíbrio da relação entre as partes e a adoção de medidas para mitigar essa hipossuficiência do indivíduo.

É, pois, na quarta geração que se transpõe a barreira individualista da proteção de dados pessoais, consolidando a própria evolução do direito da privacidade, ambos no sentido da tutela coletiva.

Nesse prisma, a crescente necessidade de tutela dos dados pessoais, em decorrência da revolução digital suportada pela dita sociedade da informação, não afasta os preceitos do direito da privacidade, sendo, ao reverso, o ponto de convergência das mudanças de paradigmas dos direitos fundamentais em apreço. Assim, *"transpassou incontroverso também, que a proteção de dados pessoais, é hoje (ou continua sendo) um elemento primordial para a autopreservação do seu titular, sendo uma questão de "sobrevivência" do direito à privacidade",* nos dizeres de FERREIRA (2016, p.55).

O marco normativo da proteção de dados, vista como direito fundamental, remonta à Convenção 108, aprovada pelo Conselho da Europa, em Estrasburgo e denominada como "Convenção para Proteção das Pessoas relativamente ao Tratamento Automatizado de Dados de Caráter Pessoal" cujo preâmbulo traz em seu bojo a correlação da tutela em apreço aos direitos humanos e às liberdades fundamentais.

Nesse sentido, merece destaque que em todo o arcabouço jurídico europeu, desde os primórdios da Convenção 108 até a GDPR, a proteção de dados sempre foi tratada com *status* de direito fundamental.

No arcabouço jurídico brasileiro, a intelecção da proteção de dados como um direito fundamental pode ser extraída dos direitos da personalidade e da privacidade, sob a ótica interpretativa do princípio da dignidade humana, conforme evolução interpretativa desses direitos.

Ademais, há expressa referência à proteção de dados pessoais como direito fundamental no item 45 da Declaração de Santa Cruz de La Sierra, de 15 de novembro de 2003, da qual o Brasil é signatário.

Em sede de uma interpretação sistemática, a lei paradigma à proteção de dados no ordenamento pátrio, a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), tem em seu texto, de forma clarividente, a adoção do respeito aos direitos da personalidade como fundamentos à proteção de dados pessoais.

Contudo, há proposta de sua positivação expressa e autônoma em tramitação junto ao Congresso Nacional, por meio da Proposta de Emenda Constitucional (PEC) nº 17/19 e sobre a qual praticamente não se levantam objeções, tanto no cenário político como jurídico.

É sabido, porém, que o incentivo às propostas de reformas constitucionais e legislativas, por vezes, advém da tradição parlamentar pátria de atender aos anseios e demandas da sociedade por meio de tais instrumentos, numa forma de fornecer uma resposta explícita e concreta, sem, contudo, orientar-se por estudos prévios acerca da pertinência jurídica de suas propostas.

No campo dos operadores do direito, por sua vez, tem-se um elevado apego a ideia de segurança jurídica, a qual associada à uma Constituição Federal de caráter fortemente analítico e

todos os reveses da conhecida lotérica judicial compõe o quadro para o viés condescendente a proposta de emenda constitucional em tela.

Sob o prisma da positivação constitucional, referida proposta tem por escopo sepultar a interpretação literal do sigilo previsto no artigo 5º, XII da CF, no sentido de que a proteção de informações pessoais, entendida como dados, estaria adstrita à sua comunicação.

Ocorre que, como observa JUNIOR (2018, p.4), o direito é um fenômeno social, fruto de um processo histórico, e como tal, varia no tempo e no espaço. Assim, no caso em comento, recomenda-se a recondução interpretativa dos direitos fundamentais já consagrados, tornando despicienda intervenções do constituinte derivado para o enfrentamento dos conflitos gestados no presente contexto social, até porque cláusulas abertas e a hermenêutica jurídica mostram- se mais hábeis para acompanhar a velocidade das mudanças engendradas pelas inovações tecnológicas do que o procedimento legislativo.

Nesse ponto, a recente decisão do Plenário do Supremo Tribunal Federal, nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 6387/DF[5], referendando as medidas cautelares deferidas pela Ministra Rosa Weber, ao tratar da suspensão da eficácia da Medida Provisória nº 954/20, conferiu aos dados pessoais a proteção constitucional assecuratória com base nos direitos positivados, entendendo que tal proteção alcança todas as manifestações da personalidade.

Desse modo, a Corte Suprema adota a nova modelagem hermenêutica dos direitos fundamentais em comento, com vistas a efetivar a tutela jurisdicional requerida, sem perquirir sobre eventual ausência de previsão expressa. Tem-se, assim, a extração do direito à proteção de dados pessoais dos direitos fundamentais positivados, tendo-o como implícito ao texto constitucional.

Assim, conquanto pendente a aprovação da Proposta de Emenda à Constitucional nº 17/19 e a força simbólica da positivação em sede constitucional, o direito à proteção de dados já merece e, sobretudo, comporta a sua qualificação como direito fundamental, nos termos da moderna hermenêutica jurídica aplicável ao tema e adotada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da predita Ação Direta de Inconstitucionalidade.

[5] ADI 6387 DF - 0090566-08.2020.1.00.0000, Relatora Min. Rosa Weber.

CONCLUSÃO

Não se olvida do apego pátrio à uma Constituição analítica e do comportamento do legislativo de responder aos reclames sociais por meio de alterações expressas na Constituição e nas leis.

Contudo, em que pese todo o aspecto simbólico refletido na suposta segurança jurídica advinda da positivação de direitos, certo é que o direito à proteção de dados já encontra guarida no atual ordenamento constitucional, por meio da adequada evolução interpretativa que recai sobre os direitos das personalidade e da privacidade, ambos norteados pela cláusula geral de tutela da personalidade, conforme bem evidenciado pela supra comentada decisão proferida na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6387/DF.

Logo, na seara da proteção de dados, os operadores do direito podem (e devem) valer- se do suficiente arcabouço jurídico existente para responder adequadamente aos novos desafios apresentados pelas inovações tecnológicas, bem como cabe a toda a sociedade atentar-se para a relevância da questão, primando por sua observância e conscientizando-se para o exercício de seus direitos.

REFERÊNCIAS

ARENDT, Hannah. **A condição humana**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010.

BIONI. Bruno Ricardo. **Proteção de dados pessoais**: a função e os limites do consentimento. Rio de Janeiro. Forense. 2019.

DONEDA. Danilo. A proteção dos dados pessoais como um direito fundamental. In **Espaço Jurídico**. V.12. nº 2. Julho/Dezembro 2011.

DONEDA. Danilo. **Da privacidade à proteção de dados**. Rio de Janeiro. Renovar. 2006.

DONEDA. Danilo. **Privacidade e transparência no acesso à informação pública**. Zaragoza. Prensas Universitárias de Zaragoza. 2010. Disponível em: http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/lefis11-09.pdf.

FERREIRA. Rafael Freire. **Desafios em sede de tutela da Personalidade**: a autodeterminação informativa e a privacidade na sociedade da informação. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídicas) – Universidade Autónoma de Lisboa Luís de Camões, Lisboa.2016.

FIUZA. Cesar. **Direito Civil** – curso completo. 11. ed. Belo Horizonte. Del Rey. 2008.

FIUZA. Cesar. **Direitos da personalidade**. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7340&revista_caderno=7.

HOUAISS, Antônio**. Sinônimos e antônimos**. 3. ed. São Paulo: Publifolha, 2012.

JABUR. Gilberto Haddad. **Liberdade de pensamento e direito à vida privada**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2000.

LAVADO. Thiago. **Mais proteção no mundo digital**. Revista Exame. Edição 1168. 5 de setembro de 2018. Tecnologia/Privacidade.

MORAES. Maria Celina Bodin. Ampliando os direitos da personalidade. In: **José Ribas Vieira** (org.), 20 anos da Constituição cidadã de 1988: efetivação ou impasse institucional? Rio de Janeiro. Forense. 2008.

PINHEIRO. Patrícia Peck Garrido. **Direito Digital Aplicado 3.0**. São Paulo. Thomson Reuters Brasil. 2018.

REALE. Miguel. **O estado democrático de direito e o conflito das ideologias**. São Paulo. Saraiva. 2005.

SOUSA**.** CAPELO DE. **O Direito Geral de Personalidade**. Coimbra: Coimbra Editora. 2011.

TARTUCE. Flávio. **Direito Civil**. Lei de Introdução e Parte Geral. v.1. 13. ed. Rio de Janeiro. Forense. 2017.

TEPEDINO. Gustavo. **A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro**. In: Temas de Direito Civil. 3. ed. Renovar.

TIMM. Luciano Benetti. org. **Direito e economia no Brasil**. 2. ed. São Paulo. Atlas. 2018.

VAIZONF. Rony. **Palestra proferida no Seminário sobre a Lei Geral de Proteção de dados no Centro de Estudos Sociedade e Tecnologia - USP**, em 11/10/2018. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=t9xibzXMDf4&list=PLoUtcuG9gP6QjjdVI2Pd2tCUU2zS4uFgG&index=1

VIEIRA. Tatiana Malta. **O direito à privacidade na sociedade da informação**: efetividade desse direito fundamental diante dos avanços da tecnologia da informação. (Mestrado em Direito, Estado e Sociedade: Políticas Públicas e Democracia) – Universidade de Brasília (UnB), Brasília.2007.

ANÁLISE DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE E O ALCANCE DA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Cleide Aparecida Gomes Rodrigues Fermentão
Doutora em direito das relações sociais pela Universidade Federal do Paraná – UFPR; Mestre em Direito Civil pela Universidade Estadual de Maringá – UEM; Docente no Programa de Mestrado e doutorado da UNICESUMAR, Pesquisadora do ICETI. Membro da IBDFAM e do IAP – Instituto dos advogados do Paraná. Advogada. E-mail: cleidefermentao@gmail.com.

Karyta Muniz de Paiva Lessa
Mestranda em Ciências Jurídicas pelo Centro Universitário de Maringá – UniCesumar, com enfoque nos Direitos da Personalidade e seu alcance na contemporaneidade. Bolsista do Programa de Suporte à Pós- Graduação de Instituições de Ensino Particulares (PROSUP/CAPES). Membro do grupo de Pesquisa "Proteção Integral da Pessoa: Interações dos Direitos Humanos, dos Direitos Fundamentais e dos Direitos da Personalidade"; Especialista em Ciência Política; Graduanda em Teologia pela Faculdade Teológica Sul- americana – FTSA; graduada em Direito pela Faculdade Maringá. E-mail: karytamp@gmail.com.

RESUMO: Este artigo visa fazer uma breve avaliação da Lei Geral de Proteção de Dados (nº 13.709/2018), com intuito de identificar os direitos garantidos, em especial os direitos da personalidade, como da privacidade e intimidade, e sua relação com a Lei em tela, todavia com enfoque de sua competência na administração pública. Também será analisado o direito da personalidade no Brasil e a LGPD como política pública e o período de espera de total vigência, diante de tantas intempéries, como a pandemia do coronavírus ou até mesmo projeto de lei proposta pelo senado. Diante disso, serão apresentadas as principais mudanças que serão implantadas no ordenamento jurídico através da norma com o intuito de observar se existe a proteção dos direitos fundamentais estabelecidos pela Constituição Federal, com adoção de método hipotético dedutivo, com pesquisas bibliográficas e análise quantitativa de livros, doutrinas, leis, entre outros.

PALAVRAS-CHAVE: Lei Geral de Proteção de dados; privacidade, intimidade, violação, administração pública.

ABSTRACT: This article aims to make a brief evaluation of the General Data Protection Law (nº 13.709 / 2018), in order to identify the guaranteed rights, in particular the rights of the personality, such as privacy and intimacy, and their relationship with the Law in question, however with a focus on its competence in public administration. Personality law in Brazil and LGPD will also be analyzed as a public policy and the waiting period for total validity, in the face of so many bad weather conditions, such as the coronavirus pandemic or even a bill proposed by the senate. Therefore, the main changes that will be implemented in the legal system through the standard will be presented in order to observe whether there is protection of fundamental rights established by the Federal Constitution, with the adoption of hypothetical deductive method, with bibliographic research and quantitative analysis of books, doctrines, laws, among others.

KEYWORDS: General Data Protection Law; privacy, intimacy, violation, public administration.

INTRODUÇÃO

A economia contemporânea é fundamentada no compartilhamento dos mais variados dados e informações, inclusive os pessoais. Em decorrência do seu uso indiscriminado, percebe-se uma imensa afronta contra os inúmeros direitos fundamentais e dignidade da pessoa humana. Por tempos, as práticas que hoje são vistas como abusos, se deram sem a mínima regulamentação e a partir da consciência coletiva a respeito de tutela de privacidade, acabaram sendo percebidas como usos desregrados.

Esta crise passou a ser discutida, gerando a necessidade de ser protegido, de forma efetiva e urgente, a proteção de dados. No Brasil, foi criada a Lei Geral de Proteção de Dados (Lei nº 13.709/2008), quando em vigor, a regra é ser aplicada tanto a pessoas de direito privado e público, como à naturais, salvo algumas exceções contidas em lei, também a regulamentação do uso de informações pessoais por empresas e pelo poder público.

A administração pública também será atingida pela nova lei. O Estado, enquanto garantidor, mesmo ao conceder abordagem distinta quando o assunto é a seara pública, precisará se adaptar e conversar com uma outra Lei - a de acesso à informação (Lei nº 12.527/2011), o que ver-se-á no decorrer deste artigo. Assim, pergunta-se: para que a LGPD seja realmente efetiva no Brasil, é possível que a administração pública seja retirada do rol de submissão da lei, em todas as suas esferas?

Para responder estas questões, optar-se-á pelo método dedutivo e hipotético-dedutivo, para alcançar-se-á um referencial teórico válido e relevante, com o auxílio de estudo qualitativo,

por meio de coleta de bibliografias, doutrinas e leis – Constituição Federal, Código Civil, Lei geral de proteção de dados – a partir de consultas na internet, acervo da Biblioteca da Universidade UniCesumar, Google Scholar, sobre o assunto em questão, sobre direitos humanos, fundamentais, direitos da personalidade e direito à privacidade.

A proteção de dados é de suma importância para a existência de um convívio digno em sociedade e, portanto, deve ser respeitado à pessoa humana. No primeiro capítulo, fazer-se- á uma análise sobre os direitos da personalidade no Brasil hoje, elucidando algumas das mais relevantes conceituações do tema e também da dignidade da pessoa humana. No segundo capítulo buscar-se-á identificar na lei de proteção de dados pessoais os principais direitos da personalidade garantidos por essa nova norma e, por fim, compreender como a ação e submissão da administração pública frente a nova lei pode ser garantida.

1 BREVES APONTAMENTOS SOBRE O DIREITO DA PERSONALIDADE NO BRASIL

Os direitos da personalidade são aqueles compreendidos como essenciais para o pleno desenvolvimento da pessoa humana, em todos os âmbitos, seja físico, psíquico, emocional, também são tidos como inatos à pessoa e que são necessários para que o princípio da dignidade da pessoa humana seja tutelado.

Muitos autores compreendem os direitos de personalidade sob o ponto de vista ético, inspirados na filosofia moral kantiana, fundamentados no dever moral apriorístico e universal, o qual compreende o homem como fim em si mesmo (KANT, 2002). Os direitos da personalidade visam defender os valores compreendidos como inatos aos homens, como o direito à vida, à honra, à intimidade, e vários outros (BITTAR, 2015), são fundamentais pois sem eles nem haveria de se falar nos demais direitos. França (p. 140) entende que os direitos da personalidade são “faculdades jurídicas cujo objeto são os diversos aspectos da própria pessoa do sujeito, bem assim as suas emanações e prolongamentos”.

Os Direitos da Personalidade estão previstos no artigo 5º, inciso X da Constituição Federal de 1988, e também do artigo 11 ao 20 do Código Civil. Rubens Limongi França (1983,

p. 140) entende que os direitos da personalidade são “faculdades jurídicas cujo objeto são os diversos aspectos da própria pessoa do sujeito, bem assim as suas emanações e prolongamentos”.

A Constituição Federal de 1988 ao reconhecer o princípio da dignidade humana em seu artigo 1º, III, inaugura um marco normativo da tutela dos direitos da personalidade, e estes não precisam estar concentrados como um único direito subjetivo, ou representados a partir de

múltiplas classificações, sendo a técnica mais apropriada, a de proteger amplamente a pessoa em todos os seus aspectos, são atinentes à tutela da pessoa humana, considerados essenciais à sua dignidade e integridade (TEPEDINO, 2004). Sendo o Brasil um estado democrático de direito compreende e adota como valor fundante de seu ordenamento a tutela total e ampla da dignidade humana.

Os direitos da personalidade são de suma importância e "sem os quais todos os outros direitos subjetivos perderiam todo o interesse para o indivíduo, o que equivale a dizer que, se eles não existissem, a pessoa não existiria como tal" (CUPIS, 2008, p. 24). A dignidade humana seria uma cláusula geral de proteção das pessoas, pois está relacionada com os direitos fundamentais e ambos atuam conjuntamente no centro do discurso jurídico constitucional, configurando-se como dispositivos indissociáveis e essenciais para qualquer ordem jurídica verdadeiramente democrática (PASQUALINI, 1999).

A conceituação da dignidade é multidisciplinar, originário, derivado, inderrogável, tanto que é muito comum de ser confundido com o conceito de personalidade, é tida como um princípio matriz, gerador de outros direitos fundamentais. E sido pela doutrina e jurisprudência como um princípio fundamental matriz, gerador de outros direitos fundamentais, um princípio absoluto e um direito subjetivo.

Helmut Coing compreende o princípio da dignidade da pessoa humana de acordo com duas concepções: no primeiro momento imputa-se que a proteção da pessoa humana no que tange à sua integridade, ou seja, serve de impedimento contra práticas ou ofensas físicas e psíquicas contra o ser humano, protegendo de forma geral a sua vida; em segundo momento diz respeito à expressão do direito do ser humano ser respeitado como ser intelectual, que representa então a garantia do direito à autodeterminação, ir e vir, escolher onde viver, etc. (SZANIAWSKI, 2005).

A dignidade da pessoa humana é o primeiro e último fundamento da pessoa humana que guarda na vida e na morte os direitos individuais, uma vez que além de ser considerado um supra princípio, também é o mais importante de todo sistema. Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, inúmeros valores e princípios foram instaurados o que trouxe um novo tempo para uma nova ordem jurídica (MOARES, 2006), a dignidade da pessoa humana foi eleita como fundamento do próprio Estado Democrático de Direito.

A tutela integral e primordial da pessoa trouxe alteração paradigmática, possuindo valor constitucional, sendo princípio fundamental é tido como o telos de todo o sistema (CANTALI, 2009, p.86). E para Alessandro Severino Valler Zenni (2004, p.08), a dignidade da pessoa humana "[...] se realiza no "esforço livre de dinamização do ser homem na busca de seu

acabamento", e por vez mister se faz destacar que o homem, enquanto ser transformador, vive em uma sociedade mutante, a qual exige mudanças constantes, a fim de atingir a perfeição".

O direito é um valor e permanece no que se chama de estado do imaginário até que a norma jurídica o incorpore, trazendo à tona sua vigência e efetividade (FERMENTÃO, 2011), na relação entre o valor e o direito, tem-se uma intimidade que visualiza facilmente pela perspectiva ontológica, e sempre que valores surgem, o direito é enriquecido. Este é composto por finalidades, tradições, significados, valores etc. Ambos nascem principiam do corpo social e só assim fazem quando são instigados por inevitabilidade exposta. Importante atentar que "se os valores se apoiam no consenso são mutáveis de acordo com o grupo social, o tempo e o espaço" (FERMENTÃO, 2011, p. 624).

É no decorrer do tempo que os direitos vão surgindo baseado nos valores, garantindo-os e protegendo-os. No tocante aos direitos da personalidade não é diferente. Os valores que compreendem a personalidade humana são tutelados pelo direito da personalidade, igualmente a quaisquer outras privações humanas "cada um tem o direito de ver protegido aquilo que de mais próprio nele existe, desde o nascimento até seu completo desaparecimento, e este amparo vem de forma jurídica, através dos direitos da personalidade" (MORAES; CARDIN, 2013, p.12)

O direito geral da personalidade resguarda o homem em toda e qualquer circunstância, levando em consideração que a proteção de tal tutela tem como objetivo de preservar, em todas as situações, a dignidade da pessoa humana (PERLINGIERI, 1972). Com a valorização da pessoa humana, percebe-se que a conceituação de personalidade sofreu mudanças, não apenas em relação a sua capacidade de ser sujeito de direitos, ou seja, a personalidade deve ser considerada como uma expressão intrínseca e da própria pessoa, ou seja, consequentemente relacionada à pessoa, logo também ao valor. Para Luís Roberto Barroso, os Direitos da Personalidade possuem algumas características, sendo que

> A primeira delas é que tais direitos, atribuídos a todo ser humano e reconhecidos pelos textos constitucionais modernos em geral, são oponíveis a toda a coletividade e também ao Estado". A segunda característica peculiar dos direitos da personalidade consiste em que nem sempre sua violação produz um prejuízo que tenha repercussões econômicas ou patrimoniais, o que ensejará formas variadas de reparação, como o direito de resposta, a divulgação de desmentidos de caráter geral e/ou a indenização pelo dano não-patrimonial (ou moral, como se convencionou denominar). (BARROSO, 2004, p.12)

Assim, a personalidade e a dignidade são características dos homens e mulheres, unicamente deles, que os diferem um dos outros, ou seja, o valor humano é inerente ao homem, intrínseco a ele, portanto para estruturar moralmente e eticamente, surge o valor do direito, seguido do valor justiça, cujo âmago é a igualdade. E, desta forma, "a personalidade é uma

qualidade: a qualidade de ser pessoa. É uma qualidade que o Direito se limita a constatar e respeitar e que não pode ser ignorada ou recusada. É um dado extrajurídico que se impõe ao Direito" (VASCONCELOS, 2005, p. 35)

O Estado e pessoa humana devem trabalhar em prol do alcance da verdadeira dignidade. A dignidade é inerente ao ser humana, e é necessário que o Estado possa garantir a efetivação da proteção, pois a dignidade não é algo que se possa comprar, transcendendo os limites do âmbito jurídico.

2 RELAÇÃO ENTRE OS DIREITOS DA PERSONALIDADE E A LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS

A internet inaugurou uma nova era em todo mundo a partir do final do século XX. Alterou os meios de comunicação e também de elaborar ciência, todavia as vidas individuais das pessoas também sofreram alterações. Mudanças estas tidas como estruturais. A busca pela comunicação sempre teve espaço importante na vida e dia a dia de toda humanidade, desde os tempos primórdios.

Com a digitalização se estreou novos modos de comunicação e "a revolução digital propiciou um contexto no qual as pessoas estão aptas a exercer uma comunicação muito mais dinâmica e célere com as outras pessoas (segundo elemento - Comunicação Digital)" (SIQUEIRA; NUNES, 2018, p.130). Além de meio para comunicação, também se pode encontrar nas plataformas digitais inúmeras informações, notícias, entre outros.

A Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) possui o intuito de resguardar os dados pessoais. De acordo com seu artigo 6º[1], a Lei é baseada em princípios - como da boa-fé, legitimidade, transparência, responsabilidade, prestação de contas, etc. - e que precisam ser

[1] Art. 6º As atividades de tratamento de dados pessoais deverão observar a boa-fé e os seguintes princípios:
I -finalidade: realização do tratamento para propósitos legítimos, específicos, explícitos e informados ao titular, sem possibilidade de tratamento posterior de forma incompatível com essas finalidades;
II - adequação: compatibilidade do tratamento com as finalidades informadas ao titular, de acordo com o contexto do tratamento;
III - necessidade: limitação do tratamento ao mínimo necessário para a realização de suas finalidades, com abrangência dos dados pertinentes, proporcionais e não excessivos em relação às finalidades do tratamento de dados;
IV - livre acesso: garantia, aos titulares, de consulta facilitada e gratuita sobre a forma e a duração do tratamento, bem como sobre a integralidade de seus dados pessoais;
V - qualidade dos dados: garantia, aos titulares, de exatidão, clareza, relevância e atualização dos dados, de acordo com a necessidade e para o cumprimento da finalidade de seu tratamento;
VI - transparência: garantia, aos titulares, de informações claras, precisas e facilmente acessíveis sobre a realização do tratamento e os respectivos agentes de tratamento, observados os segredos comercial e industrial; VII - segurança: utilização de medidas técnicas e administrativas aptas a proteger os dados pessoais de acessos não autorizados e de situações acidentais ou ilícitas de destruição, perda, alteração, comunicação ou difusão; VIII - prevenção: adoção de medidas para prevenir a ocorrência de danos em virtude do tratamento de dados pessoais;

tutelados em direitos e obrigações relativas ao uso de um dos ativos mais valiosos da sociedade digital, que são as bases de dados relacionadas às pessoas.

Os cidadãos acabam tendo seus direitos garantidos, seus dados passam a ser tratados de uma outra forma, de acordo com novas regras dispostas na Lei, e o tratamento que os entes públicos e privados desenvolvem, precisam obedecer novas regras (MAZUI, 2018). Informações que visam à segurança pública, defesa nacional, investigações no âmbito criminal, ou segurança do Estado são casos que não há a aplicação da lei (CARDOSO, 2018). O intuito primordial da lei é garantir e preservar que o cidadão, sem distinção, tenha seu direito à privacidade e intimidade resguardado.

Os dados pessoais contidos nos bancos de dados compreendem valor imenso e estão cada vez mais, sendo comercializados de forma indiscriminada no mercado, todavia se compreender que os dados pessoais e o direito à privacidade são submetidos ao direito de propriedade, poderiam ser vistos como inimigo do princípio da dignidade da pessoa humana, chegando inclusive, a colocar um basta no Estado democrático de Direito (MENDES, 2014). Assim, é mais viável que o direito à proteção de dados seja visto como proteção da personalidade do cidadão e não como garantia de sua propriedade.

Muitas vezes os termos como dados e informações são confundidos, poderem, compreende-se por dados, sendo aquele que está ainda grosseiro, e somente após um processo de organização é que se tornará uma informação propriamente dita (BIONI, 2019). No artigo 5º da LGPD, em seu inciso IV há a definição para o ordenamento do que são os bancos de dados como "conjunto estruturado de dados pessoais, estabelecido em um ou em vários locais, em suporte eletrônico ou físico". Enquanto informação é tida como "um dado ou conjunto de dados, processado ou não, em qualquer suporte, capaz de produzir conhecimento". (VIEIRA, 2007, p. 156).

O poder público na função de tratar os dados pessoais, possui regulamentação no capítulo IV da LGPD, com intuito de tratar sobre regime diferente daquele que trata das pessoas jurídicas de direito privado. O poder público, em primeiro lugar deve tratar de função pública, como executar políticas públicas, prestar serviços e também administrar, conforme o artigo 23 da Lei. Vale atentar que os dados devem ser armazenados de forma que seja também operado por outros, em coesão, ou seja, prevendo a possibilidade de compartilhamento destes dados. Tal compartilhamento é proibido entre a administração pública e entidade privada, o que de acordo com o artigo 25, em seu parágrafo primeiro[2] pode ocorrer casos excepcionais.

[2] Art. 26. O uso compartilhado de dados pessoais pelo Poder Público deve atender a finalidades específicas de execução de políticas públicas e atribuição legal pelos órgãos e pelas entidades públicas, respeitados os princípios de proteção de dados pessoais elencados no art. 6º desta Lei.

Os direitos fundamentais à vida e à intimidade foram consagrados na Constituição Federal de 1988, como dito anteriormente, tratando princípio da dignidade da pessoa humana como a base de todo ordenamento jurídico brasileiro. Segundo o artigo 5º, inciso X: "são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação", na mesma linha o artigo 21 do Código Civil de 2002, dispõe que "a vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma", protegendo a intimidade e a vida privada.

Os direitos da personalidade se desenvolveram de forma mais teórica e efetiva a partir da Segunda Guerra Mundial, pelo fato da tecnologia ser uma área de grande desenvolvimento, de acordo com Lacerda, ainda neste cenário "[...] o ser humano passou a entabular relações privada por meio das quais se tornou titular de inúmeras situações subjetivas que colocavam em risco seus atributos essenciais. Esse contexto fez repercutir uma grande preocupação com a tutela da pessoa na esfera do direito privado." (LACERDA, 2010, p. 50).

A LGPD enumera três categorias e diferentes níveis de proteção[3]. E explica em seu corpo normativo que: I - Dado pessoal: se refere a qualquer informação sobre a pessoa natural identificada ou identificável; II - Dado pessoal sensível: se trata de dado pessoal "sobre origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de

---

§ 1º É vedado ao Poder Público transferir a entidades privadas dados pessoais constantes de bases de dados a que tenha acesso, exceto:
I - em casos de execução descentralizada de atividade pública que exija a transferência, exclusivamente para esse fim específico e determinado, observado o disposto na Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011 (Lei de Acesso à Informação) ;
II - (VETADO);
III - nos casos em que os dados forem acessíveis publicamente, observadas as disposições desta Lei.
III - se for indicado um encarregado para as operações de tratamento de dados pessoais, nos termos do art. 39; Redação dada pela Medida Provisória nº 869, de 2018)
III - nos casos em que os dados forem acessíveis publicamente, observadas as disposições desta Lei.
IV - quando houver previsão legal ou a transferência for respaldada em contratos, convênios ou instrumentos congêneres; (Incluído pela Medida Provisória nº 869, de 2018)
V - na hipótese de a transferência dos dados objetivar a prevenção de fraudes e irregularidades, ou proteger e resguardar a segurança e a integridade do titular dos dados; ou (Incluído pela Medida Provisória nº 869, de 2018)
IV - quando houver previsão legal ou a transferência for respaldada em contratos, convênios ou instrumentos congêneres; ou (Incluído pela Lei nº 13.853, de 2019)
V - na hipótese de a transferência dos dados objetivar exclusivamente a prevenção de fraudes e irregularidades, ou proteger e resguardar a segurança e a integridade do titular dos dados, desde que vedado o tratamento para outras finalidades. (Incluído pela Lei nº 13.853, de 2019)

[3] Art. 5º Para os fins desta Lei, considera-se:
I - dado pessoal: informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável;
II - dado pessoal sensível: dado pessoal sobre origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural;
III - dado anonimizado: dado relativo a titular que não possa ser identificado, considerando a utilização de meios técnicos razoáveis e disponíveis na ocasião de seu tratamento (BRASIL, 2018).

caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico" de uma pessoa natural; III - Dado anonimizado: se refere a um dado que não é capaz de identificar o seu titular, utilizando os meios técnicos razoáveis e disponíveis na ocasião do seu tratamento. Para Adriano De Cupis (2008) os direitos da personalidade são subjetivos no que tange sua incumbência e forma o mínimo necessário para o ser humano. Assim, eles formam a própria noção de pessoa, como a vida, a honra, a integridade física, a imagem, a privacidade, a intimidade etc.

Possui intuito de conceder aos homens e mulheres, tanto o direito à privacidade, como a proteção de dados pessoais. Cada pessoa deve respeitar seus próprios direitos fundamentais e da personalidade, uma vez que eles não são meros direitos criados e cedidos pelo Estado, mas são de origem igualitária à condição humana (CUPIS, 2008). Hannah Arendt (2010) dispõe que o direito à privacidade deve ser visto como conjectura da democracia, já que a partir da fuga da "pressão social", os cidadãos têm faculdade de vivenciar e experimentar suas subjetividades no espaço privado.

Quando se refere a intimidade como um direito fundamental é importante compreender que é na

> Dignidade humana e está vinculado à própria personalidade, sendo seu núcleo central. Como direito que é da expressão da própria pessoa, desfruta da mais alta proteção constitucional. [...] A intimidade deriva da dignidade humana, é um direito fundamental que integra a personalidade. Das relações da informática e a intimidade se desenvolve a autodeterminação informativa (LIMBERGER, 2007, p.116-119).

Também há de se notar que há certa importância no uso de dados pessoas pela Administração Pública, como nos casos de se estudar questões e buscar soluções a elas quando os assuntos são políticos públicas de promoção humana, todavia, os meios para se obter tais dados devem sempre respeitar as liberdades políticas (RAMIDOFF; GONÇALVES; MENZEL, 2009).

O que é visto como fundamento da LGPD tende a alcançar um maior equilíbrio entre os particulares, o direito à privacidade, bem como o avanço estatal em sua administração e desenvolvimento. Os mecanismos claros e seguros almejados pela LGPD, produz entendimento de maior garantia de direitos fundamentais, então tanto a seara pública como privada precisarão cumprir à risca todo e qualquer tratamento, armazenamento e compartilhamento dos dados pessoais, todavia, o que se verá no próximo tópico é referente à esta lei na administração pública.

3 ALCANCE DA LGPD NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Os dados pessoais são configurados como uma amplificação da personalidade, são tantos elementos imprescindíveis de nossa singularidade, como reflexos pessoais capazes de nos identificar em nossas particularidades e enquanto seres sociais. Normatizar e tutelar essa extensão da personalidade humana é resposta à crise gerada por anos de violação à privacidade, que se ocorrida em um contexto de controle irregular e ilegal de dados pessoais alcançam muitas outras esferas do cidadão, colocando em risco até mesmo sua autonomia e individualidade (FRAZÃO, 2019b, p.100).

Embora a LGPD seja de 2018, um pouco antes já havia a preocupação em formar princípios que deveriam reger tal lei, dentre os quais destaca-se

> princípio da correção na coleta de dados e no tratamento das informações; princípio da exatidão dos dados coletados, acompanhado pela obrigação de sua utilização; princípio da finalidade da coleta de dados, que deve poder ser conhecida antes que ocorra a coleta, e que especifica na relação entre os dados colhidos e a finalidade perseguida (princípio da pertinência); na relação entre a finalidade da coleta e a utilização dos dados (princípio da utilização não-abusiva); na eliminação ou na transformação em dados anônimos das informações que não são mais necessárias (princípio do direito ao esquecimento); princípio da publicidade dos bancos de dados que tratam as informações pessoais, sobre os quais deve existir um registro público; princípio do acesso individual, com a finalidade de conhecer quais são as informações coletadas sobre si próprio, obter a sua cópia, obter a correção daquelas erradas, a integração daquelas incompletas, a eliminação daquelas coletadas ilegitimamente; princípio da segurança física e lógica da coleta dos dados. (RODOTÀ, 2008, p. 60).

E com a Lei, também se pode observar que tal preocupação se manteve, e conforme seu artigo 6º[4], princípios como livre acesso, transparência, finalidade, adequação, necessidade, qualidade dos dados, segurança, prevenção, não discriminação, responsabilização e prestação de contas também foram mantidos.

O Estado, hodiernamente, é o ente que mais concentra dados dos cidadãos, pois indiretamente comede várias áreas da vida da população, como dados educacionais, dados do trabalho, dados da vida financeira, dados sobre o acesso à saúde, entre inúmeros outros. Além

[4] Art. 6º As atividades de tratamento de dados pessoais deverão observar a boa-fé e os seguintes princípios:
I - finalidade: realização do tratamento para propósitos legítimos, específicos, explícitos e informados ao titular, sem possibilidade de tratamento posterior de forma incompatível com essas finalidades;
II - adequação: compatibilidade do tratamento com as finalidades informadas ao titular, de acordo com o contexto do tratamento;
III - necessidade: limitação do tratamento ao mínimo necessário para a realização de suas finalidades, com abrangência dos dados pertinentes, proporcionais e não excessivos em relação às finalidades do tratamento de dados;

desta primeira concentração, não se pode deixar de citar as pessoas que são “funcionários” estatal nos mais variados níveis, sejam municipais, estaduais ou federais.

Pergunta-se: por que zelar pela inclusão da administração pública no escopo da LGPD? Tal inserção submeterá o Estado a se adaptar e zelar pela segurança e também conte que dados pessoais sejam vendidos para finalidades muito opostas das quais foram colhidos.

A falta de legislação sobre o assunto, gerou uma grande angústia e ocasionou na política pública em proteção dos dados mais variados, as políticas públicas ocorrem quando as autoridades modificam a realidade, constroem novas interpretações do real, definem modelos e normas daquela ação (MULLER, 2000).

O artigo 7º da Lei em questão, em seu inciso III, trata de forma categórica em qual caso e qual requisito se permite lidar com dados pessoais pela Administração Pública, sendo “para o tratamento e uso compartilhado de dados necessários à execução de políticas públicas previstas em leis e regulamentos ou respaldadas em contratos, convênios ou instrumentos congêneres, observadas as disposições do Capítulo IV desta lei” (BRASIL, 2018).

Desta forma, o poder público poderá tratar dados pessoais sem necessariamente pedir o consentimento do titular, sempre que for necessário para a execução de políticas públicas. O Poder Público também poderá tratar dados pessoais, fora do escopo da lei, no caso de segurança pública, defesa nacional, segurança do Estado e atividades de investigação e repressão de infrações penais, que serão tratados de acordo com legislação específica, que contenha medidas proporcionais e necessárias para que o tratamento de dados pessoais atenda ao interesse público. Tal previsão é resguardada pelo princípio da supremacia do interesse público que é princípio previsto constitucionalmente, “presente tanto no momento da elaboração da lei quanto no momento da sua execução em concreto pela Administração Pública. Ele inspira o legislador e vincula a autoridade administrativa em toda a sua atuação” (PIETRO 2018, p.132).

O artigo 26 da Lei, trata do compartilhamento de dados no âmbito da Administração Pública e sobre o uso compartilhado de dados pessoais pelo Poder Público deve em primeiro lugar, atender a finalidades específicas de execução de políticas públicas e atribuição legal pelos órgãos e pelas entidades públicas e respeitar os princípios de proteção de dados pessoais elencados em seu artigo 6º, citados anteriormente.

Embora seja necessária que haja gestão de políticas públicas de forma efetiva para que o interesse público seja promovido, há de ressaltar que o livre acesso aos dados não pode ser feito de qualquer modo, uma vez que dados pessoais configuram direitos da personalidade. Deve-se atentar para uma maior cautela por parte do Estado para que direitos não sejam desrespeitados ou ameaçados, cuidando para que limites sejam obedecidos (RAMIDOFF; GONÇALES; MENZEL, 2019).

É mister compreender que houve uma tentativa em 2018, pelo Congresso Nacional, de retirar o Poder Público do grupo de destinatários da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, o que não prosperou. Uma outra tentativa geral sobre o adiamento da entrada em vigor da Lei, todavia, prosperou recentemente, em resposta à um projeto de Lei proposto por Antônio Anastasia (senador PSD- MG), cujo título é Regime Jurídico Emergencial e Transitório das relações jurídicas de Direito Privado (RJET) e "tem o objetivo de evitar um número imenso de ações judiciais e dar uma trégua de seis meses, até o fim de outubro" (CONJUR, 2020), com isso a lei está prevista em entrar em vigor apenas em 2021.

Os dados sensíveis coletados pelos órgãos públicos ao longo do momento da pandemia da Covid-19 poderão ser tratados e/ou compartilhados com finalidade diversa do interesse público e de proteção da vida ou da incolumidade física do titular ou de terceiros, conforme previsto no art. 7, VII da LGPD, durante esse vácuo sancionatório-normativo.

Em resposta a decisão, o Ministério Público Federal, por meio de nota técnica conjunta[5], disserta que a "a LGPD, fruto de amplo esforço legislativo, garante a proteção de dados pessoais, a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas" e que a entrada em vigor pode colaborar com inúmeros setores nacionais e estrangeiros durante a crise da pandemia do coronavírus.

Um outro aspecto que merece atenção é que os dados pessoais podem configurar soluções que geram mais acessos à serviços básicos do Estado, como transporte, educação, saúde, entre outros.

> Esses são alguns exemplos sobre como o uso de algoritmos pode auxiliar o poder público na tomada de decisões efetivas, economizando recursos e desenvolvendo soluções estratégicas, considerando além dos dados atuais, as projeções futuras como média de vida da população, recursos naturais, taxa de urbanização, entre outras. [...] diversas políticas públicas podem ser adotadas e melhoradas para facilitar a mobilidade urbana, definir os melhores locais para instalação de parques industriais, aprimorar o sistema de saúde e combate de endemias, ou seja, uma gama enorme de possibilidades (RAMIDOFF; GONÇALES; MENZEL, 2019, p. 9).

Diante do exposto, é inevitável refletir uma lei de proteção de dados efetiva sem que o setor público esteja incluso. A Administração Pública direta e indireta seja no âmbito federal,

[5] ANTE O EXPOSTO, o MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, por meio da PROCURADORIA FEDERAL DOS DIREITOS DO CIDADÃO e da CÂMARA CRIMINAL entende: (a) que a Lei Geral de Proteção de Dados deve entrar em vigor no prazo já previsto em lei, ou seja, 20 de agosto de 2020, e as sanções administrativas previstas no artigo 52, da referida Lei, em 21 de agosto de 2021; e (b) que sejam instalados, o mais breve possível, a Autoridade Nacional de Proteção de Dados – ANPD e o Conselho Nacional de Proteção de Dados e da Privacidade. Nota disponível para validação através do site: http://www.transparencia.mpf.mp.br/validacaodocumento. Chave 1300E34F.1A7568EC.11DCFB81.AA173C9D

estadual e municipal - é um grande controlador de dados pessoais e em um Estado democrático de direito deve se submeter às leis também no que tange a proteção de dados.

CONCLUSÃO

A finalidade de aplicação da Lei aos setores público e privado, tenta estabelecer um equilíbrio entre a proteção dos dados dos cidadãos e, no caso do setor público, a utilização desses dados para a elaboração e execução de políticas públicas e a correta prestação de serviços públicos. A finalidade também abrange a execução de políticas públicas, autorizadora do tratamento de dados pessoais, fornecendo um escopo muito amplo e que consegue justificar grande parte das operações que envolvem dados pessoais realizadas pelo setor público.

Os impactos da LGPD na sociedade serão gigantes, e no futuro ela poderá se elevar a um patamar de importância muito próximo daquele em que está o Código de Defesa do Consumidor, sendo que o setor público precisa sair da inércia em que está desde quando a regulamentação ainda era um projeto de lei em discussão.

A maior abrangência da tutela de direitos fundamentais aos cidadãos na seara da proteção de dados, no que tange os direitos à privacidade e à intimidade, demonstra a importância dada pelo legislador em compreender que o direito deve acompanhar os avanços da sociedade e também os avanços frenéticos da tecnologia.

Desta forma, resta compreender que a administração pública não pode deixar de ser arrolada e obedecer aos critérios estabelecidos pela Lei, não seria efetivo deixar o Estado de fora, uma vez que é o maior detentor dos mais variados dados dos cidadãos no nosso país. Validar a Lei, como política pública de proteção humana, concede aos homens e mulheres que sua dignidade seja tutelada, seus direitos fundamentais garantidos e seus direitos da personalidade defendidos, afinal, o valor humano é inerente ao homem, intrínseco a ele, portanto para estruturar moralmente e eticamente, surge o valor do direito, seguido do valor justiça, cujo âmago é a igualdade.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luis Roberto. **Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade. Critérios de ponderação**. Interpretação constitucionalmente adequada do Código Civil e a Lei da Imprensa. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro.
Jan./Mar. 2004, p. 12.

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

BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2015

BRASIL. **Código Civil.** 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm Acesso em: 28 abr. 2020.

CANTALI Fernanda Borghetti. **Direitos da personalidade:** disponibilidade relativa, autonomia privada e dignidade humana. Porto Alegre, Livr. do Advogado, 2009.

CARDOSO, Beatriz. Techtudo. 14 ago. 2018. Disponível em: https://www.bing.com/search?q=https%3A%2F%2Fwww.techtudo.com.br%2Fnoticias%2F2018%2F08%2Flei-de-protecao-de-dados-na-internet-e-aprovada-no-brasilentenda.ghtml.&form=EDNTHT&mkt=ptbr&httpsmsn=1&plvar=0&refig=fbb0a3fd2948423edcf05aeee0cc4554&sp=1&pq=https%3A%2F%2Fwww.techtudo.com.br%2Fnoticias%2F2018%2F08%2Flei-de-protecao-de-dados-na-internet-e-aprovada-no-brasilentenda.ghtml.&sc=0-117&qs=n&sk=&cvid=fbb0a3fd2948423edcf05aeee0cc4554. Acesso em 01 mai 2020.

CONJUR. **Efeitos da postergação da vigência da Lei Geral de Proteção de Dados.** Disponível em: https://www.conjur.com.br/2020-abr-09/opiniao-efeitos-postergacao- vigencia-lgpd#sdfootnote2anc Acesso em: 20 abr 2020.

CORDEIRO, António Menezes, **Tratado de Direito Civil Português**: Parte Geral. São Paulo: Almedina Brasil, 2009.

CUPIS, Adriano de. **Os direitos da personalidade**. Trad: Afonso Celso Furtado Rezente. São Paulo: QUORUM, 2008

FERMENTÃO; SILVA. **A tutela dos valores interiores e da consciência humana pelo direito da personalidade.** Disponível em: https://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/2078. Acesso em: 13 jul 2019.

FRANÇA, Rubens Limongi. **Direitos da personalidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais 1983.

FRAZÃO, Ana. **Objetivos e Alcance da Lei Geral de Proteção de Dados**. In: TEPEDINO, Gustavo; FRAZÃO, Ana; OLIVA, Milena D. (coord.). Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e suas repercussões no Direito Brasileiro. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019b.

KANT, Immanuel. **Crítica da razão prática.** São Paulo: Martins Fontes, 2002.

KANT, Imannuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Traduzido por Paulo Quintela. Lisboa: Ed.70, 1980.

LIMBERGER, Têmis. **O direito à intimidade na era da informática: a necessidade de proteção dos dados pessoais.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

MAZUI, Guilherme Castilho Roniara. **Temer sanciona com vetos lei de proteção de dados 2018**. Disponível em: https://g1.globo.com/politica/noticia/2018/08/14/temer-sanciona-lei-de-protecao-dedados-pessoais.ghtml. Acesso em 03 abr 2020.

MENDES, Laura Schertel. **Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor.** São Paulo: Saraiva, 2014.

MORAES, Carlos Alexandre; CARDIN, Valéria Silva Galdino Cardin. **Novos Direitos e Direitos da Personalidade**. 1.ed. Maringá: Clichetec, 2013.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil**. Disponível em: https://revistades.jur.puc-rio.br/index.php/revistades/article/view/295/267 Acesso em: 23 out 2019.

MULLER. P. **L'analyse Cognitive des Politiques Publiques:** vers une sociologie politique de l'action publique. Revue Française de Science Politique, Paris, 2000.

PASQUALINI, Alexandre. **Hermenêutica e sistema jurídico**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

PERLINGIERI, Pietro. **La personsalità umana nell'orfinamento giuridico**. Napoli: Lovene [s.d.]

PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. **Direito administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

RAMIDOFF, Mario Luiz; GONÇALES, Fernanda; MENZEL, Gregório. **Uso de Big Data na Formulação Legislativa**. Relações Internacionais no Mundo, v. 1, n. 25, p. 1–20, 2019. Disponível em: https://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=foh&AN=142844059&lang=pt-br&site=eds-live. Acesso em: 10 ago. 2020.

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

SARLET, Ingo Wolfgang. **As dimensões da dignidade da pessoa humana:** construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. Disponível em: http://www.esdc.com.br/seer/index.php/rbdc/article/view/137/131 Acesso em: 20 nov 2019.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira; NUNES, Danilo Henrique. Conflitos digitais: cidadania e responsabilidade civil no âmbito das lides cibernéticas. **Revista Jurídica da FA7.** Centro Universitário 7 de Setembro, Fortaleza, v. 15, n. 2, 2018, p. 127-138.

SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de personalidade e sua tutela**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas em Direito Civil.** 3. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

VASCONCELOS, Pedro Pais de. **Teoria Geral do Direito Civil**. 3.ed. Coimbra: Almedina, 2005.

VIEIRA, Tatiana Malta. **O direito à privacidade na sociedade da informação: efetividade desse direito fundamental diante dos avanços da tecnologia da informação**. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade de Brasília, Brasília, 2007. Disponível em: https://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=edsbas&AN=edsbas.D76AACD6&lang
=pt-br&site=eds-live. Acesso em: 08 ago. 2020.

ZENNI, Alessandro Severino Vallér**. O retorno à metafísica como condição para a concretização da dignidade da pessoa humana**. Revista Jurídica CESUMAR – Mestrado, Maringá, v. 4, n. 1, p. 5-14, 2004.

PROTEÇÃO DE DADOS E ANÁLISE PREDITIVA, IMPLICAÇÕES NA JURIMETRIA

Fernanda Gonçales
Advogada. Mestranda em Direito no Programa de Pós-Graduação Strictu Sensu da UNINTER, com bolsa 100%, na linha de pesquisa Jurisdição e Processo na Contemporaneidade. Pós-graduada em Direito Processual Civil pela Academia Brasileira de Direito Constitucional - ABDCONST.

RESUMO: A utilização de dados é a base da análise jurimétrica e dos sistemas preditivos, contudo, é possível afirmar que esses mecanismos garantem o direito de privacidade dos titulares dos dados? O texto pretende explorar, sob o viés do direito constitucional à privacidade, como a jurimetria promove a exploração de dados por meio da Inteligência Artificial, como foco na análise preditiva. De um lado, o uso da jurimetria pode significar um universo de novas possibilidades, não apenas no mundo jurídico, a tomada de decisões estratégicas, a melhoria de ineficiências do Estado com significativa redução de custos, são bons exemplos. Como resultado, o texto pretende fomentar o debate sobre o uso de dados, os limites de sua exploração e as vantagens para a jurimetria.
PALAVRAS-CHAVE: Privacidade, Algoritmos, Estratégias.

ABSTRACT: The use of data is the basis of legal analysis and predictive systems, however, is it possible to say that these mechanisms guarantee the right of privacy of data subjects? The text intends to explore, under the constitutional right to privacy, how jurimetry promotes data exploration through Artificial Intelligence, as a focus on predictive analysis. On the one hand, the use of jurimetry can mean a universe of new possibilities, not only in the legal world, making strategic decisions, improving state inefficiencies with significant cost savings, are good examples. As a result, the text aims to encourage debate about the use of data, the limits of its exploitation and the advantages for jurimetry.
KEYWORDS: Privacy, Algorithms, Strategies.

INTRODUÇÃO

Há muito que a tecnologia faz da parte da realidade no mundo jurídico, com expressiva vantagem para o meio, principalmente em relação ao acompanhamento dos autos, consulta a jurisprudência e redução do tempo de tramitação dos processos.

Quando uma grande quantidade de dados (big data), relacionados a partes, sentenças, despachos, prazos, entre outros, está disponível, construir modelos preditivos

desses dados, utilizando inteligência artificial, pode contribuir substancialmente para a tomada de decisões estratégicas. A análise preditiva no âmbito jurídico pode se tornar extremamente valiosa do ponto de vista da previsão do resultado, duração do processo, além de identificar e ampliar a compreensão sobre os parâmetros de construção de decisões das Cortes.

Há muitos anos, projetos de análises quantitativas de dados do judiciário estão em desenvolvimento nos EUA, países europeus e no México, por órgãos do governo e instituições acadêmicas. No Brasil, o projeto Supremo em Números (SeN), com o escopo produzir dados a partir da análise quantitativa das decisões da Corte. O projeto[1] busca uma perspectiva completa sobre Supremo, a partir de padrões identificáveis em um grande número de decisões judiciais, para fomentar o debate sobre o impacto da atuação do Supremo Tribunal Federal na democracia. Para além, o projeto contribui com outros projetos, como o Justiça em Números do Conselho Nacional de Justiça. O SeN analisa dados sobre andamentos dos processos, sua duração, partes, origens geográficas, assunto e as regularidades e correlações entre esses e outros elementos.

Os tribunais já estão utilizando a inteligência artificial para analisar as demandas repetitivas através de sistemas próprios que apontam os pedidos idênticos, como por exemplo o Projeto Sócrates no STJ e o Projeto Victor no STF.

No entanto, as questões relacionadas a privacidade, precisam ser ponderadas, diversos desafios surgem e diferentes soluções são possíveis, dependendo se os dados estão publicamente disponíveis para pesquisa ou se estão compilados de forma privada.

No ano de 2019 a França instituiu a Lei 2019-222 que proíbe a publicação de dados estatísticos extraídos de decisões judiciais.

O presente artigo, através do resultado de pesquisa bibliográfica, se propõe a apresentar o conceito de análise preditiva e jurimetria.

Por fim, serão apontadas considerações sobre o uso da jurimetria do ponto de vista da LGPD e da proteção de dados, tecendo comentários sobre a decisão da França a respeito da matéria.

[1] Sobre o projeto: https://www.fgv.br/supremoemnumeros/sobre.html.

1 AFINAL O QUE É ANÁLISE PREDITIVA E QUAL SUA RELAÇÃO COM A JURIMETRIA?

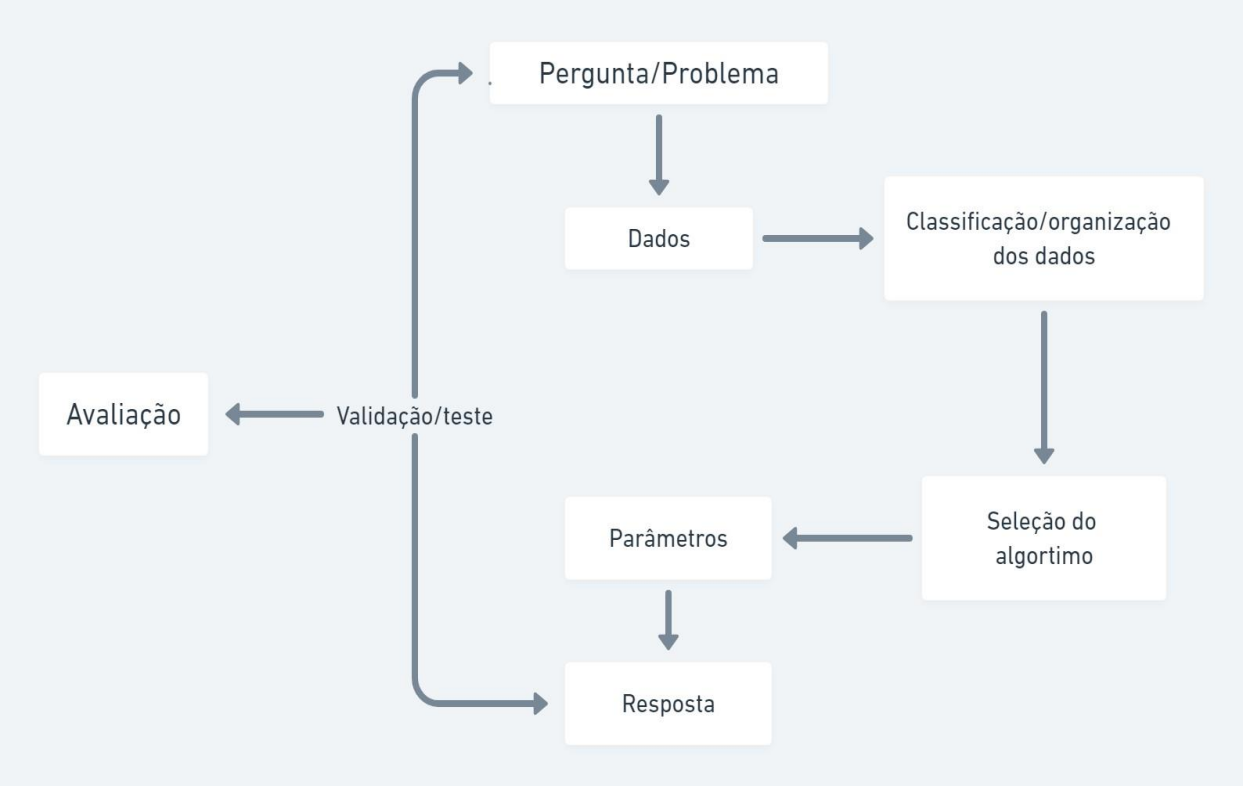
A análise preditiva, por meio de consulta a dados históricos com a tecnologia Machine Learning[2], pode indicar a possibilidade de ocorrência de eventos futuros. Vale apontar que não se tratam de achismos ou apostas, mas de previsões baseadas em probabilidade de recorrência. A análise de comportamento é uma ferramenta útil na tomada de decisões estratégicas, trazendo economia de tempo e recursos, e isso não apenas no campo do direito, mas nas diversas esferas públicas e privadas, na melhoria das políticas públicas, a saúde é uma área que pode se beneficiar do modelo preditivo.

Os algoritmos[3] "dão vida" à Machine Learning, e são caracterizados por um conjunto de comandos matemáticos, ou sequência de tarefas precisas, que determinam ao programa o caminho para alcançar um resultado esperado em uma janela de tempo (DOMINGOS; 2017, p. 24).

Para exemplificar o uso de Machine Learning na análise preditiva; é possível mapear as principais doenças encontradas em determinada região, adicionando dados sobre a época de maior incidência e o volume de medicamentos necessários para o tratamento, com base nos resultados pode-se controlar estoques, antecipar a provisão de medicamentos, garantindo o atendimento adequado e significativa redução de custos. No campo do direito o uso de algoritmos possibilita detectar padrões de comportamento de cada Turma ou Câmara Recursal, viabilizando qual a tomada de decisão a respeito de qual linha argumentativa seguir e antevendo a probabilidade de êxito. Em uma imagem simples, para melhor ilustrar como a análise preditiva pode ser utilizada:

[2] Machine Learning é uma tecnologia onde os computadores têm a capacidade de aprender de acordo com as respostas esperadas por meio associações de diferentes dados, os quais podem ser imagens, números e tudo que essa tecnologia possa identificar. *Machine Learning* é o termo em inglês para a tecnologia conhecida no Brasil como aprendizado de máquina. (Fonte: https://www.ibm.com/br)

[3] Um algoritmo nada mais é do que uma receita que mostra passo a passo os procedimentos necessários para a resolução de uma tarefa. Ele não responde a pergunta "o que fazer?", mas sim "como fazer". Em termos mais técnicos, um algoritmo é uma sequência lógica, finita e definida de instruções que devem ser seguidas para resolver um problema ou executar uma tarefa (PEREIRA, 2017).



Vianna, Dutra e Frazzon (2016, p.193), ressaltam a importância de uma gestão efetiva e da necessidade de transformar dados em informações de qualidade, para possam ser utilizadas no direcionamento de negócios e de estratégias das organizações, minimizando riscos, e apoiando o processo de tomada de decisões.

O uso de algoritmos deve respeitar o princípio da não discriminação, o que significa impedir que máquinas – baseadas em sistemas de IA – processem informações ou dados sob vieses ou distinções, com base em raça, cor, sexo, idioma, religião, opinião política ou outra, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social. (CORVALÁN, 2017).

O termo jurimetria foi criado por Lee Loevinger, na década de 40, para descrever o uso de metodologia na investigação jurídica, em outras palavras, jurimetria é a união da teoria jurídica com os métodos computacionais e estatísticos com o objetivo de analisar a jurisprudência para tornar o uso da lei mais previsível. Segundo o autor, é talvez impossível dar uma definição precisa para o campo da jurimetria, que se mostra principalmente como um empreendimento de racionalismo, podendo ser descrita também pela utilização de métodos da ciência para encontrar maneiras de desenvolver e testar teorias no campo do direito com o uso dos meios tecnológicos, conforme qualquer disciplina pragmática, a definição será dada pelas atividades desenvolvidas. A jurimetria se preocupa com questões

como a análise quantitativa de comportamento, a aplicação da teoria da comunicação e da informação, o uso da lógica matemática no direito, a recuperação de dados jurídicos por meio eletrônico e mecânicos, e a formulação de um cálculo de previsibilidade legal (LOEVINGER, 1949, p. 4).

Para Meyer (1966) seria um erro adotar uma definição limitativa para a jurimetria, na medida em que ela demonstra potencial de se tornar uma das mais frutíferas áreas de aplicação de métodos científicos e matemáticos. Nunes (2016) aponta que a Jurimetria é a aproximação de dois conhecimentos, o jurídico e o estatístico:

> Pode-se defini-la como o conhecimento sobre a mensuração de fatos jurídicos, entendidos estes como decisões judiciais e administrativas, celebração de contratos, realização de operações societárias, decretação de falências, impetração de recuperações de empresa, crescimento do número de processos em andamento, relação entre a quantidade de juízes e a população etc. Esta nova disciplina jurídica auxilia os dois níveis do saber doutrinário. À ciência, ajuda na identificação das normas que devem ser adotadas para orientar a superação dos conflitos de interesse. É instrumento da política pública jurídica. À tecnologia jurídica, colabora na definição de estratégias argumentativas e na racionalização de um novo tipo de argumento. (NUNES, 2016)

Pensando em análise de estratégias, caminhos possíveis e alternativas, Ortiz (2013) aponta que a jurimetria é capaz de mensurar decisões de Juizados e Tribunais, para configurar o perfil do magistrado e a probabilidade de decisão em determinada matéria.

A ideia central da jurimetria é estudar o Direito de forma multidisciplinar, por meio de métodos quantitativos, como a Estatística, Matemática e Economia com o escopo de aproximar os resultados da pesquisa à realidade posta sob análise (MOACYR, 2019, p.118). Prossegue Karina Reis Moacyr (2019, p.118), afirmando que os fenômenos sociais se relacionam de forma surpreendente com as ciências exatas.

Marcelo Guedes Nunes (2013), professor e fundador da Associação Brasileira de Jurimetria, fala sobre os métodos da jurimetria, apontando que eles são: a) concretos, porque não se baseiam em conceitos históricos, mas naqueles adotados por determinado julgador em uma janela de tempo; b) prospectivos, as previsões buscam prospectar o futuro das decisões daquele órgão e suas tendências; c) populacional, procuram examinar um grande volume de decisões; e d) estocástica, admite a existência de resultados e conclusões incertas, baseando-se em probabilidade e margem de erro (NUNES, 2013).

Segundo Visser (2007, p. 123), a análise jurimétrica oferece uma visão sistemática dos fatores e decisões que desempenham um papel na tomada de decisões jurídicas. Com a ajuda de padrões de pesquisa jurídicos podem ser identificados e definidos muito mais claramente do que usando métodos tradicionais. A jurimetria pode contribuir para a segurança da sociedade de várias maneiras, incluindo o aumento da transparência do sistema jurídico, que pode se tornar mais previsível à medida que os padrões nas decisões judiciais se tornam mais aparentes. A pesquisa jurimétrica também pode aumentar a legitimidade do sistema jurídico ao exercer uma função de

supervisão e monitoramento das partes e procedimentos envolvidos. Todos estes elementos combinados garantem que a jurimetria aumenta a segurança jurídica, o que é um importante requisito para a segurança da sociedade. A jurimetria tem base ampla, na medida em que envolve o Direito, a Estatística, Inteligência Artificial, Tecnologia da Informação, Matemática e Economia, para citar algumas áreas envolvidas. Em termos simples, a jurimetria, baseando-se nos métodos estatísticos, utiliza a inteligência artificial, para extrair informações relacionadas ao mundo jurídico, que podem ter valor meramente informacional ou estratégico. A tecnologia entra no processo, por meio de uso de programas de computador com alta capacidade de processamento, captando os dados, realizando o tratamento e apresentando as informações extraídas desse processo, são os resultados obtidos que compõem a base da análise preditiva.

A Jurimetria converge Direito e Estatística mensurando os fatos sociais que originaram os conflitos, possibilitando a antecipação de hipóteses, ao considerar que a alta probabilidade de determinados fatos possa se tornar causadora de conflitos, a tendência é que situações semelhantes acarretem a repetição de conflitos. Estudos com esse viés permitem a projeção de determinadas condutas na elaboração das leis, desenvolvimento de políticas públicas, tomadas estratégicas e racionalização para elaboração de decisões eficazes (PINTO; MENEZES, 2015).

Destaque no Brasil para o programa mais do complexo sistema de inteligência artificial do Poder Judiciário, apelidado de Victor, em homenagem a Victor Nunes Leal, que foi ministro do STF de 1960 a 1969. O programa, desenvolvido em parceria com a Universidade de Brasília–UNB, é responsável pela sistematização da jurisprudência do STF em súmulas, o que facilitou a aplicação dos precedentes judiciais aos casos julgados.

De acordo com informações do próprio Tribunal, o primeiro objetivo do programa é buscar o aumento da velocidade de tramitação. *"A máquina não decide, não julga, isso é atividade humana. Está sendo treinado para atuar em camadas de organização dos processos para aumentar a eficiência e velocidade de avaliação judicial*", (STF, 2018).

2 O DESAFIO DE PROTEGER DADOS

Impulsionada por governos ou empresas privadas, a coleta de dados, de um modo geral, criou enormes oportunidades para a tomada de decisões estratégicas. Os dados em sua forma original, no entanto, geralmente contêm informações confidenciais sobre indivíduos, a publicação ou compartilhamento sem o devido consentimento viola o direito à privacidade do titular do dado. Para além de decisões estratégicas, dados possuem grande valor comercial, na disputa econômica de interesses é preciso resguardar os direitos fundamentais

dos cidadãos, esse é um dos grandes desafios a serem debatidos em tempos de Inteligência Artificial[4].

O acúmulo de dados cria uma identidade informacional ou *profiling*, descrita por Doneda (2006, p. 173), como aquela em que "os dados pessoais são tratados, com auxílio de métodos estatísticos, técnicas de inteligência artificial e outras mais, com o fim de obter uma 'metainformação', que consistiria na síntese dos hábitos, preferências pessoais e outros registros da vida da pessoa".

Segundo Rodotà (2008, p. 240), a partir disso o corpo físico está se tornando uma via de acesso, porque o corpo eletrônico, aquele formado pelo conjunto de dados pessoais e que assim resulta numa metainformação do indivíduo, é o que mais interessa para questões de segurança ou ações de mercado. O corpo humano natural, assim, é equiparado a um objeto qualquer, passível de observação, acompanhamento e controle à distância, por meio de sofisticado sistemas informáticos integrados a tecnologias de satélite e radiofrequência.

O inciso X do art. 5º, Constituição Federal, assegura a inviolabilidade da intimidade e da vida privada, da honra e da imagem das pessoas. A proteção de dados[5], prevista art. 5º, inciso XII, assegura a inviolabilidade do sigilo de dados e de comunicações telefônicas, assim como, o sigilo de correspondências e comunicações telegráficas. Excetuando-se apenas hipóteses específicas, mediante ordem judicial.

A privacidade é componente essencial da formação da pessoa e define propriamente o que é um indivíduo, mais do que meramente uma preferência ou capricho, ela define os limites com o externo, o grau de interação e comunicação com todos os demais (DONEDA, 2008). A inviolabilidade do sigilo de dados é correlata ao direito fundamental à privacidade. Em questão está o direito de o indivíduo excluir do conhecimento de terceiros aquilo que a ele só é pertinente e que diz respeito ao seu modo de ser exclusivo no âmbito de sua vida privada (FERRAZ JÚNIOR, 1993).

---

[4] A Netflix divulgou dados anonimizados de avaliação dos seus filmes de 500 mil clientes em 2007 para fins de pesquisa. Através da combinação de dados do IMDB, pesquisadores conseguiram identificar muitos titulares. Nos EUA pesquisadores da Universidade de Stanford detectaram que utilizando dados do censo de 1990 eles conseguiram identificar 87% da população norte-americana apenas usando o CEP, Gênero e Data de nascimento. Em 2006 a AOL divulgou um banco com 20 milhões de pesquisas no seu site e substituíram o nome do usuário que fez a pesquisa por um identificador numérico. Repórteres do New York times detectaram que as pessoas pesquisavam, além pelo seu próprio nome, mas por vários dados que tornaram possível saber quem é a pessoa. Depois de 3 anos de análises eles identificaram por exemplo que o id 4417749 era de uma pessoa chamada Thelma Arnold, mulher de 62 anos que vive em Lilburn, Georgia, além de aspectos da sua personalidade a partir do que ela buscava. Fonte: https://privacytech.com.br/artigos/privacidade-diferencial-e-anonimizacao,319897.jhtml.

[5] Tal direito fundamental foi reconhecido, em 1983, pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão, julgando questão sobre a coleta e uso de dados pessoais pelo poder público. O caso envolvia Reclamações Constitucionais contra a Lei do Recenseamento de População, Profissão, Moradia e Local de Trabalho (Lei do Recenseamento de 1983). O Tribunal cunhou a proteção à autodeterminação informativa, com base no direito geral da personalidade consagrado na Constituição Alemã.

Em recente julgado, ao negar acesso a determinadas peças processuais, o Supremo Tribunal Federal entendeu que:

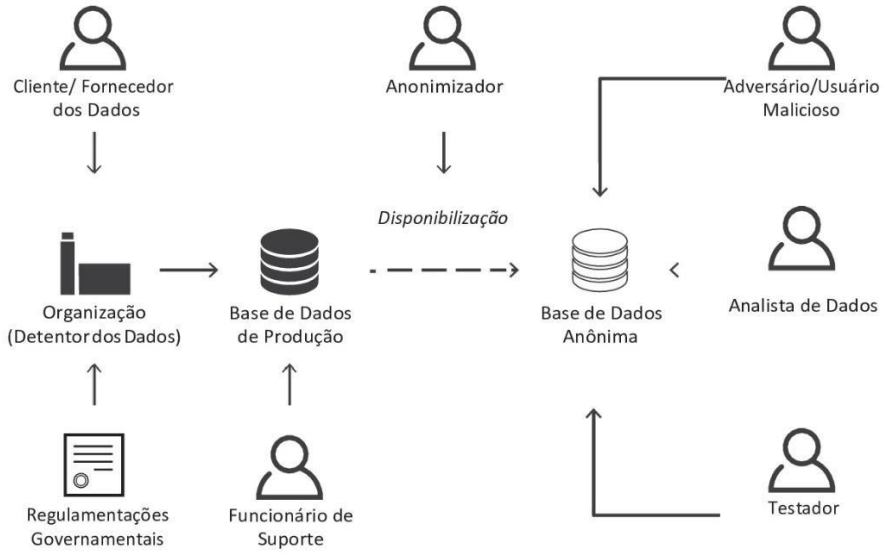
> [...] o direito à intimidade e ao sigilo de dados de terceiros gozam de proteção constitucional qualificada por cláusula de reserva de jurisdição, relativizada somente nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal (art. 5º, XII, CF/88). (BRASIL, STF; 2020)

Atualmente, com ajuda do processamento eletrônico de dados, informações detalhadas de uma pessoa determinada, podem ser, do ponto de vista técnico, ilimitadamente armazenados e consultados a qualquer momento, a qualquer distância e em segundos. O Tribunal apontou que:

> Além disso, podem ser combinados, sobretudo na estruturação de sistemas de informação integrados, com outros bancos de dados, formando um quadro da personalidade relativamente completo ou quase, sem que a pessoa atingida possa controlar suficientemente sua exatidão e seu uso. Com isso, ampliaram-se, de maneira até então desconhecida, as possibilidades de consulta e influência que podem atuar sobre o comportamento do indivíduo em função da pressão psíquica causada pela participação pública em suas informações privadas. (BRASIL, STF; 2020)

A preocupação primordial no uso de dados pelo Estado deve ser a efetividade dos direitos humanos, o que pressupõe focar o design, desenvolvimento e uso com base no respeito à dignidade e aos direitos humanos (CORVALÁN; 2017).

Com a chegada da Lei Geral de Proteção de Dados, passou-se a discutir com maior atenção a necessidade do uso adequado de meios para a captação, armazenagem e uso de dados, na medida em que grandes volumes de dados aumentam o desafio para estruturação e armazenamento. Vianna, Dutra e Frazzon (2016, p.193), a necessidade de uma gestão efetiva e a importância de transformar dados em informações de qualidade, minimizando riscos, para que sejam utilizadas no direcionamento de negócios e de estratégias das organizações, e apoiando o processo de tomada de decisões. Vazamentos de dados, causam prejuízos, afetam a reputação de organizações e geram obrigações legais, caracterizadas no dever no dever de indenizar. No ciclo de vida de dados muitas partes são envolvidas, conforme ilustração abaixo:



Fonte: Brito e Machado (2017, p. 96).

Diante do cenário, é preciso encontrar caminhos possíveis para garantir o mínimo de proteção dos dados relacionados ao Poder Judiciário. Brito e Machado (2017, p. 96) indicam três possibilidades para o uso de dados de forma mais segura.

> Existem três grandes maneiras de contornar esse problema: criptografia; tokenização; anonimização. A criptografia é considerada uma das técnicas mais antigas para se proteger dados e, quando bem executada, se torna uma técnica bastante robusta no quesito privacidade. Essa técnica utiliza um algoritmo capaz de embaralhar matematicamente dados sensíveis, gerando substitutos ilegíveis. Esses substitutos podem ser transformados de volta, para seus valores originais, através da utilização de uma chave de acesso. Nesse caso, dados criptografados não são legíveis e consequentemente não são úteis para análises. Outro quesito acerca da técnica de criptografia é o gerenciamento da chave de acesso.

Destaque-se que o Brasil não possui uma autoridade de proteção de dados em atividade, a Lei Geral de Proteção de Dados instituiu a Agência Nacional de Proteção de Dados, contudo, o órgão ainda não possui sequer componente nomeados, o que se revela verdadeiramente perigoso do ponto de vista de defesa dos direitos constitucionais relacionados à proteção de dados. O controle realizado por um órgão nacional é essencial para o equilíbrio do sistema e para a transparência no tratamento de dados.

No ano de 2019 a França proibiu a publicação de estatísticas relacionadas a decisões judiciais. Conforme o artigo 33 da Lei de Reforma do Judiciário, a proibição prevê pena de prisão de até 5 anos para quem divulgar dados. O dispositivo determina que "*os dados de identidade de magistrados e servidores do Judiciário não podem ser reutilizados com o objetivo*

ou efeito de avaliar, analisar, comparar ou prever suas práticas profissionais, reais ou supostas". A lei inclui a determinação de exclusão de nomes e sobrenomes de pessoas naturais, ainda que sejam parte do processo, antes das publicações.

O Conselho Constitucional da França, ao interpretar a questão, por meio da Decisão 2019-778 DC entendeu que a intenção da norma é impedir que a coleta de dados em massa seja usada para pressionar juízes a decidir de determinada forma ou para desenhar estratégias que possam prejudicar o funcionamento do Judiciário.

A análise preditiva proibida pela nova lei impede análises menos complexas, ainda que de forma manual e relacionadas a estatística. Em outras palavras, o mero ato de ler decisões judiciais, contabilizar número de condenações e absolvições por exemplo, com a posterior publicação do resultado, poderá ser considerada transgressão a norma, passível de condenação à prisão.

Aparentemente a lei de proteção de dados europeia de 2018, mais conhecida como GDPR, é a justificativa para a criação da lei francesa, o intuito seria a proteção de dados sensíveis e o respeito pela vida privada dos cidadãos franceses.

CONCLUSÃO

O uso de modelos estatísticos para análise de decisões e levantamento de dados, não é exatamente novo no mundo do direito. A tecnologia e a Inteligência Artificial beneficiaram grandemente a jurimetria, na captação e armazenamento dos dados e posteriormente na análise desse acervo, contribuindo para que o seu uso traga inúmeros benefícios, não apenas em relação ao mundo jurídico, mas também no desenvolvimento de políticas públicas e elaboração legislativas.

É preciso lembrar a necessidade de cautela na utilização de mecanismos que utilizam dados, mormente porque a análise de informações para criar soluções, deve gerar o menor custo-benefício e, sobretudo, respeitar os direitos relacionados à privacidade e proteção de dados.

A lei francesa parece um pouco dura ao primeiro olhar, mas se considerarmos o mundo de possibilidades, principalmente contrárias ao direito, que o acesso a dados permite é compreensível sua existência. O uso de mecanismos claros por meio de sistemas seguros, no tratamento de dados, poderá significar a extinção da lei em algum futuro.

A tecnologia não é avessa ao direito, há muito a ser debatido nessa seara, notadamente com o advento da Lei Geral de Proteção de Dados, diversos pedidos de exclusão de dados têm

sido postos à apreciação do judiciário brasileiro, o arcabouço teórico acadêmico é fundamental para orientar a melhor interpretação e aplicação da lei aos casos concretos.

REFERÊNCIAS

BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de Dados Pessoais**: a função e os limites do consentimento. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 622/SP**. Relator Ministro José Roberto Barroso. Monocrática. Dje. 03/02/2020.

BRITO, Felipe Timbó. MACHADO, Javam. **Preservação de Privacidade de Dados: Fundamentos, Técnicas e Aplicações**. Jornadas de Atualização em Informática. 2017. Disponível em: < https://www.mdpi.com/1999-5903/9/4/68/htm. >. Acesso em: Acesso em 20/01/2020.

COLOMBO, Bruna Armonas. BUCK, Pedro. BEZERRA, Vinicius Miana. **Challenges When Using Jurimetrics in Brazil** - *A Survey of Courts.* 2017. Disponível em: < https://www.mdpi.com/1999-5903/9/4/68/htm. >. Acesso em: Acesso em 25/08/2020.

COLOMBO, Cristiano. FACCHINI NETO, Eugênio. Mineração de Dados e Análise Preditiva: Reflexões sobre possíveis violações ao direito de privacidade na sociedade da informação e critérios para sua adequada implementação à luz do ordenamento brasileiro. **Rev. de Direito, Governança e Novas Tecnologias**. v. 3, nº 2. Maranhão, 2017, p. 59 – 80.

CORVALÁN, Juan Gustavo. **Inteligência Artificial y Derechos Humanos (parte I).** 2017. Disponível em: <http://dpicuantico.com/area_diario/doctrina-en-dos-paginas-diario-constitucional-y-derechos-humanos-nro-156-03-07-2017/>. Acesso em: Acesso em 25/08/2020.

CORVALÁN, Juan Gustavo. **Inteligência Artificial y Derechos Humanos (parte II).** 2017. Disponível em: <https://dpicuantico.com/sitio/wp-content/uploads/2017/07/Juan-Gustavo-Corvalan-Constitucional-10.07.2017.pdf>. Acesso em 25/08/2020.

DOMINGOS, Pedro. **O Algoritmo Mestre: como a busca pelo algoritmo de machine learning definitivo recriará nosso mundo**. São Paulo: Novatec, 2017, p. 24.

DONEDA, Danilo. **A tutela da privacidade no código civil de 2002. 2008**. Disponível em: <http://www.anima-opet.com.br/pdf/anima1/artigo_Danilo_Doneda_a_tutela.pdf> Acesso em Acesso em 25/08/2020.

FEIGELSON, Bruno; e SIQUEIRA, Antonio Henrique Albani. **Comentários à Lei Geral de Proteção de Dados.** São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado**. Revista Da Faculdade De Direito, Universidade de São Paulo, 1993, p. 439-459. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67231>. Acesso em: 29/01/2020.

FREITAS, Cinthia Obladen de Almendra; BARDDAL, Jean Paul. Análise preditiva e decisões judiciais: controvérsia ou realidade? **Revista Democracia Digital e Governo Eletrônico**, v. 1, nº 18, Florianópolis, 2019, p. 107-126.

GUIMARÃES, Rodrigo Régnier Chemim. A Inteligência Artificial e a disputa por diferentes caminhos em sua utilização preditiva no processo penal. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, vol. 5, nº 3, set./dez. 2019, p. 1555-1588.

LOEVINGER, Lee. **Jurimetrics the Next Step Forward.** Minnesota Law Review. v. 33, nº 5, 1971, p. 3-41.

LOEVINGER, Lee. **Jurimetrics: The methodology of legal inquiry. Law and contemporary problems**. Duke University School of Law, v. 28, nº1, 1963, p. 5-35.

MARSHALLOWITZ, Sofia. **O que pretende a França em proibir a jurimetria?** Governo Francês proibiu publicação de informações estatísticas sobre as decisões dos juízes. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/o-que-pretende-a-franca- em-proibir-a-jurimetria-18062019. >. Acesso em: 25/08/2020.

MEYER, Perry. **Jurimetrics:** The Scientific Method in Legal Research. The Canadian Bar Review. v. XLIV, nº 1, 1966, p 1-24.

MOACYR, Karina Reis. **Jurimetria**. A Estatística e a importância da previsão de comportamentos no Direito. PIDCC, ano VIII, v. 13, nº 1, 2019, p. 110-131.

NETO, Elias Jacob de Menezes; MORAIS, Jose Luis Bolzan de; BEZERRA, Tiago José de Souza Lima. O projeto de lei de proteção de dados pessoais (PL 5276/2016) no mundo do big data: o fenômeno da dataveillance em relação à utilização de metadados e seu impacto nos direitos humanos. *Rev. Bras. Polít. Públicas*, v. 7, nº 3. Brasília; 2017, p. 184-198.

NUNES, Marcelo Guedes. O que é a jurimetria. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais.** v. 62, 2013, p. 253 – 260.

O que é Machine Learning? Disponível em: < https://www.ibm.com/cloud/learn/machine-learning?mhsrc=ibmsearch_a&mhq=machine >. Acesso em 25/08/2020.

ORTIZ, Lúcio Rangel Alves. **A jurimetria e o direito concursal brasileiro**. Âmbito Jurídico, XVI, nº 110. Rio Grande, 2013. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-110/a- jurimetria-e-o-direito-concursal-brasileiro/>. Acesso em 28/08/2020.

PEREIRA, Ana Paula. **O que é um algoritmo?** 2009. Disponível em: <https://www.tecmundo.com.br/programacao/2082-o-que-e-algoritmo-.htm>. Acesso em: 25/08/2020.

PINTO, Felipe Chiarello de Souza; MENEZES, Daniel Francisco Nagao. **Jurimetria: construindo a teoria**. Disponível em:http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=90797bef9ef6175e. Acesso em: 20/01/2020, p. 27-42.

RODOTÀ, Stefano. **A vida na sociedade da vigilância**. A privacidade hoje. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

RODOTÀ, Stefano. La conservation de los datos del tráfico en las comunicaciones electrónicas. **Revista de Internet, Derecho y política** – IDP, v. 3, 2006.

SOLOVE, Daniel. **Understanding privacy**. Harvard University Press, 2010, p. 22.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Inteligência artificial vai agilizar a tramitação de processos no STF**. 2018 Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=380038. Acesso em: 14/09/2020.

VIANNA, William Barbosa; DUTRA, Moisés Lima; e FRAZZON, Enzo Morosini. **Big data e gestão da informação:** modelagem do contexto decisional apoiado pela sistemografia. Informação & Informação, v. 21, n. 1, 2016, p. 185. Disponível em: <http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/informacao/article/view/23327/18993>. Acesso em: 29/01/2020.

VISSER, Joanna. **Jurimetrics, safety and security**. International Review of Law Computers & Technology. 2007, p. 123-133.

OS CONTRATOS ELETRÔNICOS NA SOCIEDADE DE INFORMAÇÃO

Afonso Soares de Oliveira Sobrinho
Doutor em Direito – FADISP. Advogado colaborador do Departamento Jurídico XI de agosto/USP.

Clarindo Ferreira Araújo Filho
Delegatário de Cartório.

RESUMO: A internet revolucionou não somente as questões técnicas a ela relacionadas, mas especialmente o padrão da civilização, alterando o modo de vida das pessoas. No cerne dos contratos, a consequência dessa realidade foi a alteração das contratações que passaram do mundo físico para o eletrônico, objetivo de nossa análise. Diante disso, o artigo propõe um estudo cujos problemas são os impactos e desafios impostos por essa nova forma de contratação, perante doutrina e normas vigentes, a conjuntura dos contratos eletrônicos na sociedade. A hipótese é se os contratos eletrônicos permitem resguardar direitos às relações contratuais, especialmente consumeristas. Utilizamos de método hipotético-dedutivo por meio de pesquisa bibliográfica e documental. Conclui-se o comércio eletrônico representa um avanço inexorável aos tempos atuais, pela sua dinâmica exponencial, bem como assegura a proteção do consumidor.

PALAVRAS-CHAVE: Comércio eletrônico. Contrato eletrônico. Internet. Tecnologia.

ABSTRACT: The internet has revolutionized not only the technical issues related to it, but especially the pattern of civilization, changing people's way of life. At the heart of the contracts, the consequence of this reality was the change of the contracts that went from the physical to the electronic world, the objective of our analysis. Therefore, the article proposes a study whose problems are the impacts and challenges imposed by this new form of contracting, in view of current doctrine and rules, the conjuncture of electronic contracts in society. The hypothesis is whether electronic contracts protect the rights to contractual relations, especially consumers. We use a hypothetical-dedudctive method through bibliographic and documentar research. In conclusion, electronic commerce represents an inexorable advance to the present times, due to its exponential dynamics, as well as ensuring consumer protection.

KEYWORDS: E-commerce. Electronic contract. Internet. Technology.

INTRODUÇÃO

O capitalismo e a globalização favoreceram o desenvolvimento das tecnologias da informação e comunicação. Os impactos dessas complexas configurações de transmissão, recepção, armazenamento e compartilhamento de dados e informações em rede são frutos das interações humanas como consectário dos avanços da internet.

Os impactos da internet ampliaram também as inter-relações socioeconômicas e comerciais[1], e o e-commerce contribuiu ao impulsionamento das diversas interações e seus efeitos.

A atividade comercial permanece como fator de troca de bens, produtos e serviços. No entanto, transmutam-se as perspectivas comerciais e os instrumentos utilizados para celebração dos contratos, em sua maioria mediante contratos eletrônicos, portanto, sem a presença física das partes e sem documento impresso e assinado de forma tradicional.

Esse novo paradigma comercial concitou uma série de benefícios, porém a quebra das barreiras geográficas e temporais, e da facilitação das fraudes e lesões devem ser sopesados, posto que o direito não consegue acompanhar os impactos dessa evolução a partir da legislação vigente.

O presente artigo objetiva o estudo dos contratos eletrônicos no contexto do mundo globalizado. No cerne dos contratos, a consequência dessa realidade foi a alteração das contratações que passaram do mundo físico para o eletrônico. Diante disso, o artigo propõe um estudo cujos problemas são os impactos e desafios impostos por essa nova forma de contratação, perante doutrina e normas vigentes, a conjuntura dos contratos eletrônicos na sociedade. A hipótese é se os contratos eletrônicos permitem resguardar direitos às relações contratuais, especialmente consumeristas. Utilizamos de método hipotético-dedutivo por meio de pesquisa bibliográfica.

Dividimos o artigo em tópicos, inicialmente, apresentamos uma breve introdução ao tema, bem como os aspectos metodológicos da pesquisa. No item 1, discutimos os contratos eletrônicos, histórico, perspectivas; No item 2, analisamos a proteção do consumidor no contexto do comércio eletrônico; no item 3 nos debruçamos acerca do comércio eletrônico e as relações nele estabelecidas. Por fim, concluímos, com a análise acerca dos problemas e hipóteses levantadas e apresentação dos resultados. Nos limites do presente trabalho, não se

[1] O vocábulo comércio está sendo utilizado como expressão/vocábulo com significação de senso comum e, dessa forma referindo-se à expressão empresa ou comércio ou comercial no sentido de troca, atividade de negociação ou intermediação de compra e venda de bens ou realização ou prestação de serviços, posto que o exercício da atividade empresarial é tratada a partir do artigo 966 e seguintes do Código Civil como Direito de Empresa e não mais Direito Comercial – Lei 556 de 1850. (BRASIL, 2002)

pretende esgotar o tema, mas apresentar uma investigação doutrinária e normativa acerca dos contratos eletrônicos na sociedade da informação.

1 OS CONTRATOS ELETRÔNICOS: HISTÓRICO, PERSPECTIVAS E DESAFIOS

A compreensão dos contratos eletrônicos passa pela perspectiva histórica dos avanços tecnológicos e da comunicação e a interação promovida pela rede mundial de computadores nas interrelações humanas.

À dianteira desses avanços, a internet promoveu significativas mudanças ao impactar nas interações socioeconômicas e ao potencializar o comércio eletrônico e utilização dos instrumentos a validar essas relações. (JOVANELLE, 2012)

A partir da Revolução industrial o avanço tecnológico trouxe significativas mudanças, desde o desenvolvimento de máquinas e meios de comunicação – rádio, televisão, telefonia, computadores –, enfeixando na internet e seu potencial em comunicação e informação em rede e a inter-relação humana. (TEIXEIRA, 2015)

Atendendo às necessidades militares[2], inicialmente, a internet foi concebida como ferramenta de defesa e investigação, disseminando ao ambiente acadêmico e se expandindo de forma acelerada até os idos de 1980 até se chegar ao atual estágio aos demais meios e ambientes, impactando a sociedade e a economia.

Desde 1990 a internet está disponível à população em geral e o ano de 1992 marca a abertura do comércio eletrônico com a criação do *world wide web*. (BOIAGO JUNIOR, 2011)

Assim, a internet estabelece uma conexão em rede de computadores com padrões de transmissão de dados chamados de protocolos, dentre eles destaca-se o sistema padronizado de interligação em rede TCP/IP, enquanto o protocolo de controle (TCP) divide os dados a serem transmitidos em pacotes para na sequência reuni-los de modo que mensagem original chegue completa ao destinatário, o protocolo de internet (IP) viabiliza a chegada dos dados ao destinatário correto, a junção TCP/IP assegura que os pacotes de informações sigam a melhor e

[2] "A internet teve seu início em um projeto militar do governo Norte Americano que, na época da Guerra Fria (com a Ex união Soviética), procurou criar uma rede em que o armazenamento e o trafego das informações fossem descentralizados e independentes da Capital dos Estados Unidos com o objetivo de que a comunicação entre cientistas e engenheiros militares resistisse a um eventual ataque a Washington sem que houvesse qualquer diminuição nas forças militares dos Estados Unidos para o prosseguimento na guerra. Essa estrutura de redes seria bem mais eficaz do que outros sistemas de comunicação, pois por exemplo, no sistema de telefonia, a conexão entre as informações, que ocorre entre dois endereços físicos, se da por meio de um único caminho que se mantém inalterado durante o tempo da ligação telefônica. Assim, se houver qualquer obstáculo que venha a interferir nesse caminho, a conexão não se concretiza ou mesmo a encerra. Já na internet, a conexão se faz de outra forma, ou seja, ela utiliza o melhor caminho possível dentro da rede, uma vez que os softwares automaticamente identificam as rotas de melhor e menor tráfego para o percurso das informações e mensagens." (GRECO, 2000. p.131).

mais segura rota, de forma a chegarem simultaneamente ao mesmo destino onde serão reunidos para formação da mensagem. (LEONARDI, 2012)

A prescindibilidade da presença física dos envolvidos exige a comprovação de manifestação das partes por outros meios, surgindo assim o documento eletrônico, como instrumento e a assinatura eletrônica, para validação da autoria e autenticidade do documento. Conforme Lawand, 2003,

> [...] estamos diante de um novo cenário, o qual está impingindo profundas transformações nas relações sociais, pois parte significativa dos negócios jurídicos vem desenvolvendo-se me todo mundo, por via eletrônica, onde estão sendo dispensados os meios convencionais que fazem uso do papel e da assinatura convencional. (LAWAND, 2003, p. 43)

Como dito, facilitou-se o trânsito das relações comerciais, em especial, às empresas de pequeno e médio porte que, com custos reduzidos, ampliaram o alcance dos bens e serviços e como mecanismo de expansão dos negócios. (TEIXEIRA, 2015)

Com efeito, também a confiabilidade, a boa-fé e segurança necessários à validade jurídica dos negócios sejam o referencial a embasar a adoção pelo Código Civil da reprodução mecânica ou eletrônica de fatos ou coisas como meios de prova. (BRASIL, 2002)

Dessa forma, é o contrato eletrônico a característica marcante do comércio eletrônico, ao retratar a realidade do direito contemporâneo pela socialização virtual. (BARRETO, 2009)

O contrato ganhou relevo como instrumental técnico-jurídico dos ideais econômicos, dinamizando as relações comerciais e constituindo num veículo para circulação de riquezas. (VERÇOSA, 2010)

A partir dessas premissas, os contratos tradicionalmente escritos e assinados manual ou mecanicamente vão sendo superados pelo desenvolvimento tecnológico e concretização das mutações socioeconômicas:

> Com a evolução da sociedade, as necessidades econômicas alteram-se e as operações, fundamento das relações contratuais tornaram-se mais frequentes, exigindo celeridade [... Em conjunto com a evolução da sociedade surgem os avanços tecnológicos, vivenciados principalmente a partir das últimas décadas do século XX, com o desenvolvimento da informática e das telecomunicações. A sociedade torna-se mais dinâmica e as relações de produção e consumo passam a fundamenta-se na oferta e circulação de bens através da internet. (JOVANELLE, 2012, p. 62)

Algumas décadas antes da internet, muitos acordos já vinham se formalizando por fax ou telex, transmutando o meio para o ambiente da internet mediante a utilização de códigos em linguagem binária. (GARCIA JUNIOR, 2007)

Conforme Teixeira e Sabo, “[...] os contratos eletrônicos fazem parte da nova realidade social, sendo cada vez mais presentes no cotidiano do homem por meio do comércio eletrônico”. (TEIXEIRA; SABO, 2016, p. 143)

Na busca por constante inovação legislativa específica a análise do contrato eletrônico perpassa pela ótica da constitucionalização do direito privado e paradigmas da teoria geral das obrigações e de microssistemas como o Código de Defesa do Consumidor – CDC, considerando os desafios e a constante perspectiva com foco nos avanços tecnológicos de comunicação e informação.

1.1 Contratos eletrônicos e sua validade jurídica

O contrato eletrônico nasce a partir das exigências sociais à dinamicidade como fator de transformação às novas realidades políticas e socioeconômicas. A atualização da tipologia contratual decorre dos avanços tecnológicos, do direito civil e realinhamento dos clássicos conceitos vigentes até então à nova realidade de contratação sem a base documentária em papel.

Mesmo diante de todos os benefícios atrelados as contratações eletrônicas, há desafios despontados nessa realidade cibernética que não podem ser desconsiderados, dentre eles: a) a despersonalização da relação jurídica e a falta de diálogo, com a oferta feita por um sistema informatizado e o aceitante um sujeito mudo; b) desmaterialização dos meios de contratação, com a focalização do negócio por meio de um contrato imaterial, no qual os vícios informacionais são mais comuns; c) desterritorialização, desregulamentação e atemporalidade, já que a maior característica do comércio virtual é a eliminação das barreiras de tempo e espaço, o que abre espaço a mundialização das economias mas também traz consigo as dificuldades em relação ao ordenamento jurídico aplicável a cada caso concreto.(MARQUES, 2004)

A assinatura eletrônica, como o artifício de comprovação de autoria confere maior confiabilidade e segurança dos documentos eletrônicos. Em qualquer caso a assinatura corrobora com a autenticidade do documento, a veracidade de seu conteúdo, a voluntariedade do acordo e a autoria, representando um importante aspecto de segurança dos contratos que teve que se adaptar à realidade do ambiente eletrônico para maiores garantias das relações estabelecidas. Não seria lógico exigir a documentos físicos de negócios virtuais, tampouco negar validade pela falta de assinatura presencial dos contratos, o que faz surgir a assinatura eletrônica como solução dos problemas de identificação. (MENKE, 2004).

Os contratos eletrônicos não constituem um novo tipo de contrato, o que se altera não é o contrato em si, mas sim o meio utilizado para a sua formação, de modo que os contratos eletrônicos são abarcados pela Teoria Geral dos Contratos, aplicando-se os princípios e

requisitos de validade, exceto aqueles que notoriamente são incompatíveis com a natureza eletrônica. Desta forma o consensualismo, a probidade, boa-fé, capacidade e legitimação das partes, dentre outros, são exigidos nesse modelo de contratação.

Os desafios impostos pelo avanço das contratações eletrônicos reflexionam na garantia, a harmonia socioeconômica, cujo ambiente seja essencial à positivação das legislações aplicáveis bem como o reconhecimento das relações jurídico-obrigacionais estabelecidas.

Fato é que "[...] o caminho não é somente o legal, mas também o cultural, de forma que a sociedade como um todo visualize tais deveres como práticas fundamentais", (TEIXEIRA; SABO, 2016).

Ressalte-se, nesse particular, novamente a relevância da boa-fé dos contratantes. (TEIXEIRA; SABO, 2016)

Com relação ao consensualismo, expõe Lawand, 2003:

> A evolução dos contratos na ciência jurídica, especialmente no ramo do direito civil, tem sua origem no elemento consensual. Há um fator predominante, qual seja a autonomia da vontade, onde as pessoas envolvidas têm liberdade plena para fixarem suas condições de forma igualitária [...] Diante das transformações, acabaram surgindo três princípio basilares, quais sejam: igualdade entre as partes, autonomia da vontade e a força obrigatória, características de todos os contratos. (LAWAND, 2003, p. 167-8)

Com efeito, os contratos eletrônicos obedecem aos mesmos requisitos de um contrato típico, posto que:

> [...] para que possam ser reputados como existentes e perfeitamente válidos, a estrita obediência aos pressupostos (condições sobre as quais se desenvolve o contrato) e requisitos (elementos intrínsecos do contrato) do negócio jurídico, de forma que sua não observância acarretará a nulidade ou anulação da avença. (VANCINI, 2011, p. 42)

Dessa forma, a validade jurídica dos contratos eletrônicos depende dos mesmos pressupostos exigidos dos contratos tradicionais, considerando que não se trata de nova espécie contratual, cujas nuances entre ambos não repousa em aspectos técnicos, mas, à dinamicidade em que o contrato eletrônico trafega e como fator de transformação às novas realidades.

2 A PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR NO CONTEXTO DO COMÉRCIO ELETRÔNICO

O desenvolvimento tecnológico vem alterando substancialmente a relação consumerista e do direito civil dada a importância das relações virtuais na sociedade. (TEIXEIRA, 2014)

Trata a relação de consumo de instrumento de cooperação, na qual serviços são ofertados ou a execução de um serviço ou transferência de domínio de um bem por meio do pagamento de um preço. (DE LUCCA, 2008)

Reconhecendo a hipossuficiência do consumidor diante da expansão do comercio eletrônico, além da legislação consumerista – Lei 8.078/1990 –, outras normas visam a proteção do consumidor, exemplificativamente, o Decreto 7.692/2013, que regulamenta a Lei nº 8.078/1990 ao dispor também sobre a contratação no comércio eletrônico, e o Marco Civil da Internet – Lei 12.965/14 –, que estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da internet no Brasil. (BRASIL, 1990; 2014)

Com a Lei nº 12.965/2014 o legislador previu a proteção de privacidade e dos dados pessoais, inviolabilidade e sigilo do fluxo das comunicações e dados armazenados, além de assegurar direitos e garantias aos usuários da internet. O Decreto nº 7.692 traz um conjunto de normas em proteção aos contratantes e, em especial, ao consumidor final também no âmbito do comércio eletrônico e adoção de segurança e consciência dos termos e riscos da negociação. (BRASIL, 2013; TEIXEIRA; SABO, 2016)

Especificamente, em relação ao direito de arrependimento, o CDC assim já dispunha, ao assegurar o direito em até sete dias após sua assinatura ou recebimento do produto ou serviço, nas contratações efetivadas fora do estabelecimento comercial, corroborando a realidade do comercio eletrônico, onde a contratação ocorre por meio da transmissão eletrônica de dados com acesso ao estabelecimento comercial imaterial. (MATTOS, 2009)

Embora o CDC não disponha de normas especificas sobre o comércio eletrônico, em parte, foi suprida por dispositivos legais posteriores, sendo certo que o CDC se aplica às relações jurídicas de consumo estabelecidas no ambiente digital.

Assim, a aquisição de bens e serviços no mercado virtual vem impulsionando uma interpretação jurídica peculiar ao resguardar direitos e obrigações assumidas nesse ambiente, cujas diversas relações consumeristas têm se estabelecido em grande parte por meio de contratos eletrônicos.

2.1 Fluxo de comunicações, o e-commerce e a relação fornecedor e consumidor final

Não obstante a série de benefícios atrelados aos avanços tecnológicos e e-commerce, de outra banda, não se pode olvidar do aumento significativo das demandas judiciais decorrentes do comércio eletrônico, especialmente relacionadas ao direito do consumidor. (TEIXEIRA, 2015)

Essa realidade impede que as relações de consumo sejam analisadas à margem das contratações realizadas no ambiente eletrônico, o que congrega a ratificação dos deveres jurídicos obrigacionais nascidos neste âmbito, dentre os quais destacam-se aquelas interligadas à boa-fé e segurança para garantia de adimplemento das obrigações.

Kelsen (1996, p. 33) sempre destacou o direito como a ordem necessária para regulação da conduta humana, um ordenamento que sustenta a vida e convivência em sociedade e justamente por isso está em constante evolução. Na visão de Lorenzetti "[...] o direito, sendo um fenômeno cultural deve acompanhar a realidade temporal e geográfica que se desenvolve". (LORENZETTI, 2004, p. 24)

Embora se afirme que o direito acompanha as transformações sociais – "*ubi societas, ibi ius*" –, sem dúvida se mostra difícil num cenário em que a realidade se altera em rápidos movimentos:

> É bem verdade que a tutela dos direitos lesados no âmbito da Internet esbarra em uma série de dificuldades legislativas e prática. A falta de normas específicas sobre a utilização dos serviços disponíveis na Internet e sobre a responsabilidade a eles inerente confunde muitos juristas que, por vezes tentam aplicar por analogia normas gerais já existentes sem se atentarem as características e peculiaridades da rede. (LEONARDI, 2019, p. 309)

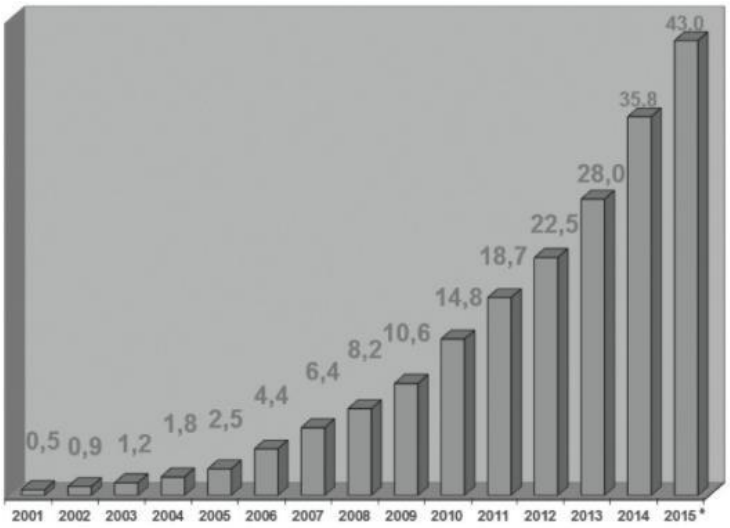
A transposição das fronteiras no comércio eletrônico dificulta a regulação ampla da relação fornecedor/consumidor. Na sociedade da informação as normas buscam regular a atuação dos fornecedores para garantir a segurança e confiança dos consumidores no mercado digital.

Por outro lado, o consumidor deve estar atento às hipotéticas vantagens tecnológicas, não se tornando refém do sistema pela ampla oferta de produtos e serviços, que fomentam necessidades inexistentes e com isso aceleram o consumo e transtornos no comércio transfronteiriço e as dificuldades para a resolução dos conflitos. (LIMA, 2009)

Nesse cenário o direito pátrio tem buscado o equilíbrio necessário ao sadio trânsito dos negócios. Sucede que o consumidor – de regra vulnerável economicamente em relação ao fornecedor –, nem sempre detêm expertise técnico-jurídica nem científica.

Outro problema a impor proteção do consumidor no ambiente virtual é a maior suscetibilidade às vicissitudes do acordo proposto, não obstante a finalidade da comercialização pela internet seja facilitar a relação de consumo, com benefícios recíprocos, não se podendo descurar as dificuldades ao se identificar o real sentido das partes, posto que a presença física seja dispensada. (MARTINS, 2003)

O comércio eletrônico ou e-commerce representa o futuro do comércio com grande expansão nos últimos anos, conforme se observa da tabela abaixo:



Faturamento anual do e-commerce no Brasil – Bilhões (TEIXEIRA, 2015, p. 20)

O comércio eletrônico não se limita à prestação de serviços ou compra e venda de mercadorias, realizada em ambiente digital, com finalidade de obter lucros, envolvendo outros tipos de relação como negócios entre particulares, entre empresas e consumidores ou mesmo entre órgãos do Poder Público. (ZULANI, 2012)

Em sentido estrito o comércio eletrônico infere a relação fornecedor/consumidor estabelecido via internet, já a definição *lato sensu* aponta o comércio eletrônico como compra e vende de quaisquer produtos, bens ou serviços, mediante oferta, solicitação, envio ou pagamento pela internet. As relações jurídicas correspondentes equivalem àquelas provenientes do comércio tradicional, devendo ser cumpridas as obrigações encetadas e preservados os direitos das partes (MATTOS, 2009):

> [...] o comércio eletrônico seria o comércio "clássico", hoje realizado por mio da contratação à distância. Alcança os contratos celebrados pela internet, por telefones fixos e celulares, pela televisão a cabo. De forma estrita, o comércio eletrônico é uma maneira de contratação não presencial ou à distância para a aquisição de produtos e serviços por meio eletrônico. Já de forma ampla, o comércio eletrônico envolveria qualquer tratativa ou troca de informações objetivando negócios, aí incluídos os dados transmitidos prévia e posteriormente à venda ou à contratação, bem como envio de bens, materiais e imateriais, os serviços de buscar e link's, a publicidade, os meios de pagamento, entre outros. (TEIXEIRA, 2015, p. 22)

De Lucca, 2009, prefere as referências mais amplas do conceito de comércio eletrônico, que para ele não se restrinja apenas aos negócios realizados pelo computador, mas igualmente aqueles que utilizam outros equipamentos de comunicação recíproca como celular, televisão e

telefone, dentre outros, de modo que a expressão “comercio eletrônico” assinala as trocas de produtos e serviços pela rede mundial de computadores, outrossim aquelas cujo emprego de uma ferramenta eletrônica é utilizado para a concretização do negócio. (DE LUCCA, 2009)

Como se observa inova-se na forma de se comercializar produtos e serviços, daí afirmar que se trata de uma extensão do comércio convencional, realizada à distância em ambiente digital, por meio do qual “[...] as operações de troca, compra e venda e prestação de serviços ocorrem com o suporte de equipamentos e programas de informática, por meio dos quais se possibilita realizar a negociação, a conclusão e até a execução do contrato, quando for o caso de bens intangíveis”. (TEIXEIRA, 2015, p. 25)

Nesse contexto também surgem as relações obrigacionais, que por não seguirem os modelos de contratação tradicional, revestem-se de complexas configurações, o que impacta as dogmáticas jurídico-civilistas, empresariais e consumeristas, afinal traz um novo modelo de negócio jurídico com diversas peculiaridades que exigem um olhar mais atento dos aplicadores do direito, de modo que “[...] nesta dinâmica entre o virtual e o material a sociedade (vista como sistema social), os subsistemas sociais (nomeadamente o Direito) e o ciberespaço se erigem comunicativamente, numa relação de interdependência mútua”. (BARRETO, 2009, p. 455)

O e-commerce ganha evidência pelo importante papel econômico, pois facilita o comércio a partir da redução dos custos administrativos, encurtamento dos processos de distribuição e de intermediação. Assim, a ampliação do volume das operações decorrentes e da maior celeridade dos contratos e a superação das barreiras nacionais, são os atrativos que impactam no crescimento do comércio eletrônico. (JOVANELLE, 2012)

O fluxo de comunicação, o papel do e-commerce e a relação entre o fornecedor e o consumidor são aspectos importantes com vista à sistematização de princípios e regulação de técnicas conducentes à proteção dos negócios e das partes e ao atingimento do equilíbrio entre os atores desse processo com foco em resultados práticos mais eficientes.

3 O COMÉRCIO ELETRÔNICO E AS RELAÇÕES JURÍDICAS NELE ESTABELECIDAS

O desenvolvimento tecnológico contribui à disponibilização de produtos e serviços em um mercado globalizado. A troca da informação e comunicação transbordam as experiências humanas até então vigentes, com especial atenção aos aspectos jurídicos, posto que regulamenta a vida social e nem sempre consegue acompanhar *pari passu* o avanço da tecnologia.

Conforme predito, os principais impactos dessa revolução evidência na transposição dos paradigmas e limites geográficos e as circunstâncias temporais. Essa nova realidade aos

negócios, dá vida ao e-commerce como "[...] produção, publicidade, venda e distribuição de produtos via sistemas de telecomunicação". (LAWAND, 2003, p. 291)

A expansão da internet foi fundamental ao crescimento do e-commerce[3]. Entre 2001 e 2015, o faturamento do comércio eletrônico saltou de 0,5 bilhão para 45 bilhões, com mais de 60 milhões de consumidores on-line. A internet como componente da infraestrutura da rede da infovia distribui informações espelhadas em vários locais do mundo, promovendo o inter-relacionamento social em níveis muito mais amplos que a simples distribuição comercial. (LAWAND, 2003)

A internet caracteriza-se em rede internacional de computadores conectados entre si, eliminando as fronteiras geográficas, o potencial na interatividade e intercâmbio de informações dos mais diversos matizes.

Como dito, o comércio eletrônico permite o compartilhamento de informações e disponibilização de bens e serviços em nível global, não obstante as nuances e especificidades de cada país, bem assim a existência de legislação específica aplicável. (LEONARDI; SILVA; SANTOS, 2012)

Dessa forma, no mundo digital a tutela dos direitos impõe a atuação colaborativa dos diversos países com vista à localização e identificação dos efetivos responsáveis, bem como a lei aplicável e jurisdição competente ao caso concreto.

A par da internet, o direito com seus reflexos e características de alguns conceitos e institutos acerca do território, documento, tempo, estabelecimento e assinatura, reflexiona a adaptação do ordenamento jurídico ao estabelecimento eletrônico, documento e assinaturas eletrônicas e ao tempo virtual. (JOVANELLE, 2012)

Para Lorenzetti, 2004, a transposição dos elementos para o ambiente eletrônico reflete na interpretação jurídica dos mesmos, distancias já não possuem o mesmo impacto, a presença física tornou-se dispensável e os documentos tradicionais cederam espaço aos eletrônicos. A realidade tradicional deve ceder espaço à virtual, posto seja também seu papel possibilitar a aplicação dos institutos jurídicos clássicos à realidade virtual. (LORENZETTI, 2004)

A delimitação imposta pelos critérios da territorialidade sempre foi de importância à aplicação do direito, posto que as regras aplicáveis a cada território não são equivalentes. Sob esse aspecto é importante pontuar que a internet traz um espaço diferente, o espaço virtual ou cibernético, sem limite geográfico, o que pode gerar inseguranças e ao se considerar que ambos

[3] A internet é resultado de um processo histórico, cuja ampla utilização resultou no desenvolvimento e aperfeiçoamento do e-commerce. (LAWAND, 2003).

os lados de negócios jurídicos firmados tenham as garantias necessárias e a "desterritorialização" não sirva de escudo para atos ilícitos ou imorais. (LORENZETTI, 2004)

Em decorrência da supressão das distâncias territoriais, o tempo impacta nos contratos eletrônicos, não obstante a distância física dos contratantes poderia não gerar qualquer lapso expressivo entre as manifestações de vontade que, pela comunicação em rede, mesmo fisicamente distantes podem se manifestar concomitantemente. Sucede que, nos contratos virtuais os impactos jurídicos do tempo e as distancias geográficas vigentes até então já não se aplicam.

Dessa forma, as transações realizadas pela rede mundial de computadores trazem a lume o comércio transfronteiriço e implica discussões e desafios acerca do regime jurídico aplicável e em equilíbrio aos interesses em jogo, de modo que o comércio eletrônico seja a vanguarda ao desenvolvimento socioeconômico frente às diversas relações e interações onde se acha inserido.

3.1 Direito comercial/empresarial e comércio eletrônico

Posta a atual conjuntura, o estabelecimento comercial entendido como o espaço físico estático naquele cenário delineado do clássico conceito de direito empresarial também tem ganhado contornos remodelados. Embora ainda válida a definição trazida pelo § 3º do artigo 11 da Lei Complementar 87/1996, segundo o qual estabelecimento seria o local, privado ou público, edificado ou não, próprio ou de terceiros. Portanto, onde as pessoas físicas ou jurídicas exerçam suas atividades em caráter temporário ou permanente, bem como onde se encontrem armazenadas mercadorias. (BRASIL, 1996)

No ciberespaço onde se desenrola o comércio eletrônico o estabelecimento não tem aspecto físico acessível, porém tal inacessibilidade não retira a condição de estabelecimento comercial, tampouco interfere nas negociações estabelecidas. (BRASIL, 2002)

Sucede, pois, que o comércio eletrônico é identificado pelo seu endereço na internet, posto que o meio virtual caracterize o ambiente onde a atividade seja desenvolvida.

Dessa forma, os avanços tecnológicos revolucionam as relações em que o mercado tradicionalmente caracterizado como um lugar físico torna-se uma visão superada, sendo apenas virtual o lugar das operações realizadas via internet. (VERÇOSA, 2004)

As formas tradicionais de direito empresarial, de estabelecimento comercial ou de fundo de comércio deslocam-se ao comércio eletrônico cujas relações jurídicas também são igualmente impactadas.

O comércio – o ou mais modernamente a atividade empresarial – configura a atividade com fins lucrativos voltada à circulação de produtos e serviços, caracterizado como ramo da

produção econômica ao se extrair o valor dos produtos pela mediação entre produtores e consumidores e ao facilitar o trânsito de riquezas.

Dessa forma, o termo eletrônico remete à comunicação dos dados por meio de redes de computadores. Essa inter-relação facilita a troca comercial pela comunicação gerada, ou seja, qualquer atividade que tenha por objeto a toca de bens por meio físico ou em ambiente eletrônico.

3.1.1 World Wide Web – W.W.W como facilitador ao intercâmbio comercial

A abertura do comércio na internet se dá com a criação do *world wide web*, em meados de 1992, num sistema de hipertexto permitindo a interligação de diversos documentos e dados espalhados em rede, cujo mecanismo, juntamente com o correio eletrônico, ferramentas de busca, serviços de áudio e vídeo e em mensagens instantâneas revolucionaram a transmissão e obtenção de informações alinhados ao cenário eletrônico:

> A *World Wide Web* é um dos temas mais relevantes na seara jurídica contemporânea. A revolução que este novo meio de contemporânea. A revolução que este novo meio de comunicação está produzindo na sociedade vem modificando a estrutura fundamental do direito. Conceitos basilares como jurisdição, território, soberania e competência necessitam revisão. A incidência das transformações é incisiva sobre os meios comerciais. Um simples contrato de compra e venda demonstra certas complexidades quando realizados no espaço cibernético. (LAWAND, 2003, p. 101)

Dessa forma, em decorrência do rompimento das limitações de tempo e espaço, o comércio contempla o intercâmbio de dados, contratos e negócios eletronicamente. A interface da W.W.W e a rapidez na comutação desses dados e informações são imprescindíveis na facilitação da comunicação à nova realidade comercial eletrônica e à aquisição de bens independentemente da localização do objeto disponibilizado.

CONCLUSÃO

A par da evolução tecnológica aproximam-se as pessoas e encurtam-se distâncias. A inovação tecnológica gera impactos propositivos na era da comunicação e informação em massa, cujos benefícios geram facilidades às diversas tratativas comerciais, especialmente quando se foca no comércio eletrônico.

O estudo buscou verificar a doutrina e normas vigentes, a conjuntura dos contratos eletrônicos na sociedade, seus impactos e desafios impostos por essa nova ordem

socioeconômica, perpassando pelos aspectos relacionados à garantia e proteção do consumidor, bem como pelas relações jurídicas no ambiente do comércio eletrônico.

Para uma melhor compreensão o trabalho desenvolveu-se numa sequência temporal lógica na qual fez a abordagem de conceitos e perspectiva histórica da evolução tecnológica e da internet ao contribuírem ao desenvolvimento do e-commerce e a utilização das ferramentas eletrônicas para celebração de variados contratos.

Não obstante deve o direito acompanhar o desenvolvimento social e, consequentemente, regular as novas formas de comércio incitadas pelos avanços na tecnologia da comunicação e informação, e cuja dinamicidade das variadas inter-relações não permite o adequado tratamento da questão e a peculiar atuação do aplicador do direito, muitas vezes fazendo uso da analogia para solução das importantes questões jurídicas no bojo dos contatos eletrônicos.

Com efeito, o comércio permanece como fator de troca de bens e produtos, cujo ambiente das relações transmuta do campo real para o meio da internet, cujos contratos escritos e assinados manual ou mecanicamente passam a se concretizar mediante a celebração de contratos eletrônicos.

No cerne dos contratos e a consequência dessa nova realidade foi a alteração significativa dos meios das contratações que passaram do mundo físico para o meio eletrônico. Dessa forma, não se caracteriza um novo tipo de contrato, mas sim numa inovação na forma de sua celebração e/ou execução.

De fato, todas as normas aplicáveis e a validade e eficácia dos contratos em geral, aplicam-se também àqueles eletronicamente firmados, como a boa-fé, a confiança e segurança visando a garantia do cumprimento do acordado entre as partes.

Assim, o trabalho conclui pela relevância da garantia das condições firmadas e a proteção do consumidor frente aos avanços tecnológicos, bem como aos aspectos relacionados ao equilíbrio e a facilitação do fluxo comercial do mercado virtual nas relações entre as partes. Configura-se, portanto, o comércio eletrônico num negócio jurídico exponencial. Haja vista, à medida que cresce, vislumbra maior estabilidade às relações negociais, por meio de novas tecnologias, com vistas a maior segurança às relações contratuais.

Enfim, os fatores que beneficiam a contratação virtual, como extinção de barreiras geográficas e temporais e dispensabilidade da presença física dos contratantes, permite um dinâmico ambiente em que se inserem os contratos eletrônicos e seu regular cumprimento nesse panorama de acesso global e vigoroso, sem que se corrompam a realidade fática, a verdadeira identidade das partes, sem maculas e prejuízos aos interesses das partes envolvidas.

REFERÊNCIAS

BARBAGALO, Erica Brandino. **Contratos eletrônicos.** São Paulo: Saraiva, 2001. BARRETO, Ricardo Menna. **Contrato eletrônico como cibercomunicação jurídica.**
Revista Direito GV, v. 5, n. 2, p.443-458, São Paulo, Jul-Dez. 2009.

BOIAGO JUNIOR, José Wilson. **Contratação eletrônica:** aspectos jurídicos. Curitiba: Juruá, 2011.

BRASIL. **Decreto Nº 7.692 de 15 de março de 2013.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Decreto/D7962.htm>. Acesso em set. 2020.

BRASIL. **Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em set. 2020.

BRASIL. **Lei 12.965 de 23 de abril de 2014.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2011-2014/2014/Lei/L12965.htm>. Acesso em set. 2020.

BRASIL. **Lei 8.078 de 11 de setembro de 1990.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm>. Acesso em set. 2020.

BRASIL. **Lei Complementar 87 de 13 de setembro de 1996.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp87.htm>. Acesso em set. 2020.

BRASIL. **Norma 004/1995.** Disponível em: <https://www.anatel.gov.br/hotsites/Direito_Telecomunicacoes/TextoIntegral/ANE/prt/minicom_19950531_148.pdf>. Acesso em set. 2020.

DE LUCCA, Newton. Aspectos atuais da proteção aos consumidores no âmbito dos contratos informáticos e telemáticos. In: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto (Coords.). **Direito e Internet.** São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 51-52.

DE LUCCA, Newton. Aspectos da responsabilidade civil no âmbito da internet. In: SILVA, Regina Beatriz Tavares da. (Coord.). **Responsabilidade civil nas relações de consumo.** São Paulo: Saraiva, 2009. p. 267-265.

DE LUCCA, Newton. **Aspectos jurídicos da contratação informática e telemática.** São Paulo: Saraiva, 2003.

GARCIA JUNIOR, Armando Álvares. **Contratos via internet.** São Paulo: Aduaneiras, 2007. GRECO, Marco Aurélio. **Internet e Direito.** São Paulo: Dialética: 2000.

JOVANELLE, Valquíria de Jesus. **Aspectos Jurídicos dos contratos eletrônicos.** 133f. 2012. Dissertação (Mestrado em Direito Comercial) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo: USP, 2012. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2132/tde-30102012-094950/publico/Dissertacao_Versao_Final_Valquiria_de_Jesus_Jovanelle.pdf>. Acesso em set. 2020>. Acesso em set. 2020.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito.** São Paulo: Martins Fontes, 1996.

LAWAND, Jorge José. **Teoria geral dos contratos eletrônicos.** São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

LEONARDI, Marcel. **Fundamentos do direito digital.** São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

LEONARDI, Marcel; SILVA, Regina Tavares da; SANTOS, Manoel Joaquim Pereira dos. **Responsabilidade civil: responsabilidade civil na internet e nos demais meios de comunicação.** São Paulo: Saraiva, 2012.

LIMA, Luiza Rosa Barbosa de. Regime jurídico dos contratos eletrônicos de consumo nos sistemas de direitos. **Revista Dataveni**, v.1, n.1, p. 87-106, jul./dez. 2009.

LORENZETTI, Ricardo Luís. **Comércio Eletrônico.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MARQUES, Cláudia Lima. **Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor:** um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio exterior. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MARTINS, Guilherme Magalhães. **Formação dos contratos eletrônicos de consumo via internet.** Rio de Janeiro: Forense, 2003.

MATTOS, Analice Castor de. **Aspectos relevantes dos contratos de consumo eletrônico.** Curitiba: Juruá, 2009.

MENKE, Fabiano. **Assinatura eletrônica no direito brasileiro.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

SILVA, Rosne Leal; REILLY, Marcelo Eduardo Bauza (Orgs). **Direito, governança e novas tecnologias.** V Encontro Internacional do Conpedi Montevidéu. Florianópolis: CONPENDI, 2016. Disponível em: <http://conpedi.danilolr.info/publicacoes/9105o6b2/v4u5j0t6/E9hIh8tFEKe3bcNb.pdf>. Acesso em set. 2020.

SOUZA, Sérgio Iglesias Nunes de. **Lesão nos contratos eletrônicos na sociedade da informação.** São Paulo: Saraiva, 2009.

TEIXEIRA, Tarcísio. **Comércio Eletrônico:** conforme o marco civil da internet e a regulamentação do e-commerce no Brasil. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____, Tarcísio. **Curso de direito e processo eletrônico:** doutrina, jurisprudência e prática. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

TEIXEIRA, Tarcísio; SABO, Isabela Cristina. **Os contratos eletrônicos e os deveres anexos:** aspectos da boa-fé objetiva e as novas tecnologias. In: SILVA, Rosne Leal; REILLY, Marcelo Eduardo Bauza (Orgs). Direito, governança e novas tecnologias. V Encontro Internacional do Conpedi Montevidéu. Florianópolis: CONPENDI, 2016. Disponível em: <http://conpedi.danilolr.info/publicacoes/9105o6b2/v4u5j0t6/E9hIh8tFEKe3bcNb.pdf>. Acesso em set. 2020.

VANCINI, Adriano Roberto; MATIOLI, Jefferson Luiz. Direito e internet: contrato eletrônico. Franca-SP: Lemos & Cruz, 2011.

VERÇOSA, Harolso Malheiros Duclerc. **Contratos mercantis e a teoria geral dos contratos:** o Código Civil de 2002 e a crise dos contratos. São Paulo: Quantir Latin, 2010.

_____, Harolso Malheiros Duclerc. **Curso de direito comercial.** São Paulo: Malheiros, 2004.

A JURISPRUDÊNCIA COMO FONTE DO DIREITO NA ERA DA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO

João Vieira Barros
Mestrando em Direito pela Universidade Nove de Julho. Especialista em Gestão Pública e Controle Externo pela Escola Superior de Gestão e Contas Públicas do Tribunal de Contas do Município de São Paulo. Graduado em Direito pela Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo. Coordenador da Comissão de Jurisprudência do Tribunal de Contas do Município de São Paulo. E-mail: jhonnyspzs@yahoo.com.br

RESUMO: O presente trabalho analisa as diversas fontes do direito, estuda a possibilidade de se considerar a jurisprudência como uma delas, bem como investiga suas esperadas contribuições para o ordenamento jurídico. Em seguida, considerando a era da Sociedade da Informação e a atual valoração da informação em si, o artigo pondera sobre documentação, sistematização e uso de ferramentas tecnológicas relativas à jurisprudência, passando pela automatização e digitalização de autos processuais, bem como pelo desenvolvimento de softwares de Inteligência Artificial - IA para o tratamento e estudo das informações contidas na jurisprudência, em benefício da sociedade brasileira. A pesquisa é baseada no método científico lógico-dedutivo.

PALAVRAS-CHAVE: Fontes do Direito. Jurisprudência. Sociedade da Informação. Tecnologias. Inteligência Artificial.

ABSTRACT: The present work analyses the variety of law sources, studies the possibility of considering jurisprudence as one of them, as well as investigate its expected contributions to legal system. Next, taking Information Society age into consideration, along with current valuation of the information itself, the article ponders about documentation, systematization and the use of technological tools related to jurisprudence, passing through automatization and cases-file digitalization, as well as development of Artificial Intelligence - AI software for treatment and study of the information contained in the jurisprudence, in benefit of the Brazilian society. The research is based on the logical-deductive scientific methodology.

KEY-WORDS: Sources of law. Jurisprudence. Information Society. Technologies. Artificial Intelligence.

INTRODUÇÃO

O presente artigo propõe-se a estudar a jurisprudência como possível fonte do direito, e verificar se de fato os precedentes gerados pelo Poder Judiciário podem ser enquadrados nessa categoria. Caso se confirme a hipótese, pretende-se apurar os principais aspectos contributivos ou influenciadores que da jurisprudência decorrem, debruçando-se sobre importância da documentação, da sistematização e do uso de ferramentas tecnológicas na organização da jurisprudência. Como método adotar-se-á a metodologia lógica dedutiva, esteada por pesquisa bibliográfica, documental e jurisprudencial.

Inicialmente, estudar-se-á o que são as Fontes do Direito sob a ótica de diversos juristas, sendo que sua classificação não é escopo do presente trabalho. Em seguida, será abordada a jurisprudência propriamente dita com suas definições para, no capítulo seguinte, tratar da aceitação pela doutrina de seu enquadramento como verdadeira Fonte do Direito.

Demonstrar-se-á, no capítulo cinco, a função esperada da jurisprudência e de que maneira ela pode contribuir para com o sistema jurídico de que faça parte. E no sexto analisar-se-ão aspectos da sistematização da jurisprudência na era da sociedade da informação, para, ao final, serem apresentadas as conclusões extraídas dos estudos e reflexões realizados ao longo do desenvolvimento do tema.

1 FONTES DO DIREITO

O ser humano necessita ter suas relações regulamentadas, visto que “o homem, diferentemente dos demais seres vivos depende de regras de conduta para dotar de um mínimo de previsibilidade sua existência, concedendo-lhe a segurança necessária para a permanência das sociedades humanas” (PITA, 2002, p. 138). Para Rousseau, as condições da associação civil, quer dizer, do próprio pacto social em si, são as leis, e quem a elas será submetido deve ser o seu autor (1762, p. 54).

As fontes do direito surgem justamente desta ideia de regular as relações que permeiam a sociedade. Importante fixar inicialmente que as possíveis fontes do direito e suas classificações sofrem grandes debates, ou seja, não há um consenso absoluto, conforme restará demonstrado.

Primeiro, apresenta-se a acepção contida no dicionário Houaiss (2003) para o termo “fonte”, “local de onde vem ou onde se produz algo; procedência, origem, proveniência”. Dentre as várias definições possíveis, “direito”, conforme o dicionário, é o “conjunto de normas

da vida em sociedade que buscam expressar e também alcançar um ideal de justiça, traçando as fronteiras do ilegal e do obrigatório".

Então, de modo muito singelo e inacabado, pode-se inferir que "fonte do direito" é o local de onde são produzidas as regras disciplinadoras das relações de convivência de uma dada sociedade. E é por intermédio da predominância de uma dada "fonte do direito" que se possibilita determinar as características de certo sistema normativo. (GODOY, 2016)

Nesta toada, cite-se Norberto Bobbio (1995, p. 161): fontes do direito são "aqueles fatos ou aqueles atos aos quais um determinado ordenamento jurídico atribui a competência ou a capacidade de produzir normas jurídicas". Afirma ainda, que "uma norma é válida se for produzida por uma fonte autorizada". Nas palavras de Miguel Reale, "fontes do direito" designam-se "os processos ou meios em virtude dos quais as regras jurídicas se positivam com legítima força obrigatória, isto é, com vigência e eficácia no contexto de uma estrutura normativa" (2002, p. 140).

Pode-se extrair que as "fontes do direito" são processos de produção, em sentido amplo, originados, construídos ou emanados socialmente e, assim, aptos a disciplinar as relações sociais, ou seja, estruturas normativas definidoras das bases de condução e relacionamento de uma sociedade.

Miguel Reale, em suas lições, ensina que toda fonte de direito "implica uma estrutura normativa de poder". Defende a existência de quatro nascentes de direito, as quais advêm de quatro formas de poder que dão origem aos referidos: o Poder Legislativo, responsável por formular as leis; o Poder Judiciário, provedor de precedentes judiciais; o poder social, constituído pelos usos e costumes; e o poder negocial ou autonomia da vontade que são os contratos. (GENY apud REALE, 2002, p. 141)

As fontes do direito podem ser classificadas de diversas maneiras, permitindo para cada classificação identificar diferentes espécies de fontes. Tércio Sampaio Ferraz, citando o jurista francês, François Geny, explica que:

> [...] conforme se encare o direito em seu aspecto dado ou em seu aspecto construído. De um lado, temos, assim, as fontes substanciais, que são dados, como é o caso dos elementos materiais (biológicos, psicológicos, fisiológicos) que não são prescrições, mas que contribuem para a formação do direito, dos elementos históricos (representados pela conduta humana no tempo, ao produzir certas habitualidades que vão, aos poucos, sedimentando- se), ou dos elementos racionais (representados pela elaboração da razão humana sobre a própria experiência da vida, formulando princípios universais para a melhor correlação entre meios e fins) e dos elementos ideais (representados pelas diferentes aspirações do ser humano, formuláveis em postulados valorativos de seus interesses). De outro lado, fala ele em fontes formais, correspondendo ao construído, significando a elaboração técnica do material (fontes substanciais) por meio de formas solenes que se

> expressam em leis, normas consuetudinárias, decretos regulamentadores etc. (2003, p. 224)

As fontes substanciais, materiais, ou reais, são aquelas "de que se serve o homem para construir as normas jurídicas e compreender o fenômeno jurídico como um todo, todas as representações que influenciam, enfim, a criação e aplicação do Direito" (PITA, 2002, p. 42), enquanto que as fontes formais são aquelas desenvolvidas por intermédio de formas solenes que dão origem a documentos dotados de força imperativa.

Pode-se inferir, segundo Ferraz, a existência das seguintes fontes, as quais, inclusive, são classificadas conforme seu maior ou menor grau de objetividade "em face de sua origem e modo de formação". Em primeiro lugar coloca as "fontes estatais", "por sua formalidade e formulação revestida de autoridade geral e reconhecida institucionalmente". Em segundo lugar, empatados, os "costumes" e a "jurisprudência", por serem menos objetivos, assim detentores de um menor grau de segurança e certeza. Por último, as fontes negociais, possuidoras de maior grau de subjetividade, "próprias da atividade privada", tais como: a doutrina, sentimentos de justiça e equidade. (FERRAZ, 2003, p. 228)

Oswaldo Aranha Bandeira de Mello define como "fontes objetivas do direito positivo", "a constituição, a lei e o regulamento; o costume e a jurisprudência" (2007, p. 229). Prefere-se a definição dada por Washington de Barros, o qual considera Fontes do Direito "meios pelos quais se formam ou pelos quais se estabelecem as normas jurídicas". Dentre as várias classificações possíveis entende-se como mais clara a que propõe "fontes diretas ou imediatas e fontes indiretas ou mediatas" (1995, p. 12).

Por fontes diretas ou imediatas, designam-se "aquelas que, por si sós, pela sua própria força, são suficientes para gerar a regra jurídica", lei e costume. Já as fontes indiretas ou mediatas não possuem tal suficiência, todavia corroboram para a elaboração posterior da norma, são a doutrina e a jurisprudência. (REALE, 2002, p. 142)

Em síntese, por "fontes do direito", conforme os dados apurados por intermédio da bibliografia estudada, independentemente das possíveis classificações acima, pode-se afirmar a existência das seguintes fontes:

1. Lei – produzida ou originada por aqueles eleitos para representar os interesses da sociedade, do povo, fala-se do Poder Legislativo e Executivo;
2. Jurisprudência – a ser tratada mais adiante;
3. Usos e costumes – referem-se a tudo o que é produzido no âmbito da tradição da sociedade. Um clássico exemplo de mudança de comportamento social (de costume), dado por Eros Grau, é a prática de ato obsceno que no contexto do ano de 1940 poderia ser configurado

com uma mulher nua na praia, todavia, hoje, aceitável;

4. Atos negociais – são atos regulamentadores de relação *inter partes*, próprio das relações privadas;

5. Doutrina – é responsável por racionalizar todo um arcabouço científico legal que envolva qualquer temática ela problematiza desenvolvendo novas teses que se mostrem mais adequadas para a sociedade naquele tempo, haja vista o constante dinamismo que há dentro da sociedade.

Nos países ocidentais, em suas relações sociais jurídicas, constata-se a existência predominante de dois tipos de sistemas jurídicos: o primeiro é o da *Civil Law* – cuja base fundamental é a lei, que se estabeleceu mais fortemente após a Revolução Francesa, oportunidade em que a lei adquiriu contornos mais robustos (REALE, 2002, p. 142), estando presente nas civilizações latinas e europeias; e, o segundo, é o da *Common Law* – que se encontra essencialmente alicerçado nos precedentes julgados, sendo utilizado na Inglaterra e Estados Unidos da América. (GODOY, 2016)

O sistema jurídico brasileiro é o da *civil law*, portanto, com bases majoritariamente lastreadas nas leis. Contudo, vale destacar que essa dualidade existente nos sistemas jurídicos, hodiernamente, tem evoluído no sentido de atribuir maior relevância aos precedentes judiciais.

> A teoria das fontes relaciona-se, primordialmente, com o problema da identificação do que seja direito no contexto da sociedade moderna. A aplicação do direito aos fatos, reconhecido como um fenômeno em constante câmbio, exige critérios para a qualificação jurídica de manifestações prescritivas da conduta social como normas, numa sociedade marcada pela perda de padrões estáveis, como o direito natural. A dogmática, desde o século XIX, desempenha essa função, pois a consciência da mutabilidade gerou insegurança e incerteza que não podiam mais ser contornadas por postulados subconscientes como "forças sagradas", "tradições inquestionáveis", "postulados de razão" etc. (FERRAZ JR, 2003, p. 225- 226).

É nesta mesma toada a afirmativa de Bruno Dantas "os sistemas da civil Law paulatinamente têm adotado a eficácia vinculante dos precedentes, especialmente os das supremas cortes" (2011, p. 67).

Destarte é fácil identificar a constante necessidade gerada dentro da sociedade por mudanças, não por razões de vontade própria do "ser social", mas em face de situações que vão surgindo em decorrência da própria dinâmica inerente aos povos.

2 JURISPRUDÊNCIA

Jurisprudência é um termo que possui diversas acepções, podendo variar conforme o contexto e a época. Pretende-se, ao fim deste capítulo, construir o conceito para o termo cujo trabalho pretende desenvolver.

Inicialmente, veja-se a definição dada pelo dicionário jurídico:

> Ciência no Direito. Segundo Ulpiano ("Digesto"), era o conhecimento das coisas divinas e humanas e ciência do justo e injusto, já que em seu tempo se interpretavam e se irmanavam os direitos divinos e humanos. Etimologicamente, é a "resposta dos prudentes". Modernamente, é uma fonte secundária do Direito; pelo qual os tribunais interpretam e aplicam as leis, caso a caso; repetindo-se casos idênticos é natural que as sentenças consolidem uma orientação uniforme, que se chama jurisprudência a qual passa a ser utilizada tanto pelos advogados como pelos magistrados. A praxe ordena, assim como a tradição, que os juízes singulares acatem as jurisprudências firmadas nos tribunais. Importa conhecer a jurisprudência para saber como os tribunais interpretam, a luz do Direito, mas consoante as peculiaridades de cada caso e das circunstâncias em que se dá, a lei positiva, que se rejuvenesce com esta atividade jurisprudencial. (GUIMARÃES, 2011, p. 408)

Rubens Limongi França, ao tratar com profundidade o tema, apresenta cinco possíveis acepções para o termo. Primeiramente traz um conceito *lato*, o qual abarca de modo geral toda a ciência do direito, seja ela teórica desempenhada por juristas ou na prática desempenhada pelos magistrados (FRANÇA, 1974. p. 145). Numa segunda hipótese, apresenta a etimologia vocabular da palavra: "*juris* + *prudentia* consistiria no conjunto das manifestações dos jurisconsultos (prudentes), ante questões jurídicas a eles apresentadas" (FRANÇA, 1974, p. 145).

Em uma terceira ideia, "o de doutrina jurídica, teórica, prática ou de dupla natureza, vale dizer, o complexo das indagações, estudos e trabalhos, gerais e especiais, levados a efeito pelos juristas sem a preocupação de resolver imediatamente problemas concretos atuais" (FRANÇA, 1974, p. 145-146). A quarta definição, "o de massa geral de manifestações dos juízes e tribunais sobre as lides e negócios submetidos à sua autoridade, manifestações essas que implicam uma técnica especializada e um rito próprio, imposto por lei" (FRANÇA, 1974, p. 146).

Por fim, a quinta acepção, a qual adota-se como referência para o presente artigo: "conjunto de pronunciamentos, por parte do mesmo poder judiciário, num determinado sentido, a respeito de certo objeto, de modo constante, reiterado e pacífico" (FRANÇA, 1974, p. 145).

Para Cecília Andreotti Atienza, a palavra jurisprudência pode ser interpretada de três maneiras:

a) pode indicar a Ciência do Direito, em sentido estrito, também denominada

> Dogmática Jurídica ou Jurisprudência;
> b) pode referir-se ao conjunto de sentenças dos Tribunais, em sentido amplo, e abranger tanto a jurisprudência uniforme como a contraditória, e
> c) em sentido estrito, jurisprudência é apenas o conjunto de sentenças uniformes; nesse sentido, falamos em firmar jurisprudência ou contrariar a jurisprudência. (ATIENZA, 1979, p. 51)

Em complemento explica que a jurisprudência deve ser compreendida como "sábia interpretação e aplicação das leis a todos os casos concretos que se submetam a julgamento da justiça. Ou seja, o hábito de interpretar e aplicar as leis aos fatos concretos para que, assim, se decidam as causas" (ATIENZA, 1979, p. 51). Esclarece que a jurisprudência como fonte formal do direito positivo, "é o conjunto uniforme e constante das decisões judiciais sobre casos semelhantes" (1979, p. 51)

As decisões isoladas não formam jurisprudência, são necessárias sucessivas decisões num mesmo sentido para que ela se firme, "constituindo-se em fonte criadora do direito e produzindo um verdadeiro "jus novum"" (ATIENZA, 1979, p. 51). Ensina a autora, reiterando suas ideias, que "jurisprudência assim se diz para designar o conjunto de decisões acerca de um mesmo assunto ou a coleção de decisões de um tribunal". Destaca o fato de "quando firmadas sucessivas decisões vale como verdadeira lei" (1979, p. 51).

Como se vê, o termo jurisprudência possui inúmeras definições, importando repisar duas:

I – "o de massa geral de manifestações dos juízes e tribunais sobre as lides e negócios submetidos à sua autoridade, manifestações essas que implicam uma técnica especializada e um rito próprio, imposto por lei" (FRANÇA, 1974, p. 146).

II - "conjunto de pronunciamentos, por parte do mesmo poder judiciário, num determinado sentido, a respeito de certo objeto, de modo constante, reiterado e pacífico" (FRANÇA, 1974, p. 146).

Na definição I, trata-se do julgamento clássico, que, em tese, não gera precedente algum, apenas uma norma pontual para o caso analisado. Enquanto na definição II, cuida- se dos precedentes, oportunidade em que se tem vários casos idênticos e julgados da mesma maneira, todavia, cabe uma advertência: os ditos precedentes não são gerados apenas a partir da reiteração de decisões similares tratando de problemáticas iguais, mas podem nascer de uma única decisão e servir de precedente.

Para o aludido tema (jurisprudência) é sabido que aos Tribunais Superiores, independente da geração de precedentes (decisões reiteradas no mesmo sentido), a eles é possível já em sede de um único caso decidido vincular todos os demais. Kelsen, parece ser o mais preciso ao delinear o tema, leia-se:

> Um tribunal, especialmente um tribunal de última instância, pode receber competência para criar, através de sua decisão, não só uma norma individual, apenas vinculante para o caso, *sub judice*, mas também normas gerais. Isto é assim quando a decisão judicial cria o chamado precedente judicial, quer dizer: quando a decisão judicial do caso concreto é vinculante para a decisão de casos idênticos. Uma decisão judicial pode ter um tal caráter de precedentes quando a norma individual por ela estabelecida não é predeterminada, quanto ao seu conteúdo, por uma norma geral criada por via legislativa ou consuetudinária, ou quando essa determinação não é unívoca e, por isso, permite diferentes possibilidades de interpretação. No primeiro caso, o tribunal cria, com a sua decisão dotada de força de precedente, direito material novo; no segundo caso, a interpretação contida na decisão assume o caráter de uma norma geral. Em ambos os casos, o tribunal que cria o precedente funciona como legislador, talqualmente o órgão a que a Constituição confere poder para legislar. (KELSEN, 2009, p. 277-278)

Quanto à jurisprudência como fonte do Direito, passa-se a expor adiante.

3 JURISPRUDÊNCIA COMO FONTE DO DIREITO

A fim de afastar quaisquer dúvidas a respeito de serem ou não serem os precedentes judiciais verdadeiras nascentes do direito, cite-se Hans Kelsen:

> Um tribunal, especialmente um tribunal de última instância, pode receber competência para criar, através de sua decisão, não só uma norma individual, apenas vinculante para o caso *sub judice*, mas também normas gerais. Isto é assim quando a decisão judicial cria o chamado precedente judicial, quer dizer: quando a decisão judicial do caso concreto é vinculante para a decisão de casos idênticos. Uma decisão judicial pode ter um tal caráter de precedentes quando a norma individual por ela estabelecida não é predeterminada, quanto ao seu conteúdo, por uma norma geral criada por via legislativa ou consuetudinária, ou quando essa determinação não é unívoca e, por isso, permite diferentes possibilidades de interpretação. No primeiro caso, o tribunal cria, com a sua decisão dotada de força de precedente, direito material novo; no segundo caso, a interpretação contida na decisão assume o caráter de uma norma geral. Em ambos os casos, o tribunal que cria o precedente funciona como legislador, tal qual o órgão a que a Constituição confere poder para legislar. (2009, p. 277-278)

Das palavras do dito autor pode se inferir que os precedentes originados pelos tribunais possuem aptidão para gerar normas especificamente individualizadas ao caso e, também, normas de caráter geral, aplicáveis para outros casos. Nesta hipótese, identifica-se a criação de um precedente, ou seja, o decidido para aquele caso servirá para os demais casos que estejam nas mesmas condições daquele previamente julgado.

Kelsen deixa claro o fato de que o tribunal que crie o "precedente funciona como legislador", nos mesmos moldes do poder concedido pela constituição ao poder legislativo.

> A decisão judicial de um caso concreto é vinculante para a decisão de casos idênticos pelo fato de a norma individual que ela representa ser generalizada. Esta generalização, quer dizer a formulação da norma geral, pode ser realizada pelo próprio tribunal que cria o precedente, mas também pode ser deixada aos outros tribunais que se encontram vinculados pelo dito precedente". (KELSEN, 2009, p. X)

Atienza afirma ser "impossível negar à jurisprudência o valor de verdadeira fonte jurídica". Citando o Supremo Tribunal Federal, em uma de suas decisões, escreve: "a inegável sequência dos julgamentos torna-se como que o suplemento da própria legislação" (1979, p. 52).

Oswaldo Aranha também advoga em favor da jurisprudência como fonte do direito, afirmando que a jurisprudência constrói o verdadeiro significado da lei e dos costumes, apresentando-se como fonte complementar do direito e se tornando na prática, "sua fonte por excelência" (2007, p. 231).

Washington de Barros Monteiro, um dos maiores apoiadores da jurisprudência como fonte do direito, ao tratar do tema com elevada profundidade remonta a época romana frisando que "jurisprudência foi a filosofia nacional dos romanos" (MONTEIRO, 1995, p. 21). Explica que "inúmeras e benéficas foram as transformações introduzidas no direito romano pela jurisprudência" (1995, p. 21).

Ao longo dos anos a jurisprudência tem contribuído para a formação do direito, como se verifica a partir da leitura de um caso trazido por Washington de Barros:

> Antigamente, os filhos de desquitados eram considerados adulterinos, não podendo, pois, ser reconhecidos, de acordo com o art. 358 do Código Civil (hoje revogado). Longa série de julgados alterou, todavia, esse entendimento, forçando a expedição do Decreto-lei nº 4.737, de 24 de setembro de 1942 e da Lei nº 883, de 21 de outubro de 1949, que vieram possibilitar tal reconhecimento, após a dissolução da sociedade conjugal. XX

Note-se o caráter inegável de construção e, porque não dizer, de evolução dialética do direito efetivada pelos precedentes gerados pelo poder judiciário. É irrefutável a colaboração trazida por eles à sociedade.

Nesta toada, Oswaldo Aranha, de modo brilhante, escreve:

> Então, proclama-se a decadência da lei em face das exigências da realidade social e do fluxo perene do direito pela ação dos Tribunais, através da jurisprudência, que o domina muito mais que o costume, no mundo de hoje. Na verdade, o direito não pode constranger-se na estagnação das formas legais; e, por isso, floresce, mediante a jurisprudência, projetando-se no evolver dos acontecimentos sociais,

> como sopro vivificador dos institutos jurídicos, que se estiolam na algidez da lei. (2007, 232-233)

Interessante é trazer à baila alguns marcos legais que dão sustentação ao que os autores têm defendido acima. A título de exemplo pode-se citar as súmulas e enunciados dos tribunais.

Em 2004, com o advento da Emenda Constitucional nº 45, foram instituídas as Súmulas Vinculantes, as quais possuem validade, aplicabilidade e necessária observância por toda a Administração Pública e Poder Judiciário (Art. 103-A, da CRFB).

O recentemente sancionado Código de Processo Civil, na mesma senda, deixa ainda mais clara a tendência de cada vez mais o sistema jurídico brasileiro se aproximar do sistema da "commom law". No art. 927 do referido Código consta que os juízes e tribunais observarão as decisões da Suprema Corte, bem como orientações de órgãos especiais a que estejam vinculados.

Para o pós-positivista Ronald Dworkin, um organismo composto apenas por regras, não é capaz de gerar fundamentação suficiente para os casos complexos, pois o juiz em alguns casos não possui a sua disposição uma norma que se amolde ao caso concreto (DWORKIN apud DA SILVA, 2003, p. 610).

Riccardo Giuliano Figueira Torre, em sua dissertação afirma: "Acredita-se que o ordenamento jurídico pátrio parece caminhar, sem olhar para trás, em direção à quase equiparação entre o direito jurisprudencial e a lei como fontes mais importantes do nosso direito" (2015, p. 31).

Nesta esteira, jurisprudência, nas belas palavras de Monteiro "constitui-se em verdadeira fonte de vida jurídica". "O direito jurisprudencial vem completar, enriquecer, modificar, recobrir de nova vegetação o direito escrito nos textos legislativos" (1995, p. 21).

Registre-se, portanto, com base nos exemplos citados acima, que é muito perceptível um rastro evolutivo constante, no sentido de fortalecer a jurisprudência como fonte do direito. Destarte, indo ao encontro dos inúmeros doutrinadores aqui supramencionados.

2 ASPECTOS CONTRIBUTIVOS DA JURISPRUDÊNCIA

Neste capítulo buscar-se-á desenvolver algumas das contribuições a que se prestam os precedentes. Conforme Rubens Limongi França, as funções da Jurisprudência são:

1. "Interpretar a lei", pois a lei é um preceito geral e, quando da sua aplicação ao caso objeto de análise é essencial "uma revisão do significado de cada um dos termos que a integram, sob pena de inadequado enquadramento da espécie" (FRANÇA, 1974, p. 199).

2. “Vivificar a lei”; a ideia é identificar possíveis alterações que impliquem em adequações, integrações ou construções de novos preceitos no ordenamento jurídico. É provocada muitas vezes por petição dos interessados aos juízes. “A jurisprudência dos juízes e tribunais é, pois, o fator preponderante de vivificação da lei” (FRANÇA, 1974, p. 200).

Sobre a função vivificação, Oswaldo Aranha corrobora e, em suas palavras diz: “Vivifica a jurisprudência os textos escritos e os costumes, adaptando-os às conjunturas sociais e econômicas, fixando os contornos das suas transformações e dando-lhes contínua atualidade” (MELLO, 2007, p. 231).

3. “Humanizar a lei”; a norma que visa inicialmente as pessoas de modo indeterminado é uma regra de ordem geral, tendo isso em mente, pode-se inferir que ela não visa por memorizar os diversos graus possíveis nas relações. “Não podendo a lei deixar de ser impessoal, e exigindo a própria índole do direito que as condições peculiares de cada caso não sejam ignoradas, claro se torna que é ao magistrado que incumbe, na aplicação da lei ao caso concreto, sem desvirtuar-lhe as feições, arredondar suas arestas...” (FRANÇA, 1974, p. 200).

4. “Suplementar a lei”, em face das lacunas que vão surgindo na prática do dia a dia. Ressalte-se que não é possível preencher lacunas contra a lei (FRANÇA, 1974, p. 202).

5. “Rejuvenescer a lei”, atualizar a lei “sem perder de vista a essência do preceito, ir adaptando-o à realidade social e às transmudações da vida cotidiana” (FRANÇA, 1974, p. 203-204). Além disso, espera-se o fornecimento de elementos para o aprimoramento das leis pelos juristas, legisladores e afetos.

Sob a ótica de Atienza, os precedentes possuem a finalidade de contribuir proporcionando maior estabilidade, facilitação do trabalho de pesquisa do advogado, bem como do Tribunal, e tornar mais simples e objetivo o julgamento das questões mais frequentes. (1979, p. 105)

Na mesma esteira vale registrar o quanto exposto por Ricardo Giuliano Torre:

> A valorização do direito jurisprudencial também deve ser analisada sob a ótica da coletivização do julgamento de recursos, principalmente por meio do julgamento de recursos repetitivos, cuja orientação aplicada no *leading case* selecionado é replicada para os demais. (2015, p. 30)

O manejo das súmulas vem sofrendo aumento intenso em sua aplicação nos últimos anos, desempenhando um papel fundamental para a orientação do respectivo tribunal, permitindo alcançar ganhos de eficiência (TORRE, 2015, p. 31). Outra função contributiva identificada é a de informação jurídica, conforme exposto por Kalyani Muniz Pimentel: “é notória a importância da jurisprudência como informação jurídica e a necessidade de

disponibilizar de forma adequada as teses jurídicas consagradas pelos tribunais em reiteradas decisões, resultantes da aplicação de normas a casos semelhantes". (2015, p. X)

Bruno Dantas, ao tratar, à época, do projeto do novo Código de Processo Civil, colocou a exigência de fundamentação específica como método assecuratório para a promoção do respeito às relações já concretizadas "protegendo o direito adquirido e a coisa julgada". A imposição de que sejam justificadas racionalmente mudanças na compreensão da norma evita instabilidade jurídica. Desta feita, pode-se inferir que a jurisprudência traz consigo a função de manter estável, desde que observada, o entendimento de dado tema no seio da sociedade. (DANTAS, 2011, p. 67)

3 A INFORMATIZAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA

Em decorrência da notória relevância da jurisprudência como fonte emanadora do direito, sua sistematização passou a ser necessária para fins de devida disponibilização e acesso tanto pelos aplicadores da lei quanto pelos jurisdicionados, "já que a jurisprudência divulgada serve como vetor da transparência, da democratização e da fiscalização social" (PIMENTEL, 2013, p. 70). Ademais, a possibilidade de fácil recuperação dessas informações sistematizadas contribui para uma atuação da Justiça de maneira mais eficiente. Tornam mais simples e objetivo o julgamento das questões mais frequentes. (ATIENZA, 1979, p. 52).

Ressalte-se que uma imensidão de informações é gerada diariamente a partir das decisões proclamadas pelos órgãos julgadores, e tais informações se traduzem em documentos jurídicos, que podem ser definidos como sendo "a reunião, análise e indexação da doutrina, da legislação [...], da jurisprudência (acórdãos, pareceres, recursos, decisões e etc.) e de todos os documentos oficiais relativos a atos normativos ou administrativos". (ATIENZA, 1979, p.19). Os documentos gerados são passíveis de serem condensados por intermédio das ementas. A ementa é responsável por apresentar os aspectos mais importantes de uma decisão, uma espécie de síntese, sumário ou resumo, trata dos pontos mais relevantes a serem lembrados. Suas funções são: facilitar o trabalho de pesquisa, substituir o teor do julgado (apenas para o fim de servir como remissão), agir pedagogicamente para a orientação da sociedade. "A elaboração de ementas jurisprudenciais se justificou e se justifica até hoje basicamente pela necessidade de tornar conhecidos, de forma objetiva e rápida, o conteúdo e os fundamentos jurídicos dos provimentos judiciais e das decisões de natureza administrativa". (BARBOSA NETO, 2015, p. 33).

Sabendo-se da inúmera quantidade, conforme demonstrado acima, de informações jurídicas geradas pelos órgãos, e da consequente dificuldade em sua localização, se impõe a

necessidade de sistematização dos documentos para que sirvam como base referencial para os casos futuros.

Na era da sociedade da informação, decorrente da globalização e da revolução tecnológica, com o advento de tecnologias de digitalização de documentos e disponibilização na rede mundial de computadores, essa tarefa vem sendo realizada a cada dia com mais efetividade. Sobre a sociedade da informação:

> A Sociedade da informação está baseada nas tecnologias de informação e comunicação que envolvem a aquisição, o armazenamento, o processamento e a distribuição da informação por meios electrónicos, como a rádio, a televisão, telefone e computadores, entre outros. Estas tecnologias não transformam a sociedade por si só, mas são utilizadas pelas pessoas em seus contextos sociais, económicos e políticos, criando uma nova comunidade local e global: a Sociedade da Informação. (GOUVEIA, 2004)

Nas palavras de Atienza:

> [...] extraordinários avanços conseguidos no campo da informática, tornando possível sua aplicação no setor do Direito, como em qualquer outra ciência ou técnica. As técnicas modernas de informação oferecem para a sistematização, armazenamento da informação jurídica, sua pesquisa e recuperação, em grau máximo de perfeição, além da rapidez eletrônica, perspectivas ilimitadas, capazes de transformarem profundamente os processos judiciais, de diminuir o custo de administração da justiça, e de evitar decisões errôneas. (1979, p. 217)

Convém mencionar que o uso da informática no campo jurídico teve início nos anos 60 nos Estados Unidos, para controle da contabilidade de grandes empresas e memorização de leis antitruste (ATIENZA, 1979, p. 217). No Brasil, a Lei 7232/1984 sobre a Política Nacional de Informática, cria o Conselho Nacional de Informática e Automação (Conin), a Secretaria Especial de Informática (SEI), o Distrito de Exportação de Informática, o Plano Nacional de Informática e Automação e o Fundo Especial de Informática e Automação. A Portaria 148/1995 do Ministério da Ciência da Tecnologia autoriza a comercialização da informática, e em 2001 surge a ICP-Brasil - Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira, para garantir a autenticidade e validade jurídica de documentos eletrônicos. Apenas em 2006 com o advento da Lei 11.341 passou-se a admitir a mídia eletrônica e a internet como repositório de jurisprudência aptos a comprovar divergência em Recursos Especiais e Extraordinários.

No mesmo ano, a Lei 11.419/2006 institui o processo eletrônico ao eleger, em seu artigo oitavo, a tramitação dos processos preferencialmente pela rede mundial de computadores, sendo um grande marco dos avanços tecnológicos experimentados pelo Poder Judiciário.

Todo esse movimento, que começa com a informatização dos processos, num primeiro momento por iniciativa de cada Tribunal, para depois passar a ser unificado e direcionado pelo Conselho Nacional de Justiça, alcançou em 2020 80% dos Tribunais. Na seara da jurisprudência, existe atualmente o Banco Nacional de Demandas Repetitivas e Precedentes Obrigatórios nos Tribunais Estaduais, Federais e Superiores (CNJ, 2020).

Atualmente, para além da informatização dos processos, o uso da tecnologia tem alcançado a Inteligência Artificial, ramo da ciência da computação que simula a inteligência humana por meio de algoritmos e estatística. Por meio dela, o programa de computador "adquire a capacidade de melhorar sua performance em determinada tarefa com base na experiência em executá-la. Isso é conhecido como Aprendizado de Máquina" (MELO, 2020).

Em agosto/2020 foi aprovada a Resolução 332 que trata da ética, da transparência e da governança na produção e no uso de Inteligência Artificial no Poder Judiciário, trazendo diretrizes para o uso de sistemas automatizados.

Denominado como "fábrica de modelos de IA", o sistema Sinapses - nascido no Tribunal de Justiça de Rondônia e nacionalizado via termo de colaboração com o Conselho Nacional de Justiça - é uma plataforma que poderá servir, além de desenvolvimento de IA para pesquisa de jurisprudência, como auxiliar e grande facilitador no posicionamento de magistrados com base em decisões já tomadas em casos semelhantes, propiciando economia de tempo e de custos, além de maior previsibilidade das decisões.

A criação da Associação Brasileira de Jurimetria é mais um marco importante ocorrido a partir de iniciativas de um grupo de pesquisadores do Instituto de Matemática e Estatística da Universidade de São Paulo (IME-USP) e da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP) que, em 2009, se juntaram com a finalidade de efetuar pesquisas empíricas a respeito de recursos julgados pelo Tribunal de Justiça de São Paulo. Jurimetria consiste na ideia de consolidar dados estatísticos dentro do universo jurídico. "Quando se faz jurimetria, enxerga-se o Judiciário como um grande gerador de dados que descreve o funcionamento completo do sistema. Quando se faz jurimetria, estuda-se o Direito através das marcas que ele deixa na sociedade" (ABJ).

CONCLUSÕES

Pode-se extrair que as "fontes do direito" são processos de produção, em sentido amplo, originados, construídos ou emanados socialmente e, assim, aptos a disciplinar as relações sociais, ou seja, estruturas normativas definidoras das bases de condução e relacionamento de uma sociedade.

O sistema jurídico brasileiro continua reconhecendo a lei como principal fonte do direito, todavia a prática diária tem demonstrado uma forte tendência a se aproximar cada vez mais do sistema da *common law*, ou, ao menos, de suas ideias.

A uniformização e sistematização das decisões surgiram como uma necessidade natural de facilitação da pesquisa e do acesso para a sociedade como um todo, seja para atender ao princípio da transparência, ou ao da segurança jurídica.

A construção de ferramentas que organizem as informações permitindo a análise, o tratamento dos dados, a recuperação ágil e precisa, agrega um valor imensurável aos Órgãos Judicantes, pois essencialmente instrumentalizam com recursos a todo e qualquer interessado com informação útil e que pode ser usada no processo de decisão, tanto por aquele que julga quanto por aquele que precisa adotar uma conduta, seja para se defender, seja para provocar o Poder Judiciário a conceder algum direito, para embasar um pedido, constituir alguém em obrigação... enfim, possibilitar analisar e tratar tais dados.

Na era da sociedade da "avalanche" de informação é medida de rigor que se criem mecanismos aptos a agilizar, facilitar, abreviar, simplificar a vida daquele que precisa pesquisar o entendimento jurisprudencial sobre um tema nos órgãos competentes. A jurisprudência uniformizada, sistematiza e informatizada consegue cumprir, com maior efetividade, seus papéis: vivificando a norma, humanizando-a, dando-lhe suplemento, rejuvenescendo-a, fornecendo informação para o aprimoramento das leis, dos juristas, legisladores e afetos, recobrindo de nova vegetação, como ensina Monteiro, o direito escrito nos textos legislativos, à vista de maior celeridade e assertividade. Evita, ou deveria evitar, instabilidade jurídica.

REFERÊNCIAS

ABJ, Associação Brasileira de Jurimetria. **O que é jurimetria?** Disponível em: https://abj.org.br/o-que-e-jurimetria/. Acesso em 04 out. 2020.

ANTÔNIO, Houaiss. **Dicionário Eletrônico Houaiss da língua portuguesa**. Editora Objetiva, 2003. Versão 1.0.

ATIENZA, Cecília Andreotti. **Documentação jurídica: introdução à análise e indexação de atos legais.** Rio de Janeiro: Achiamé, 1979.

BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. **Princípios gerais de direito administrativo**. 3ª ed., 2007.

BARBOSA, Guilherme Netto. **Ementas e informativos nos Tribunais de Contas: instrumentos de divulgação do pensamento das Cortes para uma aproximação com a sociedade**. Cuiabá: Publicontas, 2015.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo Jurídico: Lições de filosofia do direito**. Compiladas por Nello Morra; tradução e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. **Em 15 anos a informatização transformou o judiciário do século XXI.** Agência CNJ de Notícias, 2020. Disponível em https://www.cnj.jus.br/em-15-anos-a-informatizacao-transformou-o-judiciario-do-seculo-xxi/. Acesso em 28 de setembro de 2020.

DANTAS, Bruno. **A jurisprudência dos tribunais e o dever de velar por sua uniformização e estabilidade**. Revista de Informação Legislativa. Brasília ano 48 n. 190 abr./jun. 2011.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

FRANÇA, Rubens Limongi. **O direito, a lei e a jurisprudência**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1974.

GODOY, Luciano de Souza**. A jurisprudência como fundamento da decisão no Novo CPC.** Revista Jota, 2016. Disponível em <https://www.jota.info/opiniao-e- analise/colunas/luciano-godoy/a-jurisprudencia-como-fundamento-da-decisao-no-novo-cpc- 17082015>. Acesso em 02 jan. 2020.

GOUVEIA, Luís Manuel Borges. **Sociedade da informação: notas de contribuição para uma definição operacional**. Centro de Informática da Universidade Federal de Pernambuco, 2004. Disponível em https://www.cin.ufpe.br/~cjgf/SOCIETY/Sociedade%20da%20Informacao%20-%20contribuicao%20para%20uma%20definicao%20operacional.pdf. Acesso em: 02 out. 2020.

GRAU, Eros Roberto. **Porque tenho medo dos juízes: (a interpretação/aplicação do direito e os princípios).** 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2018.

GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri. **Dicionário técnico jurídico.** 14. ed. São Paulo: Rideel, 2011.

GUIMARÃES, José Augusto Chaves. **Análise documentária em Jurisprudência: uma metodologia de indexação de acórdãos para instrumentos terminológicos**. IV Simpósio Ibero-americano de Terminologia, 1994. Disponível em: https://sites.google.com/view/riterm/pt/simposiopt/simpostioanteriorespt. Acesso em: 03 out. 2020.

GUIMARÃES, José Augusto Chaves. **Elaboração de Ementas Jurisprudenciais: elementos teóricometodológicos.** Conselho da Justiça Federal/Centro de Estudos Judiciários. Série Monografias do CEJ, 2004. Disponível em: https://www1.tjrs.jus.br/export/poder_judiciario/tribunal_de_justica/centro_de_estudos/doc/monografia09.pdf. Acesso em: 03 out. 2020.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2009.

MELO, Jairo. **Inteligência Artificial: uma realidade no Poder Judiciário**. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, 2020. Disponível em:

https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/campanhas-e-produtos/artigos-discursos-e-entrevistas/artigos/2020/inteligencia-artificial. Acesso em: 01 out. 2020.

MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro; BRAGA, Sérgio Pereira. **A administração da justiça e a morosidade no poder judiciário.** Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=75c6b2d6319e12f3>. Acesso em: 10 Jan. 2020.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil.** Parte geral. São Paulo: Saraiva, 1995.

PIMENTEL, Kalyani Muniz Coutinho. **Resumos jurisprudenciais: espécies e elaboração à luz da doutrina do precedente.** Revista ESA Barra da Tijuca, Barra da Tijuca (RJ), v. 1, n. 2, p. 67-104, jul./set. 2013.

PITA, Flávia Almeida. **A jurisprudência como fonte do direito. Qual é hoje o seu papel no sistema jurídico brasileiro?** 2002. Dissertação (Mestrado em Direito Público). UFPE. Pernambuco, 2002.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social**. Tradução: Rolando Roque da Silva. Edição eletrônica. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/marcos/hdh_rousseau_contrato_social.pdf>. Acesso em: 05 jan. 2020.

SARTOR, Edivaldo Antonio; MAÇOLI, Fabio; PESSOA, Marcelo Schneck de Paula**. A utilização da TI como ferramenta de apoio à jurisprudência.** UNESP, 2005. Disponível em: **http://www.simpep.feb.unesp.br/anais/anais_12/copiar.php?arquivo=Sartor_EA_A%20utiliza%E7%E3o%20da%20TI%20.pdf.** Acesso em: 03 out. 2020.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Princípios e Regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção**. Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais 1, ano 2003, p. 610. Disponível em: <https://constituicao.direito.usp.br/wp-content/uploads/2003-RLAEC01-Principios_e_regras.pdf>. Acesso em: 06 jan. 2020.

TORRE, Riccardo Giuliano Figueira. **A valorização dos precedentes pelos Tribunais Superiores e a jurisprudência defensiva**. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito Processual). USP. São Paulo, 2015.

A PROBLEMÁTICA PRESUNÇÃO DE VERACIDADE DAS INFORMAÇÕES DOS ATOS ADMINISTRATIVOS: A SITUAÇÃO PECULIAR DAS SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA

Leandro Abdalla Ferrer
Graduado em Direito pela Faculdade de São Lourenço. Especialista em Direito Administrativo pelo IED. Pós- Graduando em Direito Processual Aplicado pela EPD. Mestrando em Direito pela UNISAL. Advogado da Ferrer,Aon e Vianna Sociedade de Advogados. Professor do Curso Jurismestre. (35)98802-6295.

Luiz César Martins Loques
Mestrando em Direito pelo UNISAL/SP. Pós-Graduando em Direito Empresarial e Notarial e Registral pela Faculdade Única de Ipatinga. Bacharel em Direito pelo UniFOA. Professor dos cursos JURISMESTRE e CEPIFAR em Volta Redonda/RJ. Advogado. E-mail: lcloques@gmail.com

RESUMO: Os atos administrativos possuem uma presunção de veracidade em razão do princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado. Todavia, em se tratando de atos administrativos praticados pelas sociedades de economia mista, estas possuem uma mitigação ainda superior na presunção de veracidade, já que seus atos, no que tangem ao mercado de valores mobiliários, são comumente capturados pelo poder político.
PALAVRAS-CHAVES: Estado; Empresário, Atos administrativos; Veracidade.

ABSTRACT: Administrative acts have a presumption of veracity because of the principle of the supremacy of the public interest over the private interest. However, in the case of administrative acts practiced by state-owned enterprises, these have an even greater mitigation in the presumption of veracity, since their acts, as far as the securities market is concerned, are commonly captured by political power.
KEY WORDS: State; Entrepreneur; Administrative acts; Veracity.

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988, traz em seu artigo 5º, II, o Princípio da Legalidade, trazendo que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer algo, senão em virtude de lei. Já o artigo 37 da Carta Magna, dispõe que a Administração Pública obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Assim o Estado deve agir de acordo com os interesses da sociedade, não do seu próprio interesse.

Dito isso, a Doutrina Administrativa Brasileira reconhece a presunção da Legalidade das informações da Administração Pública. Se subdividindo em presunção de legitimidade e presunção de veracidade. A primeira seria a conformidade do ato com o ordenamento jurídico, já a segunda a adequação dos fatos a realidade do ato. Ocorre, porém, que esta presunção não é absoluta e sim relativa.

Todavia, no Estado Democrático de Direito, este princípio deve ser visto com cautela, pois também devemos observar o Princípio do Devido Processo Legal, devendo o Princípio da Motivação dos Atos Administrativos mitigar a presunção de veracidade dos atos da Administração Pública.

1 PRINCÍPIO DA MORALIDADE

O Princípio da Moralidade está expressamente previsto na Constituição Federal, em seu artigo 37, caput, vejamos: "A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência".

Moraes afirma que (2004, p. 315):

> Pelo princípio da moralidade administrativa, não bastará ao administrador o estrito cumprimento da estrita legalidade, devendo ele no exercício de sua função pública, respeitar os princípios éticos de razoabilidade e justiça, pois a moralidade constitui, a partir da Constituição de 1988. Pressuposto de validade de todo ato da administração pública.

Este princípio constitucional, é um dos norteadores do Direito Administrativo brasileiro.

Franco Sobrinho (1993, p.157) sustenta que:

> Difícil de saber por que o princípio da moralidade no direito encontra tantos adversários. A teoria moral não é nenhum problema especial para a teoria legal. As concepções na base natural são analógicas. Por que somente a proteção da legalidade e não da moralidade também? A resposta negativa só pode interessar aos administradores ímprobos. Não à Administração, nem à ordem jurídica. O contrário seria negar aquele mínimo ético mesmo para os atos juridicamente lícitos. Ou negar a exação no cumprimento do dever funcional.

Desta forma a Administração Pública tem o dever-poder de agir sempre representando o interesse social. Nesse sentido dispõe Gilmar Mendes (2018, p. 929) :

> Tendo em vista que a Administração Pública deve pautar-se pela obediência aos princípios constitucionais a ela dirigidos expressamente, mas também aos demais

> princípios fundamentais, tem-se que, em sua atuação, deve ser capaz de distinguir o justo do injusto, o conveniente do inconveniente, o oportuno do inoportuno, além do legal do ilegal.

O Supremo Tribunal Federal também já se manifestou acerca do Princípio da Moralidade Administrativa:

> Poder-se-á dizer apenas que agora a Constituição Federal consagrou a moralidade como princípio de administração pública (art. 37 da Constituição Federal). Isso não é verdade. Os princípios podem estar ou não explicitados em normas. Normalmente, sequer constam de texto regrado. Defluem no todo do ordenamento jurídico. Encontram-se ínsitos, implícitos no sistema, permeando as diversas normas regedoras de determinada matéria. O só fato de um princípio não figurar no texto constitucional, não significa que nunca teve relevância de princípio. A circunstância de, no texto constitucional anterior, não figurar o princípio da moralidade não significa que o administrador poderia agir de forma imoral ou mesmo amoral. Como ensina Jesus Gonzales Perez 'el echo de su consagración en una norma legal no supone que com anterioridad no existiera, ni que por tal consagración legislativa haya perdido tal carácter' (El principio de buena fe en el derecho administrativo. Madri. 1983. P.15). Os princípios gerais de direito existem por força própria, independentemente de figurarem em texto legislativo. E o fato de passarem a figurar em texto constitucional ou legal não lhes retira o caráter de princípio. O agente público não só tem que ser honesto e probo, mas tem que mostrar que possui tal qualidade. Como a mulher de César (Rextr nº 160.381-SP. Relator Ministro Marco Aurélio, v.u.; RTJ 153/1.030).

Acerca do desrespeito ao princípio da Moralidade Administrativa Medaur (1996, p. 142) diz que:

> A percepção da imoralidade administrativa ocorre no enfoque contextual: ou melhor, ao se considerar o contexto em que a decisão foi ou será tomada. A decisão, de regra, destoa do conjunto de normas de conduta extraídas da disciplina geral norteadora da Administração.

Assim a Administração Pública, não pode se voltar para os próprios interesses e sim da coletividade, sempre respeitando os princípios constitucionais.

2 PRESUNÇÃO DE VERACIDADE E LEGITIMIDADE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS

Todo ato administrativo, independentemente da sua origem, nasce com presunção de legitimidade e veracidade. Esta presunção decorre dos princípios da legalidade e moralidade, previstos no artigo 37 da Constituição Federal, e garante a Administração Pública que seus atos sejam considerados legítimos e verdadeiros, até que seja provado antagonicamente. Assim dispõe Hely Lopes Meirelles (2018, p. 187 e 188): "a presunção de veracidade, inerente à de legitimidade, refere-se aos fatos alegados e afirmados pela Administração para a prática do ato,

os quais são tidos e havidos como verdadeiros até prova em contrário". No mesmo diapasão delineia Maria Sylvia Zanella di Pietro (2009. P. 197/198):

> A presunção de legitimidade diz respeito à conformidade do ato com a lei; em decorrência desse atributo, presumem-se, até prova ao contrário, que os atos administrativos foram emitidos com observância da lei. A presunção de veracidade diz respeito aos fatos; em decorrência desse atributo, presumem- se verdadeiros os fatos alegados pela Administração. Assim ocorre com relação às certidões, atestados, declarações, informações por ela fornecidos, todos dotados de fé pública.

3 USO EXACERBADO DA PRESUNÇÃO PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Ainda que a Administração Pública tenha tais prerrogativas, esta não pode exceder seus limites legais. Este é o entendimento de Sérgio Ferraz e Adílson Abreu Dallari (2001, apud Guedes, 2007, p. 99):

> O prestígio da presunção de legalidade dos atos como uma prerrogativa pura e exclusiva dos agentes públicos é um reflexo do brutal autoritarismo que sempre caracterizou a Administração Pública Brasileira, em proveito dos que sempre a tomaram como instrumento de satisfação de seus interesses particulares, mas que não podem ser mantidos, pelo menos com a mesma configuração e intensidade, nos tempos atuais, pois o Estado de Direito não convive com meios de favorecimento ao arbítrio e a emergência do conceito de cidadania é incompatível com a colocação do cidadão em posição subalterna aos agentes administrativos, seja qual for o escalão a que pertençam. [...] Em resumo: a presunção de legalidade vale até o momento em que o ato for impugnado. Havendo impugnação, em sede administrativa ou judicial, inverte-se o ônus da prova, porque, diferentemente dos particulares, que podem fazer tudo o que a lei não proíbe, a Administração Pública somente pode fazer o que a lei autoriza ou determina. Sendo assim, sempre cabe a Administração o dever de demonstrar que atuou de maneira conforme a lei.

Em alguns casos, isso acarreta a falta de motivação dos atos administrativos, podendo gerar a nulidade desses atos. Assim explica Rafael Carvalho (2015, p. 287):

> Entendemos que a motivação dos atos administrativos, independe de previsão legal expressa nesse sentido, diminui a possiblidade de atuação arbitrária da Administração. A transparência pública impõe a exposição das razões de fato e de direito que ensejaram a prática de determinado ato. A motivação confere maior legitimidade à atuação estatal, servindo como parâmetro importante de controle judicial e social, bem como instrumento inibidor de arbitrariedade administrativa. A obrigatoriedade de motivação é uma exigência constitucional que deriva dos princípios democráticos, da legalidade, da publicidade, da ampla defesa e do contraditório.

Isso gera um enorme prejuízo aos particulares, pois os agentes públicos em vez de utilizarem de sua prerrogativa em prol da supremacia do interesse público acabam, por muitas vezes, as utilizando para seus próprios fins. Como caracteriza Hely Lopes Meirelles (2018, p. 108), nos novos Estados Democráticos de Direito vigem direitos e garantias individuais, tendentes a salvaguardar o cidadão da prepotência do poder público, seus agentes e governantes.

4 LIMITE DA PRESUNÇÃO DE VERACIDADE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS

Não obstante a Administração Pública possuir a prerrogativa de presunção de veracidade e legitimidade das informações públicas, como por exemplo, certidões, atestados, informações, atos registrais, declarações, por estarmos em um Estado Democrático de Direito, há algumas restrições.

A presunção não é absoluta, e sim relativa, cabendo o particular provar o vício que anula o ato administrativo. Dispõe nesse sentido Alexandre Mazza (2016, p. 264):

> Por óbvio, o ônus de provar o eventual defeito incumbe a quem alega, isto é, cabe ao particular provar a existência do vício que macula o ato administrativo. Daí afirmar- se que a presunção de legitimidade inverte o ônus da prova, não cabendo ao agente público demonstrar que o ato por ele praticado é válido, e sim ao particular incumbe a prova de ilegalidade.

No mesmo sentido vem a Jurisprudência do TJMG:

> EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - CONCURSO PÚBLICO - POLÍCIA MILITAR - EXAME CLÍNICO/ANTROPOMÉTRICO - DESCLASSIFICAÇÃO FUNDADA NA INAPTIDÃO FÍSICA - APTIDÃO ATESTADA POR LAUDO MÉDICO JUDICIAL - PREVALÊNCIA DO LAUDO JUDICIAL - RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE - RECURSO PROVIDO-
> Ao Judiciário é permitida apenas a análise da legalidade do ato administrativo. Todavia, ao conceito de legalidade estão associados os postulados constitucionais da finalidade, moralidade, razoabilidade e proporcionalidade, o que envolve a análise dos motivos determinantes para a prática do ato, a fim de evitar a prática de abusos, arbitrariedades e incongruências entre a razão e a conclusão ou a finalidade administrativa.
> - A presunção de legitimidade do laudo médico oficial, elaborado pela banca examinadora do concurso público, pode ser rechaçada judicialmente mediante perícia judicial produzida sob o crivo do contraditório, apta a apurar, com segurança técnica e imparcialidade, se o conteúdo e, notadamente, o resultado do laudo médico oficial guarda fiel observância à realidade.
> - Embora respeitável a conclusão da avaliação médica realizada pela banca examinadora do certame, uma vez produzida em Juízo prova pericial comprovando a aptidão física do candidato, impõe-se reconhecer que a presunção relativa de veracidade do ato administrativo restou satisfatoriamente desconstituída, ensejando a anulação do ato de exclusão.

> - A conclusão pericial judicial no sentido de ostentar o autor aptidão para o exercício das funções concernentes ao cargo no qual pretende a investidura, aliada ao contínuo e eficaz desempenho de tais atribuições ao longo do tempo, representam fundamento suficiente ao afastamento do laudo oficial elaborado no âmbito do Concurso Público.
> - Recurso provido. Pedido inicial julgado procedente. (TJMG - Apelação Cível 1.0056.10.233187-5/002, Relator(a): Des.(a) Corrêa Junior, 6ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 19/03/2019, publicação da súmula em 03/04/2019)

Também podemos considerar que o Princípio do Devido Processo legal, de alguma forma mitiga a presunção de veracidade e legitimidade dos atos administrativos, pois garante que todo sujeito de direito, a garantia fundamental a um processo justo. Nesse sentido disserta Fredie Didier Jr (2016, p. 69): "O princípio do devido processo legal tem a função de criar os elementos necessários à promoção do ideal de protetividade dos direitos, integrando o sistema jurídico eventualmente lacunoso". Assim, apesar da prerrogativa da Administração Pública, o particular tem a chance de provar o erro da administração pública em um devido processo legal. Caracteriza isso Hely Lopes Meirelles (2018, p. 188) "[...] admite-se todavia, a sustação dos efeitos dos atos administrativos através de recursos internos ou de ordem judicial, em que se concede a suspensão liminar, até o pronunciamento final da validade ou invalidade do ato impugnado". Podendo então o particular caso demonstrado o fumus boni iuris e o periculum in mora, pedir inclusive liminarmente a suspensão do ato administrativo até o final do processo.

No mesmo sentido vem a Jurisprudência do TJMG:

> EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO ANULATÓRIA - POLÍCIA MILITAR - TRANSFERÊNCIA DE PRAÇA - TÉCNICO EM ENFERMAGEM - INTERESSE PÚBLICO - BATALHÃO ONDE O MILITAR ESTÁ LOTADO - PRINCÍPIO DA LEGALIDADE - ATO ADMINISTRATIVO - SUSPENSÃO DOS EFEITOS - TUTELA DE URGÊNCIA - REQUISITOS PRESENTES.
> - Afigura-se relevante a fundamentação do recurso, no sentido de que o ato administrativo impugnado teria descurado de preservar o efetivo mínimo de especialistas atuantes no 3º BPM, circunstância que ao menos neste momento processual autoriza o Poder Judiciário a dar cumprimento ao princípio da legalidade, sem interferir no mérito do ato administrativo.
> - O interesse público debatido nos autos de origem existe não apenas na perspectiva das carências experimentadas pelo Hospital da Polícia Militar, mas, também, na perspectiva da realidade local do 3º Batalhão da Polícia Militar, sediado em Diamantina, cuja realidade existente no quadro de especialistas (técnicos em enfermagem) não é de ociosidade, de mau aproveitamento de militares e tampouco de descompasso entre o número de oficiais e praças, mas de necessidade de preservação, sob pena de prejuízo do atendimento à saúde em diversas frentes, em uma das Regiões mais pobres do Estado de Minas Gerais.
> - Por conseguinte, a sustação dos efeitos da transferência em foco é medida cabível não para atender a um interesse individual ou às necessidades particulares da requerente, mas por razões de interesse público também evidenciadas na perspectiva da Unidade do NAIS do 3º BPM, as quais em princípio não foram observadas pelo ato combatido. (TJMG - Agravo de Instrumento-Cv 1.0216.15.004738-1/001, Relator(a): Des.(a) Paulo Balbino, 8ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 18/02/2016, publicação da súmula em 02/03/2016).

5 A PRESUNÇÃO DE VERACIDADE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS DAS SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA

O Estado brasileiro é autorizado a atuar como "empresário" em situações excepcionais permitidas na Constituição Federal em seu art.173. Conforme demonstrado anteriormente os atos administrativos devem conter o mínimo de resguardo quanto a possibilidade de prejudicar particulares. Não obstante, a administração deve observar os ditamos da conveniência e oportunidade para excluir do ordenamento jurídico atos administrativos discricionários.

Essa modalidade de ato administrativo é de caráter precário, contudo, quando geram direitos aos administrados não podem ser completamente ignorados pela própria administração pública.

O art.54 da lei do processo administrativo no âmbito da União estipula um prazo de cinco anos (decadencial) para a anulação de atos administrativos. Deve-se ressaltar que no Direito Administrativo anulação e revogação são institutos diferentes.

Conforme anteriormente discutido, a revogação tem natureza precária sendo exclusiva do administrador o juízo acerca da conveniência e oportunidade para que se opere a retirada daquele ato no âmbito da administração pública. Já na anulação a extirpação do ato se dá por outra razão: a ilegalidade. A administração pública edita um ato contrário a lei e, por essa razão, este ato está submetido a duas espécies de controles diferentes: o controle social, onde por meio da jurisdição coletiva os membros do povo podem pleitear a referida anulação e o controle do Poder Judiciário que, quando provocado, pode determinar a anulação do ato administrativo e, caso requerido pela parte, condenar a fazenda pública em outros elementos: danos morais coletivos.

A questão discutida abrange as duas possibilidades, mais especificamente, a revogação. As sociedades de economia mista não exercem apenas funções essencialmente públicas, ainda que possam finalidade para tal. Como acontece com as chamadas "sociedades de economia mista prestadoras de serviço público" (art.37, §6º da CRFB/88).

Inclusive, as sociedades de economia mista gozam de diversos privilégios tributários não extensíveis as empresas privadas, como é o caso da imunidade tributária recíproca (art.150, VI, "a" da CRFB/88).

Sobre a previsão constitucional comenta Kiyoshi Harada acerca da imunidade tributária da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos e outras sociedades de economia mista:

> Porém, o STF não distinguiu os serviços de entrega de cartas e telegramas que é um serviço público delegado pela União, dos demais serviços prestados por aquela empresa pública sob o regime de concorrência, assumindo característica mercantil. O

texto constitucional refere-se a serviços uns dos outros para alcançar os serviços das entidades políticas prestados diretamente ou por delegação. Quanto ao serviço postal não se questiona a imunidade recíproca bem decretada, pois o é um serviço privativo da União (art. 21, X da CF) ainda que prestado por meio de sua empresa pública.

Entretanto, os serviços atípicos da ECT deveriam ser tributados pelo ISS e ICMS, mas, há precedentes da Corte Suprema imunizando o IPVA dos veículos de propriedade da ECT, sob o argumento de que eles se destinam ao cumprimento da finalidade de prestação de serviços públicos.

Nesse sentido, as seguintes Ações Cíveis originárias: ACO n° 765 AgRg, Rel. Min. Marco Aurélio, Rel. para acórdão Min. Joaquim Barbosa, Trib. Pleno, *DJ* de 15-12-2006; ACO n° 959, Rel. Min. Menezes de Direito, Trib. Pleno, *DJe* de 16-5-2008; ACO n° 811 AgRg, Rel. Min. Gilmar Mendes, Trib. Pleno, *DJ* de 14-12-2007.
Dentro dessa linha de raciocínio forçoso é concluir que os prédios da ECT, também, estão sob a proteção da imunidade recíproca a impossibilitar o lançamento do IPTU, bem como, as suas rendas que não podem ser tributadas pelo imposto de renda. Sobre suas operações financeiras, igualmente, não pode incidir o IOF.

Ora, sabemos, porque isso é público e notório, que a ECT não se limita a atuar no âmbito da *atividade-fim* que justificou a sua criação por lei específica. Ela e suas franqueadas vêm prestando serviços que nada têm de público. A ECT e as empresas por elas franqueadas vêm explorando a atividade econômica lucrativa, executando os serviços de transportes de bens em geral, assim como serviços de entrega de jornais, revistas, periódicos etc. que são atividades regidas pelo princípio da livre concorrência.
Deixar à margem da tributação, por diferentes esferas impositivas, essas atividades lucrativas seria o mesmo que quebrar o princípio da livre concorrência, espinha dorsal do regime de livre iniciativa adotado pela Constituição.

Os textos constitucionais devem ser interpretados em harmonia com os diferentes dispositivos constitucionais, nunca de forma conflitante, resultando na anulação de um princípio pelo outro.

Não se pode dar amplitude a um determinado princípio para alcançar possíveis efeitos implícitos ao ponto de se chocar com um outro princípio constitucional expresso, interpretado estritamente, sem restrição e sem ampliação. Tanto assim é que o STF já está enfrentando essa questão. No RE n° 627.051-DF, Rel. Min. Dias Toffoli, em que se discute a incidência de *ICMS* sobre o transporte de bens e mercadorias feitas pela ECT, sob o regime de concorrência, foi reconhecida a existência de repercussão geral, conforme decisão publicada no *DJe* de 16-6-2011. Outrossim, no RE n° 601.352-PR, Rel. MIn. Joaquim Barbosa, o Plenário da Corte, também, reconheceu a existência de repercussão geral em torno da discussão quanto à incidência do *ISS* em relação aos serviços, prestados pela ECT em regime de concorrência, conforme decisão publicada no *DJe* de 3-12-2009.

A extensão da imunidade objetiva do serviço público prestado à *imunidade do patrimônio da empresa pública* esbarra na dificuldade de separar esse patrimônio voltado para o desenvolvimento de *atividade-fim* da empresa governamental, daquele voltado para a *exploração da atividade lucrativa* pela empresa estatal. A distinção é praticamente impossível. Um veículo da ECT, por exemplo, transporta tanto as cartas fechadas, como os pacotes contendo materiais dos mais diversos que nada têm a ver com o serviço público de correios e telégrafos. Aliás, as cartas fechadas são entregues por carteiros que se locomovem de transportes coletivos, percorrendo a pé as vis públicas onde se localizam os destinatários, sendo inviável a utilização de veículos para esse fim.

O mesmo se diga sobre os prédios de propriedade da ECT. Como separar parte do prédio destinado aos serviços de correios e telégrafos, da parte utilizada para desenvolvimento de atividades lucrativas?

Não é possível constitucionalmente que uma pessoa jurídica de direito privado, sob a capa de empresa revestida de estatalidade e, portanto, sob a proteção da imunidade

> recíproca, venha desenvolver atividade econômica lucrativa, contornando o princípio constitucional da livre concorrência.
>
> O precedente da ECT despertou a ação da Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo – SABESP –, sociedade de economia mista constituída pelo governo do Estado de São Paulo que está discutindo no STF a imunidade recíproca do IPTU em relação aos prédios de sua propriedade situados no Município de Ubatuba.
>
> Ora, o prédio da SABESP não configura um bem público protegido pelo preceito constitucional da imunidade recíproca. Os serviços de águas e esgotos por ela prestados podem configurar serviços públicos. Mas, os prédios e os demais bens, assim como as suas receitas inquestionavelmente não têm natureza pública, o que afasta a incidência da imunidade recíproca prevista no art. 150, VI, *a* da CF. Somente os prédios de patrimônio das entidades políticas ficam protegidos pela imunidade, assim mesmo não exonera o compromissário comprador do pagamento do IPTU, nos termos do § 3º, do art. 150 d CF (2020, s/p).

Sobre a problemática da presunção de veracidade dos atos administrativos, o maior problema recai sobre as sociedades de economia mista que exploram diretamente atividades econômicas. Estas, diferentemente das prestadoras de serviço público, possuem quase que completamente um regime jurídico de direito privado. Todavia, para além de sua lógica própria, ainda resta a incidência do regime de direito público sob sua atuação. Prova disso é o controle do poder executivo sobre estas sociedades anônimas.

Como destaca Alexandre Aragão:

> Como toda entidade da Administração Indireta, as empresas estatais estão sujeitas ao chamado controle administrativo, também designado de tutela administrativa e, no âmbito da União, de supervisão ministerial (art. 87, parágrafo único, inciso I, da CF).12 O poder de supervisão, via de regra, envolve as seguintes principais espécies de controle: (i) *Controle Político*, que trata da intromissão direta do ente político central na entidade integrante da Administração Indireta por meio da nomeação e exoneração dos seus dirigentes; (ii) *Controle Administrativo*, exercido, principalmente, pelo Ministério (ou Secretaria estadual/municipal) ao qual a entidade está vinculada, podendo se dar por meios pouco incisivos, como a obrigação de seguir as diretrizes gerais por ele traçadas para a ação da entidade, ou, até mesmo, de maneira bem intensa, pelos chamados recursos hierárquicos impróprios, isto é, por recursos administrativos, contra atos e decisões da entidade da Administração Indireta, dirigidos ao Secretário ou ao Ministro de vinculação, que poderá rever o ato da entidade da Administração Indireta impugnado; (iii) *Controle Financeiro- Orçamentário*, já que, além dos controles externos a que toda a Administração Pública está sujeita – por exemplo, por meio do Tribunal de Contas –, suas entidades também se sujeitam aos controles financeiros internos. Destaque-se nesse contexto de limitações seus orçamentos, já que, ainda que as suas leis prevejam "autonomia orçamentária", há sérias limitações trazidas pelo Princípio da Unidade Orçamentária, já que o projeto de lei orçamentária é, por determinação constitucional, apenas um e de iniciativa legislativa privativa do Chefe do Poder Executivo, não dos dirigentes das estatais; e (iv) *Controle Jurídico,* tendo em vista que a grande setorização e especialização dos centros estatais de poder torna inevitável a necessidade de criação de mecanismos de coordenação entre estas diversas sedes, geralmente através de órgãos centrais do sistema jurídico como a AGU, evitando-se conflitos quanto à interpretação de normas. O que deve ser frisado é que todas essas ingerências do ente federativo sobre as entidades da sua Administração

> Indireta não podem ser consideradas naturais ou implícitas, prescindindo de clara previsão legislativa.13 Como qualquer competência administrativa, a de supervisionar entidades da Administração Indireta, ainda mais as de direito privado, deve se dar na forma da lei que a estabeleça.
> Exemplo eloquente dessas limitações a prerrogativas potencialmente inerentes à supervisão ou tutela administrativa é o "controle político" de escolha e dispensa dos dirigentes das estatais.
> O fato dessa competência ser do Chefe do Executivo não quer dizer que o seu exercício não possa ser condicionado e limitado (2018, s/p).

As sociedades de economia mista não são subordinadas ao poder executivo central, elas preservam uma relação de supervisão. A lógica da supervisão é de aproximação entre as opções e ditames da administração indireta com os preceitos e diretrizes da administração direta, sob pena de conflito.

Quando uma sociedade de economia emite um ato administrativo dirigida ao mercado de valores mobiliários, para tentar se financiar ou emitir debêntures (art.1º, I do decreto 1.091/94), por exemplo, ele dá um sinal aos particulares. A ideia é de que provavelmente está buscando novas operações e que provavelmente está em boas condições para tal.

Ainda que seja mais raro de se identificar, estas manifestações das sociedades de economia mista são, sim, atos administrativos. Esses atos que são típicos da administração indireta vinculam os particulares, a questão é o poder político que influi na veracidade destes atos.

Não é incomum que o poder político se utilize de informações, que nem sempre condizem com a realidade, para se beneficiar de um ganho rápido, mas trazendo prejuízos aos particulares que investiram na companhia. Ou até mesmo por da própria administração.

Quando se presume a veracidade dos atos administrativos em matéria que influi mercado de valores mobiliários deve-se tomar um especial cuidado, uma vez que sempre haverá prejuízos, se mal guiado, pela administração direta. Se existe uma tendência a relativização da veracidade dos atos administrativos, em especial, deve haver uma relativização, em especial, dos atos administrativos expedidos pelas sociedades de economia mista que envolvem opções diretas no mercado de capitais.

Em matéria jornalística:

> Gerente de Marketing e Comercialização da Petrobras, Guilherme França afirmou que não vê racionalidade econômica na metodologia de cálculo do preço de referência proposto pela Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP) para balizar o programa de subvenção do óleo diesel.
> "Na região Sudeste e Centro-Oeste, a situação é mais grave ainda. Tenho dúvida se teria autorização da diretoria para importar com risco de prejuízo", afirmou França, em

> audiência pública da agência reguladora para recolher opinião do mercado sobre a metodologia proposta (VITÓRIA, 2018, s/p).

Pode-se perceber que a determinação da administração pública direta, pela via de um ato administrativo, é também contraditória a ideia de que é possível ser absolutamente verídica a informação da administração pública que internamente é contraditória na relação de supervisão.

CONCLUSÃO

A presente pesquisa visou demonstrar a problemática do princípio da veracidade das informações dos atos administrativos, trazendo aspectos da lei, da doutrina e da jurisprudência.

Abordou os princípios da Moralidade Administrativa e da Presunção de Veracidade e Legitimidade dos Atos Administrativos trazendo os aspectos legais e considerações doutrinárias acerca destes temas.

Também expôs sobre a problemática do princípio da veracidade das informações da administração pública, trazendo posições doutrinárias e jurisprudências no sentido que essa prerrogativa muitas vezes deve ser mitigada.

Outras pesquisas devem ser feitas no intuito de verificar no caso concreto como a Administração Pública deve agir em casos de abuso de poder e/ou autoridade para o princípio da veracidade das informações da administração pública não prejudicar os particulares.

REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Alexandre dos Santos. **Empresas Estatais: O Regime Jurídico das Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 160.381-SP**. Relator Ministro Marco Aurélio, v.u.; RTJ 153/1.030.

DALLARI, Adilson de Abreu; FERRAZ, Sérgio. **Processo Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2001.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento** 18. ed. Salvador: Jus Podivm, 2016.

DI PIETRO. Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. **O princípio constitucional da moralidade administrativa**. 2. ed. Curitiba: Genesis, 1993

FOLHA VITÓRIA. **Petrobrás diz que terá prejuízo se importar diesel com metodologia do governo**. Disponível em: https://www.folhavitoria.com.br/economia/noticia/08/2018/petrobras-diz-que-tera-prejuizo-se-importar-diesel-com-metodologia-do-governo. Disponível em: 01 out.2020.

HARADA, Kiyoshi. **A imunidade tributária recíproca da ECT e das demais sociedades de economia mista**. Gen Jurídico. Disponível em: http://genjuridico.com.br/2020/02/20/imunidade-reciproca-ect/. 20 fev.2020. Acesso em:15 set.2020.

MAZZA, Alexandre. **Manual de Direito Administrativo.** 6. ed. São Paulo. Editora Saraiva, 2016.

MORAES. Alexandre de. **Direito constitucional**. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2004

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 43. ed. Atualizada por José Emmanuel Burle Filho, Carla Rosado Burle e Luís Gustavo Casillo Ghideti. Malheiros Editores. São Paulo, 2018.

MINAS GERAIS. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS. **Apelação Cível nº 1.0056.10.233187-5/002.** Relator: Des. Corrêa Junior. Disponível em: <https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do;jsessionid=1746290378CFCB9672A07D547050E936.juri_node2?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0056.10.233187-5%2F002&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>. Acesso em: 01 mai. 2019.

_____. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS. **Agravo de Instrumento nº 1.0216.15.004738-1/001.** Relator : Des. Paulo Balbino. Disponível em: <https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do;jsessionid=1746290378CFCB9672A07D547050E936.juri_node2?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0216.15.004738-1%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>. Acesso em : 03 ago. 2019.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. São Paulo: Rt, 1996.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de Direito Administrativo.** 3. ed. São. Paulo: Método, 2015.

GT 4 - 2
GLOBALIZAÇÃO, SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO, DEMOCRACIA, CIDADANIA E POLÍTICA II

Coordenadores:
Profa. Dra. Milena Zampieri Sellmann Sarhan (UNISAL)
Prof. Ms. Bruno Prisinzano Pereira Creado (UNISAL)
Prof. Dr. Marcus Geandré Nakano Ramiro (UniCesumar)

A DEMOCRACIA EM HABERMAS: OS CAMINHOS PARA UMA TEORIA PROCEDIMENTALISTA

Amanda Querino dos Santos Barbosa
Doutoranda pela Universidade Estadual do Norte do Paraná –Bolsista CAPES.

Luna Stipp
Doutoranda pela Universidade Estadual do Norte do Paraná- Bolsista CAPES.

RESUMO: A pesquisa tem como objetivo demonstrar a importância do modelo, democracia deliberativa, como instrumento para tomada de decisões mais eficazes e aptas a garantir a efetivação de direitos. O presente trabalho utilizou o método hipotético – dedutivo, cujo marco teórico está consolidado na teoria procedimentalista proposta pelo filósofo alemão Jurgen Habermas. O filósofo advoga a ideia de uma democracia deliberativa, amparada na fundamentação argumentativa das decisões e na soberania popular. Fincando as bases na necessidade de justificativa das decisões tomadas pelos cidadãos e representantes, verificou-se que os líderes que justifiquem suas decisões e respondam às questões dos cidadãos, amparados em um discurso ético, obterão como resultado um consenso válido.
PALAVRAS- CHAVE: consenso, ética do discurso, razão comunicativa

ABSTRACT: The research aims to demonstrate the importance of the model, deliberative democracy, as an instrument for making more effective decisions and able to guarantee the realization of rights. The present work used the hypothetical - deductive method, whose theoretical framework is consolidated in the proceduralist theory proposed by the German philosopher Jurgen Habermas. The philosopher advocates the idea of a deliberative democracy, supported by the argumentative basis of decisions and popular sovereignty. Laying the groundwork on the need to justify the decisions made by citizens and representatives, it was found that leaders who justify their decisions and answer citizens' questions, supported by an ethical discourse, will result in a valid consensus.

KEYWORDS: Consensus, discourse ethics, communicative reason.

INTRODUÇÃO

O maior responsável pela reintrodução da ideia de deliberação na atualidade, é o teórico Jurgen Habermas. Sua política deliberativa é amplamente baseada nas condições de comunicação sob as quais o processo político se julga capaz de alcançar resultados racionais, justamente por cumprir-se em todo seu alcance, de modo deliberativo (HABERMAS,2002, p.277).

Habermas se preocupa em estabelecer procedimentos que conferem força legitimadora à formação institucionalizada da opinião, no intuito de garantir a inclusão das pessoas no processo de deliberação (HABERMAS, 2002, p.277).

A teoria habermasiana sempre caminhou no sentido de reintroduzir o debate argumentativo na análise política, que para Habermas é um processo que envolve negociações e formas de argumentação. O autor enaltece a necessidade de se estabelecer conceitos básicos. Assim, parte da premissa de que o modo de operar um sistema político, constituído pelo Estado de direito, não pode ser descrito adequadamente, nem mesmo em nível empírico, quando não se leva em conta a dimensão de validade do direito, e a força legitimadora da gênese democrática do direito.

Em sua perspectiva, Habermas se situa entre o modelo republicano, que situa o Estado como uma comunidade ética, e o modelo liberal, que concebe o Estado como defensor de uma sociedade econômica, acolhendo elementos de ambos os lados, para delimitar o conceito de um procedimento ideal para o aconselhamento e tomada de decisões.

Assim, a Teoria do discurso, obriga o processo democrático com conotações mais fortemente normativas do que o modelo republicano. Já do republicanismo, herda a centralidade do processo político de formação da opinião e da vontade, sem, no entanto, entender a constituição como algo secundário (HABERMAS, 2002, p.278).

Nesse viés o presente trabalho pretende analisar a viabilidade e as consequências que podem advir da implementação da democracia deliberativa proposta pelo filósofo. A fim de perseguir esse objetivo, através do método hipotético dedutivo, como paradigma na teoria, em um primeiro momento, mostrou-se necessário conceituar a sua proposta e criação da sua proposta democrática, projeto inacabado, o que não o faz perder a perspectiva de que a interação comunicativa é elemento basilar para se compreender e melhorar a sociedade.

Seguiu-se a verificação da ética proposta no discurso legitimador da sua proposta de democracia, ressaltando a necessidade de um procedimento previamente definido, que será capaz de garantir a igualdade entre os participantes e a liberdade de coerções, para que o momento da

deliberação seja o mais legítimo possível, para por fim caminhar a última abordagem que acaba por dialogar a ética do discurso com as questões democráticas.

Importante ressaltar, que a democracia brasileira, não é o objeto do estudo de Habermas. Na qualidade de filósofo, as reflexões do autor permanecem em um nível abstrato, elaborando proposições potencialmente aplicáveis à democracia de diversos países.

Todavia, pode-se concluir que a valorização do diálogo, a tolerância e a participação das pessoas envolvidas no momento da tomada de decisões, o que indiretamente significa incentivar o exercício da soberania popular, através da ética do discurso em uma democracia deliberativa nos moldes propostos pelo filósofo, pode auxiliar na vitória ou minimização dos discursos de ódio hoje tão em destaque.

1 A DEMOCRACIA EM HABERMAS

A teoria do discurso não torna a efetivação de uma política deliberativa dependente de um conjunto de cidadãos coletivamente capazes de agir, mas sim da institucionalização dos procedimentos que lhe digam respeito, ou seja, a proposta de democracia de Habermas, é de uma teoria procedimental de democracia, já que para o autor o processo da política deliberativa constitui o âmago do processo democrático. Assim, para os defensores de teorias procedimentalistas da democracia, os princípios devem ser aplicados apenas ao processo de tomada de decisões.

Para os procedimentalistas, a exemplo de Habermas, os princípios não devem determinar os conteúdos das leis, mas apenas os procedimentos pelos quais as leis são criadas. Imprescindível na visão dos procedimentalistas, é garantir um método seguro, para que as pessoas possam se expressar, com as devidas garantias de que participam de um processo efetivo e legítimo.

Habermas pertence ao grupo de intelectuais alemães, que se costuma chamar de Escola de Frankfurt, ou, Teoria Crítica, sendo considerado um dos herdeiros dessa corrente. Os primeiros livros e artigos de Habermas, apontavam uma crise no projeto de emancipação propagado pelos iluministas, nesta fase de seu pensamento, suas obras são marcadas por uma linha crítica e pessimista em relação ao processo de emancipação do sujeito (FERNANDES, 2011, p.118).

Na década de 1980, Habermas dá uma "guinada" no seu pensamento e faz uma revisão de suas teses, provocando grande crítica e certa "ruptura" com o pensamento frankfurtiano, resultando na publicação da Teoria do Agir Comunicativo. Assim, o autor adota uma postura diversa sobre a modernidade e passa a trabalhar com o paradigma da comunicação,

compreendendo a sociedade como uma permanente tensão entre o mundo sistêmico e o mundo da vida, entendendo que os sujeitos interagem no espaço público e podem interferir na realidade social.

Ao analisar o pensamento pós metafísico, Jurgen Habermas (1990, p.20) afirma que se tornou costume aplicar à filosofia o conceito de "paradigma", advindo da realidade das ciências. Ainda para o autor, estes paradigmas ou movimentos filosóficos não passam de fenômenos produzidos pela história.

Para Ludwig (2011, p.19), o conceito de paradigma consiste um modelo de racionalidade, um padrão teórico, aceito pela comunidade e utilizado por esta na busca da compreensão das questões. Assim, destaca-se na história da Filosofia os Paradigmas do ser, da consciência e da linguagem (HABERMAS, 1990, 22).

O esgotamento do paradigma da consciência foi primeiramente identificado por Karl Otto Apel (1992), que percebeu que a transformação da filosofia estava em jogo. O novo paradigma trouxe a linguagem para o centro da reflexão filosófica, passando a ser condição de fundamento do pensar (LUDWIG, 2011, p.71):

> O discurso argumentativo constitui a última instância filosófica e política, por meio da qual e perante a qual a responsabilidade coletiva dos homens precisa justificar seu agir e deixar agir, pelas suas teorias e suas expectativas normativas de validade. [...] Neste sentido, o discurso argumentativo e não o eu-consciência pré – comunicativo e anterior à linguagem é aquele para além do qual não se pode metodologicamente retroagir, tendo em vista uma filosofia transcendental renovada em nosso século. Isto vale para a fundamentação de normas jurídicas e morais como também para a fundamentação de aspirações de verdade (APPEL, 1992, p. 120).

Baseado nessas premissas, Apel elabora sua teoria, baseada na responsabilidade, na emancipação do pensamento e na obrigação da sociedade de colaborar no estabelecimento de relações de comunicação e cooperação políticas, responsabilizando a humanidade solidariamente pelas consequências de seus atos.

Inserto neste contexto de transição paradigmática, Habermas elabora seu quadro teórico que resulta na Teoria do agir comunicativo. Publicada em 1981, a obra de Habermas contém ideias bastante atuais, afastando-se das propostas tradicionais da época em que foi apresentada, trazendo uma exposição complexa da realidade social. O agir comunicativo de Habermas tem por objetivo o entendimento e o consenso: é este o sentido da razão comunicativa ou do agir comunicativo.

A transição para o paradigma da linguagem, leva Habermas a acreditar que a utilização pragmática da linguagem pelos agentes sociais é orientada pelo consenso (AVRITZER, 2012, p.45). A possibilidade desse consenso se dá, pela constatação de que os indivíduos têm diferentes

atitudes, baseados em suas experiências subjetivas, todavia, tem a capacidade de entender o sentido que as ações imprimem, com a possibilidade de abertura de um debate crítico, com critérios de validade internos e métodos aceitos formalmente, amparados ainda na ideia de igualdade no que tange a participação de outros indivíduos e a relevância dos argumentos por eles levantados.

Há de se mencionar, que Habermas diferencia consenso de entendimento. Para o autor, o entendimento é um processo para que se venha a obter um consenso. Assim, quando determinados atores participam de um processo de entendimento, assumem "regras" que lhes permitem compartilhar seus argumentos no intuito de ao final chegarem a um consenso (BOTELHO, 2008, p.96).

Ao contrário do paradigma da consciência, o novo paradigma não define o sujeito com base na sua relação com objetos, mas passa a interpretá-lo como aquele que se obriga historicamente a entender-se com outros sujeitos, valorizando a capacidade de linguagem e ação.

A diferença entre os paradigmas evidencia-se também com relação à razão. No paradigma da consciência a razão é instrumental e subjetiva, isto é, torna possível ao sujeito o controle0- das coisas do mundo, a razão é o instrumento pelo qual o homem domina os objetos. Com o advento do paradigma da comunicação, há um deslocamento da razão, que passa a ser centrada na comunicação, a partir desse deslocamento, as soluções para as questões da vida não são buscadas somente na consciência subjetiva, mas também em procedimentos argumentativos (SIEBENEICHLER, 1989, p.63). Na análise de Celso Luiz Ludwig:

> Habermas, ao elaborar seu pensamento, tem em vista um conceito amplo de razão, com pretensão de validade geral. Recusa, no entanto, o conceito de razão pura. Formula um conceito de razão situada na história e na sociedade. Com tal perspectiva, a razão instaura-se, tendo como médium a linguagem, ou seja, a comunicação linguística tem por objetivo o entendimento e o consenso: é este o sentido da razão comunicativa ou do agir comunicativo. (2011, p. 82).

Assim, na perspectiva de Habermas, a razão deve estar centrada na comunicação, não se pautando o sujeito, somente em sua consciência, mas em procedimentos argumentativos que possibilitam, além do elemento cognitivo, elementos práticos e morais. O autor alemão, portanto, reconhece ser necessário considerar as relações intersubjetivas, já que o ser humano vive em sociedade e é nesse contexto que decisões precisam ser tomadas. Em síntese:

> O autor expõe o agir comunicativo como uma alternativa à teoria da ação racional weberiana, que é monológica, e à teoria da racionalidade instrumental da Escola de Frankfurt, que é funcionalista. Ambas as perspectivas teriam negligenciado o papel da

> intersubjetividade comunicativa à qual Habermas considera essencial devido ao seu caráter essencial na vida humana em sociedade. Ele propõe a teoria do agir comunicativo como uma forma de se produzir novo sentido para a razão na modernidade (PALERMO, 2013, p.5).

Ao propor a teoria do agir comunicativo, Habermas busca produzir novo sentido para a razão na modernidade, buscando alternativas mais adequadas ao atendimento das demandas da sociedade. O sujeito deixa de ser aquele que se relaciona com o outro para agir através dele. O uso da linguagem, permite a comunicação, meio pelo qual os sujeitos podem expressar suas opiniões e se chegar a um acordo sobre os fatos em questão. Textualmente:

> O agir comunicativo pode ser compreendido como um processo circular no qual o ator é as duas coisas ao mesmo tempo: ele é o indicador, que domina as situações por meio de ações imputáveis, ao mesmo tempo ele é também o produto das tradições nas quais se encontra, dos grupos solidários aos quais pertence e dos processos de socialização nos quais se cria (HABERMAS, 1989, p.79)

Primordial para a teoria do agir comunicativo, o conceito de ação, é entendido em Habermas, como a capacidade que os sujeitos possuem de interagir, na busca de racionalmente alcançar os objetivos almejados. Para o autor, a prioridade das relações humanas, deve ser a busca pela melhor forma de compreender as ações de natureza comunicativa, ou seja, as ações de diálogo entre os sujeitos. A comunicação tem papel de destaque na teoria habermasiana, à medida em que o autor estabelece, que o entendimento é o objetivo da linguagem humana, sendo a comunicação elemento fundamental na compreensão do homem e da sociedade, devendo ser às reflexões, guiadas pela linguagem.

O filósofo desenvolve ainda, para o desenho de sua teoria, outros elementos, dentre eles as concepções de "Mundo da Vida" e "Sistema", buscando uma sociedade com a capacidade de abarcar estes dois conceitos imprescindíveis e interligados em sua teoria. O mundo da vida para Habermas, constitui um horizonte formado pelas convicções de fundo, mais ou menos difusas, mas sempre a problemáticas. Assim, por mundo da vida, pode se compreender o espaço social característico onde se possibilita o exercício do agir comunicativo:

> [...] o mundo da vida constitui uma rede de pressupostos intuitivos, transparentes, familiares e, ao mesmo tempo, destituídos de limites, a serem preenchidos, para que uma manifestação atual possa adquirir sentido, isto é, possa ser válida ou inválida (HABERMAS, 2012, p.216).

Habermas admite o mundo da vida como o *locus* que possibilita que se exercite a ação comunicativa. No mundo da vida, os sujeitos se sentem livres para a discussão racional, no intuito de se chegar a um entendimento. Assim, o mundo da vida pode ser todo e qualquer lugar,

que possibilite o debate, através de atos de fala e pretensões de validade, sendo um complemento da categoria do agir comunicativo. Em síntese, o mundo da vida é o ambiente no qual o agir comunicativo se efetiva, podendo ser compreendido ainda sob três aspectos:

> Sob o aspecto funcional do entendimento, o agir comunicativo se presta à transmissão e à renovação de um saber cultural; sob o aspecto da coordenação da ação, ele possibilita a integração social e a geração de solidariedade; e, sob o aspecto da socialização, o agir comunicativo serve à formação das identidades pessoais (HABERMAS, 2012, p.252).

Já os sistemas, em Habermas, representam as estruturas e processos sociais baseados na ação instrumental, tendo por princípio a concretização da reprodução material da sociedade, provendo bens e serviços necessários para os indivíduos, se organizando independentemente do controle social comunicativo. Enquanto o mundo da vida tem como principais atores, os sujeitos em um agir comunicativo, os sistemas têm como guias o dinheiro e o poder, que Habermas também denomina "meios diretores".

O autor busca essa definição de sistemas como "meios diretores" dos teóricos de tradição funcionalista, para os quais, os meios de controle apresentam algumas características principais, como o fato de serem meios meramente simbólicos, servindo para representar outros objetos que podem ser lembrados em certas circunstâncias. Apresentadas as características dessas duas esferas, antagônicas e complementares, Habermas busca esclarecer o porquê da emergência dos conflitos nos locais de encontro entre o sistema e o mundo da vida:

> O mundo sistêmico é pautado pela lógica instrumental, pelas relações impessoais, pela busca de resultados que atendam ao bom desempenho administrativo e técnico do Estado e o lucro e a produtividade do mercado. Os indivíduos se relacionam no mundo sistêmico pela lógica do consumo de bens e serviços e pela venda da força de trabalho, quando se trata do mercado, e pela lógica do clientelismo (impostos) e da cidadania política (votos e apoio às decisões políticas), quando se trata da relação com o Estado. O mundo sistêmico privilegia a comunicação para o sucesso e é o lugar em que a coordenação de ação prescinde da coordenação de linguagem. Os meios de controle e os meios de integração orientam-se para obtenção de resultados (FERNANDES, 2011, p.123).

Sistema e mundo da vida são espaços sociais autônomos, possuem funções e lógicas diferentes, mas em conjunto dão conta de explicar adequadamente a sociedade. Os dois universos têm formas distintas de comunicação e são interligados pelas esferas públicas plurais contemporâneos. A existência e interdependência entre os "dois mundos “traduzem o pensamento habermasiano de que nem todos os aspectos da vida social devem ser processados por meio da ação comunicativa.

Os meios de controle, podem ser entendidos, portanto, como uma forma de "desafogar" os processos de comunicação, trocando-os quando possível por mecanismos que são capazes de resolver determinadas situações, como o dinheiro e o poder. Assim, embora Habermas privilegie a comunicação, admite que o aparato burocrático estatal se faz necessário à modernidade, sob pena de não haver reprodução material (PEREIRA, 2013, p.56)

A teoria habermasiana entende que as sociedades contemporâneas são amparadas pelo equilíbrio entre sistema e mundo da vida. O que o autor descreve, porém, é que o desenvolvimento do capitalismo e da modernidade fizeram com que houvesse uma penetração do mundo da vida pelo sistema, o que Habermas chama de colonização do mundo da vida:

> [...] no final de tudo, mecanismos sistêmicos reprimem formas de integração social, também em áreas nas quais a coordenação consensual da ação não pode mais ser substituída, ou seja, nas quais está em jogo a reprodução simbólica do mundo da vida. A partir daí a mediatização do mundo da vida se transforma em colonização (HABERMAS, 2012, p.355)

Colonização do mundo da vida, é o fenômeno causado, quando as regras dos sistemas passam a dominar o mundo da vida, fazendo com que ações estratégicas, dominem as relações que tem por princípio a ação comunicativa. A intromissão exacerbada dos imperativos do sistema no mundo da vida, rompe com a base da razão comunicativa, fazendo com que os assuntos pertinentes à sociedade deixem de ser objetos da deliberação democrática. Todavia, o autor alemão acredita na possibilidade de equilíbrio entre Estado/mercado e espaços democráticos, por meio do fortalecimento da comunicação:

> Somente essa racionalidade comunicativa, que se reflete na autocompreensão da modernidade, confere uma lógica interna à resistência contra a mediatização do mundo da vida provocada pela dinâmica própria de sistemas que se tornaram autônomos (HABERMAS, 2012, p.670).

E complementa, afirmando que

> [...] trata-se de preservar esferas da vida que dependem necessária e funcionalmente de uma integração social apoiada em valores, normas e processos de entendimento, a fim de que não caiam sob os imperativos dos sistemas da economia e da administração – que possuem uma dinâmica de crescimento própria – e não sejam transportadas [...] a um princípio de socialização que não lhes é funcional (HABERMAS, 2012, p.670).

Assim, embora reconheça os problemas da modernidade, Habermas busca identificar suas dificuldades na busca pelo seu aprimoramento, já que para o autor a modernidade é um projeto inacabado, o que não o faz perder a perspectiva de que a interação comunicativa é

elemento basilar para se compreender e melhorar a sociedade (PEREIRA, 2013, p.60). Considerando a extrema importância da comunicação para sua teoria, o autor tece também os procedimentos necessários, para que se alcance a ética nos discursos.

2 A ÉTICA DO DISCURSO

A Ética do Discurso fundamenta-se na Teoria da Ação Comunicativa, que sugere uma fundamentação racional da escolha sobre valores, entre sujeitos que cooperam na busca da verdade. O método dessa perspectiva ética é o da comunicação intersubjetiva, num sistema participativo que conduz aos consensos em torno de normas e princípios para a ação.

Para a compreensão da teoria proposta por Habermas, necessário diferenciar ação comunicativa de discurso. Na ação comunicativa, há uma ideia de que as pretensões de validade apresentadas poderão ser justificadas. O discurso passa a existir com o questionamento dessas pretensões de validade. Assim o discurso pode ser compreendido como "um agir comunicativo numa atitude reflexiva, em que os participantes utilizando- se de argumentos, buscam restaurar o consenso perturbado pela suspensão das pretensões de validade" (BOTELHO, 2008, p. 94).

Habermas explica que no agir comunicativo, o ator é ao mesmo tempo sujeito e objeto de suas decisões, assim, a importância da preocupação da teoria, em estabelecer "pretensões de validez", fundamentais para que o posterior momento do Discurso/Argumentação, venha a ocorrer de maneira satisfatória, ou seja, são estabelecidos pré-requisitos para que o debate seja legítimo:

> Chamo comunicativas às interações nas quais as pessoas envolvidas se põem de acordo para coordenar seus planos de ação, o acordo alcançado em cada caso medindo-se pelo reconhecimento intersubjetivo das pretensões de validez. No caso de processos de entendimento mútuo linguísticos, os atores erguem com seus atos de fala, ao se entenderem uns com os outros sobre algo, pretensões de validez, mais precisamente, pretensões de verdade, pretensões de correção e pretensões de sinceridade, conforme se refiram a algo no mundo objetivo (HABERMAS, 1989, p.79).

As pretensões de verdade e correção são adquiridas pelo discurso argumentativo durante o agir comunicativo, onde simplesmente com base nos argumentos apresentados, os ouvintes serão levados a concordar ou não com que está sendo proposto. Já quanto as pretensões de sinceridade, estas são consideradas de acordo com a consistência do comportamento do falante, assim as atitudes e o modo de agir do falante também serão analisados e ponderados no momento de discussão.

As pretensões de validade se agregam na comunicação habitual, podendo ser questionadas em determinados momentos. A problematização das pretensões de validade

relativas à justiça das normas se dará nos discursos práticos, enquanto as discussões sobre as pretensões de validade relativas à verdade das proposições se darão nos discursos teóricos (LUDWIG, 2011, p.85).

Apoiado nas pretensões de validade, Habermas segue no desenvolvimento de sua teoria da argumentação, partindo de um consenso antecipado. O reconhecimento recíproco das pretensões de validade torna manifesto o consenso, e possibilita o prosseguimento do processo de discussão. Assim, tendo os participantes garantida a possibilidade de um discurso ideal ou situação de fala ideal, a argumentação se aperfeiçoa na busca da construção do verdadeiro consenso, este que é fruto da comunicação argumentativa:

> Na argumentação, o oponente e o proponente disputam uma competição com argumentos para convencer um ao outro, isto é, para chegar a um consenso. Essa estrutura dialética de papéis prevê formas erísticas para a busca cooperativa da verdade. Para o fim da produção do consenso, ela pode valer-se do conflito entre os competidores orientados para o sucesso, na medida em que os argumentos não funcionem como meios do influenciamento recíproco - no Discurso, é apenas de uma maneira "isenta de coações", isto é, inteiramente, através de mudanças de atitude racionalmente motivadas, que a coação do melhor argumento se comunica às convicções (HABERMAS, 1989, p. 196).

Teórico de uma democracia deliberativa, Habermas busca garantir um procedimento eficaz, no intuito de que a norma produzida tenha validade, para isso, o autor enaltece a importância da aceitação no momento de elaboração das normas. A imposição duradoura de uma norma depende também da possibilidade de mobilizar, num dado contexto da tradição, razões que sejam suficientes pelo menos para fazer parecer legitima a pretensão de validez no círculo das pessoas a que se endereça. Aplicado às sociedades modernas, isso significa: sem legitimidade, não há lealdade das massas (HABERMAS, 1989, p.83).

Ao entrarem numa argumentação moral, os participantes prosseguem seu agir comunicativo numa atitude reflexiva com o objetivo de restaurar um consenso perturbado, as argumentações morais servem, para dirimir consensualmente os conflitos da ação:

> A reparação só pode consistir, consequentemente, em assegurar conhecimento intersubjetivo para uma pretensão de validez inicialmente controversa e em seguida desproblematizada ou, então, para uma outra pretensão de validez que veio substituir a primeira. Essa espécie de acordo dá expressão de vontade comum. Mas, se as argumentações morais devem produzir um acordo desse gênero, não basta que um indivíduo reflita se poderia dar se assentimento a uma norma. Não basta nem mesmo que todos os indivíduos, cada um por si, levem a cabo essa reflexão, para então registrar os seus votos. O que é preciso é, antes, uma argumentação real, da qual participem cooperativamente os concernidos. Só um processo de entendimento mútuo intersubjetivo pode levar a um acordo que é de natureza reflexiva, só então os participantes podem saber que eles chegaram a uma convicção comum (HABERMAS, 1989, p. 88).

Chegar a um consenso, não quer dizer que os participantes vão concordar e saírem todos satisfeitos com a decisão tomada. O que o autor visa garantir é que após a reflexão que teve início com a ação comunicativa, passando pelo discurso ético, os participantes estejam conscientes e aceitem referida norma, eis que seu processo de elaboração foi legítimo:

> O princípio da ética do Discurso refere-se a um procedimento, a saber, o resgate discursivo de pretensões de validez normativas, nessa medida, a ética do Discurso pode ser corretamente caracterizada como formal. Ela não indica orientações conteudísticas, mas um processo: o Discurso prático. Todavia este não é um processo para a geração de normas justificadas, mas sim, para o exame da validade de normas propostas e consideradas hipoteticamente. Sem o horizonte do mundo da vida de um determinado grupo social e sem conflitos de ação numa determinada situação, na qual os participantes considerassem como sua tarefa a regulação consensual de uma matéria social controversa, não teria sentido querer empreender um Discurso Prático (HABERMAS, 1989, p. 148).

A ética do discurso não dá nenhuma orientação conteudística, mas sim, um procedimento rico de pressupostos, que deve garantir a imparcialidade da formação do juízo. Fundamentações morais dependem da efetiva realização de argumentações, não por razões pragmáticas relativas ao equilíbrio de poder, mas, sim, por razões internas relativas à possibilidade de discernimentos morais. Para Habermas, "age moralmente quem age com discernimento" (1989, p.196).

Só uma efetiva participação de cada pessoa concernida pode prevenir a deformação de perspectiva na interpretação dos respectivos interesses próprios pelos demais. Nesse sentido pragmático, cada qual é ele próprio a instância última para a avaliação daquilo que realmente é do seu próprio interesse. Por outro lado, porém, a descrição segundo a qual cada um percebe seus interesses devem também permanecer acessível à crítica pelos demais. As necessidades são interpretadas à luz de valores culturais e como estes são sempre parte integrante de uma tradição partilhada intersubjetivamente, a revisão dos valores que presidem à interpretação das necessidades não pode de modo algum ser um assunto do qual os indivíduos disponham monologicamente.

O autor apresenta ainda como vantagem do modelo procedimentalista de democracia, a capacidade de equilibrar a dicotomia entre público/privado:

> A opinião de Habermas é que em uma situação de discurso, baseada no diálogo voltado para o entendimento mútuo, autonomia pública e autonomia privada podem ser unidas sem conflito. Segundo ele, há um nexo interno entre soberania do povo e direitos humanos, e este nexo “é assegurado através da formação discursiva da opinião e da vontade”. Logo, para ele, é justamente o modelo procedimentalista de democracia pode

> fornecer a chave necessária para desenredar a filosofia política das armadilhas dessa dicotomia (PEREIRA, 2013, p.104).

Textualmente, para Habermas:

> Na teoria do discurso, o desabrochar da política deliberativa não depende de uma cidadania capaz de agir coletivamente e sim, da institucionalização dos correspondentes processos e pressupostos comunicacionais, como também do jogo entre deliberações institucionalizadas e opiniões públicas que se formaram de modo informal. A procedimentalização da soberania popular e a ligação do sistema político às redes periféricas da esfera pública política implicam a imagem de uma sociedade descentrada. Em todo caso, esse modelo de democracia não precisa mais operar com o conceito de uma totalidade social centrada no Estado, representado como um sujeito superdimensionado e agindo em função de um objetivo. Ele também não representa a totalidade num sistema de normas constitucionais que regulam de modo neutro o equilíbrio do poder e dos interesses segundo o modelo de mercado" (1997, p.21).

Neste sentido, a teoria do discurso reconhece a quão emblemática pode ser a disputa entre público e privado, ou sistema e mundo da vida, como é descrito pelo autor, e por este motivo, acredita que um procedimento criteriosamente estabelecido pode garantir um possível equilíbrio entre ambos. Ainda sobre a importância da argumentação:

> Só quando a decisão resulta de argumentações, isto é, se ela se forma segundo as regras pragmáticas de um Discurso, que a norma decidida pode valer como justificada, Pois é preciso garantir que toda pessoa concernida tenha a chance de dar espontaneamente seu assentimento.
>
> [...] as regras do Discurso têm elas próprias um conteúdo normativo, elas neutralizam o desequilíbrio de poder e cuidam da igualdade de chances de impor os interesses próprios de cada um. A forma da argumentação resulta da necessidade de participação e do equilíbrio de poder (HABERMAS, 1989, p.90).

Com base no breve exposto sobre a teoria de Habermas, percebe-se que o intuito desta teoria é produzir normas que possam ser reconhecidas por aqueles que serão diretamente atingidos por ela, assim, o autor cria um procedimento por meio do discurso argumentativo, pelo qual as normas deverão ser produzidas. O intuito de Habermas, é estabelecer um procedimento previamente definido, que será capaz de garantir a igualdade entre os participantes e a liberdade de coerções, para que o momento da deliberação seja o mais legítimo possível.

3 A IMPORTÂNCIA DA RAZÃO COMUNICATIVA NA DEMOCRACIA DELIBERATIVA

A democracia é um processo perene, um caminho a ser perseguido, podendo ser considerada ainda como condição tanto para a conquista quanto para consolidação e aprimoramento da sociedade (BERCLAZ, 2013, p.108). Daí a importância de se buscar uma teoria da democracia que se conjugue com a realidade social.

Com o advento do paradigma filosófico da linguagem e com a consequente valorização da comunicação, ficou mais evidente que a democracia representativa por si só já não satisfaz os anseios da população, que também vê a necessidade da argumentação para o convencimento e determinação das regras a serem seguidas.

O paradigma da linguagem, bem como as teorias tecidas por seus principais representantes, com destaque para Habermas, apresenta o diálogo como mecanismo capaz de estimular a convergência de vontades, possibilitando uma participação igualitária, inibindo, por intermédio do discurso, a violência para a tomada de decisões. Ainda nas palavras de Berclaz (2013, p.104):

> A ideia de que a busca de soluções para problemas ou mesmo a obtenção do esclarecimento e do entendimento de modo a propiciar a construção de consensos ou soluções negociadas passam pelo debate racional da comunidade encontra-se presente no funcionamento dos Conselhos.

Embora se reconheça que Habermas tenha tecido sua teoria em um contexto totalmente diverso do brasileiro, entende-se que a forma de democracia delineada por ele, apresenta interessantes aspectos, principalmente por garantir o mínimo de igualdade no momento das discussões.

Sabe-se que ideia da adoção de uma teoria procedimental de democracia pode ser questionada, sob o temor de se desmerecer o direito substantivo, todavia, a atual sociedade capitalista e principalmente o atual cenário político brasileiro, leva à conclusão de que o estabelecimento de rígidos procedimentos podem ser temas de extrema importância, especialmente em tempos de ausência de reconhecimento entre sociedade e suas Instituições, como no caso da cotidiana realidade brasileira.

CONCLUSÃO

O modelo deliberativo de democracia destaca a valorização da integração como povo, percebendo as pessoas como sujeitos capazes de fazer parte do governo, auxiliando inclusive na tomada de decisões. A democracia deliberativa tem como principais características a necessidade de justificação das decisões, a acessibilidade, já que os motivos da decisão tomada precisam ser acessíveis ao entendimento dos atingidos. A terceira e a quarta características da democracia deliberativa estão diretamente ligadas à temporariedade da decisão tomada, já que a decisão não tem caráter imutável, o que para a teoria deliberativa gera menos embate entre os deliberantes, que vislumbram à possibilidade de a decisão ser modificada em momento posterior.

A Teoria de Habermas se preocupa em trazer para o centro o discurso argumentativo, na busca do consenso. Ao estabelecer uma teoria procedimentalista, Habermas busca garantir condições para um discurso ideal, assim, necessário estabelecimento de regras e métodos para que as pessoas possam se expressar com as devidas garantias de um processo legítimo.

No atual cenário político, onde discursos de ódio são propagados constantemente em detrimento dos ambientes construtivos de discussão, valorizar a teoria da democracia deliberativa proposta por Habermas, significa valorizar o diálogo, a tolerância e a participação das pessoas envolvidas no momento da tomada de decisões, o que indiretamente significa incentivar o exercício da soberania popular, garantia com tanta veemência pela Constituição Brasileira de 1988.

REFERÊNCIAS

ALVES, Fernando de Brito. **Constituição e participação popular**: a construção histórico-discursiva do conteúdo jurídico-político da democracia como direito fundamental./ Fernando de Brito Alves./ Curitiba: Juruá, 2013.

APEL, Karl Otto. **A ética do discurso como ética da responsabilidade política na situação atual do mundo.** R. Fac. Educ. São Paulo, v.18, n.1, p.113-121, 1992

AVRITZER, Leonardo. **A moralidade da democracia**: ensaios em teoria habermasiana e teoria democrática/ Leonardo Avritzer.- São Paulo: Perspectiva, 2012.

BOTELHO, Marcos César. **A legitimidade da jurisdição constitucional no pensamento de Jurgen Habermas**. 2008. 222 f. Dissertação - Instituto Brasiliense de Direito Público. 2008.

FERNANDES. Adélia Barroso et al. Espaço Público, política e ação comunicativa a partir da concepção habermasiana. **Revista Estudos Filosóficos** nº 6 /2011 – versão eletrônica – ISSN 2177-2967 http://www.ufsj.edu.br/revistaestudosfilosoficos DFIME – UFSJ - São João del-Rei-MG Pág. 116-130.

HABERMAS, Jurgen. **Consciência Moral e agir comunicativo**. Tradução de Guido A. de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.

HABERMAS, Jürgen. **Pensamento Pós-Metafísico: Estudos Filosóficos**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1990.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: Entre Facticidade de Validade**, volume II. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro: estudos de teoria política.** Tradução George Sperber/ Paulo Astor Soethe. São Paulo: Edições Loyola, 2002.

HABERMAS, Jürgen. **Teoria do agir comunicativo, 1: racionalidade da ação e racionalização social**. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. - São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012.

HABERMAS, Jürgen. **Teoria do agir comunicativo, 2: sobre a crítica da razão funcionalista**. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. - São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012.

LUDWING. Celso Luiz. **Para uma Filosofia Jurídica da Libertação: Paradigmas da filosofia da libertação e direito alternativo.** 2. ed. São Paulo: Conceito Editorial.2011.

PALERMO. Luis Claudio. A importância da teoria do agir comunicativo na atualidade: racionalidade, mundo da vida e democracia deliberativa**. PRACS: Revista Eletrônica de Humanidades do Curso de Ciências Sociais da UNIFAP**http://periodicos.unifap.br/index.php/pracs ISSN 1984-4352 Macapá, n. 6, p. 01-17, dez. 2013.

PEREIRA, Mozart Silvano. **Democracia, legitimidade e capitalismo: para uma crítica da teoria jurídico-política de Habermas.** 2013. 216 f. Dissertação - Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná. 2013.

SIEBENEICHLER, Flávio Beno. **Jurgen Habermas: razão comunicativa e emancipação.** Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.

AS EXIGÊNCIAS ÉTICAS E JURÍDICAS A PARTIR DA ABORDAGEM PERSONALISTA E DO DOCUMENTO *CARITAS IN VERITATE* NO CONTEXTO DA PANDEMIA DA *COVID-19*[1]

Dr. José Marcos Miné Vanzella
Dr. José Marcos Miné Vanzella Professor do Mestrado em Direito do Centro Universitário Salesiano de Lorena – SP. Vice líder do grupo de pesquisa "Direitos Sociais, Direitos Fundamentais e Políticas Públicas". Projeto De pesquisa: democracia, direitos fundamentais, socio-econômicos, políticas públicas e fontes cristãs. Membro do GT Ética e cidadania da ANPOF.

Amós Santiago de Carvalho Mendes
Aluno em caráter especial do Mestrado em Direito do Centro Universitário Salesiano de Lorena (2018). Bacharel em Direito pela Universidade Estadual do Piauí, Técnico em Serviços Públicos pelo Instituto Federal do Piauí e bacharelando em Filosofia pelo Centro Universitário Salesiano de Lorena – SP

RESUMO: A presente pesquisa, com metodologia bibliográfica documental e transdisciplinar aborda o problema: a partir da abordagem personalista, do documento "*Caritas in veritate"* e da constituição federal da República Federativa do Brasil, quais são as exigências éticas e jurídicas frente ao desafio da pandemia do *covid-19?* Com o objetivo de colaborar com a consciência das exigências éticas e normativas do Estado democrático de Direito, o artigo apresenta a defesa de um desenvolvimento humano integral e na proposição da justiça social, mantendo-se ao centro a dignidade da pessoa humana. À luz dessas implicações, estabelecendo-se reflexões em torno da lei, da política, da economia e do desenvolvimento, é problematizada a temática dos direitos fundamentais frente às exigências jurídicas de resposta à atual pandemia da *Covid-19*, em vista de melhor consolidar o que vem elencado na Constituição Federal do Brasil e em outros documentos correlatos às garantias fundamentais**.**
PALAVRAS-CHAVE: Personalismo, "*Caritas in Veritate",* dignidade humana, direitos fundamentais, *Covid-19***.**

ABSTRACT: The present research, with documental and transdisciplinary bibliographic methodology addresses the problem: from the personalist approach, the document "Caritas in

[1] Trabalho confeccionado a partir dos estudos do Grupo de Pesquisa "Direitos Sociais, Direitos Fundamentais e Políticas Públicas" do Programa de Mestrado em Direito do Centro Universitário Salesiano de Lorena – SP.

veritate" and the federal constitution of the Federative Republic of Brazil, what are the ethical and legal requirements facing the challenge of the pandemic of the Covid-19? In order to collaborate with the awareness of the ethical and normative requirements of the democratic rule of law, the article presents the defense of integral human development and the proposal of social justice, keeping the dignity of the human person at the center. In the light of these implications, reflecting on the law, politics, economics and development, the issue of fundamental rights is problematized in the face of the legal requirements to respond to the current Covid-19 pandemic, in order to better consolidate what is listed in the Federal Constitution of Brazil and other documents related to fundamental guarantees.
KEYWORDS: Personalism, Caritas in Veritate, human dignity, fundamental rights, Covid-19.

INTRODUÇÃO

O panorama é de uma contemporaneidade imersa em crises, as quais perpassam os diversos âmbitos da vida humana e suas relações consigo e com o mundo, crises desde o aspecto político-econômico até as bases da ética e da justiça. No cerne de tudo isso, encontra-se o dado antropológico, o indivíduo, muitas vezes com sua dignidade humana profundamente ferida ou desconsiderada, sempre em busca de qualidade de vida, inclusão social, cidadania, educação, proteção e uma série de demandas necessárias para lhe assegurar uma existência digna. A pandemia instaurada pelo *novo coronavírus*, *Covid-19*, apenas desvelou este cenário de uma humanidade desumanizada.

Pergunta-se: a partir da abordagem personalista, do documento "*Caritas in veritate"* e da constituição federal da República Federativa do Brasil, quais são as exigências éticas e jurídicas frente ao desafio da pandemia do *covid-19?*

O objetivo desta pesquisa é colaborar com a ampliação da consciência das exigências éticas e normativas do Estado democrático de Direito

A metodologia desta pesquisa é um estudo bibliográfico, documental e transdiciplinar, que investiga as bases antropológicas e os fundamentos capazes de determinar a pessoa como possuidora de uma dignidade, sobre a qual brotam direitos e recaem deveres, com o fim de melhor serem compreendidos os fenômenos teóricos ou práticos que incorrem contra ou a favor dessa constituição vital. Tal análise é transdisciplinar e além de ser objeto de estudo das ciências sociais, políticas, econômicas e jurídicas, por exemplo, é, outrossim, assunto filosófico.

É a partir destas prerrogativas que se torna relevante trazer à tona alguns aspectos do pensamento Emmanuel Mounier (1905 - 1950). Ele se fez um homem de seu tempo. Porém, desde a Europa do século XX, a corrente filosófica personalista se propagou e acabou por

influenciar os tempos vindouros, mormente no que se trata da defesa da pessoa humana. Mounier versou com a autoridade sobre a necessidade de se promover a personalização do homem, em detrimento de todos os reducionismos e opressões.

Após este percurso inicial é que a discussão se permite alcançar e permear pelo terreno da chamada Doutrina Social da Igreja, conjunto de compilações dos ensinamentos da Igreja Católica que intentam orientar o homem em sua em comunidade, nas diversas épocas. Destarte, na atualidade do documento *Caritas in Veritate* (2009) se encontram pistas passíveis de se promover a constituição de um desenvolvimento humano integral no contexto do mundo globalizado e a afirmação de uma necessária justiça social.

Todo esse processo é direcionado, no terceiro tópico do trabalho, a um embasamento em torno da consolidação do que viriam a ser os atuais direitos humanos, os mesmos garantidos na *Declaração Universal dos Direitos Humanos* (1948) e na Constituição da República Federativa do Brasil (1988). Nesse sentido, são perquiridas, à luz das considerações trazidas pelo personalismo, pelo documento *Caritas in Veritate* e demais colaborações pertinentes, as exigências jurídicas como sinalização de resposta à pandemia do ano de 2020.

Não obstante, o tema se problematiza justamente nas garantias fundamentais não efetivadas, e nisso a discussão filosófica se entrelaça com aspectos interdisciplinares, em especial em torno da ética, da política e da juridicidade, em vista da necessária afirmação da pessoa e de seus direitos primários em detrimento dos males trazidos e desvelados pelo novo *coronavírus*. A fim de melhor compreender as nuances e os desdobramentos da discussão em voga, é mister, a princípio, apresentar os diversos aspectos relevantes da filosofia de Emmanuel Mounier em torno da pessoa, abordagem que será melhor concretizada levando-se em consideração alguns traços biográficos do aludido filósofo e sua época, nos aspectos mais significativos para o recorte temático do estudo em tela.

1 A PESSOA E SUAS IMPLICAÇÕES ÉTICO-FILOSÓFICAS NO CONTEXTO DO PERSONALISMO DE EMMANUEL MOUNIER

A vida deste pensador nascido em Grenoble, no sudeste da França, foi breve, o que não significou uma baixa produtividade intelectual. Ao contrário, pode-se dizer que Emmanuel Mounier viveu muito em pouco tempo e, com aguda perspicácia, ao longo de sua intensa vida logrou escrever sobre diversos temas, conseguiu escutar diversos tipos de autores, corresponder a diversos tipos de posicionamentos e formular um pensamento sólido o bastante para se sustentar em sua época e conquistar adeptos, forte o suficiente para ser de vanguarda e ultrapassar o próprio tempo, tal como se ressalta e se valoriza em ciclos filosóficos atuais.

Considerando o contexto em que Mounier viveu e formulou sua filosofia, embora sem cunho político-partidário, o *personalismo* foi a bandeira usada por ele na tentativa de transitar bem por entre um período tão complexo da humanidade, em diversos aspectos, em especial por compreender a Primeira Grande Guerra (1914 - 1918) e a Segunda Guerra Mundial (1939 - 1945), momento em que a política se polarizava entre extremos inconciliáveis e a economia, que outrora vivera o auge de um imperialismo, passou a sofrer com o inusitado, sobretudo após o *crash* da Bolsa de Valores de Nova Iorque e suas avassaladoras consequências.

Na esfera política, a Europa se encontrava às portas dos totalitarismos, com a ascensão do Fascismo na Itália e do Nazismo na Alemanha, envolta em uma nuvem de ameaças que não demoraria a se precipitar sobre a civilização. O que havia era uma verdadeira crise de civilização, um antro de insegurança e degeneração da civilidade. É justamente neste quadro problemático que o pensador francês apresenta a necessidade de se "refazer a Renascença", atribuindo-se a tal expressão o sentido de se construir uma nova civilização, sendo que tal processo somente seria possível quando se pensasse novamente a pessoa.

Nisso consistiu todo o esforço vital de Mounier, sobretudo por abandonar um futuro brilhante na Sorbonne para se lançar, entre tantas propostas, na fundação e propagação da revista *Esprit*. Acompanhado por diversos companheiros, quando da fundação da aludida revista, em 1932, havia um "tríplice sentimento [...]: a falta de um espaço para um pensamento crítico e inovador; o sofrimento de ver o cristianismo comprometido com a desordem estabelecida; a percepção sob a crise econômica, de uma crise total de civilização" (SEVERINO, 2013, p.33).

Por detrás de todo esse contexto, o intelectual francês identifica uma fonte ideológica, uma herança deixada pela modernidade, uma postura vital fundada nos costumes, a qual pode desenvolver implicações potencialmente catastróficas para a vida em sociedade. Trata-se da raiz do individualismo. Acerca disso, ele mesmo refere:

> O individualismo [...] foi a ideologia e a estrutura dominante da sociedade burguesa ocidental entre o século XVIII e o século XIX. Homem abstrato, sem vínculos nem comunidades naturais, deus supremo no centro de uma liberdade sem direção nem medida, sempre pronto a olhar os outros com desconfiança, cálculo ou reivindicações; instituições reduzidas a assegurar a instalação de todos estes egoísmos, ou o seu melhor rendimento pelas associações viradas para o lucro; eis a forma de civilização que vemos agonizar, sem dúvida uma das mais pobres que a história já conheceu (MOUNIER, 2004, p. 44-45).

Em suma, mais do que discordâncias políticas e desentendimentos levados à esfera bélica, mais do que uma pretensiosa busca de autonomia financeira e conquista de mercados, o

que havia era uma falha no sentido mais profundo do homem e de suas instituições. Destarte, não se poderia entender tais desdobramentos sem um olhar filosófico.

Neste sentido, Mounier, cedo compreendeu as consequências do pensamento de Hegel, a engenhosa arquitetura que, para além de reforçar no seio de nações historicamente cristãs o senso da "morte de Deus" e o fim da filosofia, corroborou para ascensionar e idolatrar novos deuses, a saber, os deuses dos filósofos e dos banqueiros, deuses capazes de interpor guerras pelos milagres da técnica e pelo conforto (MOUNIER, 2004).

Destarte, estavam lançadas as bases, por sinal, demasiadamente instáveis, do que o pensador denominava de "desordem estabelecida": por detrás dos desfechos de cunho totalitarista e de um capitalismo voraz, havia um individualismo que atuava sorrateira ou explicitamente ofuscando o sentido de comunidade.

Prosseguindo-se no pensamento do autor, logo se percebe que, para além de uma crise estrutural, havia uma crise espiritual com reflexo na sociedade:

> A crise das estruturas mistura-se com a crise espiritual. Através de uma economia sem sentido, a ciência segue o seu curso impassível, redistribui as riquezas e perturba as forças. As classes sociais desagregam-se, as classes dirigentes caem na incompetência e na indecisão. O Estado procura-se no tumulto. Finalmente, a guerra ou a preparação para a guerra, resultante de tantos conflitos, paralisa de há trinta anos para cá o melhoramento das condições de existência e das funções primárias da vida coletiva (MOUNIER, 2004, p.117).

Restou, portanto, prejudicado o sentido humano, uma vez que, na disputa entre gigantes, o cenário ao redor e por debaixo deles fica devastado. Frente aos sistemas ideológicos com suas investidas e, mormente, às ameaças e incertezas, o filósofo em tela acaba sinalizando como urgente a necessidade de se restituir o sentido da pessoa.

Em tal percepção é que se arraiga profundamente o legado de Emmanuel Mounier e é sobre essa intuição que ele desenvolve, não apenas suas críticas mais agudas, suas ponderações mais incisivas, mas também sua postura permeada de inconformidade com a realidade exposta. Entre tantos escritos, a obra finalizada poucos meses antes de sua morte é uma das que melhor fornece a maturidade intelectual e os aspectos cruciais de seu pensamento, a saber, *Le Personnalisme* (1949), em português, *O Personalismo.*

Longe de se intentar esgotar a temática em torno do termo pessoa, o que se pretende nesta perquirição é expor o viés principal que pode ser depreendido da filosofia personalista, a qual é apontada por seu próprio autor, em suma, como um plano de esforço humano para se humanizar a humanidade. Em outras palavras, trata-se de um esforço de humanização frente à

história e tudo aquilo que desfigurava o homem e o roubava de si mesmo, subjugando-o e submetendo-o, inclusive, vorazmente (MOUNIER, 2004).

Acerca disso, faz-se mister citar ainda:

> Não se sabe já o que é o homem, e, como assistimos às espantosas transformações por que em nossos dias passa, pensa-se que não haverá natureza humana. Para uns, tal fato traduz-se na crença de que tudo é *possível* ao homem (e dela tiram as possibilidades de esperança); para outros, a crença de que tudo é *permitido* ao homem (e soltam as rédeas); para outros, finalmente, a crença de que tudo é *permitido* sobre o homem..." (MOUNIER, 2004, p.117, grifos do autor)

Nesta passagem, Mounier expressa de forma sintética como as diversas ideologias de seu tempo abordavam com perspectivas parciais o ser humano, chegando no nazismo ao ápice da instrumentalização e desprezo da humanidade do homem, onde tudo é permitido sobre ele. É a partir destas considerações éticas e filosóficas que urge repensar a pessoa. Sendo uma definição complexa, a conceituação em torno do ser humano vem atravessando os séculos, os lugares, as diversas comunidades humanas e, inclusive, as filosofias, assumindo variados matizes, por vezes atribuindo valor sobre o indivíduo, por vezes gerando dicotomias e conflitos, a exemplo da negatividade imprimida nas correntes dualistas de algumas religiões.

Entrementes, no sentido político-social, retorna o pensamento acima explorado, o individualismo, como fonte das diversas crises instaladas no ocidente. Diante da constatação do fracasso de um projeto de civilização ocidental, o personalismo se apresenta como antítese do individualismo, o seu mais direto adversário, ou seja, o anti-individualismo por excelência (LORENZON, 1996).

É exatamente por isso que Emmanuel Mounier é levado a afirmar que "a primeira preocupação do individualismo é centrar o indivíduo sobre si mesmo, e a primeira preocupação do personalismo é descentrá-lo para o colocar nas largas perspectivas abertas pela pessoa" (MOUNIER, 2004, p. 45).

Não obstante, embora existam críticas sobre a distinção entre pessoa e indivíduo, Mounier, em uma de suas definições mais categóricas, termina por estabelecer uma diferenciação entre tais termos. Neste sentido, o autor identifica uma tensão entre o indivíduo e a pessoa, uma bipolaridade, de modo que a pessoa se opõe à absolutização do indivíduo, o qual se identifica com o corpo de uma forma egocêntrica, esvaziando-o de seu ser e colaborando para o individualismo (COQ, 2012).

A pessoa, por sua vez, é abordada à luz de uma ideia bem mais ampla, encerrando em si um mistério, uma interioridade. Ela seria dotada de múltiplas facetas, estaria mais relacionada a um movimento de transcendência, ou seja, seria aberta a um absoluto e cresceria à medida que

se purificasse do indivíduo presente em si mesma; numa expressão, o ser humano seria um ser feito para ultrapassar a si mesmo (MOUNIER, 2004).

Abrindo-se mão de um apanhado histórico-filosófico em torno de tais conceituações, não se querendo reduzir a relevância desse detalhamento, cabe trabalhar aqui a forma como esse pensamento chegou à época de Mounier e dos demais pensadores contemporâneos.

Acerca disso, é oportuno citar Silveira (2010, p. 76):

> A interrogação sobre a "pessoa" vem a adquirir uma importância total, em relação à singularidade e complexidade de seu ser, a partir do século XX, [diversos pensadores pertencentes a correntes filosóficas diferentes] buscavam superar a visão intelectualista que prevalecera durante a época moderna a partir de Descartes, uma visão reducionista da realidade humana ao pensamento que, com o idealismo, havia sacrificado novamente, como ocorrera na filosofia grega, o singular ao universal.

O que se pode aferir, em suma, é que as interrogações em torno da pessoa humana e de sua condição continuavam e se aprofundavam, sobretudo com o advento da psicologia e das abordagens filosóficas do tipo fenomenológico-existencial, as quais já estavam em desenvolvimento no referido contexto do século XX.

Atento às diversas considerações filosóficas, seja antes ou durante sua própria época, Mounier apropria-se das ideias capazes de reconhecer a pessoa como um ser fora de qualquer reducionismo. Destarte, ele traz da filosofia clássica, a ideia de que "a pessoa expõe-se, exprime-se: faz face, é rosto. A palavra grega mais próxima da noção de pessoa é *prósopon*: aquele que olha de frente, que afronta [...]: a atitude de oposição e proteção pertence, pois à sua própria condição" (MOUNIER, 2004, p. 67, grifos do autor).

Pode-se, destarte, entrever o quanto se torna cara a concepção de pessoa em sua dimensão comunitária, no "face a face" de um encontro com o outro, sendo a personalização o instrumento assinalado por Emmanuel Mounier para se superar o aviltamento do ser humano, evitando a deturpação e a mera instrumentalização do homem e de todas as suas possibilidades e capacidades.

Reforçando tal abrangência, nos dizeres de Silveira (2010, p.77):

> o homem é uma unidade de corpo e alma e numa visão personalista [...] o homem é um ser natural e seu corpo faz parte da natureza. Então, ao tomar consciência de si, o homem real ultrapassa as teorias; no exercício de sua vida, principalmente em períodos de decadência humana, como as guerras, campos de concentração e miséria em todos os âmbitos, a presença da pessoa sempre se fará de forma conflitante, pois reflexão e ação exigem movimento, atitude pessoal, compromisso, cuja abrangência comunitária, ética e social são abarcadas.

Encerra-se nessa síntese a noção de uma naturalidade humana que solicita da própria consciência um movimento, uma postura existencial e ética da pessoa diante de si mesma e da vida. Ora, tal movimento corresponde exatamente ao denominado processo de personalização, processo esse que Emmanuel Mounier tanto acentuou. Acerca disso é que o pensador edifica sua obra permeando-a de temas substanciais para o desenvolvimento da pessoa naquilo que ele aponta como as *dimensões fundamentais de sua personalização.* Entre tais temas, podem ser citados: a educação e a emancipação da pessoa, a comunicação, o discernimento da própria vocação, a propriedade e o despojamento, a interioridade e a exterioridade, a liberdade e a autonomia, a transcendência, a comunhão, o engajamento e a comunidade.

Em sua abordagem, o autor deixa claro que o primeiro ato de iniciação à vida pessoal consiste na tomada de consciência, em outras palavras, no "despertar" da pessoa, caminho que só se dá mediante a vivência da educação e da liberdade. Sobre a liberdade, a pessoa deve tomar, outrossim, a iniciativa de reconhecer e, após escolher ser livre, fazer-se livre; tratar-se-ia, portanto, de um processo mais interior e não de um fruto dos avanços da ciência e da tecnologia (MOUNIER, 2004).

A esse respeito, é cabível apresentar que, enquanto existem dimensões cooperando para a personalização do indivíduo, outros fatores podem concorrer para o caminho inverso, qual seja, a "despersonalização". Neste sentido, assomam com veemência as críticas de Emmanuel Mounier, por exemplo, ao poder e ao capitalismo.

Sobre o primeiro fator, constata-se que a legitimidade do poder acaba sendo apontada como um problema crucial do personalismo. Em seus estudos, o filósofo traz as consequências da deturpação do poder, de modo que a pessoa deve ser protegida, uma vez que todo poder não controlado tende para abusos. Em sua análise, o pensador francês, termina por formular que o poder "não pode estar baseado senão no destino último da pessoa, deve respeitá-lo e promovê-lo" (MOUNIER, 2004, p.130).

Ademais, Mounier acentua a importância da democracia em se assegurar a participação dos governados na ordem objetiva do poder. Outra implicação importante, neste sentido, é o fato de a soberania popular e a ordem jurídica, para fins de equilíbrio, requererem um contínuo processo de "personalização dos poderes". Tal processo decorreria de uma profunda educação política das vontades dos cidadãos, além de novas estruturas de educação e ação política adequadas a um novo Estado social (MOUNIER, 2004).

Através dessas nuances subsiste o caráter de ética e de justiça social das ideias de Mounier, bem como também o vigor de um homem que, respondeu, com ousadia e sábia audácia, às intempéries de seu caminho e do caminho da humanidade. Ele ofereceu a resposta de

si mesmo, a entrega de sua própria pessoa, o seu testemunho. Uma resposta personalista e personalizada, eis o seu grande legado.

A fim de melhor se compreender a fundamentação de uma justiça social exigível, no sentido de alcançar as implicações jurídicas que garantam o desenvolvimento integral da pessoa humana, sobretudo na atual conjuntura da pandemia da *Covid-19*, o presente trabalho passa a estabelecer um paralelo entre o legado personalista e alguns temas da chamada Doutrina Social da Igreja. De uma forma especial, dentre os diversos textos do magistério católico, será mais explicitada, a seguir, a carta *Caritas in Veritate*.

2 A DOUTRINA SOCIAL DA IGREJA E A REPROPOSIÇÃO DA JUSTIÇA SOCIAL ATRAVÉS DO DOCUMENTO *CARITAS IN VERITATE*

Conforme a abordagem ético-filosófica contextualizada acima, pode-se afirmar que o resultado de toda a "desordem estabelecida" denunciada por Mounier, em sua época, fora a miséria humana, o ser humano cada vez mais violentado. O contexto encerrava a existência do homem em uma desesperadora decepção.

Sem embargo, apesar de algumas incoerências, obscuridades e corrupções de alguns membros ao longo de sua história, a Igreja Católica Apostólica Romana buscou se manter atenta às necessidades da pessoa humana. Estando presente neste e noutros contextos da humanidade, a Igreja Católica muitas vezes buscou prezar, com seu poder de reflexão, atuação ou, pelo menos, denúncia, em prol das garantias fundamentais. Entre tantos instrumentos utilizados nesse fulcro, pode-se falar de sua doutrina social.

Tendo uma formação histórica não recente, inclusive lançando suas raízes nos ensinamentos dos chamados doutores da Igreja, a Doutrina Social da Igreja trata de um conjunto de compilações e documentos nos quais se centralizam as orientações da Igreja Católica acerca dos temas sociais, ou seja, a presença e a atuação do homem na sociedade (RAMPAZZO; NAHUR, 2018).

Sendo fruto da existência e da atuação de uma instituição milenar, não se pode ignorar a relevância das considerações do magistério católico para a observação do homem e dos fenômenos ao seu redor, sobretudo em sua característica de ser social. Entre tantos temas basilares na elaboração da Doutrina Social da Igreja, pode-se observar, com grande destaque, o tema da justiça no seio da vida em sociedade.

Considerando, outrossim, o órgão da Igreja Católica denominado de Pontifício Conselho "Justiça e Paz", ratifica-se que a justiça é instrumento para a paz social à medida em que se promove o ser em sociedade. É neste sentido que se afirma que, "do ponto de vista subjetivo, a

justiça se traduz na atitude determinada pela vontade de reconhecer o outro como pessoa, ao passo que, do ponto de vista objetivo, ela constitui o critério determinante da moralidade no âmbito intersubjetivo e social" (PONTIFÍCIO CONSELHO "JUSTIÇA E PAZ", 2005, p. 122).

Assoma, então, a Doutrina Social da Igreja como uma proposta não apenas cristã, mas também cidadã. Acerca disso, é oportuno citar, conforme Rampazzo e Nahur (2018, p. 12), a devida compreensão que se deva ter daquela:

> A "Doutrina Social da Igreja" é uma proposta para o discernimento ético-político capaz de inspirar diálogos e ações individuais e coletivas em prol do bem comum, uma forma elevada de consciência fraterna. Ela veio à tona como uma espécie de estatuto de cidadania contemporânea, inspirada nos mais altos valores cristãos, compreendidos pela fé e pela razão.

Destarte, bem mais do que tratar a justiça como algo restrito às virtudes cristãs e às garantias meramente individuais, é preciso falar de uma "justiça social". Sobre isso, o Pontifício Conselho "Justiça e Paz" (2005, p. 122) vem elucidar que:

> [a justiça social] representa um verdadeiro e próprio desenvolvimento da justiça geral, reguladora das ações sociais com base no critério da observância da lei. A justiça social, exigência conexa com a questão social, que hoje se manifesta em uma dimensão mundial, diz respeito aos aspectos sociais, políticos e econômicos e, sobretudo, à dimensão estrutural dos problemas e das respectivas soluções.

Da observação feita acima, não apenas se percebe uma problematização em torno das dimensões que envolverão o ser humano enquanto ente social: assoma a observância da lei positiva como proposta garantidora do agir social. É justamente tal lei o critério permissivo para uma concretização da justiça direcionada ao homem social, sendo que uma regência legal eficaz não apenas realiza a construção de uma política estável, mas também colabora no bem comum da comunidade.

Juntamente com a noção de bem comum, adentra-se na dimensão do Estado e logo se pode entrever, neste diapasão, o seu papel fundamental de articulação para garantir tal bem mediante o caminho da legislação e da política. É neste âmbito que se pode ver que "o indeclinável horizonte do bem comum, fim do Estado, enquanto comunidade política, é o referencial fundamental da justiça, do direito e da lei" (RAMPAZZO; NAHUR, 2018, p. 8).

Todavia, uma problemática se aninha na presente discussão quando se percebe que, apesar de todo o aparato legal que um Estado pode oferecer, muitas garantias não são alcançadas, muitas proteções não se realizam. Essa percepção é, deveras, um sinal comprometedor da força estatal na garantia da justiça social para todo e qualquer ser humano.

São muitas as causas de tal problemática, a maioria delas é de ordem econômica. Sobre isso, vem Restrepo, no seu artigo *Humanização dos processos políticos a partir da Doutrina Social da Igreja*, acrescer que (2016, p. 72):

> a finalidade da política é o desenvolvimento de todas as pessoas e da pessoa por inteiro. Lamentavelmente, o predomínio do econômico sobre os demais valores foi deformando o conceito de desenvolvimento e também o da própria pessoa, vista a partir de uma única dimensão como produtora e consumidora. Por isso, é útil recordar [...] que, como humanização, [o desenvolvimento] foi descrito [nos documentos da Doutrina Social da Igreja] como passagem de condições menos humanas a condições mais humanas.

Percebe-se que, quando se torna inviabilizado o papel do Estado na garantia da dignidade humana, não apenas se compromete o desenvolvimento social, mas a própria humanização pode restar comprometida e violada, uma vez estando diretamente relacionada aos diversos fatores e agentes sociais.

Acerca disso, ganha ímpeto a noção de que outras forças são solicitadas na missão do progresso da humanidade. Para além da função do Estado, é cabível acentuar que muitos outros fatores estão ou deveriam estar comprometidos com o desenvolvimento do ser humano, entre eles a participação civil, a tecnologia e a economia. É justamente este o conteúdo que o documento *Caritas in Veritate* vem aprofundar.

Sendo uma Carta Encíclica lançada pelo então Papa Bento XVI (Joseph Aloisius Ratzinger) no ano de 2009, é mais um documento que faz parte da compilação da Doutrina Social da Igreja, atual e forte em suas considerações, principalmente por versar sobre "o desenvolvimento humano integral na caridade e na verdade". Mediante uma fundamentação filosófica e teológica, inclusive referenciando e reverenciando os documentos do magistério católico lançados anteriormente, tal encíclica termina por fazer uma revisão e uma nova planificação sobre o desenvolvimento, até o ponto de trazer à tona relevantes ponderações.

Ademais, o documento *Caritas in Veritate* não precisou abrir mão da concepção e dos valores cristãos para defender, no plano humano e social, as garantias fundamentais da pessoa. Antes, fez da dimensão transcendental do homem o grande impulsionador de seu profundo e verdadeiro desenvolvimento integral.

Neste sentido, o documento trabalha com lucidez e propriedade intelectual as diversas problemáticas atuais em torno de tudo o que diz respeito à dignidade humana. Entre tantos temas esmiuçados, cite-se: a globalização e as interações culturais, o subdesenvolvimento e suas fontes, a pobreza, a fome, o trabalho, a ciência e a tecnologia, a economia e a distribuição da riqueza, a segurança social, a ética e a moralidade, a fraternidade e a solidariedade, além da

abordagem sobre os deveres e os direitos do homem, com a defesa dos direitos mais primários. (PONTIFÍCIO CONSELHO "JUSTIÇA E PAZ", 2005)

Quanto às ponderações mais pertinentes ao estudo em tela, cabe apontar que, no quadro do desenvolvimento, que é policêntrico, o Estado acaba tendo que enfrentar as limitações que são impostas à sua soberania, uma vez que a globalização inaugurou um novo contexto econômico e comercial, de cunho internacional, caracterizado pela mobilidade dos capitais financeiros e dos meios de produção materiais e imateriais. Não que isso seja negativo, o fato é que a extensão da lógica mercantil tem se afastado muitas vezes da finalidade do bem comum, preconizada pela comunidade política, para defender a busca de um lucro como fim em si mesmo (BENTO XV, *Caritas in Veritate*, 2009).

O resultado desastroso disso é justamente o subdesenvolvimento, o qual, conforme aduz a referida carta encíclica, não é fruto do acaso, mas da responsabilidade humana quando falha na fraternidade e na solidariedade. O lado mais vulnerável é o que mais sofre, e é por isso que, em pleno século XXI, ainda se fala da fome e ainda há quem passe fome, sendo que essa, nos dizeres do documento, nem tanto depende da escassez material, mas da escassez de recursos sociais, os quais são de natureza institucional.

Neste ínterim é que se faz mister trazer à baila as argumentações em torno da ética. É preciso evidenciar que a atividade econômica é uma atividade humana e que a economia não é uma área eticamente neutra, haja vista que por detrás do agir econômico deve haver um agir eticamente estruturado e institucionalizado. Nesse sentido, para além de um acento meramente econômico e técnico, o investimento tem sempre um significado moral e, por outro lado, toda decisão econômica tem consequências de caráter moral. Resulta disso que a economia, para manter um correto funcionamento, tem necessidade de uma ética, não de uma ética qualquer, mas sim de uma ética amiga da pessoa (BENTO XV, Caritas in Veritate, 2009).

Diante da realidade de devastação humana e ambiental, desprezo aos direitos fundamentais, surgimento de "ultravulneráveis" e, por outro lado, de "ultrarricos", onde a sociedade parece fadada à miséria humana e o primado do econômico não responde mais satisfatoriamente a um legítimo e integral desenvolvimento social, tudo leva a crer que é chegado o momento de se repropor uma economia humana.

Por fim, cabe referir que a carta *Caritas in Veritate* culmina desejando recordar a todos aqueles "que estão empenhados a dar um perfil renovado aos sistemas econômicos e sociais do mundo, que o *primeiro capital a preservar e valorizar é o homem, a pessoa, na sua integridade*: 'com efeito, o homem é o protagonista, o centro e o fim de toda a vida econômico-social'" (BENTO XVI, 2009, nº 25, grifos do autor).

Tal assertiva entra em profunda consonância com o que fora abordado acima, no que tange à centralidade do cuidado do ser humano. De fato, quando se lança um olhar sobre os princípios da própria Doutrina Social da Igreja, o que se observa é que a pessoa humana se situa como eixo fundamental de todo o discurso social e de toda a atuação da Igreja Católica (RESTREPO, 2016).

De forma similar, vem o documento compendiado pelo Pontifício Conselho "Justiça e Paz" (2005, p.123) reforçar que:

> A justiça mostra-se particularmente importante no contexto atual, em que o valor da pessoa, da sua dignidade e dos seus direitos, a despeito das proclamações de intentos, é seriamente ameaçado pela generalizada tendência a recorrer exclusivamente aos critérios da utilidade e do ter.

Nisso, critica-se a ameaça materialista que ronda a dignidade da pessoa humana no atual contexto globalizado. Deveras, a ganância materialista presente e atuante no mundo capitalista é rotineiramente apontada como uma das grandes responsáveis pela injustiça social, por usar de forma exploratória e, outrossim, muitas vezes, por descartar o ser humano. Não obstante, essa característica voraz não é novidade, esteve presente desde a antiguidade.

O que a Doutrina Social da Igreja veio ratificar, desde os seus primórdios, antes de expor os conteúdos voltados propriamente à transcendentalidade humana, foi um apelo à justiça. No entanto, mais do que ser apresentada de forma inseparável da caridade, a justiça é trazida de forma anterior: sendo gesto de caridade "dar ao outro o que é meu", antes é essencial "dar ao outro o que é dele"; em outras palavras, a caridade exige a justiça e a justiça não se pede, mas se exige. (BENTO XV, *Caritas in Veritate*, 2009)

Longe de se intentar esgotar todas as variáveis desta problemática ao derredor da ética e da justiça atual, sobretudo em sua vertente político-econômica, pode-se ao menos recorrer aos documentos jurídicos vigentes para, assim, lograr argumentações favoráveis ao desenvolvimento integral da pessoa. Destarte é que se faz relevante, para o momento, em vista de melhor incrementar filosoficamente a garantia dos direitos fundamentais, trazer a contribuição do Declaração Universal dos Direitos Humanos e, no caso do Brasil, da Constituição Federal à luz do já exposto na produção em tela.

3 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E AS EXIGÊNCIAS JURÍDICAS DE RESPOSTA À PANDEMIA À LUZ DO PERSONALISMO DE MOUNIER E DO DOCUMENTO *CARITAS IN VERITATE*

À guisa de retomada, pode-se perceber que as crises do cenário onde assomou a corrente personalista não diferem muito das crises do cenário pandêmico atual, no século XXI, mesmo em detrimento de todos os avanços, seja da ciência, da saúde ou da educação, da técnica ou dos veículos de comunicação de massa, da economia, da política ou dos diversos aparatos legalmente constituídos, os quais deveriam sempre agir em favor da pessoa. Em outras palavras, mesmo em meio aos avanços e às glórias de um desenvolvimento social tão reclamado e aclamado, ainda se definha e se morre por ausência do mínimo humanamente necessário.

A título de simples ilustração, observando-se o avanço da *Covid-19* no Brasil, doença que há quatro meses da primeira confirmação de contágio ainda está em fase de aceleração, conforme consta no boletim especial emitido pelo Ministério da Saúde referente à semana epidemiológica de número 25: até o dia 20 de junho foram confirmados 1.067.579 casos e 49.976 óbitos; entre todas as regiões, a região Norte, até a aludida semana, apresenta os maiores coeficientes de incidência (1.138,4/100 mil hab) e mortalidade (46,9/100 mil hab)[2].

Esses e tantos outros dados mostram que a crise humanitária perdura e os mais socialmente vulneráveis continuam padecendo em suas vulnerabilidades, a exemplo das populações indígenas que ainda predominam na referida região brasileira. Isso faz confirmar que, mesmo após o advento e o reconhecimento dos chamados direitos humanos, seja na letra da norma brasileira ou na internacional, muitos ainda não são tomados como pessoas.

Ora, fora exatamente este o horizonte consolidado na reconhecida *Declaração Universal dos Direitos Humanos*, documento adotado e promulgado mediante a Assembleia Geral das Nações Unidas ocorrida em Paris em 10 de dezembro de 1948, o qual preconizou – e ainda preconiza – em seu Artigo VI que todo ser humano, em todos os lugares, tem o direito de ser reconhecido como *pessoa* perante a *lei* (DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS, 1948, grifos nossos).

É bem verdade que tal noção de pessoa deita raízes na dignidade humana filosoficamente elaborada por Immanuel Kant (1724 – 1804), sobretudo em suas ideias relacionadas à moralidade e à universalidade decorrente do seu imperativo categórico, além dos elementos atrelados à razão prática, à autonomia e à liberdade como fundamentadoras da

[2] Dados encontrados no portal do Ministério da Saúde - Secretaria de Vigilância em Saúde, referentes à Semana Epidemiológica 25, de 14 a 20/06. Disponível em: <http://saude.gov.br/images/pdf/2020/June/25/Boletim-epidemiologico-COVID-19-2.pdf > Acesso em: 22 de junho de 2020

dignidade do homem. Não obstante as colaborações do pensador prussiano, Mounier, por seu turno, fora testemunha e recebeu *in persona* os frutos da devastação do século XX.

Na síntese histórica, o panorama após as guerras mundiais apelava para uma revitalização da humanidade, de modo que a dignidade necessitava ser novamente, se não pela primeira vez, reconhecida e respeitada. Neste ínterim, pode-se dizer que o personalismo se tratou, outrossim, de uma salutar proposta de respeito ao ser humano, sobretudo na consideração da necessidade de seu desenvolvimento integral.

Acerca disso, com plena consciência sobre o papel das declarações frente aos direitos fundamentais, Mounier (2004, p. 73) afirmara:

> É preciso que os poderes definam e protejam os direitos fundamentais que garantem a existência pessoal [...]. Mas sempre as coletividades discutirão as fronteiras em que estes direitos se têm que harmonizar com o bem comum. As mais solenes Declarações de Direitos cedo se deturpam, quando não repousam sobre sociedades suficientemente ricas em caracteres indomáveis, e simultaneamente sólidas garantias nas estruturas.

Tal proteção estrutural é plenamente compreensível quando se identifica o brio que se atribui ao ser humano já no preâmbulo da própria Declaração Universal, onde se reconhece a dignidade inerente a todos os membros da família humana, sendo seus direitos iguais e inalienáveis concebidos como fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo. Ademais, o mesmo preâmbulo considera ser essencial que os direitos humanos sejam protegidos pelo império da lei, para que o homem não seja compelido, como último recurso, à rebelião contra a tirania e a opressão (DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS, 1948).

A partir dessas declarações é que foi possível estabelecer debates em diversas instâncias sobre a condição humana, desde os espaços regionais até as assembleias internacionais, a ponto de se falar em direitos universais, ou seja, independentes de qualquer fronteira nacional. O que decorreu de tudo isso foi a promulgação de uma série de documentos que, considerando as diferenças de cada país, passaram a se debruçar e fortalecer as necessidades referentes aos direitos fundamentais da pessoa.

Nesse contexto é que se insere a *Constituição da República Federativa do Brasil*, promulgada em 1988, cuja redação representou um divisor de águas e simbolizou forte marco do processo de redemocratização do país após o período de ditadura militar (1964 - 1985). Já em seu primeiro artigo, inciso terceiro, a dignidade da pessoa humana é trazida como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito.

No que tange aos direitos e deveres individuais e coletivos versados no segundo título, a saber, “dos direitos e garantias fundamentais”, a redação do *caput* do artigo 5º da aludida Carta Magna preconiza que “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". Ao longo dos cinco capítulos desse título são elencados, outrossim, os diversos direitos a serem respaldados, em geral, os sociais, os de nacionalidade, os políticos, além dos direitos relacionados à existência, à organização e à participação em partidos políticos.

Essas e outras garantias são sinal de que houve a superação, no Brasil e no mundo, ao menos no nível teórico-filosófico, das atrocidades do século XX, embora ainda tenham persistido algumas sombras de dor, incertezas ou inseguranças provenientes das ideologias e regimes ditatoriais que ainda intentaram e intentam aprisionar o ser humano, mesmo como vivente no século caracterizado pela liberdade e pelo império da ciência, da técnica e do capital. Sem embargo, mesmo que o advento legal dessas garantias tenha significado a sobrevivência dos direitos relativos à dignidade da pessoa frente aos massacres, ao relativismo e à tentativa de minimizá-los, nem tudo está pacificado. O cenário da efetivação dos direitos humanos, largamente difundidos, ainda está coberto de sombras, uma vez que uma coisa é proclamar o direito do indivíduo, outra coisa é desfrutá-lo efetivamente (BOBBIO, 2004).

Perante isso, embora ricamente fundada e paulatinamente confirmada nas novas constituições de diversos países, a exemplo da Constituição Cidadã e dos documentos promulgados em outros países da América Latina nas últimas décadas, é possível arrazoar que a teoria geral dos direitos humanos, por assim dizer, não sobejaria completa, pois lhe estaria faltando aplicabilidade. Tal aplicabilidade consistiria justamente no fato de existirem direitos que, embora declarados legalmente, não alcançaram ainda eficácia na realidade da pessoa ou das pessoas a quem se destina.

Deveras, ainda há existência humana envolta em sombras de vulnerabilidades, das mais variadas. Tudo leva a crer que, na realidade do tecido humano, em suas mais diversificadas necessidades e na pluralidade cultural atual, "o problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de justificá-los, mas o de protegê-los. Trata-se de um problema não filosófico, mas político" (BOBBIO, 2004, p.16).

Depara-se, destarte, com um problema de larga dimensão ao derredor do tema, sendo que, para se esboçar uma possível solução, tornar-se-ia imprescindível um diálogo que considere uma interdisciplinaridade de conteúdos e métodos, estudos e experiências, uma vez que neste processo estariam sendo envolvidas diversas ciências e caminhos transversais. Ora, a complexidade política, econômica e sanitária trazida pela pandemia do *Covid-19* apenas aprofundou a problemática já existente. Antes da crise da pandemia, já existiam outras crises, todas em torno dos fundamentos, incluindo os direitos primários.

Acerca disso, o próprio Bobbio traz mais uma colaboração ao esclarecer que, em meio a uma crise dos fundamentos:

> O problema filosófico dos direitos do homem não pode ser dissociado do estudo dos problemas históricos, sociais, econômicos, psicológicos, inerentes à sua realização: o problema dos fins não pode ser dissociado do problema dos meios. Isso significa que o filósofo já não está sozinho. O filósofo que se obstinar em permanecer só termina por condenar a filosofia à esterilidade. Essa crise dos fundamentos é também um aspecto da crise da filosofia (BOBBIO, 2004, p. 16).

É exatamente neste sentido que se perscruta o tema dos direitos humanos à luz da filosofia de Emmanuel Mounier, uma vez que se pode encontrar na perspectiva do personalismo a defesa de um desenvolvimento integral da pessoa, o gargalo capaz de possibilitar uma resolutividade da problemática como um todo ou pelo menos amenizá-la. Não foi debalde que Mounier identificou, em sua época, que os direitos preconizados pelo estado liberal, em grande parte, estavam alienados dos cidadãos na sua existência econômica e social; tratavam-se de direitos difíceis de exercer e fáceis de abusar (MOUNIER, 2004).

Doravante, não se trata simplesmente de buscas isoladas por soluções, ou remediações pontuais. Uma crise globalizada, generalizada, requer uma resposta generalizada, de modo que o novo *coronavírus* acabou forçando a humanidade a pensar, e pensar não mais como corporações ou grupos econômicos, nem como classes sociais ou regiões geográficas, nem como áreas do conhecimento ou especialistas isolados, mas como espécie humana.

A discussão empreendida até aqui, mais do que filosofar em torno de situações do passado ou do presente, mais do que especular acerca de abstrações delirantes de realidade ilusórias, reconduz ao tema das exigências jurídicas como resposta à nova pandemia instaurada. É, deveras, uma resposta apropriada para uma situação inapropriada pois, de fato, o planeta está em guerra e, maior do que o inimigo viral, que a ciência atual se credita capaz e ensaia vencer, são os inimigos que se travestem de uma engenharia social não personalista e de uma economia tecnicista que promete um desenvolvimento fabulosamente irrestrito.

O que não se pode mais tolerar é uma economia que considere o ser humano sob um viés fragmentado e reducionista. Quiçá seja esta a síntese de tudo aquilo que o personalismo mounieriano, juntamente com as considerações da Doutrina Social da Igreja no documento *Caritas in Veritate*, tem a declarar para os homens de 2020: que é preciso fazer a travessia de uma economia com uma imagem parcial do homem a uma economia verdadeira e completamente humana, uma economia personalista.

Sobre isso, viera Mounier profetizar que (2004, p. 122-123)

> Problemas de organização e problemas humanos são inseparáveis: a grande tentação do século XX será, sem dúvida, a ditadura dos tecnocratas, quer da direita, quer da esquerda, que esquecem o homem para só considerar a organização [...] [e] uma economia de acordo com a sua parcial imagem do homem [...]. Mas a economia moderna, em seus dados, parece evoluir, como a física, para o concreto, pelo abstrato [...]; serão sem dúvida estruturas a princípio muito longe dos esquemas do corporativismo ou do contratualismo que levarão os homens de amanhã às formas simples mas imprevisíveis de uma economia humana.

Outrossim, volve a Doutrina Social da Igreja na Carta Encíclica *Caritas in Veritate*, antecipar, de forma igualmente profética que (2009, número 42, grifos do autor):

> A verdade da globalização enquanto processo e o seu critério ético fundamental provêm da unidade da família humana e do seu desenvolvimento no bem. Por isso é preciso empenhar-se sem cessar por favorecer uma orientação cultural personalista e comunitária, aberta à transcendência, do processo de integração mundial [...]. Adequadamente concebidos e geridos, os processos de globalização oferecem a possibilidade duma grande redistribuição da riqueza a nível mundial, como antes nunca tinha acontecido; se mal geridos, podem, pelo contrário, fazer crescer pobreza e desigualdade, bem como contagiar com uma crise o mundo inteiro. É preciso *corrigir as suas disfunções* [...]. Isto permitirá viver e orientar a globalização da humanidade em termos de relacionamento, comunhão e partilha.

Em suma, a família humana tem algo melhor a partilhar do que um vírus. Aí se desvela uma nova perspectiva: uma múltipla dimensão político-jurídica-social-sanitária-científica-filosófica-econômica-solidária que se atenha ao mínimo suficiente para a garantia factual e existencial da dignidade da pessoa, a mesma dignidade apregoada e reclamada por Mounier e tantos outros filósofos, por Jesus Cristo e tantos outros homens.

No mais, tudo leva a crer que, enquanto perdurarem as divisões políticas e ideológicas, os interesses econômicos que subjugam pessoas a serviço de outras pessoas e de sistemas, enquanto houver falta de vontade política dos gestores e problemáticas sociais que se afastam da abordagem antropológica e personalista, enquanto, enfim, as grandes inteligências, lideranças e economias não se atentarem, a partir da teoria geral dos direitos humanos e da Doutrina Social da Igreja, ao cuidado e ao respeito à vida, a efetivação da dignidade do ser humano continuará sendo uma agonizante espera ou, quando não, uma tragédia, um número, uma morte a mais por falta de equipamentos respiratórios.

CONCLUSÃO

Inicialmente foi apresentada a seguinte questão: a partir da abordagem personalista, do documento "*Caritas in veritate"* e da constituição federal da República Federativa do Brasil, quais são as exigências éticas e jurídicas frente ao desafio da pandemia do *covid-19?*

Muita coisa aconteceu desde que Emmanuel Mounier e outros filósofos propuseram suas considerações e, outrossim, muito tempo já se passou desde que os membros da Igreja Católica, em sua atuação e magistério, bem como também outras instituições, têm se lançado na aventura de defender e promover a pessoa na sua integralidade. Todavia, quando, a partir dos estudos feitos acima, se verte ligeiramente um olhar sobre a trajetória humana, pode-se perceber a facilidade com que o homem tem sido "despersonalizado", afastado de seu sentido mais essencial, aniquilado por um individualismo cada vez mais ensimesmado que se utiliza da economia, do poder e tantas instâncias, e traz consequências violentamente avassaladoras para a sociedade como um todo.

Enquanto houver pessoas tratadas como coisas, objetivação, alienação, sobrevida nos subúrbios das cidades e nos ambientes rurais, exploração mediante a dominação dos mais humanamente favorecidos sobre os desumanamente desvalidos, há inoperância e ineficácia dos direitos humanos. E enquanto existir um indivíduo que desconheça seus direitos e não se dê conta do seu próprio valor humano, a justiça social terá sido insuficiente e a humanidade, como um todo, terá falhado na compreensão da dignidade da pessoa.

Não obstante tal problemática, após o estudo acima exposto, não se pode perder de vista a urgente oportunidade de se renovar e repropor, de forma generalizada, o diálogo com e sobre o ser humano, sua dignidade a ser protegida e suas vulnerabilidades a serem redimidas ou dirimidas, em favor de um desenvolvimento integral do ser humano e a efetivação da Declaração Universal dos Direitos Humanos e da Constituição Federal

No que concerne à efetivação de direitos, os instrumentos já existentes que intentam garantir a justiça social não têm funcionado como deveriam. Entre eles, muitos representantes políticos parecem ineficientes em seus exercícios. Isso sinaliza que uma nova cultura humana deve ser impulsionada, empreendida, e já é chegado o momento de se redirecionar as referências, os valores, resgatar princípios e de se assumir compromissos com esta humanidade, acreditar nela, educá-la, valorizá-la, vivê-la e deixá-la viver, deliberada e categoricamente.

Sobre a pandemia que grassa pelo Brasil e pelo mundo, não se pode negar que o cidadão brasileiro tem vivido uma realidade complexa, cada vez mais permeada de ceticismo político e descrença nas diversas instituições. Isso mostra que a justiça social, ainda que vivida democraticamente, não é plenamente realizada apenas com os esforços da autoridade política e

demais poderes. O todo da justiça necessita do justo agir de todos. Sem esse movimento coletivo de cuidado com o outro e de promoção da pessoa e do bem comum, o ideal de justiça e de paz, tão acentuado ao longo da história humana, continuará distante da realidade.

Do exposto, fica muito claro a exigência ética de um aprofundamento do sentido e antropológico, do reconhecimento integral da pessoa humana com os desdobramentos de justiça, cuidado e efetivação de seus direitos o que envolve a consciência e a ação de toda a sociedade.

REFERÊNCIAS

BENTO XVI. **Carta encíclica *Caritas in Veritate***: Sobre o desenvolvimento humano integral na caridade e na verdade. 2009. Disponível em: <http://www.vatican.va/content/benedict-xvi/pt/encyclicals/documents/hf_ben-xvi_enc_20090629_caritas-in-veritate.html > Acesso em 12 de abril de 2020.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília - DF. Senado, 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm > . Acesso em 29 de junho de 2020.

COQ, Guy. **Mounier**: o engajamento político. Aparecida, SP: Ideias & Letras, 2012.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. Assembleia Geral das Nações Unidas em Paris. 10 dez. 1948. Disponível em: < https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf >. Acesso em: 26 de maio de 2020.

LORENZON, Alino. **Atualidade do pensamento de Emmanuel Mounier**. 2. ed. Ijuí: Unijuí,1996.

MOUNIER, Emmanuel. **O personalismo**. trad. Vinícios E. Alves. 1.ed. São Paulo: Centauro, 2004.

PONTIFÍCIO CONSELHO "JUSTIÇA E PAZ". **Compêndio da Doutrina Social da Igreja**. São Paulo: Paulinas, 2005.

RAMPAZZO, Lino; NAHUR, M. T. M. **O Valor da justiça e do bem comum na comunidade política**: princípios da Doutrina Social da Igreja, à luz do pensamento de Santo Tomás. In: CONGRESO INTERNACIONAL DE DERECHOS HUMANOS, 3., Santiago (Chile), 2018. 16 p. No prelo.

RESTREPO, Sérgio Bernal. **Humanização dos processos políticos a partir da Doutrina Social da Igreja**. In: ZACHARIAS, Ronaldo; MANZINI, Rosana (Orgs.). Magistério e Doutrina Social da Igreja: continuidade e desafios. São Paulo: Paulinas. 2016. p. 66-82.

SEVERINO, Antônio Joaquim. **Recolhimento em Si e Abertura ao Outro:** contribuição do personalismo para a educação da pessoa, In: RAMPAZZO, L; DIAS, Mário J. (org). Pessoa, comunidade e instituições na obra de E. Mounier e de P. Ricoeur. Campinas: Alínea, 2013, p.33.

SILVEIRA, Carlos Roberto da. **O humanismo personalista de Emmanuel Mounier e a repercussão no Brasil**. [Tese de Doutorado] Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC-SP, São Paulo, 2010.

CRISES POLÍTICAS NO SISTEMA DEMOCRÁTICO ATUAL

Thiago Fernandes Boverio
Mestrando em Direito pela Universidade Nove de Julho – UNINOVE.
Advogado em São Paulo-SP e Brasília-DF. Contato para sugestões ou apontamentos: thiagoboverio@gmail.com

RESUMO: Este trabalho busca compreender as razões que traduzem o sentimento popular de descrédito em relação à classe política como um todo, sendo que esta percepção passa pela falta de identificação ou de legitimidade do sistema representativo. O foco da pesquisa, portanto, foi a demonstrar mediante uma narrativa do mundo contemporâneo, e também em relação aos encargos históricos, a origem e consequência desse descolamento da classe política com a sociedade. Por isso, procurei delinear os reflexos do enfraquecimento do modelo democrático, principalmente quando se tem a frente o sistema presidencialista de governo. A pesquisa busca uma abordagem qualitativa e observa que, quanto mais alargada a participação popular nas questões atinentes ao controle político da sociedade, mais legítimo será o sistema de representação e maior o fortalecimento do sistema democrático.
PALAVRAS-CHAVE: Legitimidade do sistema de representação. Democracia participativa. Presidencialismo crítico.

ABSTRACT: This work seeks to understand the reasons that reflect the popular feeling of discredit in relation to the political class as a whole, and this perception goes through the lack of identification or legitimacy of the representative system. The focus of the research, therefore, was to demonstrate through a narrative of the contemporary world, and also in relation to historical burdens, the origin and consequence of this detachment of the political class with society. For this reason, I tried to outline the reflexes of the weakening of the democratic model, especially when the presidential system of government is in front. The research seeks a qualitative approach and notes that the broader the popular participation in issues pertaining to the political control of society, the more legitimate the system of representation and the greater the strengthening of the democratic system.
KEYWORDS: Legitimacy of the representation system. Participatory democracy. Critical presidentialism.

INTRODUÇÃO

Após mais de 20 anos de ditadura militar no Brasil, que foi caracterizada por uma forte censura e opressão aos direitos democráticos, houve a chamada "abertura política e a reintegração das instituições", momento em que vários direitos civis e políticos foram reconquistados, desaguando, enfim, na transição do governo militar para o governo civil. De 1964 até o ano de 1985, contudo, os governos promulgaram medidas que ampliaram o Poder Executivo em detrimento dos Poderes Judiciário e Legislativo, mas, nos estertores da década de 1970, a divulgação dos crimes de tortura começou a aumentar a rejeição ao então regime político, e o fim do "milagre econômico" tornou o governo ainda mais impopular.

Assim, com o enfraquecimento do regime militar, a abertura política foi mais que uma demonstração de boa vontade dos militares, o que ficou claro nas eleições legislativas de 1974, com a perda da legitimidade do regime repressivo pela ascendência do MDB – único partido da oposição permitido pelo militarismo. Com a mobilização da sociedade civil, houve, então, uma abertura "lenta, gradual e segura", em que demoradamente os direitos foram devolvidos à população.

Os sindicatos de trabalhadores do ABC Paulista tiveram especial importância nesse contexto ao organizarem grandes manifestações por melhorias nas condições de trabalho, com o apoio da imprensa "alternativa" e do movimento estudantil, que se engajavam com força à oposição do Governo.

Foi assim que o governo tomou a iniciativa de ter o controle sobre o processo de transição para se inserir no novo regime ao negociar com a oposição. Torna-se sintomática a decisão de não serem julgados os crimes contra os direitos humanos, especialmente os de tortura, cometidos durante a ditadura. A Lei da Anistia, promulgada em agosto de 1979 pelo então presidente João Batista Figueiredo, concedeu "a anistia a todos quantos, no período compreendido entre 02 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979, cometeram crimes políticos ou conexo com estes"[1].

Foi nesse cenário que a redemocratização brasileira aconteceu, isto é, por um acordo entre os moderados da oposição com representantes do regime militar. Enfim, a abertura política ocorre, mas, em troca, os interesses militares não seriam feridos, isto é, emplacaram a impossibilidade de um julgamento legítimo e, consequentemente, qualquer condenação.

[1] BRASIL. **Lei n. 6.683, de 28 de agosto de 1979.** Concede anistia e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6683.htm. Acesso em: 10 mar. 2020

Segundo o historiador Tau Golin[2], "o processo de abertura gradual e a anistia da ditadura militar, em que os torturadores, assassinos, criminosos políticos, que cometeram crimes de lesa humanidade e contra os direitos humanos foram blindados, não poderiam ser punidos". Para o autor, tal fato teria ocorrido porque a ala de abertura política e as Forças Armadas não entravam em consenso, o que arrastou as forças da repressão para dentro da redemocratização.

Ocorre que, de outro lado, a negociada transição também traria benefícios para a sociedade civil ao conceder anistia aos que tiveram seus direitos políticos restringidos por conta dos Atos Institucionais e Complementares, permitindo-lhes o retorno à vida político-partidária, desde que mediante partidos legalmente constituídos (fim do bipartidarismo).

Foram anistiados tanto os que haviam pegado em armas contra o regime quanto os que simplesmente haviam feito críticas públicas aos militares. Graças à lei, exilados e banidos voltaram para o Brasil, clandestinos deixaram de se esconder da polícia, réus tiveram os processos nos tribunais militares anulados, presos foram libertados de presídios e delegacias[3].

Daí em diante, sem efetiva ruptura, o período de redemocratização do Brasil pode ser dividido entre o grupo dos militares – agora anistiados de seus crimes e demais horrores – e aqueles que lutaram contra o regime destes militares – os quais também foram igualmente anistiados para possibilitar o acordo de abertura democrática. Enfim, com a negociação, os dois lados não teriam contas a pagar, algo atrativo às duas pontas, mas ambos saíram desse "armistício" sabedores de que haveria um encontro marcado num futuro próximo, porém em outra arena, isto é, em um novo cenário estabelecido em comum acordo pelos dois "grupos": sob à luz do sistema democrático.

Para os interesses das classes dominantes brasileiras, afirmou Fernandes, ainda no início dos anos 1980, a "abertura democrática" nada mais representava do que a possibilidade de reformar o Estado de modo a manter seu *status* e sua capacidade de controle político e econômico sobre a nação:

> O que é [...] a abertura democrática? Trata-se, no fundo, do máximo de resistência obstinada possível; não um avanço em campo aberto na direção da democracia, mas uma tentativa de restringir o impacto das forças sociais que lutam pela revolução democrática e para reduzir seu espaço político. [...]. De novo, a "abertura democrática" busca apenas proteger os "mais iguais" e, no melhor estilo do paternalismo elitista, manter a contra-revolução por outros meios (o ritualismo eleitoral; uma democracia representativa sob tutela e dotada de dispositivos constitucionais suficientemente fortes

[2] GOLIN, Tau; BOEIRA, Nelson. **História geral do Rio Grande do Sul – República**: da Revolução de 1930 à ditadura militar (1930-1985). Passo Fundo: Méritos, 2007. v. 4.

[3] Disponível em: https://www12.senado.leg.br/noticias/especiais/arquivo-s/ha-40-anos-lei-de-anistia- preparou-caminho-para-fim-da-ditadura. Acesso em: 18 abr. 2020.

> para "garantir a segurança nacional" e "defender o Estado" – configuram-se, no momento, como o equivalente funcional do regime vigente)[4].

Para o professor do Programa de Pós-Graduação em Ciência Política da UFRGS Rodrigo Stumpf González, mesmo com a volta da democracia há mais de 30 anos, ainda há reflexos dos longos períodos de repressão e autoritarismo. Nunca se conseguiu desenvolver e consolidar uma cultura política democrática. Práticas e discursos autoritários continuaram sendo aceitos pela população. O resultado foi uma democracia formal, porém de baixa qualidade.

Daí verifica-se uma possível razão para o sentimento popular de descrédito em relação à classe política como um todo, o que ocorre nos dias atuais, sendo esta a percepção que passa pela falta de identificação ou de legitimidade do sistema democrático representativo. No Brasil, pelo problemática apontada acima, em que a transição democrática foi negociada, pode-se verificar uma fragilidade nessa relação entre representantes e representados provocados pela inexistência de uma ruptura real do poder político, sendo que o cenário atual é o mesmo de outrora e nunca alterado desde a redemocratização.

Observa-se, então, nesta pesquisa científica, as razões para o descolamento da classe política com a sociedade e o seu reflexo no sistema democrático atual. Verifica-se o enfraquecimento do modelo de democracia representativa, que no Brasil ainda resiste na alternância daqueles mesmos figurantes do processo de redemocratização negociada, o que gera a insatisfação dos governados por ausência de identificação ou pela falta de uma ampla frente de matizes ideológico-partidárias que possibilitem um identificação mais aproximadas de suas vertentes políticas.

Não há nada mais emblemático do que as manifestações de alguns deputados durante a sessão do *impeachment* que afastou Dilma Rousseff da Presidência da República em 2016. O momento de maior impacto foi a exaltação do Coronel Alberto Brilhante Ustra, manifestada pelo então deputado Jair Bolsonaro, atual presidente da República. Em sua campanha eleitoral de 2018, aliás, alguns apoiadores da sua candidatura faziam passeatas nas ruas com cartazes e camisetas com os dizeres "Ustra vive!", o que pode ser entendido como um reflexo do processo de redemocratização brasileira, que nunca puniu os crimes da Ditadura Militar[5].

Vários outros discursos exteriorizaram a intenção da volta da ditadura militar, inclusive com uma parcela de apoio popular que pedia intervenção militar, a exemplo do Movimento Vem

---

[4] FERNANDES, F. **Brasil em compasso de espera**: pequenos escritos políticos. São Paulo: Hucitec, 1980. BERTOLDI, Bruna; TEMPAS, Camila; MENEZES, Lidiane. Lenta e gradual redemocratização. **Beta redação**, 29 de novembro de 2018. Disponível em: https://medium.com/betaredacao/lenta-e- gradual-redemocratiza%C3%A7%C3%A3o-4e832236076 Acesso em: 16 abr. 2020.

[5] Deixa-se aqui de explorar a instauração da "Comissão Nacional da Verdade", pois, ainda que tenha descortinado muitos crimes e casos de tortura em seu relatório final, o qual revelou que não seriam passíveis de anistia, o pedido não foi levado adiante.

Pra Rua, na Avenida Paulista, cidade de São Paulo, em julho de 2016. Beatriz Panazzo de Araújo recorda com propriedade, em artigo publicado no início de 2020, que o discurso adotado por essas pessoas era de que os militares restabeleceriam a ordem no país – retomando o crescimento econômico e diminuindo a taxa de desemprego – e expulsariam todos os corruptos, algo parecido com o que foi veiculado no contexto do golpe de 64. Esse discurso – observado nos cartazes dos manifestantes – parte da ideia de que, apesar da falta de liberdades civis, as "coisas funcionavam" durante a ditadura. Há uma idealização do regime no sentido de que muitos acreditam que nessa época não existia corrupção no país[6]. Por sua vez, o pensamento político do outro lado pode ser notado na manifestação de alguns políticos e entidades que criticaram o discurso de Jair Bolsonaro, que, já na condição de Presidente da República, participou de ato que defendia a intervenção militar. Em matéria publicada no dia 19 de abril 2020, pelo portal G1, Fernando Henrique Cardoso, ex-presidente da República, manifestou ser lamentável a adesão do Presidente da República a manifestações antidemocráticas: "É hora de união ao redor da Constituição contra toda ameaça à democracia. Ideal que deve unir civis e militares; ricos e pobres. Juntos pela liberdade e pelo Brasil".

Jurema Werneck, diretora-executiva da Anistia Internacional Brasil, disse que a entidade "repudia qualquer manifestação pública que tenha como objetivo pedir a volta do regime militar, pedir a volta do AI-5, pedir a volta de um regime político que trouxe para o Brasil tanto sofrimento, trouxe tortura, trouxe desaparecimentos, trouxe famílias até hoje sem resposta, e trouxe uma sociedade que ainda não resolveu, não prestou contas e não superou esse terrível período da história nacional. É grave que o presidente da República se junte a esse tipo de manifestação. O presidente da República é o guardião da constituição, tem dever de respeitar a constituição federal, de fazer cumprir suas obrigações em relação aos direitos humanos".

Juliano Medeiros, presidente do PSOL, partido com raízes de esquerda, entendeu que "a participação de Jair Bolsonaro numa manifestação que, dentre outros propósitos, pedia a intervenção das forças militares contra os demais poderes da República, é uma grave afronta à democracia e à Constituição Federal. É, também, uma afronta às recomendações da Organização Mundial da Saúde, que tem desestimulado eventos públicos e quaisquer formas de aglomeração"[7].

Portanto, o contexto democrático brasileiro atual apresenta a seguinte radiografia: a história política que foi iniciada com uma redemocratização negociada somente teve, entre

[6] ARAUJO, Beatriz Panazzo de. Redemocratização do Brasil: você conhece a história política do nosso país? **Politize!**, 2 de janeiro de 2020. Disponível em: https://www.politize.com.br/redemocratizacao-do- brasil/ Acesso em: 20 abr. 2020.

[7] Disponível em: https://g1.globo.com/politica/noticia/2020/04/19/repercussao-sobre-o-discurso-de- bolsonaro-diante-de-manifestantes-que-defendiam-intervencao-militar.ghtml Acesso em: 20 abr. 2020

seus figurantes até o presente momento, após mais de trinta anos, os próprios representantes que a negociaram.

Fernando Collor, o primeiro presidente eleito, que ficou no poder de 15 de março de 1990 a 29 de dezembro de 1992, foi filiado ao partido do regime militar (ARENA) e iniciou sua carreira política com a indicação para prefeito de Maceió, em 1979, pelo então governador Guilherme Palmeira.

Itamar Franco, que concluiu o mandato de Collor, era filiado ao MDB, antigo opositor do regime militar, foi eleito senador em 1982 e, durante seu mandato, foi um ativo defensor da campanha das "Diretas já!".

Fernando Henrique Cardoso foi Presidente da República de 1º de janeiro de 1995 a 1º de janeiro de 2003 e coordenou a elaboração da plataforma eleitoral do MDB. Em 1978, iniciou sua carreira política elegendo-se suplente do então Senador por São Paulo Franco Montoro, tendo assumido a cadeira no Senado efetivamente em março de 1983, tornando-se um dos principais protagonistas da campanha das "Diretas Já" e fundamental
personagem na articulação junto aos militares para que não houvesse radicalização política durante a transição para a democracia.

Luiz Inácio Lula da Silva, Presidente da República de 1º de janeiro de 2003 a 1º de janeiro de 2011, liderou grandes greves de operários no ABC Paulista durante a ditadura militar e ajudou a fundar o Partido dos Trabalhadores em 1980, durante o processo de abertura política, tendo sido também uma das principais lideranças da "Diretas Já".

Dilma Rousseff foi Presidente da República de 1º de janeiro de 2011 até a conclusão do processo de *impeachment*, em 31 de agosto de 2016. Ingressou na luta armada de esquerda como membro do Comando de Libertação Nacional (COLINA) e, posteriormente, da Vanguarda Armada Revolucionária Palmares (VAR-Palmares) – ambas as organizações defendiam a luta armada contra a ditadura militar.

Seu sucessor, Michel Temer, que concluiu o mandato em 1º de janeiro de 2019, entrou na vida política em 1981 pelo MDB. Em 1983, foi nomeado pelo governador Franco Montoro para a Procuradoria-Geral do Estado e tornou-se deputado da Assembleia Nacional Constituinte.

Por fim, Jair Messias Bolsonaro, que se formou na Academia Militar das Agulhas Negras em 1977 e serviu nos grupos de artilharia de campanha e paraquedismo do Exército Brasileiro, ingressou na carreira política com a eleição para a Câmara Municipal do Rio de Janeiro em 1988. Em 2018, foi Presidente da República eleito com discurso político de extrema-direita, enaltecendo, inclusive, a ditadura militar brasileira e defendendo as práticas de tortura à época, conforme aqui já mencionado.

A realidade exposta acima pode ser um ponto de partida para a decodificação de uma aparente exaustão do sistema democrático brasileiro, o qual se sustenta há pouco mais de trinta anos com a retroalimentação política dos grupos negociadores do período atual. São representantes de apenas dois lados de uma mesma história de guerra e a paz, forjados num acordo negociado dentro de um campo denominado de democrático, para eles próprios disputarem a vez do melhor discurso palatável à sociedade.

O que se tem no Brasil, devido à retroalimentação política dos autodenominados "libertadores do sistema ditatorial" com os sectários do sistema repressivo, é uma sociedade refém desse discurso maniqueísta. O discurso político brasileiro está limitado ao acesso a apenas um desses dois lados de uma mesma moeda, sendo que o avanço democrático poderia ocorrer na medida em que fossem inseridas outras culturas políticas nas disputas eleitorais, expressadas num crescente desimpedimento dos ideais, o que
permite deduzir, então, que, no Brasil, houve uma redução drástica do significado de "democracia".

No artigo "Democracia: um conceito em disputa", publicado pela Fundação Lauro Campos, Carlos Nelson Coutinho publicou, em 22 de dezembro de 2008, a seguinte definição sobre conceitualização democrática:

> Portanto, a disputa ideológica hodierna não tem tanto como objeto a oposição explícita entre democracia e antidemocracia, como ocorria até meados do século XX, mas sim a oposição entre diferentes conceitos de democracia. Com efeito, como já observei antes, nenhum ator político significativo se posiciona hoje abertamente, nem no Brasil nem no mundo — salvo, talvez, em alguns regimes fundamentalistas islâmicos
> —, contra a democracia. Por conseguinte, quando nos dispomos hoje a examinar uma situação concreta para avaliá-la como democrática ou não, temos de saber previamente qual conceito de democracia estamos utilizando. Não podemos nos limitar, para fazer tal avaliação, apenas ao nível dos procedimentos formais. Se nos mantivermos neste nível, quase todos os Estados hoje existentes são Estados de direito e, portanto, segundo os "procedimentalistas", democráticos. Stalin, por exemplo, fez promulgar na ex-União Soviética, em 1934, uma Constituição formalmente democrática (ele até dizia se tratar da Constituição mais democrática do mundo!), que assegurava aos cidadãos soviéticos os direitos de opinião, de voto, de ir e vir, etc. — e nós sabemos o que ocorria na realidade, ou seja, o terrorismo brutal de uma ditadura despótica. Portanto, não basta estatuir regras do jogo. Temos aqui, certamente, uma condição necessária, mas que está longe de ser suficiente para que exista efetivamente uma democracia. Para isso, é preciso, por um lado, que tais regras sejam efetivamente democráticas, ou seja, que contemplem a presença não só de formas de representação, mas também de institutos de democracia direta, participativa; e, por outro, que existam também as condições jurídicas e econômicos-sociais para que tais regras sejam efetivamente cumpridas. Temos então que a definição minimalista de democracia é uma mera ideologia, cujo

> objetivo principal é esvaziar a democracia do caráter subversivo e anticapitalista que, tanto teórica como praticamente, caracterizou-a desde sua origem[8].

Lalo Watanabe Minto, em artigo publicado na revista, exterioriza seu entendimento no sentido de que a democracia é um conceito difícil de ser compreendido quando isolado das experiências históricas concretas. Muito mais do que apenas um conjunto de valores e práticas gerais, a democracia adquiriu significados distintos ao longo da história.

Não é possível fazer, aqui, uma recuperação dessas modificações históricas. Interessa mostrar que não são apenas as concepções (ou idealizações) de democracia que se modificam, mas também as condições histórico-sociais que as sustentam. Estas, ao serem transformadas, impõem novas formas de entendimento, de prática e de delimitação das possibilidades da democracia[9].

A partir de todo esse apanhado histórico e considerados os entendimentos doutrinários acima expostos, avalia-se que os prognósticos para a conceitualização da democracia no Brasil parecem ser sombrios, pois a retroalimentação política entre os agentes negociadores da redemocratização levou a população brasileira ao centro da ação política, e não os modelos orientadores de concepções típicos de uma democracia representativa, o que gera a insatisfação e a ausência de identificação no modelo representativo.

1 A CRISE DO PRESIDENCIALISMO

O sistema de governo presidencialista brasileiro surgiu na Constituição da República de 1891 e – com a exceção da única interrupção em nossa história, no governo do então presidente João Goulart, de 1961 a 1963 – figura até hoje na Constituição vigente após confirmado pelo plebiscito de 1993, oportunidade em que a sociedade brasileira também ratificou a forma de governo republicana.

O Presidente da República Federativa do Brasil exerce então a função de chefe de Estado e também de chefe de governo. Em relação ao sistema parlamentarista, essa é a primeira diferenciação que se sobressai, isto é, a figura do presidente, pois no parlamentarismo este responde apenas pela chefia de Estado, ou seja, possui função meramente honorária. Em geral, também as monarquias modernas se organizam dessa forma, portanto os reis e rainhas são

[8] COUTINHO, Carlos Nelson. Democracia: um conceito em disputa. **Fundação Lauro Campos**, 7 de junho de 20016. Disponível em: http://www.educacao.mppr.mp.br/arquivos/File/gestao_democratica/kit2/democracia_um_conceito_em_disputa.pdf. Acesso em: 25 maio 2020.

[9] MINTO, Lalo Watanabe. Educação e lutas sociais no brasil pós-ditadura: da democratização à ausência de alternativas. **Revista HISTEDBR on-line**, v. 13, n. 54, p. 242-262, dez. 2013. Disponível em: https://periodicos.sbu.unicamp.br/ojs/index.php/histedbr/article/view/8640181. Acesso em: 19 mar. 2020.

personagens mais simbólicos. Enfim, seja na forma monárquica ou na republicana, no sistema parlamentarista a chefia de governo é delegada a um representante escolhido de pelo Poder Legislativo, e não mediante o voto popular direto, pois quem governa de fato é o primeiro-ministro – também chamado premiê ou chanceler.

Outra característica marcante do sistema presidencialista é que o presidente precisa, em predominância, buscar um alinhamento político com o Poder Legislativo, independentemente do resultado das urnas, o que não ocorre no parlamentarismo, em que o processo é inverso, isto é, o primeiro-ministro governa com apoio da maioria do Parlamento, representando, em princípio, uma maior estabilidade política ao governante, o que só é abalado quando a maioria do Parlamento aprova um voto de desconfiança, fazendo com que o gabinete de ministros seja obrigado a renunciar.

Chamado de "Presidencialismo de coalizão" pelo cientista político Sérgio Abranches em 1988[10], a peculiaridade desse sistema político é que, por mais bem votado que tenha sido o presidente eleito, o seu capital eleitoral tem de ser, logo em seguida às eleições, convertido em capital político com a conquista do apoio do parlamento para a fruição do governo, se pretender qualquer avanço programático, sendo que o seu poder de governança pode se tornar ínfimo sem uma base parlamentar aliada e fiel, isto é, no sistema presidencialista, corre-se o risco de eleger quem não consiga governar efetivamente se não galgar a obtenção e a manutenção do poder político por todos os meios, o que pode ser uma problemática como, por exemplo, realização de alianças com adversários durante a campanha eleitoral, articulações que envolvem a distribuição de cargos, sabotagens, chantagens e até corrupção, desviando o foco das razões e do discurso que o fez alçar ao poder, afastando-se também das convicções democráticas e dos princípios cuja realidade vem há tempos minando a confiança nas instituições políticas brasileiras e fazendo com que a população desenvolva apatia política e descrença nos governantes.

Na visão do professor doutor Sérgio Antônio Ferreira Victor, as consequências que se podem esperar da combinação de um sistema presidencialista com representação proporcional são a dificuldade de construção e manutenção de maiorias estáveis no Parlamento, a ocorrência de barganhas sucessivas entre membros do Poder Legislativo e o Poder Executivo, o que gera a dificuldade sistêmica de o Estado responder aos anseios do eleitorado no que concerne à produção de políticas públicas, e, por fim, põe em risco o próprio regime democrático, ameaçado pela instabilidade, inoperância e patronagem[11].

---

[10] ABRANCHES, Sérgio Henrique Hudson de. Presidencialismo de coalizão: o dilema institucional brasileiro. **Dados – Revista de Ciências Sociais**, Rio de Janeiro, v. 31, n. 1, p. 5-34, 1988.

[11] VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira. **Presidencialismo de coalizão**: exame do atual sistema de governo brasileiro. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 90-91.

Ezequiel Luztosa descreve que o fracasso do modelo presidencialista não se resume apenas à corrupção. Revela que a maioria (42 de 60) dos países presidencialistas tem um IDH[12] menor que 0,7 (o máximo é 1 e o Brasil tem pouco mais que 0.75). Ou seja: A maioria dos países presidencialistas é muito pior para se viver que no Brasil. Diferentemente das monarquias parlamentaristas, onde mais de 75% (27 de 36) contam com IDH acima de 0,7, ou das parlamentaristas republicanas, com mais de 65% (27 de 41) com IDH acima de 0,7.

E continua o articulista, afirmando que os dados não deveriam ser uma surpresa se um pouco sobre esse sistema: "Nele o Chefe de Estado e Governo são as mesmas pessoas (o que concentra muito poder na mão de apenas um). Para piorar, como um Presidente pode ser eleito sem ter base no Legislativo, muitas vezes há o condicionamento para "institucionalizar corrupção"[13].

Ao contrário do Presidente da República, no entanto, no parlamentarismo, o Primeiro-Ministro que perder o apoio da maioria no Legislativo deve formar uma coalizão político-partidária para sustentar sua gestão ou se esforçar para liderar um governo de minoria, que em tese pode ser formado até mesmo por alguns dos partidos da oposição.

Aliás, ainda que tenha a sustentação da maioria, em geral o primeiro-ministro governa sob a batuta das orientações encaminhadas pelos membros de seu partido ou de seu grupo político, sob o risco de perder a sua liderança caso tenha uma vertente autônoma, bem como governa sob o risco de estes mesmos partidos aliados sofrerem baixas na eleição seguinte.

Luztosa continua destacando que, no "parlamentarismo o poder está na mão de várias pessoas, assim como o Primeiro-ministro não depende de conchavos para ter base aliada ou precisa da elite para ser eleito. Sem falar que há maior facilidade de surgir novas lideranças e partidos políticos, diferente do presidencialismo onde poucos tem condições financeiras e de articulação para fazer frente aos grandes partidos (não à toa provavelmente só os candidatos dos grandes partidos tradicionais terão chances nas eleições a governador)".[14]

Daí que, no sistema presidencialista, essa característica pode ser considerada como um elemento extremamente negativo, sendo que o chefe de governo poderá governar até mesmo sem contar com seu próprio partido, pois vai depender de uma ampla aliança no parlamento e não de seus próprios pares, o que podemos entender como uma situação esdrúxula, como ocorre

---

[12] O Índice de Desenvolvimento Humano (IDH) é uma medida resumida do progresso a longo prazo em três dimensões básicas do desenvolvimento humano: renda, educação e saúde. (PNUD Brasil)

[13] LUZTOSA, Ezequiel. **Presidencialismo é o sistema mais corrupto que existe**. Disponível em: https://medium.com/@ezequielluztosa/presidencialismo-%C3%A9-o-sistema-mais-corrupto-que-existe- 50d5829b0c4a. Acesso em: 18 maio 2020.

[14] LUZTOSA, Ezequiel. **Presidencialismo é o sistema mais corrupto que existe**. Disponível em: https://medium.com/@ezequielluztosa/presidencialismo-%C3%A9-o-sistema-mais-corrupto-que-existe- 50d5829b0c4a. Acesso em: 18 maio 2020.

no Brasil de 2019/2020, em que o Presidente da República se desfiliou do partido que o elegeu após uma crise pública que envolveu até mesmo disputas pelos recursos do fundo partidário.

Isto é, no presidencialismo, é factível uma situação que exponha a ausência mínima de composição político-partidária para a sustentação do governo, fazendo com que o Presidente da República busque, no varejo, o apoio dos parlamentares das duas Casas congressuais, um a um, o que torna clara a instabilidade de um governo nesse sistema.

Nessa perspectiva, faz-se necessário trazer à baila trecho salutar da obra do Professor Sérgio Victor, publicada em 2015, que sintetiza a disfuncionalidade presente no sistema presidencial brasileiro:

> O que importa para o momento é dizer que, ao contrário do que afirmado por vários cientistas políticos citados anteriormente, o presidencialismo de coalizão brasileiro não é um sistema estável. A leitura estatística pode levar a equívocos ao não considerar momentos cruciais de crise e outros fatores. Um país que adota uma nova Constituição buscando inserir-se no mundo democrático e, em menos de 20 anos, passa por crises políticas como *impeachment* de um presidente e paralisia de todo o país durante alguns meses, em razão de um escândalo de corrupção que se conecta inevitavelmente ao sistema de governo em vigor, não pode considerar ter constituído um sistema estável[15].

Nesse cenário, para muitos cientistas políticos, o presidencialismo verte para o autoritarismo em quase todos os países em que tem sido tentado, devido à ampla concentração de poderes e, com base no estudo do sociólogo político Seymour Martin Lipset[16], também se pode descrever que, em certas culturas políticas, o presidencialismo não contribui para a depuração da democracia, pois não seria um sistema constitucionalmente estável e teria dificuldades para sustentar as práticas democráticas, sendo que as Forças Armadas tendem a desempenhar um papel proeminente na maioria desses países. Deve-se considerar, ainda, o fato de que, nas 22 democracias mais antigas do mundo, apenas em dois países – Costa Rica e Estados Unidos –foi adotado o sistema presidencialista.

No caso do presidencialismo americano, Geraldo Galindo assevera, em artigo recém-publicado, uma importante consideração acerca da realidade democrática dos EUA, considerado o modelo do sistema adotado:

> Aproveito o ensejo para lembrar de um aspecto bastante discutível nas eleições norte-americanas quando se examina a questão democrática. Os eleitores quando votam, não elegem diretamente o presidente – estão, na verdade, elegendo os delegados (os

---

[15] VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira. **Presidencialismo de coalizão**: exame do atual sistema de governo brasileiro. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 142.

[16] MAINWARING, Scott; SHUGART, Matthew. Juan Linz, Presidencialismo e democracia: uma avaliação crítica. **Novos Estudos CEBRAP**, n. 37, p. 191-213, nov. 2013. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4706207/mod_resource/content/2/Mainwaring%20e%20Shugart%201993.pdf. Acesso em: 17 maio 2020.

> grandes eleitores) que, efetivamente, elegerão o presidente, semelhante ao colégio eleitoral da ditadura militar no Brasil. Nas votações, para se eleger esses delegados não é respeitada a proporcionalidade, ou seja, se num estado um partido tem 49% dos votos e outro tem 51%, o vencedor fica com todos os delegados. É essa absurda regra de deformação da vontade popular que termina por permitir que um presidente possa ser eleito, mesmo tendo menos votos do que outro, como ocorreu na última eleição. Hillary teve 65.853,516 e Trump 62.984,825, quase três milhões de diferença. No final das contas, quem teve cerca de 51% votos na eleição ficou com apenas 42% do colégio eleitoral, e quem teve cerca de 49% dos votos ficou com 58% dos delegados. Está claro que a "democracia do livre mercado" e a forma como se dá a eleição americana não podem servir de modelo para quem efetivamente luta pela democracia em seu sentido mais abrangente[17].

Em entrevista para a revista Época, Robert Reich, ex-secretário de Trabalho do Governo Bill Clinton e autor do livro "Como salvar a democracia", respondeu que níveis altos de desigualdade provocam polarização política e divisionismo. É difícil a democracia funcionar nessas circunstâncias. Coincidentemente, experimentamos, neste momento, as maiores divisões políticas e a maior polarização que temos visto em várias gerações[18].

Já a autora Dana D. Nelson[19], em seu livro de 2008 intitulado "Bad for Democracy", expõe o gabinete do atual Presidente dos Estados Unidos como essencialmente antidemocrático e caracteriza o presidencialismo como adoração ao presidente pelos cidadãos, o que – ela argumenta – enfraquece a participação cívica.

Eis o trecho extraído de um artigo de Jeremy Engels, em que faz comentários acerca do livro de Dana Nelson:

> Presidentialism is the logic by which the president of the United States justifi es putting himself above the demos, above the other forms of government, and in the case of President George W. Bush, above the Constitution itself. Whereas democracy means rule by the people, and whereas the Constitution is clear that political power fl ows from the people to their representatives (including the president), presidentialism teaches that the president is the apotheosis of democracy and that "the president's power (i.e., his sovereignty) is what constitutes and defi nes our power as a nation" (70). In presidentialism, there is a deactivation of citizen agency and a depoliticization of democracy, for presidentialism teaches that the ultimate democratic act for citizens is voting for a president who will then take charge and make things right. What is troubling to Nelson is not merely that presidentialism exists but that it has become part of our "democratic common sense" (10). Our vision of the president as fi rst among equals, as avenging superhero, as national father is part of the habitus in which Americans are raised. Thus we fi nd ourselves at a critical juncture in U.S. history. Will

[17] GALINDO, Geraldo. A farsa da democracia norte-americana: as eleições estadunidenses são uma mera formalidade para referendar a perpetuação no poder – o poder real – de suas elites políticas e econômicas. **Vermelho, 12 de junho de 2020**. Disponível em: https://vermelho.org.br/2020/06/12/a-farsa-da- democracia-norte-americana/. Acesso em: 25 maio 2020.

[18] Disponível em: https://epoca.globo.com/tempo/noticia/2013/11/brobert-reichb-os-ricos-nao-criam-empregos.html. Acesso em: 25 maio 2020.

[19] NELSON, Dana D. **Bad for democracy**: how the presidency undermines the power of the people. Minneapolis, Minnesota: Minnesota: University of Minnesota Press, 2008.

> we accept a model of the unitary, corporate executive who stands above, and is no longer accountable to, the people? Or will we reclaim the power that the Constitution guarantees us? [20]

No caso da Costa Rica, cuja Constituição foi promulgada em 1949, o modelo vigente adotou a República organizada sob um sistema presidencialista unitário em que o Presidente da República é eleito por voto popular direto, secreto e por sufrágio universal para um mandato de quatro anos, porém ele mesmo é o responsável por nomear os governadores das províncias e o Conselho de Ministros.

Todavia, ainda que haja muita concentração nas mãos do Presidente, o país é conhecido por ter a mais sólida democracia da América Latina, conforme consignado no "Índice de Democracia da The Economist Intelligence Unit"[21], sendo o único país da América Central considerado uma democracia plena, e ainda possui uma média melhor na qualificação que a maioria dos países da União Europeia, embora, a partir de 2015, tenha passado para a categoria de "democracia imperfeita", perdendo alguns décimos na classificação.

Dado interessante é que a Costa Rica não possui exército, isto é, o fim dessa força armada foi consignado na Constituição do país, que somente contempla a formação de um exército se for por acordo continental ou por defesa nacional, porém, ainda assim, este exército sempre estará subordinado ao poder civil, o que pode ser considerado como um fator de muita influência para impedir que o Presidente da República tente flertar com a tendência autoritária.

No mundo, enfim, os demais países que adotaram o sistema presidencialista são: Afeganistão, Angola, Argentina, Bielorrússia, Bolívia, Brasil, Cazaquistão, Chile, Chipre, Colômbia, Coreia do Sul, El Salvador, Equador, Filipinas, Guatemala, Honduras, Indonésia, Irão, Libéria, Malawi, México, Nicarágua, Nigéria, Panamá, Peru, Quênia, República Dominicana, Ruanda, Seicheles, Serra Leoa, Sudão, Sudão do Sul, Tajiquistão, Tanzânia, Uganda, Uruguai, Venezuela, Zâmbia e Zimbabwe, o que revela uma característica única nos países presidencialistas.

Em relação ao sistema presidencialista brasileiro, especificamente, Filomeno Moraes expõe que a análise política sistemática também tem destacado que, nas democracias novas, como a brasileira, estão presentes, combinados, pelo menos dois componentes perversos, a

---

[20] ENGELS, Jeremy. Review of Bad for democracy: how the presidency undermines the power of the people. **Rhetoric & Public Affairs**, v. 12, n. 3, p. 478-480, 2009. Disponível em: https://muse.jhu.edu/article/363160/pdf. Acesso em: 26 maio 2020.

[21] O Índice de Democracia é um índice compilado pela revista The Economist para examinar o estado da democracia em 167 países, na tentativa de quantificar este com o Economist Intelligence Unit Democracy Index, que se concentrou em cinco categorias gerais: processo eleitoral e pluralismo, liberdades civis, funcionamento do governo, participação política e cultura política.

saber: uma grande distância entre as normas formais e o funcionamento da maioria das instituições políticas; e o particularismo como uma instituição política dominante.

O segundo componente do particularismo refere-se aos vários tipos de relações não universalistas, desde as relações particularistas hierárquicas, como a patronagem e o nepotismo, os favores e jeitinhos, até as ações que, do ponto de vista das normas jurídicas vigentes, seriam consideradas corruptas.

O particularismo é antagônico a um dos principais aspectos do complexo institucional de qualquer democracia política mais enraizada, qual seja: a distinção comportamental e legal entre a esfera pública e a esfera privada[22].

No sistema presidencialista brasileiro, ademais, há somente o *impeachment* como meio de solução de conflitos políticos entre Executivo e Legislativo. Ocorre que esse mecanismo constitucional tem gerado questionamentos, por causar inseguranças e gerar a instabilidade do próprio sistema presidencialista. Inclusive, no momento atual da política nacional, vêm surgindo fortes indagações[23] sobre esse modelo de destituição do mandato popular, sendo que alguns autores entendem que o instrumento constitucional deveria ser repensado, pois a democracia presidencialista só foi restabelecida na maioria dos países latino-americanos nos anos 1980, e o desempenho dos países governados por presidentes tem sido bastante ruim, sugerindo que a raiz do problema seria o sistema presidencialista em si. (SARTORI, 1993, p. 5)[24].

Ocorre que uma eventual migração para o sistema parlamentarista exigiria uma maior coesão partidária para a escolha do primeiro-ministro e sua manutenção na chefia do governo, o que seria inviável atualmente no Brasil devido ao pluripartidarismo exacerbado. Assim, entende-se que a cultura e a tradição da política brasileira, no que diz respeito à formação e ao surgimento de inúmeras legendas sem personalidade própria, tornariam inviável, a curto e a médio prazos, a adoção do parlamentarismo no país.

Conclui-se, então, de forma mais específica, e a teor da renomada obra do professor Sérgio Antônio Ferreira Victor, que o presidencialismo brasileiro possui característica distinta dos demais países que o adotaram:

---

[22] ABRANCHES, 2001, *apud* MORAES, Filomeno. Executivo e legislativo no Brasil pós-constituinte. São Paulo em Perspectiva, v. 15, n. 4, São Paulo, out./dez. 2001. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?sc ript=sci_arttext&pid=S0102-88392001000400006&lng=pt&tlng=pt. Acesso em: 15 maio 2020.

[23] LIMA, Erika Cordeiro. Sistemas de governo: o presidencialismo no Brasil e os casos de impeachment. **Conteúdo Jurídico**, 7 de agosto de 2019. Disponível em: https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/53257/si stemas-de-governo-o-presidencialismo-no-brasil-e-os-casos-de-impeachment. Acesso em: 30 maio 2020.

[24] SARTORI, Giovanni. Nem presidencialismo, nem parlamentarismo. **Novos Estudos Cebrap**, São Paulo, v. 35, p. 3-14, 1993.

> O alto grau de heterogeneidade ideológica e o fracionamento político- partidário decorrentes da proliferação de partidos, a alta propensão de conflitos de interesse em razão das clivagens sociais, a tradição presidencialista e proporcional, o insuficiente quadro institucional para resolução de conflitos somado à inexistência de mecanismos institucionais de destituição de governos ilegítimos são alguns dos fatores do atual sistema político-partidário que se conjugam para desencadear a atual crise[25].

Daí se verifica que o sistema presidencialista contribuí com esse descolamento da identificação entre governantes e governados, principalmente no Brasil, em que o poder político central transita nas mãos de dois grupos de forças, conforme descrito alhures, isto é, no seio daqueles que negociaram uma transição democrática, sem uma real ruptura.

O fato da figura do Presidente da República representar essa face da política, isto é, sobre qual dos grupos está no poder, facilita o descontentamento da sociedade e grava o distanciamento entre governantes e governados, enfraquecendo o sistema democrático atual.

CONCLUSÃO

O cenário apresentado descortina, então, as dificuldades e os entraves do sistema presidencialista frente ao modelo democrático representativo, sendo correto afirmar que, na dificuldade de eventual cruzada congressual para verter numa mudança do próprio sistema de governo, com a alteração para o semipresidencialismo ou até mesmo para o parlamentarismo, temos como alento, a médio prazo, a adoção de mecanismos que possam sustentar o modelo vigente, porém com uma completa reformulação de ordem política, que passe pelos principais instrumentos de depuração e fortalecimento dos partidos políticos, bem como por aqueles que sejam capazes de conectar eleitores e eleitos para o fortalecimento de uma unidade democrática no país.

O mundo vem assistindo, desde o início da década, uma onda de protestos e movimentos populares que envolvem greves, manifestações, passeatas e comícios, bem como o uso crescente das mídias sociais como forma de alerta para a insatisfação popular em relação ao sistema político como um todo. No Brasil, não é diferente, pois muitos foram os movimentos populares desde a República Velha, sendo que a característica principal é que a sociedade não se sente respaldada por uma identificação política efetiva, que traduza os seus anseios, o que coloca em evidência as falhas estruturais no sistema de representação política, por exemplo, no quanto evidenciado nos discursos de boa parte dos Deputados Federais durante a votação da admissibilidade do processo de *impeachment* da então presidente Dilma.

---

[25] VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira. **Presidencialismo de coalizão**: exame do atual sistema de governo brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2015.

As reações populares são sintomas de que o atual modelo do sistema representativo, em geral, pode estar chegando ao limite na aceitação dos povos, talvez em razão de uma caraterística comum aos países que vivem o sistema democrático, onde a valorização da imagem dos candidatos sobrepõe uma agenda política que abranja as expectativas sociais.

No Brasil, particularmente, a forma como a redemocratização foi negociada expõe verdadeira retroalimentação política, que deixa a sociedade refém de um discurso maniqueísta desde o fim da ditadura, o que limita o acesso dos cidadãos a apenas um desses dois lados de uma mesma moeda e dificulta o avanço democrático, na medida em que impede de serem inseridas outras culturas políticas nas disputas eleitorais, implicando reconhecer que no Brasil houve uma redução drástica do significado de "democracia".

Tal cenário descortina as dificuldades e os entraves do sistema político atual, que atravessa tempestades de crises em curtos espações de tempo, sendo correto afirmar que há uma urgência para a adoção de mecanismos que possam sustentar o modelo vigente, em vez de se pensar em uma virada brusca, como, por exemplo, na mudança para o parlamentarismo.

A realidade atual clama por uma mudança que passe pelos principais instrumentos de depuração e fortalecimento na identificação entre governantes e governados, bem como por mudanças que sejam capazes de gerar o fortalecimento de uma unidade democrática no país e, assim, sirva para a sustentação de uma democracia representativa sadia.

REFERÊNCIAS

ABRANCHES, Sérgio Henrique Hudson de. Presidencialismo de coalizão: o dilema institucional brasileiro. **Dados – Revista de Ciências Sociais**, Rio de Janeiro, v. 31, n. 1, p. 5-34, 1988.

ABRANCHES, Sérgio. **Crises políticas no presidencialismo de coalizão**. 21 de dezembro 2015. Disponível em: https://sergioabranches.com.br/politica/118-crises- politicas-no-presidencialismo-de-coalizao. Acesso em: 5 jan. 2020.

ARAUJO, Beatriz Panazzo de. Redemocratização do Brasil: você conhece a história política do nosso país? **Politize!** 2 de janeiro de 2020. Disponível em: https://www.politize.com.br/redemocratizacao-do-brasil/ Acesso em: 20 abr. 2020.

BERTOLDI, Bruna; TEMPAS, Camila; MENEZES, Lidiane. Lenta e gradual redemocratização. **Beta redação**, 29 de novembro de 2018. Disponível em: https://medium.com/betaredacao/lenta-e-gradual-redemocratiza%C3%A7%C3%A3o-4e832236076 Acesso em: 16 abr. 2020.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**. São Paulo: Malheiros, 2001.

Eleitoral, para reduzir os custos das campanhas eleitorais, simplificar a administração dos Partidos Políticos e incentivar a participação feminina. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13165.htm#art2. Acesso em: 16 mar. 2020.

BRASIL. **Lei n. 6.683, de 28 de agosto de 1979.** Concede anistia e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6683.htm. Acesso em: 10 mar. 2020.

COUTINHO, Carlos Nelson. Democracia: um conceito em disputa. **Fundação Lauro Campos**, 7 de junho de 20016. Disponível em: http://www.educacao.mppr.mp.br/arquivos/File/gestao_democratica/kit2/democracia_um_conceito_em_disputa.pdf. Acesso em: 25 maio 2020.

DALLARI, Dalmo de Abreu. O parlamentarismo. *ln*:_____. **Elementos de teoria geral do estado**. 198 ed. São Paulo: Saraiva, 1995. atual. p. 195-201.

ENGELS, Jeremy. Review of Bad for democracy: how the presidency undermines the power of the people. **Rhetoric & Public Affairs**, v. 12, n. 3, p. 478-480, 2009. Disponível em: https://muse.jhu.edu/article/363160/pdf. Acesso em: 26 maio 2020.

FERNANDES, F. **Brasil em compasso de espera**: pequenos escritos políticos. São Paulo: Hucitec, 1980.

GALINDO, Geraldo. A farsa da democracia norte-americana: as eleições estadunidenses são uma mera formalidade para referendar a perpetuação no poder – o poder real – de suas elites políticas e econômicas. **Vermelho**, 12 de junho de 2020. Disponível em: https://vermelho.org.br/2020/06/12/a-farsa-da-democracia-norte-americana/. Acesso em: 25 maio 2020.

GOLIN, Tau; BOEIRA, Nelson. **História geral do Rio Grande do Sul – República**: da Revolução de 1930 à ditadura militar (1930-1985). Passo Fundo: Méritos, 2007. v. 4.

LIMA, Erika Cordeiro. Sistemas de governo: o presidencialismo no Brasil e os casos de impeachment. **Conteúdo Jurídico**, 7 de agosto de 2019. Disponível em: https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/53257/sistemas-de-governo-o-presidencialismo-no-brasil-e-os-casos-de-impeachment. Acesso em: 30 maio 2020.

LUZTOSA, Ezequiel. **Presidencialismo é o sistema mais corrupto que existe**. Dispon ível em: https://medium.com/@ezequielluztosa/presidencialismo-%C3%A9-o-sistema-mais-corrupto-que-existe-50d5829b0c4a. Acesso em: 18 maio 2020.

MAINWARING, Scott; SHUGART, Matthew. Juan Linz, Presidencialismo e democracia: uma avaliação crítica. **Novos Estudos CEBRAP**, n. 37, p. 191-213, nov. 2013. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4706207/mod_resource/content/2/Mainwaring%20e%20Shugart%201993.pdf. Acesso em: 17 maio 2020.

DE/LIMITANDO O CAMPO JURÍDICO-POLÍTICO: SERIA O DIREITO INSTRUMENTALIZADO PARA DOMINAR?

Luciano Augusto de Oliveira Paz
Mestre em Direito (Direitos Especiais) pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões - URI, *Campus* de Santo Ângelo - RS, sendo bolsista do Programa de Suporte à Pós-Graduação de Instituições Comunitárias de Ensino Superior da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - PROSUC/CAPES. Especialista em Direito Público Aplicado (com ênfase em Direito Constitucional, Direito Administrativo e Direito Eleitoral) pela Escola Brasileira de Direito e pelo Centro Universitário UNA - EBRADI/UNA. Bacharel em Direito pela Fundação Educacional Machado de Assis - FEMA. Professor do Curso de Graduação em Direito da Faculdade Orígenes Lessa - FACOL. Professor do Estratégia Concursos. Advogado. E-mail: lucianoaugustopaz@gmail.com.

Gabriel Maçalai
Doutorando em Direito (URI). Mestre em Direito (UNIJUÍ). Advogado, Filósofo e Teólogo. Professor Orientador na FAL. Coordenador Interino do Curso de Bacharelado em Psicologia da FAL. E-mail: gabriel.macalai@americalatina.edu.br

RESUMO: Este trabalho tem como tema a divisão do trabalho social. Sua delimitação temática visa a analisar a lógica dessa divisão e os seus reflexos no Direito e sua aplicação. Assim, questiona-se: no que consiste a divisão do trabalho social e quais as suas consequências para o direito? Responder a essa questão é o objetivo desta investigação. De acordo com a hipótese sustentada, confirmada em conclusão final, o direito se trata da um fato social, de uma regulação/controle de condutas/comportamentos dos indivíduos a partir da coletividade, resistindo às suas iniciativas individuais, isto é, às suas próprias determinações sobre o seu mundo da vida.
PALAVRAS-CHAVE: Divisão do Trabalho Social; Fato Social; Construção do Campo Jurídico.

ABSTRACT: This work has as its theme the division of labour. Its thematic delimitation aims to analyze the logic of this division and its reflexes in the Law. The guiding question is the following one: what does this division consist of and what are its consequences in Law? Answering this question is the objective of this investigation. According to the sustented hyphotesis, confirmed in a final conclusion, the Law is a social fact, a regulation/control of conduct/behavior of individuals from the collectivity - due to a collective conscience -, resisting their individual initiatives, that is, their own determinations about their life.
KEYWORDS: Division of Labour; Social Fact; Juridical Field Construction.

INTRODUÇÃO

Este trabalho tem como tema a divisão do trabalho social sob a ótica durkheimiana. A sua delimitação temática, por sua vez, visa a analisar a lógica da função da divisão do trabalho social e os seus reflexos no Direito. Para este estudo, questiona-se: no que consiste a divisão do trabalho social? Ainda, indaga-se: quais são os reflexos no Direito da lógica da função da divisão do trabalho social?

Diante disso, estabelece-se como objetivo geral deste trabalho a análise dos reflexos da lógica da função da divisão do trabalho social e os seus reflexos no Direito. Para esse fim, traçam-se objetivos específicos: a) um estudo da divisão do trabalho social e de sua função sob a ótica durkheimiana; b) um estudo do conceito de fato social e de sua inter-relação com a divisão do trabalho social e sua função; e c) um estudo da lógica da função da divisão do trabalho social e seus reflexos no Direito sob a ótica bourdieusiana.

O estudo proposto se justifica por se tratar de uma tentativa para compreender e denunciar o Direito como sendo um instrumento de estabelecimento de algumas visões de mundo consagradas como legítimas e justas, em detrimento de outras, reduzindo-se em orientações interpretativas que manterão a coesão do *habitus* dominante, da cultura dominante.

Afinal, por exemplo, posturas de Frentes Parlamentares Religiosas chamam atenção a isso, uma vez que visam a um estabelecimento/determinação de sentidos particulares, isto é, de alguns grupos de interesse/pressão – a um dado nível de consciência coletiva – é disposto para regular/controlar condutas cujo *habitus* seja diferente, revelando o Direito como fato social, pressão externa – social – exercida sobre o indivíduo, resistindo às suas iniciativas individuais, isto é, às suas próprias determinações sobre si.

1 ASPECTOS DA DIVISÃO DO TRABALHO SOCIAL: CONSCIÊNCIA COLETIVA, SOLIDARIEDADE E CONTROLE DE CORPOS

Função exprime correspondência entre os movimentos do organismo e as suas necessidades. Questionar o que é a função do trabalho social é questionar a que corresponde essa função. Nesse sentido, a primeira observação que Émile Durkheim faz é a de que a divisão do trabalho social é estranha à moral. Afinal, para o autor, a moral obriga que um caminho determinado seja seguido, traduzindo-se em uma finalidade definida, uma obrigação, uma injunção/mandamento (DURKHEIM, 2016).

A função do trabalho social, para Durkheim, tem a ver com civilização. Esta, segundo o autor, não tem um valor intrínseco absoluto, logo, não tem a ver com moral. É que a civilização

é constituída para responder a necessidades e a isso corresponde a função da divisão do trabalho social. Exemplo disso, sustenta Durkheim, é a especialização das profissões. Uma dada profissão não é um mandamento moral. Pode-se ser artesão, ou grande manufatureiro. No entanto, a industrialização responde a necessidades sociais, as quais não são necessariamente morais. Nesse mesmo sentido, pode-se falar da especialização das funções políticas, administrativas e jurídicas – às quais esse trabalho se deterá –, bem como científicas e artísticas, etc. (DURKHEIM, 2016).

Isso se á porque, para o autor, são as diferenças de determinado tipo que atraem outras diferenças, são incompletudes que atraem incompletudes. E isso é aplicável, no entender de Durkheim, seja em trocas econômicas ou não. Por exemplo, para o autor, buscamos em nossos amigos as qualidades que nos falta, porque, ao nos unirmos a eles, partilhamos de alguma forma de sua natureza e nos sentimos, então, menos incompletos. Formam-se, assim, pequenas associações de amigos em que cada um tem seu papel conforme seu caráter, em que há uma verdadeira troca de serviços (DURKHEIM, 2016).

A partir disso é que Durkheim falar em moral. Embora os efeitos de trocas econômicas, como diz o autor, não estejam ao lado da moral, as trocas entre os diferentes indivíduos produzem um efeito moral, que é a solidariedade e que se traduz na verdadeira função da divisão do trabalho social. Deve-se alertar que a divisão do trabalho aumenta o rendimento das funções divididas. Além disso, torna as relações solidárias. Se os indivíduos estão ligados, desenvolvem-se em conjunto e combinam os seus esforços, são solidários, dependendo mutuamente um do outro, por serem ambos incompletos (DURKHEIM, 2016).

Para Durkheim isso se dá de forma que o outro, aquele que nos completa, torna-se inseparável da nossa imagem, sendo parte integrante de nossa consciência. Diante disso, o autor indaga se a divisão do trabalho social tem por função integrar o corpo social, garantindo a sua unidade. Frente a essa indagação, Durkheim sugere que a divisão do trabalho social é condição de existência da sociedade. Somente por essa divisão, por uma repartição contínua dos diferentes trabalhos humanos que o organismo social se estende e complexificação (DURKHEIM, 2016).

Com isso, Durkheim passa a mensurar a medida que a divisão do trabalho social contribui para a integração geral da sociedade, questionando se é essencial ou condição acessória para se atingir a coesão social. Reiterando-se que, embora a divisão do trabalho social não seja moral, o seu resultado, a solidariedade, o é. Isso é vislumbrado por Durkheim no Direito. É que, como diz o autor, a vida toma forma definida e se organiza, sendo o Direito a sua organização, sendo a quantidade de relações entre indivíduos proporcional à quantidade de regras jurídicas que determinam aquelas relações (DURKHEIM, 2016).

Diante disso, Durkheim ressalva que, conquanto nem todas as relações sociais assumam forma jurídica, nem por isso permanecem indeterminadas, vez que, se não forem reguladas pelo Direito, o serão pelos costumes. Ainda, Durkheim adiciona que, embora algumas relações sociais sejam determinadas pelos costumes, somente às essenciais à sociedade o são pelo Direito. Entretanto, postos esses sentidos, com Durkheim, questiona-se: podem-se verificar as causas da solidariedade social por seus efeitos? Experimentam-se formas distintas de solidariedade social, como a doméstica, a profissional, a nacional, etc. Diante disso, a solidariedade é reconhecida como um *fato social*. No entanto, tem forma indefinida e, para que assuma uma forma compreensível, deve ter as suas consequências traduzidas, isto é, os seus efeitos materializados (DURKHEIM, 2016).

O fato social, para Durkheim, "[...] *é toda a maneira de fazer, fixada ou não, susceptível de exercer sobre o indivíduo uma coerção exterior:* ou então, *que é geral no âmbito de uma dada sociedade tendo, ao mesmo tempo, uma existência própria, independente das suas manifestações individuais.*" (DURKHEIM, 2007, p. 47, grifo do autor). Ainda, segundo o autor,

> Um facto social reconhece-se pelo poder de coerção externa que exerce ou susceptível de exercer sobre os indivíduos; e a presença desse poder reconhece-se, por sua vez, pela existência de uma sanção determinada ou pela resistência que o facto opõe a qualquer iniciativa individual que tende a violá-lo. No entanto, podemos defini-lo também pela difusão que tem no interior do grupo, desde que, de acordo com as observações precedentes, se tenha o cuidado de acrescentar como segunda e essencial característica que ele existe independentemente das formas individuais que toma ao difundir-se. (DURKHEIM, 2007, p. 44).

Se se segue a afirmação de Durkheim de que o direito reproduz as formas principais de solidariedade social, basta apenas classificar os diferentes tipos de Direito para verificar quais tipos de solidariedade social a eles correspondem. Para tanto, classificam-se as regras jurídicas segundo a elas associadas. Tem-se, então, a) regras de conduta repressivas organizadas e b) regras de conduta restitutivas. A primeira (a) diz respeito a atingir o indivíduo em sua fortuna, honra, vida ou liberdade. Trata-se do Direito Penal. A segunda (b) diz respeito ao restabelecimento do estado das coisas, restabelecimento de relações perturbadas sob a sua forma normal (DURKHEIM, 2016).

Para Durkheim, o vínculo de solidariedade a que corresponde ao direito repressivo é aquele cuja ruptura constitui crime. Embora haja espécies de crimes, Durkheim atem-se a analisar a reação que os crimes determinam. Embora sejam diferentes os crimes, todos determinam uma reação cujo objetivo é reprimir. Assim, busca-se um conceito para crime. Para o autor, crime natural, é aquele que ofende os sentimentos que, em todos os lugares, são a base

do Direito Penal. No entanto, Durkheim indaga: se um crime ofender ao sentimento de um tipo social seria menos crime que outros? (DURKHEIM, 2016).

Durkheim assinala que já se acreditou que os atos criminosos eram antagônicos a grandes interesses nacionais, bem como eram antagônicos, em cada tipo social – em cada sociedade dada –, às condições fundamentais da vida coletiva. Desse modo, a autoridade do direito repressivo deriva de sua necessidade. Como as necessidades variam de acordo com as sociedades, o direito repressivo é um direito variável. Dita variação do direito repressivo pode ser verificada em uma regulamentação moral do direito repressivo – condutas não reguladas pelo Direito Penal, mas reprimidas pela moral –, como as regulamentações do rito, da etiqueta, do cerimonial, das práticas religiosas (DURKHEIM, 2016).

Embora Durkheim traga essa conclusão, afirma que isso não esclarece por que sociedades impuseram práticas que não eram úteis – como no caso de condutas não reguladas pelo Direito Penal. Para Durkheim, isso se dá por estima, com ou sem razão a determinadas regras. Nesse sentido, Durkheim refere que a única característica comum a todos os crimes é que, salvo exceções, consistem em atos universalmente reprovados. Entretanto, Durkheim questiona: isso diz no que consiste um crime? O Direito Penal, ao ser codificado, surge aí como um resumo de tradições. Trata-se, para o autor, de uma regra obrigatória, conhecida e aceita por todos, embora a regra não seja expressamente formulada, apenas determine a sanção (DURKHEIM, 2016).

Durkheim sustenta esse argumento tento como exemplo o direito repressivo bíblico. Neste tem-se um resumo de tradições do qual todos estão cônscios, servindo a codificação à reprodução da tradição, fixando-se as crenças populares. No entanto, para o autor, os sentimentos encarnados pelas regras penais são mais uniformes. Enquanto para o direito repressivo religioso bastam sentimentos fortes, para a repressão, para o Direito Penal é necessário que os sentimentos sejam explícitos. Não podendo ser entendidos de maneiras diferentes, são sempre os mesmos: fazer ou não fazer, não matar, não ferir, etc. (DURKHEIM, 2016).

É que não basta que o sentimento encarnado seja moral, como o sentimento de caridade. A moral que coloniza o Direito e é por ele mensurada é sempre capaz de reprimir, do que diferem alguns sentimentos morais, como o já citado da caridade. O que se tem, assim, é uma ordem de ideias que questiona um possível conceito de crime. Para Durkheim, um ato é criminoso quando ofende aos estados fortes e definidos de consciência coletiva. Aqui as funções judiciais, governamentais, todas as funções específicas, são de ordem psíquica, uma vez que consistem em representações de ações e traduzem uma consciência coletiva (DURKHEIM, 2016).

Para Carlos Eduardo Sell,

> [...] Durkheim sustentava a tese de que a explicação da vida social tem seu fundamento na sociedade, e não no indivíduo. Esta afirmação não significa que uma sociedade possa existir sem indivíduos, o que seria totalmente ilógico. O que ele desejava ressaltar é que uma vez criadas pelo homem, as estruturas sociais passam a funcionar de modo independente dos atores sociais, condicionando suas ações. A sociedade é muito mais do que a soma dos indivíduos que a compõem. Uma vez vivendo em sociedade, o homem dá origem a instituições sociais que possuem dinâmica própria [...] é a sociedade que age sobre o indivíduo, modelando suas formas de agir [...] (SELL, 2015, p. 81).

Assim, Durkheim inaugura o que se chama de *holismo metodológico*. Como, no grego, *hóloios*, quer dizer *todo*, holismo significa que o todo predomina sobe as partes. Isso se traduz na tese de que "[...] a sociedade tem precedência lógica sobre o indivíduo." (SELL, 2015, p. 82). Então, o conceito de crime aparece como uma construção social. Para Durkheim, não o reprovamos porque ele é um crime, mas ele é um crime porque se trata de uma ação que se reprova. Trata-se de um sentimento que, por encontrar-se em todas as consciências – isto é, difusamente, em cada indivíduo particularmente considerado –, ao ser ofendido, é considerado crime. No entanto, se o que define o crime é a rejeição de um ato, como se mensurar essa rejeição? Durkheim cita como exemplo o fato de que um crime contra a Administração Pública – a autoridade pública, em suas palavras – é mais ofensivo que aquele crime que se comete, por exemplo, contra a natureza (DURKHEIM, 2016).

Para o autor essa dificuldade é resolvida ao se observar que, no lugar em que se estabelece um poder diretivo, a sua principal função é fazer respeitar a consciência coletiva, repelindo qualquer força antagonista. Desse modo, afirma-se que é da consciência coletiva que decorre toda a criminalidade. O crime não aparece, assim, como uma lesão a interesses importantes, mas como sendo uma lesão contra uma autoridade concebida como transcendente (DURKHEIM, 2016). Nesse sentido, Sell argumenta que o comportamento do indivíduo não deriva de sua autonomia de vontade propriamente, "[...] mas de algo exterior a ele: a sociedade. Entre os exemplos que ele menciona estão [...] as crenças e práticas religiosas [...] A segunda propriedade dos fatos sociais é que eles são coercitivos, ou seja, são impostos pela sociedade ao indivíduo." (SELL, 2015, p. 83).

A partir daí é que se fala em pena, em sanção decorrente do crime. A sua natureza, para Durkheim, é a mesma, em sua essência, que nas sociedades primitivas: repressão/vingança. Consiste agora, contudo, em uma reação de intensidade graduada. Afinal a reação contra o crime aparece não como uma punição por um indivíduo – mesmo quando representando a sociedade –, mas como uma punição praticada pela sociedade. Trata-se de uma organização.

Nesta a pena consiste essencialmente em uma reação passional, de intensidade graduada, que a sociedade exerce por intermédio de um corpo constituído. Isto é, a infração, em vez de a infração ser julgada por cada indivíduo, ou seja, difusamente, passa a ser julgada por um intermediário (DURKHEIM, 2016).

Para Durkheim, isso se coloca desse modo porque os sentimentos que o crime ofende são, no cerne de uma sociedade, os mais universais, tendo em vista que são o que chama de *estados particularmente fortes da consciência coletiva*, incapazes de tolerar contradição. Nesse sentido, o autor menciona o grau de energia que uma crença ou sentimento podem assumir por serem sentidos em uma mesma comunidade. Com isso, Durkheim aduz que do mesmo modo que estados de consciência contrários enfraquecem-se, os idênticos, ao se permutarem, fortalecem-se. Nisso, segundo Durkheim, aparece o que se chama se solidariedade mecânica ou por similitudes/semelhanças (DURKHEIM, 2016).

Para Durkheim, quando se exige a repressão de um crime, quer-se vingar algo compreendido como sagrado, fora e acima de nós. Para o autor, tendo em vista a sua origem coletiva, a sua universalidade, a sua permanência no tempo, etc., esse sentimento é dotados de força que excedem à consciência, aparecendo como eco superior ao que somos e que, portanto, somos obrigados a projetar para fora de nós. É que o caráter social da repressão, para Durkheim, deriva da natureza social dos sentimentos ofendidos. Todos são ofendidos, portanto todos fazem frente à ofensa. Essa reação é geral, mas também coletiva. É dizer: não se produz isoladamente em cada um, mas como uma sincronia e uma unidade (DURKHEIM, 2016).

Assim, em Durkheim, pode-se dizer que é a natureza dos sentimentos coletivos que explica as penas e, por conseguinte, os crimes – ou condutas reprovadas/resistidas, não aceitas pelo *grande grupo*. Vê-se aí, a propósito, o poder de reação de que as funções governamentais dispõem, tendo em vista que emanam do poder de reação que está difuso na sociedade, o que possibilita a manutenção da consciência coletiva. Compreende-se, então, a espécie de solidariedade que o Direito Penal simboliza. Trata-se de uma coesão social cuja causa está em conformidade com todas as consciências particulares de um tipo coletivo. Surge daí uma solidariedade *sui generis* que é nascida das semelhanças e vincula diretamente o indivíduo à sociedade. Os atos que essa solidariedade proíbe e qualifica como crimes ou manifestam uma diferença demasiada violenta entre o agente que os comete e o tipo coletivo, ou ofendem o órgão da consciência coletiva. Nos dois casos, a força que ataca ao crime é produto das similitudes sociais mais essenciais e tem como efeito manter a coesão social que resulta dessas similitudes (DURKHEIM, 2016).

2 OS IMPACTOS DO CONTROLE DE CORPOS NO/PELO DIREITO

Para examinar os reflexos da função da divisão do trabalho social no Direito, examinam-se, para tanto, ditos reflexos nos campos político e jurídico. Assim, sob um enfoque jurídico-sociológico, examina-se a influência de grupos de interesse/pressão – de um dado nível de *consciência coletiva* – na construção da realidade social, mormente no que diz respeito a controle/regulação de comportamentos individuais, o que revela o Direito como fato social. Para tanto, utilizam-se os conceitos de por Pierre Bourdieu para compreender *habitus*, *campo*, *campo político* e *campo jurídico*, uma vez que os estudos de Bourdieu partem de Durkheim. Com essa base conceitual, compreende-se possível a análise jurídica- sociológica de como se dão as relações sociais nos processos político-jurídicos contemporâneos, como no caso concreto brasileiro, aqui discutido.

Em Bourdieu, a noção de *habitus*, desprezando a ideia de um *espírito universal* e de uma natureza ou razão humanas, remonta à ideia de conhecimento adquirido. Este é apontado como um bem ou um capital adquirido possuído pelo indivíduo. Com esse capital em mãos, o indivíduo é tornado em um agente[1] apto à ação. Em outras palavras, o *habitus* é apontado como um conjunto de disposições adquiridas, produto de condicionamentos ao indivíduo, o qual tende a reproduzi-los. Isso possibilita que um comportamento seja naturalizado, convencionado como sendo o único possível (DA ROCHA, 2008).

Maria da Graça Jacintho Setton afirma: "*Habitus* é uma noção que me auxilia a pensar as características de uma identidade social, de uma experiência biográfica [...] para designar então características do corpo e da alma adquiridas em um processo de aprendizagem." (SETTON, 2002, p. 61). Desse modo, o *habitus* aponta para um conjunto de esquemas/regras introjetados que constituem a cultura de um indivíduo – fato social, para conversar com Durkheim. Esses esquemas traduzem-se em percepções sobre a realidade que são adquiridas em relações sociais como os familiares, as religiosas e as escolares e simplesmente refletidas/reproduzidas pelo indivíduo (SETTON, 2002).

A noção de campo, por sua vez, alinha-se a uma ideia de disputa entre agentes. Para Bourdieu, para ser definido, o campo precisa de objetos a ser disputados e de agentes interessados a disputá-los. O campo é, então, uma *arena* em que agentes disputam objetos. É a estrutura interna de cada campo (político ou jurídico, por exemplo) que estabelece os objetos de

[1] Agente aqui é compreendido como o indivíduo – na própria acepção da expressão, sem, nessa ocasião, referir- se à conceitualização de Touraine – inserido em um corpo socializado, capaz de adotar uma postura social (DA ROCHA, 2008).

disputa entre os agentes, tendo em vista os seus padrões de pensamento e de formação, isto é, o seu *habitus* (DA ROCHA, 2008)[2].

Por essa ocasião, a noção de campo se faz indissociável da noção de *habitus*. É que a estrutura do campo, segundo Bourdieu, é um estado dinâmico entre agentes, que visam à manutenção do campo com o equilíbrio de seus próprios interesses. Afinal, é o êxito de uma estratégia ou ação empreendida no campo que determina a distribuição de capital, ditando qual o *habitus* que será conservado, em uma clara relação de força que visa a monopolizar o capital – conhecimento/experiência. Desse modo, em Bourdieu, o *habitus* aparece como um conjunto de referências externas ao agente – que eventualmente as reproduz –, ditadas por um campo (político ou jurídico, por exemplo) (DA ROCHA, 2008).

Lembrando que *habitus* aparece em Bourdieu como uma cultura constituída, como leciona Setton (SETTON, 2002, p. 62), aqui se abre o primeiro parêntese. É que, como visto alhures, as lutas políticas contemporâneas se expressam por meio do multiculturalismo, quando movimentos políticos visam a reconhecer diferentes culturas, fazendo com que, no choque de diferentes valores culturais, a cultura obtenha força política (SANTOS; NUNES, 2004). Aproximando essa leitura de Alain Touraine, tem-se a ideia de que a realidade é uma construção social resultante das atuações dos sujeitos na sociedade – no campo político, para conversar com Bourdieu – com as suas culturas, com os seus pertencimentos e com a sua historicidade ou ainda com os seus padrões de pensamento e de formação (GOHN, 2010).

Essa inter-relação é feita porque, em Touraine, o agente[3] é percebido como dinâmico, produtor de reinvindicações e de demandas que dá sentido às suas condutas, ainda que em oposição ao sentido dado pela sociedade (GOHN, 2010). Quando a sociedade apresenta um campo em que agentes disputam para conservarem os seus *habitus* (DA ROCHA, 2008), é em contraposição à ideia de conservação de um *habitus* – ou em justaposição à ideia de criação de um novo *habitus* – que surgem os movimentos políticos. E isso se dá por ocasião de terem esses movimentos políticos uma noção emancipatória (SANTOS; NUNES, 2004). É que a ideia de conservação indica razões sociais totalizantes, as quais visam a condicionar/determinar o

[2] Para Setton, em apertada síntese, campo é o espaço de relações entre grupos com distintos posicionamentos sociais, espaço de disputa e jogo de poder. Segundo Bordieu, a sociedade é composta por vários campos, vários espaços dotados de relativa autonomia, mas regidos por regras próprias (SETTON, 2002).

[3] Enquanto Bourdieu parte do conceito de agente, Touraine parte do conceito de sujeito, indivíduo e ator. Resumindo as ideias de Touraine – sem menosprezo à obra do autor –, sujeito é o desejo do indivíduo de ser ator, isto é, de ser construtor da realidade, quando vê a sua individualidade situada entre semelhantes e reconhecida entre diferentes (HAHN, 2015), orientando culturalmente às posturas da sociedade, isto é, inserindo em ditas posturas o reconhecimento de seus pertencimentos, de suas historicidades, de seus padrões de pensamento e de sua formação, etc. (GOHN, 2010).

sujeito. E o que querem os movimentos sociais – ou políticos, para manter a conversa alinhada com Santos e Nunes – é possibilitar a abolição de relações de dominação (GOHN, 2010).

A partir do estabelecimento dessa inter-relação é que se buscam os sentidos de campo político e de campo jurídico. Este último é apontado por Bourdieu como "[...] o lugar de concorrência pelo monopólio de dizer o direito [...] que consiste essencialmente na capacidade reconhecida de interpretar (de maneira mais ou menos livre ou autorizada) um corpus de textos que consagram a visão legítima, justa, do mundo social." (BOURDIEU, 2007, p. 212). ssa compreensão, para Bourdieu, faz surgir uma ilusão, com o que o Direito é percebido como absolutamente autônomo a pressões externas. É que, em que pese a interpretação das leis possa ser objeto de disputa, uma vez que na concorrência pelo monopólio de dizer o Direito diferentes interpretações possam conflitar, o que há, segundo o autor, é um arranjo de manutenção do campo, por meio do qual posições divergentes reduzem-se a uma referência comum, a visão de mundo dominante na sociedade, a qual é absorvida pelas lógicas sociais, ou seja, naturalizada (DA ROCHA, 2008).

No entanto, as leis são apresentadas pelos agentes do campo político. Para Bourdieu, o campo político é compreendido como um campo de lutas em que se visa a transformação de relações sociais, como "[...] o lugar em que se geram, na concorrência entre os agentes que nele se acham envolvidos, produtos políticos, problemas, programas, análises, comentários, conceitos, acontecimentos [...]" (BOURDIEU, 2007, p. 164). Ao contrário do campo jurídico, o campo político não mantém uma ideia de autonomia. Desse modo, depende de um processo de legitimação externa, como o processo eleitoral, ao qual se submetem os parlamentares (DA ROCHA, 2008).

Quando Bourdieu refere-se ao campo político como um campo de lutas em que se visa a transformação relações, o autor está falando do processo democrático-legislativo, em que o Direito é apresentado. Mais que isso, Bourdieu refere-se ao processo democrático-legislativo representativo. A estrutura do campo político baseia-se na relação entre mandantes (parlamentares) e mandatários (eleitores) e a relação entre estes últimos e as suas organizações, tendo em vista a sua distância dos instrumentos de produção política. Isso faz com que o autor considere a vida política baseada na lógica da oferta e da procura. Nesta, os eleitores são reduzidos a consumidores da produção política parlamentar, sendo mais consumidores quanto mais distantes do lugar de dita produção (DA ROCHA, 2008).

Essa relação de conceitos permite pensar os processos político-democráticos do Brasil contemporâneo a partir de uma ótica sociológica. É que, sendo os conceitos de *habitus* e de campo interdependentes, pode-se compreender que o estabelecimento do *habitus* depende das ações empreendidas no campo. No caso específico do processo democrático, no campo político.

O campo político, ao apresentar o direito, dita as referências externas ao agente, que deve reproduzir o *habitus* da totalidade social. Afinal, o direito posto pelo campo político torna-se direito (im)posto pelo campo jurídico, quando a visão de mundo dominante na sociedade – ou tendente a dominar as visões na sociedade – é dada para ser absorvida pelas lógicas sociais, isto é, naturalizada (DA ROCHA, 2008).

No que diz respeito especificamente ao campo jurídico, este é a arena na qual se luta para dizer o direito, para interpretar a norma escrita, isto é, as visões consagradas como legítimas e justas do mundo social. Segundo o autor, essa luta para dizer o direito resume-se em dizer o direito dentro dos limites de um conhecimento jurisprudencial produzido – o que serve para restringir a autonomia do campo. Nas palavras de Bourdieu, "[...] no texto jurídico estão em jogo lutas, pois a leitura é uma maneira de apropriação da força simbólica que nele se encontra [...]" (BOURDIEU, 2007, p. 2013).

Conquanto na atividade de interpretação que se dá no campo jurídico possa se experimentar choque entre interpretações, para Bourdieu, ditas interpretações encontram-se abaixo de uma regulação hierárquico-judicial que se submete a textos *unanimamente* reconhecidos, como uma Constituição – o que *supostamente* dita as interpretações autorizadas. Isso possibilita, assim, o que o autor diz ser a *coesão dos habitus* – visões ajustadas de mundo. No entanto, para o autor, a força do direito aparece quando, ao ser pensado como instrumento, é concebido como um utensílio dos dominantes. Embora possa ser pensado como relativamente independente de pressões sociais, o direito que se cria no campo político é notadamente afetado por essas pressões. Por isso Bourdieu afirma que a autonomia absoluta do direito, isto é, a sua não afetação por pressões sociais, é ilusão (BOURDIEU, 2007).

É que, para Bourdieu, a legitimidade que se confere ao direito, não se confunde com um reconhecimento universal a uma jurisdição que enuncia valores universais, transcendentes a interesses particulares. Nem se confunde com o reconhecimento dos interesses dominantes a costumes e relações de força (BOURDIEU, 2007, p. 240). Ao contrário, para o autor, tanto a produção (no campo político), quanto a aplicação do direito (no campo jurídico), tem a ver com as afinidades que unem os detentores do poder simbólico, temporal, político ou econômico. Com a afinidade dos *habitus* desses detentores de poder, as escolhas feitas, dentre interesses, valores e visões, não os desfavorecem, mas justificam (BOURDIEU, 2007, p. 242).

Desse modo, o direito que se tenta apresentar no campo político e aplicar no campo jurídico aparece como um direito dominador, dado a uma lógica de conservação, própria para a manutenção de uma ordem simbólica. O direito, quando é aplicado, é justificado pela ideia de universalidade, o que revela o poder simbólico. Afinal, dita universalidade não se opõe ao ponto de vista dos dominantes (BOURDIEU, 2007, p. 245). No autor,

> Compreende-se que [...] os efeitos da universalização é um dos mecanismos, e sem dúvida dos mais poderosos, por meio dos quais se exerce a dominação simbólica ou, se se prefere, a imposição da legitimidade de uma ordem social [...] [para] aumentar o efeito da autoridade social que a cultura legítima e os seus detentores já exercem para dar toda a sua eficácia prática à coerção jurídica. (BOURDIEU, 2007, p. 246).

E, aqui, ao analisar-se o campo político, como o caso concreto brasileiro, percebe-se a atuação de frentes parlamentares, como as chamadas Frentes Parlamentares Religiosas, A atuação dessas frentes parlamentares no campo político, que é dominante, tendo em vista a sua inserção na política, possibilita a confecção de um direito pautado em discursos ideológicos, com vistas a estabelecer um *habitus* e conservá-lo, em detrimento de outros. Como adverte Tatiane dos Santos Duarte, trata-se de atuação de um grupo de interesse/pressão no Congresso Nacional brasileiro como um grupo de interesse/pressão e a repercussão de seus projetos legislativos, os quais implicam supressão de direitos *diversos- diferentes* daqueles que sejam relativos à *cultura cristã* (DUARTE, 2011).

Com um discurso carregado de carga moral, a agenda legislativa da Frente Parlamentar Evangélica no Congresso Nacional brasileiro pauta-se no raciocínio de que os evangélicos, justos; em contraponto aos não cristãos, tidos por ímpios, legislam com vistas a restabelecer os bons costumes da sociedade. Desse modo, "[...] valores religiosos são travestidos em projetos políticos intencionando moralizar costumes e garantir que o Estado legisle em prol dos cidadãos retos." (DUARTE, 2011, p. 192).

Evidencia-se, assim, a atuação da Frente Parlamentar Evangélica como atuação de grupo de interesse/pressão. Afinal, trata-se de grupo com influência sobre o poder político para que tenha os seus interesses favorecidos por meio do Estado (BONAVIDES, 2010) e o potencial para determinar condutas por meio de valores (BOBBIO, 2000), sendo esses valores referentes à *cultura cristã* e travestidos de projetos legislativos (DUARTE, 2011).

Como exemplo, tem-se o Projeto de Lei n.º 6.583/2013, o *Estatuto da Família*, cujo objetivo é o de (re)definir o que é *entidade familiar*[4]. Nesse sentido, artigo 2º, do projeto, dispõe: "[...] define-se entidade familiar como o núcleo social formado a partir da união entre um homem e uma mulher [...]" (BRASIL, 2013). Esse recorte demonstra aqui o que falava Durkheim: os fatos sociais possuem características coercitivas, pautadas em controle/regulação de comportamentos e não procedem dos indivíduos propriamente ditos, mas da sociedade,

[4] Em que pese a postura do Poder Legislativo, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI 4.277, reconheceu a união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, estendendo os mesmos direitos e deveres dos companheiros nas uniões estáveis àquelas uniões (BRASIL, 2011a). Na ADPF 132, por sua vez, compreendeu a Corte Superior que o não reconhecimento da união homoafetiva contraria direitos fundamentais (BRASIL, 2011b).

exterior ao indivíduo, sendo exemplo disso a pressão contra comportamentos diferentes, isto é, resistência a comportamentos diferentes (SELL, 2015).

Afinal, como até aqui leciona Bourdieu, sendo o campo jurídico a arena para interpretar a norma escrita e dar vida/forma às visões consagradas como legítimas e justas do mundo social, utilizando-se da força simbólica que na norma se encontra, o que um campo jurídico (um direito) construído com vistas a coesão do *habitus* religioso – ou visão ajustada de mundo – pretende, é possibilitar a advocacia em causa própria de grupos de interesse/pressão – denominados então *grupos dominantes*, para conversar com Bourdieu – por meio do poder ideológico, para Bobbio; ou sistemas ideológicos, para Bourdieu.

Isso identifica uma articulação ideológica do campo político, para conversar com Bobbio. Afinal, o poder ideológico, como ideia investida de autoridade que se *comunica* por meio de procedimentos (como os do campo político), isto é, que por ditos procedimentos se estabelece (BOBBIO, 2000), traduz-se como instrumento do que Bourdieu denomina de poder simbólico. É que para Bourdieu, os sistemas simbólicos são instrumentos de comunicação e o poder simbólico um poder de construção da realidade, do mundo (BOURDIEU, 2007).

A ideologia, se não como poder ideológico, como produção simbólica, nesse sentido, ao servir a interesses particulares, torna-se instrumento de dominação, uma vez que

> [...] enquanto instrumentos estruturados e estruturantes de comunicação [...] cumprem a sua função política de instrumentos de imposição ou de legitimação da dominação, que contribuem para assegurar a dominação de uma classe sobre outra (violência simbólica) [...] As diferentes classes e fracções de classes estão envolvidas numa luta propriamente simbólica para imporem a definição do mundo social mais conforme aos seus interesses [...] (BOURDIEU, 2007, p. 12-13).

Vislumbra-se, desse modo, uma tentativa de universalizar culturas, pela força do direito e de sua capacidade de universalização – ou de conformação de condutas, em evidente relação de forças em que a cultura dominante prevaleça sobre a diferente – como no caso da tentativa de fazer prevalecer a cultura cristã sobre os *habitus* que dela difiram, quando se debate a articulação das Frentes Parlamentares Religiosas nos processos político-democráticos brasileiros que, a despeito de qualquer atenção às lógicas dialógicas desses processos, reduz os eleitores a consumidores da produção política parlamentar.

A força do direito, para Bourdieu, acaba sendo aplicada no sentido de, ao estabelecer as visões de mundo baseadas em visões consagradas como legítimas e justas do mundo social, reduz-se em orientações interpretativas que manterão a coesão do *habitus* dominante, que acabará consagrado como legítimo e justo (BOURDIEU, 2007). No caso, percebe-se que as tendências legislativas das Frentes Parlamentares Religiosas, visam a um

estabelecimento/determinação de sentidos que, privilegiando interesses particulares – a um dado nível de consciência coletiva – é disposto para regular/controlar condutas cujo *habitus* seja diferente, revelando o Direito como fato social, pressão externa – social – exercida sobre o indivíduo, resistindo às suas iniciativas individuais, isto é, às suas próprias determinações sobre si (DURKHEIM, 2007).

CONCLUSÃO

O Direito Posto, isto é, o Campo Jurídico construído, tem aparecido como um instrumento para o estabelecimento de algumas (cosmo)visões de mundo, as quais são consagradas como legítimas e justas, reduzindo-se a orientações que visam a manter a coesão de um *habitus* dominante, de uma cultura dominante, na sociedade. Essa coesão, fato social, faz do Direito um instrumento coercitivo, disposto a regular/controlar condutas que sejam diferentes ao *habitus*/cultura socialmente dominante. Nesse sentido, chamam atenção as posturas das Frentes Parlamentares Religiosas que, ao visarem regular/controlar condutas que sejam diferentes de seu próprio *habitus*/cultura – que é socialmente dominante –, revelam o Direito como uma pressão externa ao indivíduo, resistindo às suas iniciativas individuais, isto é, às suas próprias determinações sobre si.

Para corroborar a essa afirmação, estabeleceu-se como objetivo geral deste trabalho a análise dos reflexos dos reflexos da lógica da função da divisão do trabalho social e os seus reflexos no Direito. Para tanto, estudou-se da divisão do trabalho social e de sua função sob a ótica durkheimiana e conceito de fato social e de sua inter-relação com a divisão do trabalho social e sua função. Nesse sentido, concluiu-se a função da divisão do trabalho social aparece como uma especialização de funções, sejam elas políticas, jurídicas. E isso se dá no sentido de, havendo uma especialização das funções sociais, o seu rendimento seja aumentado, a sua eficácia no mundo da vida, uma vez que essa divisão/especialização gera solidariedade social, isto é, relações entre indivíduos que, combinando os seus esforços, possibilitam a integração da sociedade, a coesão social, a criação de cosmovisões culturais. Aqui aparece o fato social, que se inter-relaciona com a função divisão do trabalho social, uma vez que a possibilidade/criação de coesão/cosmovisões se dá para controlar/regular condutas, coagindo-as para que estas não sejam diferentes daquelas que estão integradas na sociedade.

A partir disso, realiza-se o estudo da lógica da função da divisão do trabalho social e seus reflexos no Direito sob a ótica bourdieusiana, tendo em vista as posturas das Frentes Parlamentares Religiosas. Afinal, traduzem-se em grupos de interesse/pressão, em um dado nível de *consciência coletiva*, que visam a controlar/regular comportamentos individuais que

agridam a essa consciência coletiva – à sua identidade, esquemas/regras introjetados que constituem a sua cultura. Para tanto, essas frentes parlamentares articulam-se no Campo Político, visando à construção do Campo Jurídico, isto é, articulam-se no processo político-democrático, visando à criação de um direito que se torne posto, quando, então, o Direito aparece como um fato social, na acepção durkheimiana, isto é, uma pressão externa – social – exercida sobre o indivíduo, resistindo às suas iniciativas individuais, isto é, às suas próprias determinações sobre si. Exemplo disso é aquele que se dá a partir do *Estatuto da Família*, Projeto de Lei que, visando pelo Direito, manter/conservar um *habitus*/cultura, denuncia características coercitivas, pautadas em controle/regulação de comportamentos – *hipótese sustentada neste trabalho que acaba confirmada*.

Desse modo, a força do direito aparece no sentido de, ao estabelecer as visões de mundo baseadas em visões consagradas como legítimas e justas do mundo social, reduz-se em orientações interpretativas que manterão a coesão do *habitus* dominante, que acabará consagrado como legítimo e justo. Aqui o Direito aparece como uma tentativa de universalizar culturas, pela força do Direito, de sua capacidade de universalização – ou de conformação de condutas, em evidente relação de forças em que a cultura dominante prevalece sobre a diferente – como no caso da tentativa de fazer prevalecer a cultura cristã sobre os *habitus* que dela difiram, uma vez que as Frentes Parlamentares Religiosas, visam a um estabelecimento/determinação de sentidos que, privilegiando interesses particulares – isto é, a um dado nível de consciência coletiva –, é disposto para regular/controlar condutas revelando o Direito como fato social, pressão externa – social – exercida sobre o indivíduo, resistindo às suas iniciativas individuais, isto é, às suas próprias determinações sobre si.

REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. **Teoria geral da política**: a filosofia política e as lições dos clássicos. Rio de Janeiro: Campus, 2000.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BOURDIEU, Pierre. **O Poder Simbólico**. Tradução de Fernando Tomaz. 11. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2007.

BRASIL. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4.277**, Tribunal Pleno, Supremo Tribunal Federal, Relator: Ayres Britto, Julgado em: 05/05/2011a. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>. Acesso em: 11 nov. 2015.

_____. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 132**, Tribunal Pleno. Supremo Tribunal Federal, Relator: Ayres Brito, Julgado em 05/05/2011b.

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>. Acesso em: 11 nov. 2015.

_____. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei n.º 6.583**, de 2013. Dispõe sobre o Estatuto da Família e dá outras providências. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1159761&filename=PL+6583/2013>. Acesso em: 11 nov. 2015.

DA ROCHA, Álvaro Filipe Oxley. O Campo Jurídico e o Campo Político: o Direito na obra de Pierre Bourdieu. ***Revista da AJURIS***, Porto Alegre, v. 35, n. 112, p. 9-24, 2008.

DUARTE, Tatiane dos Santos. **"A casa dos ímpios se desfará, mas a tenda dos retos florescerá"**: a participação da Frente Parlamentar Evangélica no legislativo brasileiro. 2011. 229f. Dissertação (Mestrado em Antropologia Social) – Universidade de Brasília, Brasília, 2011. Disponível em: <http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/9803/1/2011_TatianeSantosDuarte.pdf>. Acesso em: 11 nov. 2015.

DURKHEIM, Émile. **As Regras do Método Sociológico**. Tradução de Eduardo Lúcio Nogueira. 10. ed. Lisboa: Editorial Presença, 2007.

_____. **Da Divisão do Trabalho Social**. Tradução de Andréa Stahel M. da Silva. São Paulo: EDIPRO, 2016.

GOHN, Maria da Glória. **Novas Teorias dos Movimentos Sociais**. 3. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2010.

HAHN, Noli Bernardo. A Afirmação do Sujeito (de Direitos) num Processo de Resistência: a emergência do sujeito humano como liberdade e como criação. In: ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, XXIV, 2015, Aracaju. **Anais do XXIV Encontro Nacional do Conpedi.** Florianópolis: CONPEDI, 2015. Disponível em: <https://www.conpedi.org.br/publicacoes/c178h0tg/x552ze4o/J3dKsyN1voIl4zYs.pdf>. Acesso em: 09 nov. 2017.

SANTOS, Boaventura de Sousa; NUNES, João Arriscado. **Introdução: para ampliar o cânone do reconhecimento, da diferença e da igualdade.** In: BALDI, C. A. (Org.). Direitos humanos na sociedade cosmopolita. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

SELL, Carlos Eduardo. **Sociologia Clássica**: Marx, Durkheim e Weber. 7. ed. Petrópolis: Vozes, 2015.

SETTON, Maria da Graça Jacintho. A teoria do *habitus* em Pierre Bourdieu: uma leitura contemporânea. **Revista Brasileira de Educação**, Rio de Janeiro, n. 20, p. 60-70, ago. 2002. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-24782002000200005&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 15 fev. 2018.

O USO DAS TICs APLICADO AO EXERCÍCIO DO CONTROLE SOCIAL: EFETIVAÇÃO DO DIREITO DE ACESSO À INFORMAÇÃO E CONSOLIDAÇÃO DA TRANSPARÊNCIA PÚBLICA

Anays Martins Finger
Mestranda em Direito no PPGD/UFSM. Membro do Grupo de Pesquisas em Direito Constitucional (GPDCON) da UFSM. Endereço eletrônico: anaysfinger21@gmail.com

Bruna Andrade Obaldia
Mestranda em Direito no PPGD/UFSM. Membro do Núcleo de Estudos Avançados em Processo Civil (NEAPRO) da UFSM. Bolsista da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES) – Código de Financiamento 001. Endereço eletrônico: obaldiabruna@gmail.com

RESUMO: O presente trabalho busca compreender em que medida o uso das tecnologias de informação e comunicação corroboram para o exercício do controle social a fim de efetivar o direito fundamental de acesso à informação, notadamente no que diz respeito à esfera da transparência pública. Destarte, questiona-se: em que medida o uso das TICs, enquanto instrumento de controle popular, funciona como mecanismo à efetivação do direito ao acesso à informação por meio da transparência pública? Com isso, o ensaio foi dividido em três seções. Inicia-se pela investigação do fenômeno das TICs e de como sua utilização pode ser considerada agente facilitador do exercício do controle social. Ato contínuo, a pesquisa debruça atenção ao direito fundamental de acesso à informação, abordando sua construção e como efetivamente se mostra nos dias atuais. Por fim, o terceiro capítulo foca no dever estatal de transparência pública, enquanto fator diretamente interligado ao acesso à informação. No final da pesquisa, o estudo conclui que o uso das TICs, enquanto instrumento de controle popular, funciona como mecanismo à efetivação do direito ao acesso à informação por meio da transparência pública na medida em que proporciona meios eficazes para que os cidadãos possam praticar os seus direitos de informação e de exigir, do governo, transparência pública de seus atos.
PALAVRAS-CHAVE: Acesso à informação. Controle social. TICs. Transparência pública.

ABSTRACT: The present work seeks to understand to what extent the use of information and communication technologies corroborate for the exercise of social control in order to implement the fundamental right of access to information, notably with regard to the sphere of public transparency. Thereby, the question is: to what extent does the use of ICTs, as an instrument of popular control, function as a mechanism for the realization of the right to access information

through public transparency? Thus, the essay was divided into three sections. It begins by investigating the phenomenon of ICTs and how its use can be considered as a facilitating agent for the exercise of social control. Immediately thereafter, the research focuses on the fundamental right of access to information, addressing its construction
and how it is effectively shown today. Finally, the third chapter focuses on the state's duty of public transparency, as a factor directly linked to access to information. At the end of the research, the study concludes that the use of ICTs, as an instrument of popular control, functions as a mechanism for the realization of the right to access information through public transparency as it provides effective means for citizens can practice their rights to information and to demand, from the government, public transparency of their acts.
KEYWORDS: Access to information. ICTs. Publictransparency. Social control.

INTRODUÇÃO

Em torno de uma concepção histórica acerca dos grandes fenômenos que marcam o curso da humanidade, pode-se dizer que o advento da internet é algo novel. Todavia, há que se ter em mente que a internet, investigada, aqui, sob a perspectiva das novas Tecnologias de Informação e Comunicação (TICs) transformou consideravelmente a sociedade e, assim, as várias faces das atividades sociais. As TICs trouxeram consigo muitas benesses. No que diz respeito especificamente à relação da sociedade para com o seu governo, tais tecnologias assumiram a roupagem de mecanismo efetivo para o controle social realizado pelos cidadãos à Administração Pública.

De posse de um maior poder de controle às atividades estatais, os cidadãos assumiram uma maior postura fiscalizatória às ações do Estado. Tal poder pode ser considerado fruto da efetivação do direito fundamental de acesso à informação, que, após muitos anos de discussões, sagrou-se como o direito conferido ao cidadão para que o mesmo tenha acesso aos conteúdos informativos governamentais como regra geral, não mais subsistindo o segredismo estatal das informações de gestão pública.

Aliado a isso, surge a ideia de transparência pública. Entendida como um direito para os cidadãos e um dever para a Administração Pública, a transparência pública não deve somente garantir o exercício do amplo acesso à informação; mas sim proporcioná-lo em termos e mecanismos compreensíveis aos cidadãos. Desse modo, é possível depreender que todos os institutos tratados estão dispostos em uma relação simbiótica da teoria à prática. Ante o propósito do ensaio, questiona-se: em que medida o uso das TICs, enquanto instrumento de

controle popular, funciona como mecanismo à efetivação do direito ao acesso à informação por meio da transparência pública?

Destarte, a fim de solucionar a problemática levantada, o trabalho será estruturalmente subdividido em três seções. Inicia-se pelo enfoque no uso das TIC's no exercício do controle social, abordando de que maneira esse vínculo é construído e manejado em tempos atuais. Em sequência, no segundo subitem, tratar-se-á da construção do acesso à informação, expondo como se desenvolveu seu processo de reconhecimento como direito fundamental autônomo. Por fim, o terceiro capítulo, em clara interdependência aos dois itens anteriormente tratados, aborda o direito-dever de transparência pública nas gestões governamentais, notadamente no que tange à sua importância em um contexto estatal democrático em que o país está inserido.

No que tange às propostas metodológicas para a realização do presente trabalho, o método de abordagem utilizado foi o dedutivo; isso porque, ao partir de ideais gerais sobre o fenômeno das TICs, do direito ao acesso à informação e do mecanismo direito-dever da transparência pública, foi possível a obtenção de deduções acerca da delimitação temática proposta. À esfera do procedimento, o método utilizado foi o monográfico; tal escolha se justifica já que o trabalho estuda os fenômenos supracitados a fim de obter generalizações. Ademais, a técnica de pesquisa utilizada foi a bibliográfica, uma vez que o ensaio se utilizou de autores que tratam de temas atinentes às TICs, democracia e acesso à informação.

1 O USO DAS TICs NO EXERCÍCIO DO CONTROLE SOCIAL

Vive-se, atualmente, em um verdadeiro estado de monitorar, registrar, reconhecer e até mesmo vigiar coisas e pessoas através de diversos mecanismos, principalmente por meio de redes sociais e aplicativos de serviços. Referido panorama, por sua vez, caracteriza-se como estado de controle social. Nesse sentido, o presente trabalho escora-se na análise do uso das tecnologias de informação e comunicação (TIC) como instrumentos de controle social, voltando a atenção para a análise das formas pelas quais o cidadão exerce esse controle sobre o Estado através do uso das TICs.

O controle social, entendido como a participação do cidadão na fiscalização da gestão pública, se estruturado e implementado adequadamente, configura importante mecanismo de fortalecimento da cidadania e da democracia. Assim, para que tal controle se opere de forma efetiva, faz-se necessária a observância máxima da transparência, com o fim de atender as demandas informacionais, efetivando-se, por conseguinte, a fiscalização, pela sociedade, das atividades públicas. Dessa forma, o controle social não se opera, em dimensão satisfatória, se a

relação entre os entes que exercem o poder de informação e os que acompanham o desempenho da função pública for marcada por constantes divergências ou omissões.

Na concepção moderna de política pública, o controle social se apresenta como elemento que fortalece a democracia e cria canais institucionais que auxiliam nos conflitos sociais. Dito de outro modo, a introdução de elementos de participação e do controle social, exercido pela população, através do uso das TICs, poderia promover um grau mais elevado de transparência ao Estado e suas instituições. Ao longo do século XX, a Administração Pública foi influenciada por fenômenos transformadores nos âmbitos sociais, políticos, econômicos e tecnológicos e, a partir disso, passou a incorporar as TICs. De acordo com a pesquisa realizada pelo Comitê Gestor da Internet no Brasil:

> A intensiva adoção das tecnologias da informação e comunicação (TIC) por parte dos órgãos governamentais está fortemente apoiada na estruturação dos programas de governo eletrônico (e-Gov), que surgem com o objetivo de fomentar a modernização da administração pública. É cada vez mais difundida entre os gestores públicos a percepção de que essas políticas públicas podem gerar impactos positivos nas dimensões econômica, social e política e favorecer o melhor desempenho da máquina governamental e maior interação entre o setor público e a sociedade. (Comitê Gestor da Internet no Brasil, 2014, p. 25)

Cumpre ressalvar que as TICs “agem como instrumentos inovadores no aceleramento da comunicação, estimulam a interatividade, modificam a produção e transformam as relações entre os indivíduos” (VELOSO, 2011, p. 50) podendo trazer aspectos positivos principalmente no que tange à concessão de informações públicas aos cidadãos. Nesse sentido, as tecnologias de informação e comunicação potencializam significativamente a capacidade de controle social. Tal controle, na esfera da gestão pública, ilustra a participação do cidadão e de organizações da sociedade civil na formulação, implementação, monitoramento e fiscalização de ações do Poder Público.

Na prática, o exercício do controle social consubstancia o exercício efetivo da cidadania, viabilizando a capacidade de fiscalização do cidadão sobre as autoridades e entes que detêm o poder. Dessa forma, referido controle recai, também, sobre a utilização de recursos públicos e sobre informações de interesse público. Assim, com o surgimento das TICs, emergiu o denominado governo eletrônico (e-gov), ou seja, a informatização das atividades governamentais e a comunicação entre governo e público externo: cidadãos, empresas, fornecedores, outros setores governamentais ou da sociedade (PINHO, 2008).

Nesse seguimento, o governo eletrônico pode ser compreendido como um conjunto de ações modernizadoras que são vinculadas à Administração Pública, isto é, a partir dessa inovação, amplia-se a eficiência dos processos operacionais e administrativos do governo e a

internet assume a roupagem de instrumento de prestação de serviços públicos eletrônicos e de efetivação da democracia eletrônica, representada pelo aumento da transparência de informações estatais e da participação cidadã.

Assim, as Tecnologias de Informação e Comunicação (TICs) potencializam a transparência pública tanto no que tange a procedimentos básicos, como, por exemplo, pequenas compras e gastos públicos, quanto, por exemplo, em grandes contratações realizadas pelo Poder Público, mediante licitação. Nesse sentido:

> Têm-se hoje condições de tecnologia da informação e de comunicação que não se dispunha há bem poucos anos. A informática por meio dos computadores pessoais (microcomputadores) se popularizou a partir do fim da década de 90, assim como ocorreu com as redes de comunicação para transmissão de dados, entre elas, a internet. Esses recursos tornaram possível o acesso aos dados de um ente público para o mundo inteiro. Sem sair do escritório ou da residência é possível acessar, analisar, questionar, criticar e solicitar esclarecimentos da administração pública, sobre atos de gestão praticados pelos mandatários. (KENNEDA SILVA, 2010, p. 58)

No entanto, não se perde de vista que cada segmento da sociedade faz uso das TICs de forma diferenciada, sendo que alguns indivíduos, a depender de fatores como classe socioeconômica e consequente poder aquisitivo e efetivo acesso a essas tecnologias, obterão maior alcance do que outros. Ademais, muito embora detenham acesso a estes recursos, nem sempre os cidadãos adotarão uma postura de engajamento, uma vez que também podem permanecer inertes, não obstante lhes sejam proporcionadas condições para exercer uma cidadania mais ativa. Sem embargo, o certo é que as TICs constituem “um poderoso aliado das administrações públicas, principalmente quando dedicadas a gerar interação, uma cultura de transparência e informação, e democratização das gestões” (IMPERATORE, 2010, p. 22), ainda que nem todos os indivíduos possuam à disposição estas ferramentas ou não desenvolvam uma consciência acerca da relevância da participação de cada um na vida pública.

Nessa linha, o avanço da democracia, aliado ao uso das TICs, potencializa um papel ativo por parte do cidadão no controle e na participação na Administração Pública, proporcionando espaços e formas para que esta interação seja implementada. Com efeito, mediante a utilização das TICs, o controle social sobre o governo torna-se mais operante, face à prontidão com que as informações podem ser acessadas pelos indivíduos, principalmente, com o uso da internet.

2 A CONSTRUÇÃO DO DIREITO DE ACESSO À INFORMAÇÃO: DO SIGILO À PUBLICIDADE

No Brasil, o acesso à informação é um direito fundamental previsto no art. 5º, inciso XXXIII, da Constituição Federal, cujo conteúdo dispõe que todos têm direito de receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que devem ser prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvando-se aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado. Passado longo período desde a abertura concedida pela Constituição, no entanto, é que a Lei de Acesso à Informação (Lei nº 12.527/2011) foi editada, com o fim de regulamentar o dispositivo constitucional, tratando especificamente deste direito fundamental.

Para além de um direito fundamental, o acesso à informação é também o oxigênio da democracia. Nessa perspectiva, se os indivíduos não possuírem conhecimento acerca dos fatos relevantes ocorridos na própria sociedade em que se inserem, isto é, das informações de interesse público, não poderão contribuir de forma significativa para esta mesma sociedade (ARTIGO 19, 1999) e, consequentemente, não exercerão a cidadania na dimensão minimamente compatível com um contexto de Estado Democrático de Direito, tampouco gozarão de substrato para demandar a efetivação de outros direitos perante o Estado.

Contudo, em que pese tratar-se, hodiernamente, de um direito fundamental autônomo, não há como fazer um panorama histórico acerca dos avanços obtidos com relação ao acesso à informação sem que, para isso, seja demonstrado como seu processo de reconhecimento se desenvolveu e como ele decorreu, intrinsecamente, da conquista de outros direitos.

Primeiramente, parte-se da premissa de que, desde a vigência da Constituição de 1988, o ordenamento jurídico brasileiro adota a publicidade como preceito geral e o sigilo como exceção. Isso porque o direito à informação é regido pelo princípio subjacente da máxima divulgação. Por este princípio, estabelece-se uma presunção de que toda informação que esteja sob o controle de órgãos públicos está sujeita à divulgação e que esta presunção somente poderia ser afastada diante de risco de prejuízo a legítimo interesse público ou privado (MENDEL, 2009). Nesse sentido, a máxima divulgação estabelece que

> A utilização de tal direito, não subentende que as pessoas devam demonstrar interesse específico na informação. Quando uma autoridade pública pretende negar o acesso à informação, deve ter a responsabilidade de justificar a recusa em cada fase do processo. Por outras palavras, a autoridade pública deve demonstrar que a informação, cuja divulgação pretende impedir, encontra-se abrangida pelo âmbito do limitado grupo de excepções, como adiante detalhado. (ARTIGO 19, 1999, p. 03)

Porém, este cenário nem sempre foi delineado pela perspectiva da publicidade como um preceito geral. De acordo com Cendejas Jáuregui (2007), a história do direito de acesso à informação não é marcada por relações simplificadas, tampouco pela espontaneidade. Trata-se, em verdade, de uma história deveras lenta e trabalhosa, tendo em vista que o acesso à informação somente ganhou status de direito fundamental a partir de 1948, com a promulgação da Declaração Universal dos Direitos Humanos, pela Organização das Nações Unidas, quando apareceu pela primeira vez no artigo 19 do documento, como um direito inato à pessoa. A compreensão de que a construção deste direito fundamental desenvolveu-se lentamente também é exposta por Hoch (2015, p. 02):

> Em nível mundial, o direito ao acesso à informação passou por um processo lento e gradativo de evolução até que fosse conduzido ao *status* de direito fundamental, autônomo e universal. Trata-se de um direito individual e coletivo essencial à participação cidadã, ao combate à corrupção e à realização de outros direitos socioeconômicos, políticos e civis.

E para encontrar as raízes do acesso à informação, é preciso adentrar ainda mais no passado, visto que este direito possui relação direta e é consectário da conquista dos direitos à liberdade de expressão e liberdade de imprensa, que nasceram a partir dos pensamentos que inspiraram a Revolução Francesa, marcando o fim do Absolutismo com base nos ideais iluministas. Historicamente, esse absolutismo ideológico operava sob um forte caráter religioso, obrigando a todos que se manifestassem, fosse pela palavra ou pela escrita, que o fizessem de acordo com os cânones já estabelecidos pelo próprio Estado.

A censura, portanto, representava um instrumento de controle social sobre a expressão pública de ideias, opiniões ou sentimentos e a ascensão dos monarcas absolutistas culminou em severa repressão da liberdade de expressão do pensamento (CENDEJAS JÁUREGUI, 2007), semelhante ao que também ocorreu no Brasil, quase dois séculos depois, durante a ditadura militar, conjuntura que perdurou até a redemocratização, com a Constituição Federal de 1988. Para combater estes aspectos nocivos e, posteriormente, romper com o Estado Absolutista,

> formou-se a noção liberal de que o Estado era uma espécie de "mal necessário", um ente que precisava ser controlado e vigiado – daí a importância da transparência e do acesso a informações públicas, para que a sociedade pudesse verificar o que se passa nas entranhas dos governos. (ANGÉLICO, 2012, p. 27).

Nesse contexto, reconhecido como um dos maiores expoentes do liberalismo, John Stuart Mill defendeu que, embora a transparência pública não configure impedimento para o

mal e tampouco estímulo para o bem sem o necessário acompanhamento por parte da sociedade, mediante o exercício de uma cidadania ativa, de que modo o público poderia controlar ou incentivar aquilo que não lhe é permitido ver, sem a existência de transparência pública? (MILL, 2020)

Foi com base na superação gradativa destes parâmetros, impulsionada pelo Iluminismo e lastreada na necessidade de impor barreiras à atuação do Estado, mediante sua vigilância, é que viabilizou-se, em todo o mundo, o advento de uma onda crescente de Leis de Acesso à Informação que se estendeu nas últimas décadas, constituindo-se em grande esperança para o futuro, uma vez que tal dado demonstra que a liberdade de informação tem conquistado maior espaço em vários países, consolidando a democracia. As Leis de Acesso à Informação são parte fundamental de um projeto que visa a um objetivo maior: a criação de uma sociedade plenamente transparente em todos os aspectos (ACKERMAN; SANDOVAL, 2005).

É através da transparência, por exemplo, que o combate à corrupção e consequente responsabilização dos agentes públicos que cometem ilícitos no exercício da função pública torna-se mais operante, o que somente é possível, em justa medida, sob a égide de um Estado Democrático de Direito. Entretanto, se por um lado o passado revela que as raízes do acesso à informação reportam-se ao pensamento liberal, sob um olhar mais atual sobre o tema, é possível afirmar que

> nas últimas décadas, houve uma aproximação da noção de transparência governamental com a ideia não muito liberal de garantia de direitos sociais básicos por meio de ações estatais – especialmente em países em desenvolvimento. Como, nestes países mais pobres, o Estado é fundamental na garantia de saúde, educação, moradia e outros dos chamados "direitos da primeira geração", passou-se a exigir transparência, para que, com o acesso a informações detidas pelos governos, movimentos sociais pudessem direcionar a execução de políticas públicas sociais. (ANGÉLICO, 2012, p. 27)

Vale ressaltar, igualmente, que o sigilo e a manutenção de segredos na esfera pública criam um terreno fértil para o assentamento do autoritarismo no governo, razão pela qual a publicidade, como regra, é indissociável da ideia de democracia e dos pilares sobre os quais a Administração Pública é edificada, na contemporaneidade, com o fim de frear uma atuação estatal arbitrária e baseada em interesses estranhos ao interesse público. Além disso, ao mesmo tempo em que o interesse público está interligado a uma razão de Estado, legitimando situações de sujeição do cidadão a atos administrativos emanados do Poder Público, também opera como limite ao agir estatal (HEINEN, 2018). Nessa lógica,

> O certo é que o interesse público, apesar de pretender alcançar certos fins de Estado, não pode estar desvinculado do indivíduo. Em outras palavras: ele está ligado aos "objetivos estatais" e aos "direitos fundamentais" como categorias definidoras de "áreas públicas", sem se desconectar das necessidades individuais de cada sujeito de direito. (HEINEN, 2018, p. 39)

Nesse sentido, as tecnologias da informação e da comunicação (TICs) assumem um papel fundamental na efetivação do direito à informação e consolidação da transparência pública, notadamente através da internet, com a criação de plataformas como portais da transparência dos entes públicos, que visam a tornar públicas as despesas da Administração. Relativamente à importância dessas ferramentas, Hoch (2015) adiciona que a utilização do e-mail, blogs, fóruns, bate-papos virtuais e, notadamente, das redes sociais, constitui-se em grande potencial de articulação e mobilização social, por meio do conhecimento e consequente difusão da informação. Referidos canais de comunicação e formação de redes colaborativas online, demonstram este potencial na medida em que permitem um maior engajamento político por parte dos cidadãos, que podem ser encorajados a adotar uma postura proativa, mormente para demandar a efetivação de direitos fundamentais perante a Administração Pública.

Mas, para além da incontestável relevância destes recursos, cabe também ao Poder Público conferir máxima efetivação ao princípio da publicidade, uma vez que o sigilo não mais constitui-se - ou, ao menos, não deveria constituir-se - em regra. Em uma democracia representativa, é dever do Estado disponibilizar os meios para que a sociedade exerça a cidadania ativa, através da efetivação do direito fundamental de acesso à informação.

3 O DEVER ESTATAL DE PUBLICIZAR DADOS: A TRANSPARÊNCIA PÚBLICA COMO MECANISMO CAPAZ DE CONFERIR EFETIVIDADE AO CARIZ DEMOCRÁTICO DO ACESSO À INFORMAÇÃO

Com a finalidade de dar sequência à pesquisa, há que se falar no dever estatal de transparência pública. De início, cumpre destacar que é inegável a estreita relação estabelecida entre o dever de publicização dos dados que dizem respeito à gestão pública e o direito fundamental de acesso à informação. Tal direito atingiu a qualidade de direito fundamental sob um cenário moroso e gradativo de reconhecimento e é, pois, de extremo valor para a edificação de um Estado democrático. Uma vez reconhecido, é esse direito que

propicia, aos cidadãos, a participação nas mais diversas esferas sociais: efetivação de direitos civis e políticos, fiscalização de órgãos e entidades públicas etc.

Todavia, mesmo que esses institutos gozem de um estreito vínculo entre si, a conceituação de transparência não reside estritamente na ideia de acesso à informação. Sob tal perspectiva, Almada e Silva (2017, p. 27) alerta que, no que tange às informações propiciadas pela transparência pública, é imprescindível que as informações divulgadas sejam "úteis, compreensíveis, que permitem a avaliação do objeto em questão: seja ele um órgão estatal [...], um ator político, servidores públicos, etc." Assim, a transparência não deve somente garantir o exercício do amplo acesso à informação; mas sim proporcioná-lo em termos e mecanismos compreensíveis aos cidadãos.

Destarte, possuindo o cidadão o direito de recebimento de informações públicas, podendo solicitá-las quando de seu interesse, nas palavras de Hoch (2015, p. 02), "o Estado detém a obrigação de cumprir o dever de transparência, não mais subsistindo o segredismo burocrático e o monopólio estatal da informação." A sociedade civil, por sua vez, deve "garantir o exercício pleno do direito de acesso à informação, solicitando e fazendo uso da informação pública e promovendo e defendendo o direito." (INTERNATIONAL CONFERENCE ON THE RIGHT PUBLIC INFORMATION, 2008, p. 07) Sob tal

perspectiva é que surge a necessidade de abertura governamental, tendo em vista o dever estatal de publicizar os dados da gestão pública, com fundamento no direito de acesso à informação por meio da transparência pública.

Acerca do assunto, convém investigar a Declaração de Atlanta e o seu plano de ação para o avanço do direito de acesso à informação. Datada ao ano de 2018, a Declaração de Atlanta é considerada um documento imprescindível no que diz respeito à efetivação do direito fundamental de acesso à informação no mundo. Sobre o tema, dispõe em tópicos de conclusão o seguinte:

> 1. O direito fundamental de acesso a informação é inerente a todas as culturas e sistemas de governo; 2. A falta de acesso a informação afeta desproporcionalmente os pobres, as mulheres e outras comunidades vulneráveis e marginalizadas e, dessa forma, o direito deve ser garantido a todos os setores da sociedade; 3. O direito de acesso a informação é fundamental para a dignidade humana, equidade e paz com justiça; 4. A transparência é um instrumento necessário e poderoso para promover a segurança humana e do Estado; 5. As novas tecnologias apresentam grande potencial para facilitar o acesso a informação, embora os fatores limitantes ao acesso e às práticas de gerenciamento de dados tenham feito com que muitos não se beneficiem integralmente de seu potencial; 6. Promulgar uma lei abrangente é essencial, porém insuficiente para estabelecer e manter o direito de acesso a informação; 7. Também é fundamental construir um marco institucional adequado e desenvolver a capacidade da administração pública para gerenciar e prestar informação; 8. É essencial, ainda, promover a conscientização pública sobre o

> direito de acesso a informação, assegurar a capacidade de exercer o direito, inclusive mediante educação pública, e fomentar o apoio à transparência em todos os setores da sociedade; 9. Uma mídia livre e independente é um componente fundamental para o estabelecimento e exercício pleno do direito de acesso a informação. (INTERNATIONAL CONFERENCE ON THE RIGHT PUBLIC INFORMATION, 2008, p. 02)

No que diz respeito à efetivação do direito fundamental ao acesso à informação, a ferramenta das Tecnologias da Informação e da Comunicação (TICs) surge como uma espécie de agente facilitador da sua concretização, já que são potentes quanto à rápida e eficiente disseminação de dados. Sob a ótica de Filgueiras (2011, p. 75), as TICs emergem em um cenário onde "clama-se por maior transparência das instituições, pela abertura das contas públicas e pela moralização da política". É nesse ambiente, então, que as TICs unem-se à transparência pública como um elemento de efetividade importante, em face de uma realidade que

> [...] ressalta a necessidade de maior transparência das ações do Estado frente à sociedade, criando, dessa maneira, uma política da transparência nas democracias contemporâneas. Nesses termos, a democratização do Estado deve promover uma abertura do sistema político, no sentido de torná-lo mais transparente e, por sua vez, mais afeito à avaliação do público. (FILGUEIRAS, 2011, p. 66)

Essa relação entre a concretização do acesso à informação por meio das TICs se justifica, por sua vez, porque as novas tecnologias apresentam fluxos de informação que se apresentam como elementos capazes de propiciar, segundo Hoch (2015, p. 02) uma "imensa circulação, tratamento e armazenamento de dados e informações, fomentando a comunicação, a interatividade e a aproximação dos usuários e governo." Cumpre salientar, ainda, que, no âmbito do Brasil, nas últimas décadas, o emprego das TICs pela Administração Pública foi modelado sob a perspectiva de iniciativas denominadas "Governo Eletrônico" (SILVA, 2015, p. 207).

Principalmente se o uso das TICs for delimitado na perspectiva da internet, é inegável a importância desta à efetivação do direito de acesso à informação, que se mostra no dever estatal de transparência pública. Assim, a internet acaba, por conseguinte, contribuindo para o fortalecimento da democracia, "seja na modernização das administrações, seja na aproximação entre representantes e representados promovendo uma abertura dos governos tradicionais para um modelo que opera sob a lógica de redes." (SANTOS; BERNARDES; ROVER, 2012, p. 21) Significa dizer, outrossim, que a internet é um mecanismo potente no tocante à concretização da transparência pública governamental.

É inegável que, para que fosse possível construir uma cultura de acesso informacional, a Administração Pública precisasse sofrer uma (re)construção que fosse suficiente para modernizar-se e, assim, efetivamente cumprir o dever estatal de transparência no tocante às suas atuações. Ante a isso, para Hoch (2015, p. 02), é perceptível que "o avanço das novas tecnologias digitais impulsionou a abertura da gestão pública para uma atuação transparente. Essa postura governamental, modernizada e interativa, traz importante contribuição para a efetivação do direito à informação."

A transparência pública, em seu turno, possui estreita ligação com os ideais democráticos. Isso porque, em face de um Estado Democrático de Direito, o acesso à máxima informação é direito dos cidadãos. "Os organismos públicos têm obrigação de divulgar informação assim como todo o cidadão tem o direito correspondente de receber informação." (ARTIGO 19, 1999, p. 03) Significa dizer que a regra geral que deve nortear as informações é a de publicidade. Por outro lado, o sigilo informacional deve configurar hipótese isolada, absolutamente excepcional e deve, então, ser justificado. É o que dispõe a Declaração de Atlanta, ao salientar que "o acesso a informação é a regra; o sigilo é exceção." (INTERNATIONAL CONFERENCE ON THE RIGHT PUBLIC INFORMATION, 2008, p. 02)

O vínculo entre democracia e transparência pública pode ser perceptível na capacidade de participação popular promovida por esta, tendo em vista que, em consonância com Bonavides (2008, p. 283), "sem a participação popular, democracia é quimera, é utopia, é ilusão, é retórica, é promessa sem arrimo na realidade, sem raiz na história, sem sentido na doutrina, sem conteúdo nas leis." Ademais, no mesmo sentido, importa dizer que "a democracia participativa desloca o eixo do poder no exercício da soberania, dos corpos representativos para as correntes da cidadania" (BONAVIDES, 2008, p. 285).

O ideal de democracia perpassa, decididamente, pela participação popular. Opinar em temas relevantes à sociedade, bem como fiscalizar os seus representantes eleitos, é de ímpar relevância para a sedimentação de um Estado democraticamente forte. Sobre isso, Hoch (2015, p. 07) afirma que "a democracia envolve a concepção de que o povo tenha condições materiais de participar substancialmente da política, de forma efetiva e esclarecida, através de um processo de livre decisão e manifestação da opinião pública."

É que, nas lições de Graf (1998, p. 24), "o direito às informações de que o Estado dispõe fundamenta-se no princípio da publicidade dos atos administrativos e na eliminação dos segredos públicos." Nesse diapasão, a transparência pública, que propicia o acesso à informação aos cidadãos, pode ser considerada, na perspectiva de Angélico (2012, p. 13),

como “essencial para assegurar que a Administração Pública seja eficiente, responsiva e livre de corrupção.”

> O direito à informação constitui um indicador significativo dos avanços em direção a uma democracia participativa: oponível ao Estado, comprova a adoção do princípio da publicidade dos atos administrativos; sob o ponto de vista do cidadão, é instrumento de controle social do poder e pressuposto da participação popular, na medida em que o habilita para interferir efetivamente nas decisões governamentais e, se analisado em conjunto com a liberdade de imprensa e banimento da censura, também funciona como instrumento de controle social do poder. (GRAF, 1998, p. 24)

Assim, ratifica-se a ideia de que o direito fundamental de acesso à informação está intimamente interligado com a transparência pública, vez que ela “[...] está associada à divulgação de informações que permitam que sejam averiguadas as ações dos gestores e a consequente responsabilização por seus atos.” (FIGUEIREDO; SANTOS, 2013, p. 04) Uma gestão pública transparente garante efetivamente o direito fundamental de acesso à informação a seus cidadãos.

CONCLUSÃO

Essa pesquisa buscou ilustrar de que modo o advento das tecnologias da informação e comunicação (TICs) alteraram o estado de controle social, no sentido de propiciarem uma participação cidadã na vida pública mais efetiva, operacional e facilitada. Com efeito, compreendeu-se que, através da vigilância que a sociedade exerce em face do Estado, viabiliza-se a fiscalização, por parte dos cidadãos, das atividades desenvolvidas pela Administração Pública.

Por conseguinte, verificou-se que o controle social somente pode ser exercido em dimensões compatíveis com um Estado Democrático de Direito se, mediante a máxima observância do direito de acesso à informação, o Estado cumprir o dever de transparência pública, uma vez que o sigilo, como regra, não se coaduna com o contexto democrático. Observou-se, ainda, que a construção do direito fundamental de acesso à informação ocorreu de forma lenta, uma vez que o Estado Absolutista se edificou sobre balizas de censura, com forte controle estatal sobre a expressão pública do pensamento.

A partir das ideias defendidas pelo Iluminismo e pensados, inicialmente, na perspectiva do pensamento liberal, é que possibilitou-se a superação gradativa destes parâmetros e, atualmente, a transparência pública estabelece-se, inclusive, como um

mecanismo de efetivação de direitos sociais dos indivíduos, que podem demandar em face do Poder Público. Da superação do sigilo, como regra, alcançou-se a publicidade, como preceito geral.

Somado a isso, este ensaio concluiu que o uso das tecnologias da informação e comunicação (TICs), enquanto instrumento de controle popular, revela mecanismo de efetivação do direito ao acesso à informação, por meio da transparência pública, uma vez que proporciona meios eficazes para que os cidadãos possam exercer seus direitos de informação e de exigir, do Estado, transparência na gestão da Administração Pública.

REFERÊNCIAS

ACKERMAN, John M.; SANDOVAL, Irma E. **Leyes de Acceso a laInformaciónenel mundo.** Cuadernos de Transparencia, 07. Delegación Coyoacán, México, D.F.: Instituto Federal de Acceso a La Información Pública, 2005.

ALMADA E SILVA, Maria Paula. **Avaliação da e-transparência em portais de governos nacionais:** uma comparação entre Brasil, Estados Unidos e Reino Unido. Tese (Doutorado em Comunicação Social) – Programa de Pós-Graduação em Comunicação e Cultura Contemporâneas da Universidade Federal da Bahia. Salvador, 2017, 263 f. Disponível em: http://poscom.tempsite.ws/wp-content/uploads/2011/05/ Tese Doutorado2016MariaPaula AlmadaVersa% CC%83odefinitivaparapublicac%CC %A7a%CC%83o.pdf. Acesso em: 23 mai. 2020.

ANGÉLICO, Fabiano. **Lei de Acesso à Informação Pública e seus possíveis desdobramentos à accountability democrática no Brasil**. 2012. Dissertação (Mestrado em Administração Pública) – Escola de Administração de Empresas da Fundação Getúlio Vargas. São Paulo, 2012, 133f. Disponível em: https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/ 9905. Acesso em: 23 mai. 2020.

ARTIGO 19. **O direito do público a estar informado.** Princípios sobre a legislação de liberdade de informação. Artigo 19: Londres, 1999. Disponível em: <http://www. article19.org/data/files/pdfs/standards/public-right-to-know-portuguese.pdf>. Acesso em: 08 mai. 2020.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria constitucional da Democracia Participativa**: por um Direito Constitucional de luta e resistência, por uma Nova Hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

BRASIL. **Lei n. 12.527,** de 18 de novembro de 2011. Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei nº 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei nº 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm. Acesso em: 07 mai. 2020.

CENDEJAS JÁUREGUI, Mariana. **Evolución** histórica delderecho a la información. **Revista de Derecho Comparado de La Información**, 2007, n. 10, p. 57-84. Disponível em: https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/decoin/article/ view/33136. Acesso em: 12 mai. 2020.

COMITÊ GESTOR DA INTERNET NO BRASIL. **TIC Governo Eletrônico 2013**: Pesquisa sobre o uso das tecnologias da informação e comunicação no setor público brasileiro. São Paulo, 2014.

FIGUEIREDO, Vanuza da Silva; SANTOS, Waldir da Silva. Transparência e controle social na administração pública. **Revista Temas de Administração Pública.** v. 8, n. 1, 2013. Disponível em: https://periodicos.fclar.unesp.br/temasadm/article/view/6327/4715. Acesso em: 19 mai. 2020.

FILGUEIRAS, Fernando. Além da transparência: accountability e política da publicidade, Lua Nova: **Revista de Cultura e Política**, v. 84, p. 65-94, 2011. Disponível em: https://www.scielo.br/pdf/ln/n84/a04n84.pdf. Acesso em: 08 jun. 2020.

GRAF, Ana Cláudia Bento. **O direito à informação ambiental.** Direito Ambiental em Evolução. Curitiba: Juruá, 1998.

HEINEN, Juliano. **Interesse público:** premissas teórico-dogmáticas e proposta de fixação de cânones interpretativos. Salvador: JusPodivm, 2018.

HOCH, Patrícia Adriani. O potencial democrático do acesso à informação pública e da transparência governamental no contexto da sociedade informacional. *In*: **Anais do 3º Congresso Internacional de Direito e Contemporaneidade**. ISSN 2238-9121. 2015. Disponível em: http://coral.ufsm.br/congressodireito/anais/2015/8-5.pdf Acesso em: 09 mai. 2020.

IMPERATORE, Jorge Luis Ribeiro. **Governo eletrônico como plataforma para a governança municipal.** Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Desenvolvimento Regional da Universidade de Santa Cruz do Sul. Santa Cruz do Sul, 2010, 177 f. Disponível em: http://repositorio.unisc.br:8080/jspui/handle/11624/438. Acessoem 07 jun. 2020.

INTERNATIONAL CONFERENCE ON THE RIGHT PUBLIC INFORMATION. **Declaração de Atlanta e plano de ação para o avanço do direito de acesso à informação.** 2008. Disponível em: https://www.cartercenter.org/resources/pdfs/peace/americas/ atlanta_declaration_unofficial_portuguese.pdfAcesso em: 20 mai. 2020.

KENNEDA SILVA, Pedro Gabriel.**Controle social da gestão pública: análise das práticas em dois municípios do Estado do Rio Grande do Sul.** Dissertação (Mestrado em Ciências Sociais) – Programa de Pós-Graduação em Ciências Sociais da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2010, 124 f. Disponível em: http://tede2.pucrs.br/tede2/handle/tede/4669Acesso em: 28 mai. 2020.

MENDEL, Toby. **El Derecho a laInformaciónen América Latina**: comparaciónjuridica. Quito: UNESCO, 2009.

MILL, John Suart. **Considerações sobre o governo representativo.** Tradução de Denise Bottman. 1. ed. Porto Alegre: L&PM, 2020.

PINHO, José Antonio Gomes de. Investigando portais de governo eletrônico de estados no Brasil: muita tecnologia, pouca democracia. In.: **Revista de Administração Pública**. Rio de Janeiro, 2008. Disponível em: https://www.scielo.br/pdf/rap/v42n3/a03v42n3.pdf. Acesso em: 08 jun. 2020.

SANTOS, Paloma Maria; BERNARDES, Marciele Berger; ROVER, Aires José. **Teoria e prática do governo aberto:** lei de acesso à informação nos executivos municipais da região sul. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2012.

SILVA, Rosane Leal da. A atuação do poder público no desenvolvimento da Internet: das experiências de governo eletrônico às diretrizes previstas na Lei 12.965/2014. In: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto; LIMA, Cíntia Rosa Pereira. **Direito e Internet III: Marco Civil da Internet III – tomo I.** São Paulo: QuartierLatin, 2015, p. 207-234.

VELOSO, Renato. **Tecnologias da informação e comunicação:** desafios e perspectivas. São Paulo: Saraiva, 2011.

REFLEXÕES SOBRE A INTERPRETAÇÃO DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS E A LEI DE LIBERDADE ECONÔMICA

Lucas Naif Caluri
Doutorando em Direito pela Universidade Mackenzie de São Paulo. Mestre em Direito pela Universidade Metodista de Piracicaba. Especialista pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas. Graduado em Direito pela Faculdade de Direito de São Carlos. Professor do Centro Universitário Salesiano de São Paulo - Unidade Campinas (UNISAL). Professor da Pontifícia Universidade Católica (PUC-Campinas). Professor da Faculdades de Campinas (FACAMP). Advogado.

Gianfranco Silva Caruso
Doutorando em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Mestre em Direitos de Titularidade Difusa e Coletiva pelo Centro Universitário Salesiano de São Paulo. Especialista em Direito Público e em Direito Penal pelo Centro Universitário Salesiano de São Paulo. Professor do Centro Universitário Salesiano de São Paulo - Unidade Lorena (UNISAL). Promotor de Justiça do Ministério Público de São Paulo.

RESUMO: A Lei da Liberdade Econômica trouxe mudanças na teoria geral dos negócios jurídicos e teoria geral dos contratos. São modificações nos art. 113, 421 e 421-A, do Código Civil. O trabalho é realizado com supedâneo na revisão bibliográfica da doutrina, enfrentará as novidades legislativas trazidas nos negócios jurídicos e na teoria geral dos contratos. O estudo traçará as linhas oferecidas pelo legislador, analisando o alcance do princípio da autonomia da vontade com toda a evolução social dos contratos.
PALAVRAS-CHAVE: Negócios Jurídicos; Contratos; Lei da Liberdade Econômica.

ABSTRACT: The Economic Freedom Act brought changes in the general theory of legal affairs and the general theory of contracts. These are modifications in art. 113; 421 and 421-A, of the Civil Code. The work is carried out with superintendence in the bibliographic review of the doctrine, it will face the legislative novelties brought in the legal businesses and in the general theory of contracts. The study will outline the lines offered by the legislator, analyzing the scope of the principle of autonomy of the will with all the social evolution of contracts.
KEYWORD: Legal Business; Contracts; Economic freedom.

INTRODUÇÃO

A nova Lei da Liberdade Econômica (Lei 13.874, de 20 de setembro de 2019) trouxe algumas novidades no que toca aos negócios jurídicos e na teoria geral dos contratos, em especial em artigos de conceitos abertos tão consagrados pela doutrina e jurisprudência.

Mudanças significativas no que tange a vontade das partes na realização de negócios jurídicos e consequentemente na confecção de contratos em geral, tais como: alteração do art. 113 do Código Civil; alteração do art. 421 e inclusão do novo art. 421-A, todos do Código Civil; aplicação irrestrita da Lei de Liberdade Econômica nos contratos e em especial nos contratos paritários.

Um novo conceito de pensamento vem sendo desenhado pelo legislador, com aplicação direta nas relações privadas, como a prevalência do princípio da autonomia privada em face da supremacia da ordem pública. Vê-se um viés mais liberal em detrimento do social.

O questionamento que se faz é: o princípio da autonomia privada pode se sobrepor, ao princípio da supremacia da ordem pública? Voltemos ao antigo modo de contratar, com a prevalência suprema do *pacta sunt servanda?*

1 DA EVOLUÇÃO DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS E CONTRATOS

A teoria geral dos contratos foi adaptada aos ditames Constitucionais de ordem social e focalizada na pessoa humana. O viés patrimonialista da codificação civil passada (Código Civil de 1916) foi aprimorado com o Código Civil de 2002, com as adaptações da Constituição Federal de 1998. Deixou-se de lado o indivíduo para se pensar no coletivo (princípio da sociabilidade). Houve toda uma evolução social nos contratos.

Acerca da Constitucionalização do Direito Privado, e tecendo as comparações entre o Código de 1916, que era patriarcal e centralizado no indivíduo, ensinam Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona (2011, p. 91). Na mesma linha evolutiva do direito civil, leciona Paulo Lobo (2012, p. 56) que a constitucionalização do direito civil é consequência da natureza do Estado Social.

Porém, com a entrada em vigor da Lei 13.874, de 2019, denominada Lei da Liberdade Econômica, que foi oriunda da MP 881, tentou-se uma mudança de paradigma no que tange a teoria geral dos contratos, na Constitucionalização do Direito Privado, em especial nas mudanças da parte geral e a teoria dos contratos.

É sabido que alguns dispositivos do Código Civil eram artigos de conceituação aberta, com boa margem de subjetivismo, dando conjuntura ao julgador, quando analisava um caso concreto, de averiguar o intento das partes, artigos que sempre foram muito bem aceitos pelos doutrinadores por conta do viés mais social e constitucional do direito civil.

Quanto à natureza aberta das normas e dos princípios, aponta Cristiano Chaves de Farias; Felipe Braga Netto e Nelson Rosenvald (2019, p. 506) que o sistema jurídico no século XXI se apresenta como um sistema aberto de princípios normativos.

Essa abertura conceitual, no entanto, não impede tais dispositivos de serem considerados como "artigos-chave" para interpretação dos negócios jurídicos.

Miguel Reale, a propósito, observou essa singularidade assinalando que tais disposições representam normas fundantes que dão sentido às demais, afirmando, expressamente, que "nenhum dos artigos do novo Código Civil me parece tão rico de consequências como o art. 113" (*Apud* Gonçalves, 2010, p. 65).

Comentando sobre a interpretação dos negócios jurídicos, antes das mudanças da Lei de Liberdade Econômica, Arnold Wald (2009, p.244), aponta que os princípios gerais da interpretação da lei são aplicáveis aos negócios jurídicos.

A fim de analisar detidamente o quanto aqui lançado, imperiosa a leitura e a análise atenta dos dispositivos ora citados.

2 DAS MUDANÇAS IMPOSTAS PELA LEI DA LIBERDADE ECONÔMICA

O atual art. 113, do Código Civil, com a nova redação dada pela Lei de Liberdade Econômica, acrescenta dois parágrafos da sua antiga redação, como se observa pela nova redação calcada na Lei 13.874/2019[1].

[1] Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.
§ 1º A interpretação do negócio jurídico deve lhe atribuir o sentido que: (Incluído pela Lei nº 13.874, de 2019)
I - for confirmado pelo comportamento das partes posterior à celebração do negócio; (Incluído pela Lei nº 13.874, de 2019)
II - corresponder aos usos, costumes e práticas do mercado relativas ao tipo de negócio; (Incluído pela Lei nº 13.874, de 2019)
III - corresponder à boa-fé; (Incluído pela Lei nº 13.874, de 2019)
IV - for mais benéfico à parte que não redigiu o dispositivo, se identificável; e (Incluído pela Lei nº 13.874, de 2019)
V - corresponder a qual seria a razoável negociação das partes sobre a questão discutida, inferida das demais disposições do negócio e da racionalidade econômica das partes, consideradas as informações disponíveis no momento de sua celebração. (Incluído pela Lei nº 13.874, de 2019)
§ 2º As partes poderão livremente pactuar regras de interpretação, de preenchimento de lacunas e de integração dos negócios jurídicos diversas daquelas previstas em lei. (Incluído pela Lei nº 13.874, de 2019)

Assim, o caput do referido dispositivo prescreveu a redação antiga do Código Civil, antes da Lei de Liberdade Econômica, que incluiu os parágrafos §1° e §2º. Desse modo, os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar da sua celebração.

A redação do caput do artigo entra em consonância com o Enunciado 409 da V Jornada de Direito Civil[2] que preceitua que se devem incluir no sentido da norma as práticas habitualmente adotadas entre as partes.

Interessante à redação do inciso IV, do §1° do art. 113 do Código Civil, que dispõe a respeito da interpretação dos negócios jurídicos, que deve ser mais benéfica a parte que não redigiu eventual avença, deixando assente uma velha máxima jurídica, qual seja, a interpretação favorável àquele que não redigiu o contrato (*interpretatio contra proferentem*), norma que sempre foi aplicada aos contratos de adesão. De acordo com mudança e a inclusão dos parágrafos e incisos ao novo dispositivo do Código Civil, haverá a aplicação da interpretação favorável àquele que não redigiu também nos contratos paritários, isto é, a norma em comento deixa assente o seu intento nesse sentido.

Quanto ao §2º do art. 113, a intenção legislativa é latente quanto à prevalência do princípio da autonomia da vontade das partes, eis que autoriza a criação e a validade de normas realizadas pelos próprios particulares em detrimento de outras leis contrárias ao objetivo pactuado.

É preciso ter em mente que a Lei de Liberdade Econômica – como o próprio nome sugere – tem a finalidade de chancelar o pactuado em prejuízo do legislado, com a mesma diretriz imposta pela Reforma da CLT, a título de exemplo, quanto à prevalência do negociado em detrimento do legislado (art. 611-A da CLT incluído pela Reforma da CLT – Lei 13.467 de 2017).

A dúvida que fica é: qual o limite dessa liberdade? O juiz, analisando eventual litígio entre as partes, estaria impedido de analisar a pactuação nos moldes do §2°, do art. 113 do Código Civil?

Comentando sobre a inclusão do §2° do Código Civil e a inafastabilidade do Poder Judiciário quanto à análise dos contratos, elucida Flávio Tartuce (2020, p. 222) a relevância da intervenção do Poder Judiciário em casos de abusos negociais ou em havendo a tão citada lesão a norma de ordem pública.

---

[2] JUSTIÇA FEDERAL. Conselho da Justiça Federal. Disponível em: https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/EnunciadosAprovados-Jornadas-1345.pdf Acesso em: 11 set. 2020.

Passando-se as novas mudanças colacionadas pela Lei da Liberdade Econômica, outras novidades dignas de reflexões são as novas diretrizes e disposições elencadas nos contratos, a exemplo dos artigos 421; 421-A do Código Civil.

Dispõe o artigo 421 do Código Civil que: a liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato. Parágrafo único: Nas relações contratuais privadas, prevalecerão o princípio da intervenção mínima e a excepcionalidade da revisão contratual.

O parágrafo único do citado artigo é enfadonho, reflete um retrocesso a ordem jurídica e social dos contratos, tanto quanto a evolução dos direitos e de toda a teoria contratual embasada na dignidade da pessoa humana, que foi construída durante anos no Poder Judiciário.

O princípio da autonomia da vontade das partes nunca foi um princípio absoluto no direito. O *pacta sunt servanda* deve respeitar outros princípios do direito contratual e inclusive, respeitar os princípios Constitucionais já sedimentados pela evolução social do Direito, como o princípio da dignidade da pessoa humana e o da função social do contrato, todos prescritos na Carta de 1988. O liberalismo nunca foi absoluto no Direito Contratual, sempre esbarrou nos limites da Ordem Social do Direito.

Com efeito, observando a evolução e o enquadramento constitucional da matéria, Fiúza afirma que "a hermenêutica contratual deverá ter como base os valores consagrados na Constituição Federal, alicerce de nosso ordenamento jurídico" (2015, p. 607).

Comentando sobre o tema, Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona Filho (2017, p. 406):

> Como já diziam os antigos, em conhecido ditado: "nem tanto ao mar, nem tanto à terra", ou seja, não pode ser considerado justo o modelo de contrato que só contemple a manifestação de vontade da parte declarante, seguindo diretriz tipicamente liberal, impondo-se, outrossim, a observância dos limites traçados pela própria ordem social, a fim de que a perseguição dos interesses das partes contratante não esbarre em valores constitucionais superiores, condensados sinteticamente no princípio da dignidade da pessoa humana.
> Para nós, a função social do contrato é, antes de tudo, um princípio jurídico de conteúdo indeterminado, que se compreende na medida em que lhe reconhecemos o precípuo efeito de impor limites à liberdade de contratar, em prol do bem comum.
> E essa socialização traduz, em nosso sentir, um importante marco na história do Direito, uma vez que, com ela, abandonaríamos de vez o modelo clássico-individualista típico do século XIX.

Quanto ao que foi aqui exposto e considerando a inovação legal prevendo o princípio da intervenção mínima, (que nunca existiu ou foi defendido entre os estudiosos), bem como a excepcionalidade da revisão contratual, vê-se muitos institutos contrários ao que determina a

Carta Magna, como o artigo 5°, inciso XXXV[3], que garante como direito fundamental a inafastabilidade da jurisdição. A mudança do citado artigo, caso não seja tomada como mero vetor ao intérprete, flerta com a inconstitucionalidade de ordem material.

Isso porque a legislação infraconstitucional não poderia impor uma barreira dessa natureza a apreciação da matéria pelo Poder Judiciário.

O máximo que se poderia dizer, no entanto, é que o legislador andou por fixar balizes hermenêuticas ao aplicador do direito tal como uma recomendação para intervir o mínimo possível nas relações contratuais e, quando necessário, promova a revisão que seja estritamente necessária para a preservação da segurança jurídica.

Igualmente, a previsão no art. 421, parágrafo único, de um princípio de intervenção mínima e de excepcionalidade de revisão contratual, vai contra a toda evolução social do Direito, deixando evidente o retrocesso social da norma criada pela Lei de Liberdade Econômica.

Ora, poderia a lei excepcionalizar a revisão contratual, mediante uma Lei Ordinária posterior (Lei 13.874 de 2019), considerando a previsão constitucional do direito fundamental da inafastabilidade da jurisdição, conforme art. 5º, XXXV, da CF? Na mesma linha de raciocínio, poderia a Lei da Liberdade Econômica prever e definir que no direito contratual o Estado interferirá minimamente? O raciocínio legislativo não é contrário a toda evolução social do Direito, em especial dos direitos fundamentais e evolução contratual?

A mudança do artigo 421 do Código Civil também é contrária ao tão elogiado e aclamado Enunciado 23 CJF/STJ: A função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil, não elimina o princípio da autonomia contratual, mas atenua ou reduz o alcance desse princípio quando presentes interesses metaindividuais ou interesse individual relativo à dignidade da pessoa humana.

É clara a mudança proposta pela Lei da Liberdade Econômica com a inclusão do parágrafo único do art. 421 do Código Civil.

A inclusão de um novo princípio de intervenção mínima, conforme já adiantado, é desconhecida por todos os civilistas. Comentando sobre o tema Anderson Schreiber (2019, p. 245-246, *apud* TARTUCE, 2020, p. 559):

---

[3] 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;

> A MP n. 881/19 também introduziu no art. 421 um parágrafo único, que estabelece a prevalência de um assim chamado 'princípio da intervenção mínima do Estado' e reserva caráter 'excepcional' à revisão contratual 'determinada de forma externa às partes'. Mais uma vez, o equívoco salta aos olhos. Não existe um 'princípio da intervenção mínima do Estado'; a intervenção do Estado nas relações contratuais de natureza privada é imprescindível, quer para assegurar a força vinculante dos contratos, quer para garantir a incidência das normas jurídicas, inclusive das normas constitucionais, de hierarquia superior à referida medida provisória. A MP n. 881/19 parece ter se deixado se levar aqui por uma certa ideologia que enxerga o Estado como inimigo da liberdade de contratar, quando, na verdade, a presença do Estado – e, por conseguinte, o próprio Direito – afigura-se necessária para assegurar o exercício da referida liberdade. No que tange à revisão contratual, também parece ter incorrido a medida provisória nessa falsa dicotomia entre atuação do Estado-juiz e liberdade de contratar, quando, ao contrário, a revisão contratual privilegia o exercício dessa liberdade ao preservar a relação contratual estabelecida livremente entre as partes, ao contrário do que ocorre com a resolução contratual, remédio a que já tem direito todo contratante nas mesmas situações em que a revisão é cabível (v. comentários ao art. 478). Se a intenção da MP foi evitar que revisões judiciais de contratos resultem em alterações excessivas do pacto estabelecido entre as partes, empregou meio inadequado: afirmar que a revisão contratual deve ser excepcional nada diz, porque não altera as hipóteses em que a revisão se aplica, as quais são expressamente delimitadas no próprio Código Civil. O novo parágrafo único, acrescentado pela MP, tampouco indica parâmetros, critérios ou limites à revisão contratual, o que leva a crer, mais uma vez, que a alteração não produzirá qualquer efeito relevante no modo como a revisão contratual é aplicada na prática jurisprudencial brasileira – aplicação que, de resto, já se dá com bastante cautela e parcimônia, sem interferências inusitadas no conteúdo contratual".

Assim, a questão central da presente reflexão é: É válida a criação de um novo princípio, até então desconhecido por todos os estudiosos de Direito Civil, embutido na Codificação Privada, através da redação do atual artigo 421 do Código Civil?

O texto da MP estabelecia, ignorando a necessidade desses reparos, que "a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato, observado o disposto na Declaração de Direitos de Liberdade Econômica". A redação procurava reduzir, ainda mais a abrangência da função social do contrato, limitando-a ao conteúdo do art. 3º da norma, que trata da Declaração de Direitos de Liberdade Econômica, o que, por bem, acabou não prosperando.[4]

Já o parágrafo único do art. 421, desde o texto original da medida provisória, definiu que a revisão contratual regida pelo Código Civil é excepcional. O novo entendimento aqui

[4] Texto da MP 881 de 2019: Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato, observado o disposto na Declaração de Direitos de Liberdade Econômica.

lançado vai de encontro a dois artigos de extrema funcionalidade no mundo jurídico, que são os art. 317 e 478 que prescrevem a teoria da imprevisão ou a teoria da onerosidade excessiva.[5]

Comentando sobre o tema, isto é, da possibilidade de revisão contratual, ensina Fabrício Zamprogna Matiello (2013, p. 316):

> A resolução por onerosidade excessiva consiste na possibilidade de rompimento do contrato quando as circunstâncias que presidem o momento da execução são tão diferentes daquelas existentes ao tempo da celebração que provocam benefício desmedido e imotivado para uma das partes e onerosidade descabida para outra, resultado da incidência de fatores externos e objetivos que se revelam extraordinários e imprevisíveis. Funda-se a solução legal não apenas em elementos jurídicos propriamente ditos, mas também noutros de caráter mora e ético, pois não se afigura justo nem razoável exigir de alguém que se sacrifique muito além do que normalmente resultaria da contratação firmada, carreando à parte contrária vantagem financeira igualmente inadmissível.

O parágrafo único do art. 421, de acordo com a sua nova roupagem vai de encontro aos art. 317 e 478 do próprio Código Civil, tendo em vista a previsão legal da excepcionalidade de revisão contratual, ou seja, a nova redação do parágrafo único do art. 421 dá força ao princípio da autonomia da vontade das partes, voltando-se ao antigo modelo patrimonial do Código de 1916, abandonando-se toda a construção social dos direitos e evolução contratual da Codificação Privada.

Até a presente data desse estudo, vivenciamos uma pandemia calamitosa do Covid-19, que repercutiu no mundo jurídico, em especial nos negócios e contratos firmados antes da pandemia, com efeitos presentes e futuros, a exemplo dos contratos de trato sucessivo, como locações. Pela simples leitura do parágrafo único do art. 421, verifica-se que o princípio da excepcionalidade de revisão contratual não tem aplicabilidade prática, o que novamente coloca em dúvida o seu teor, considerando toda a reflexão aqui lançada, principalmente toda a evolução do direito contratual e outros dispositivos do próprio Código Civil.

De mais a mais, outra novidade da Lei da Liberdade Econômica que merece destaque, é o novo artigo 421-A do Código Civil, que assim dispõe: Os contratos civis e empresariais presumem-se paritários e simétricos até a presença de elementos concretos que justifiquem o afastamento dessa presunção, ressalvados os regimes jurídicos previstos em leis especiais,

---

[5] A Lei 10.406, de 10.01.2002, destaca em seus artigos 317 e 478, "quando, por motivos imprevisíveis, sobrevier desproporção manifesta entre o valor da prestação devida e o do momento de sua execução, poderá o juiz corrigi-lo, a pedido da parte, de modo que assegure, quanto possível, o valor real da prestação". "Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação".

garantido também que: I - as partes negociantes poderão estabelecer parâmetros objetivos para a interpretação das cláusulas negociais e de seus pressupostos de revisão ou de resolução; II - a alocação de riscos definida pelas partes deve ser respeitada e observada; e III - a revisão contratual somente ocorrerá de maneira excepcional e limitada.

Primeiro ponto de observação é que o Código Civil de 2002 unificou o tratamento dos contratos civis e empresariais, logo, não se justifica diferenciar quanto as normas jurídicas incidentes na atual realidade jurídica, isto é, no que concerne aos contratos empresariais em que as partes figuram como empresários, aplicável a teoria geral dos contratos.

Agora temos de forma inequívoca a intenção do legislador de uma menor intervenção nos contratos paritários civis ou empresariais. Para Tartucci (2019, p. 222) "a nova *lei da liberdade econômica* não traz qualquer impacto para os contratos de consumo, sendo dirigida aos contratos civis em geral, não submetidos ao CDC".

O principal âmbito de aplicação da nova redação diz respeito aos *contratos paritários*. De acordo com a definição de contrato de adesão e tecendo alguns comentários do contrato paritário, ensina Washington de Barros Monteiro (2007, p. 34) existe outra categoria contratual, em que não ocorre a liberdade contratual devido à preponderância de um dos contratantes, são os chamados contratos de adesão.

Pretende o legislador, com o novo art. 421-A, dar segurança jurídica ao que foi acordado entre as partes, isto é, tenta-se afastar, a todo custo, a revisão contratual ou litígios futuros, dando-se poder ao princípio da autonomia da vontade das partes.

Quanto ao inciso I do art. 421-A, é possível concluir a intenção legislativa de declinar um critério mais objetivo na apreciação dos negócios jurídicos/contratos, uma vez que a Lei de Liberdade Econômica adota claramente esse intuito objetivo de averiguação e de seus pressupostos de revisão ou de resolução.

Aliás, a norma em comento, conversa com o enunciado 23 da *I Jornada de Direito Comercial*[6]: "em contratos empresariais, é lícito às partes contratantes estabelecer parâmetros objetivos para a interpretação dos requisitos de revisão e/ou resolução do pacto contratual".

Corroborando o quanto aqui alegado, é possível verificar esse parâmetro objetivo proposto Lei de Liberdade Econômica, com a mudança na desconsideração da personalidade

[6] JUSTIÇA FEDERAL. Conselho da Justiça Federal. Disponível em: https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-de-direito-comercial/livreto-i-jornada-de-direito-comercial.pdf/ Acesso em: 11 set. 2020.

jurídica, com a inclusão do §2°, do art. 50 do Código Civil, que define, objetivamente, o que será considerado, no caso prático, hipóteses de confusão patrimonial.[7]

No mesmo sentido, o art. 421-A, inc. II, do CC/02, promove a alocação de riscos definida pelas partes deve ser respeitada e observada. Já o inc. III do art. 421-A reprodução o parágrafo único do art. 421 "a revisão contratual somente ocorrerá de maneira excepcional e limitada".

Assim, a Lei de Liberdade Econômica inovou, e muito, nas relações privadas. Podemos observas as mudanças, conforme o quadro comparativo abaixo, que traz a antiga redação do Código Civil, a redação da MP 881 e a atual redação imposta pela Lei da Liberdade Econômica (Tabela 1).

[7] A Lei 10.406, de 10.01.2002, aponta em seu art. 50, que "em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial, pode o juiz, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, desconsiderá-la para que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares de administradores ou de sócios da pessoa jurídica beneficiados direta ou indiretamente pelo abuso.
§ 1º Para os fins do disposto neste artigo, desvio de finalidade é a utilização da pessoa jurídica com o propósito de lesar credores e para a prática de atos ilícitos de qualquer natureza.
§ 2º Entende-se por confusão patrimonial a ausência de separação de fato entre os patrimônios, caracterizada por:
I - cumprimento repetitivo pela sociedade de obrigações do sócio ou do administrador ou vice-versa;
II - transferência de ativos ou de passivos sem efetivas contraprestações, exceto os de valor proporcionalmente insignificante; e
III - outros atos de descumprimento da autonomia patrimonial".

Tabela 1 - quadro comparativo da redação do artigo 421 Código Civil (Lei 10.406/2002), a MP 881, e, por último, a Lei de Liberdade Econômica (Lei 13.874/19).

Art. 421 do CC. Redação original.	Art. 421 do CC. Redação com a MP 881.	Art. 421 do CC. Redação após a lei 13.874/19.
A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.	Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato, observado o disposto na Declaração de Direitos de Liberdade Econômica. Parágrafo único. Nas relações contratuais privadas, prevalecerá o princípio da intervenção mínima do Estado, por qualquer dos seus poderes, e a revisão contratual determinada de forma externa às partes será excepcional.	A liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato. Parágrafo único. Nas relações contratuais privadas, prevalecerão o princípio da intervenção mínima e a excepcionalidade da revisão contratual.

Fonte: Elaboração dos próprios autores, (2020).

CONCLUSÃO

Conforme analisado, a Lei de Liberdade Econômica procura valorizar a autonomia privada em detrimento de outros princípios, tais como: princípio da função social do contrato; princípio da inafastabilidade da jurisdição; obediência a normas de ordem pública, inclusive quando a Lei de Liberdade Econômica dá carta branca para a interpretação e criação de novas normas, em prejuízo das já existentes.

Vimos que o Código de Direito Civil evoluiu, tendo um viés mais social (princípio da sociabilidade), com prevalência do bem comum, deixando de lado o viés liberal do século

XIX e XX. O ramo contratual passou a prever diversos princípios coletivos, todos com amparo na Constituição Federal de 1988 e Código Civil de 2002.

Desse modo, torna-se delicado afirmar que a autonomia privada, isto é, a força obrigatória dos contratos e a nova intervenção mínima passaram a ser princípios contratuais inafastáveis e absolutos. Mais delicado ainda é ignorar toda a evolução do Direito Civil, com os novos parâmetros Constitucionais das relações privadas. Voltar com o modelo antigo, é retroceder com as conquistas sociais.

Assim, deve o intérprete ter cautela quanto a aplicação irrestrita das novas modificações, ponderando toda a evolução do direito contratual uma vez que o princípio da autonomia da vontade das partes *deve* respeitar outros princípios do direito contratual e inclusive, respeitar os princípios Constitucionais já sedimentados pela evolução social do Direito, como o princípio da dignidade da pessoa humana e o da função social do contrato, todos prescritos na Carta de 1988. A mudança mais sensível imposta pela Lei de Liberdade Econômica diz respeito ao princípio da intervenção mínima nos contratos pelo Estado, ou seja, impõe como princípio a não intervenção Estatal nas relações privadas. A mudança é temerária, considerando todos os percalços das relações privadas. Imagine a não interferência, no atual contexto da pandemia de Covid-19? Prever um princípio de não intervenção é ignorar a Constituição Federal e todos os direitos fundamentais, inclusive o direito de discutir junto ao Judiciário eventuais abusos cometidos.

O viés liberal e patrimonial do Código Civil perdeu espaço com o tempo, encontrando limites na Constituição Federal, e com o advento do Código Civil de 2002.

Abusos contratuais são comuns no Brasil - sobretudo neste momento de pandemia, época em que se escreve esse estudo -, sendo imperiosa a intervenção estatal, por meio do Poder Judiciário, a fim de averiguar eventuais abusos de direito, a assegurar a igualdade contratual.

Destarte, a previsão de excepcionalidade de revisão contratual e a previsão de intervenção estatal mínima tornam-se inoperantes, considerando toda a evolução história dos contratos, esbarrando a sua aplicação, igualmente, nos princípios constitucionais da inafastabilidade de jurisdição, previsto no art. 5°, XXXV e na função social do contrato, previsto no art. 5° XXIII, extensível ao direito de contratar.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em: 12 set. 2020.

BRASIL. Lei 8.078/90, de 11 de setembro de 1990. **Institui sobre a proteção do consumidor e dá outras providências**. Brasília, 1990. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm Acesso em: 11 set. 2020.

BRASIL. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**. Brasília, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm Acesso em: 11 set. 2020.

BRASIL. Lei 13.874, de 20 de setembro de 2019. **Institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica; estabelece garantias de livre mercado.** Brasília, 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13874.htm Acesso em: 11 set. 2020.

FARIAS, Cristiano Chaves; NETTO, Felipe Braga; ROSENVALD, Nelson. **Manual de Direito Civil.** 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2019. 506 p.

FIUZA, César. **Direito Civil**. Curso Completo. 18. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Manual de Direito Civil Volume Único.** 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. 406 p.

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo Curso de Direito Civil.** 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. 91 p.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**, vol. 3, 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

JUSTIÇA FEDERAL. **Conselho da Justiça Federal**. Disponível em: https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/EnunciadosAprovados-Jornadas-1345.pdf Acesso em: 11 set. 2020.

JUSTIÇA FEDERAL. **Conselho da Justiça Federal**. Disponível em: https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-de-direito-comercial/livreto-i-jornada-de-direito-comercial.pdf/ Acesso em: 11 set. 2020.

JUSTIÇA FEDERAL. **Conselho da Justiça Federal**. Disponível em: https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/EnunciadosAprovados-Jornadas-1345.pdf Acesso em: 11 set. 2020.

LOBO. Paulo. **Direito Civil**. Parte Geral. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. 56 p.

MATIELLO, Fabrício Zamprogna. **Código Civil Comentado**. 5. ed. São Paulo: Ltr, 2013. 316 p.

MONTEIRO, Washington de Barros; PINTO, Ana Cristina de Barros Monteiro França. **Curso de Direito Civil.** Direito das Obrigações 2. Parte. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. 34 p.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. 10. ed. São Paulo: Editora Método, 2020. 222; 559 p.

TARTUCE, Flávio. **A "lei da liberdade econômica"** (lei 13.874/19) e os seus principais impactos para o Direito Civil. 2019. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/depeso/313017/a-lei-da-liberdade-economica-lei-13874-19-e-os-seus-principais-impactos-para-o-direito-civil-segunda-parte Acesso em: 11 maio 2020.

WALD, Arnoldo. **Direito Civil.** Introdução e Parte Geral. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. 244 p.

"BACURAU": ESTUDO OBSERVACIONAL DAS RELAÇÕES HUMANAS A PARTIR DE ELEMENTOS DO FILME VINCULADAS AO BIOPODER E À BIOPOLÍTICA

Clarissa de Souza Guerra
Mestranda do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Maria. E- mail: clarasouzaguerra@hotmail.com.

Francieli Iung Izolani
Mestranda do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Maria. E- mail: franizolani@hotmail.com.

RESUMO: As relações humanas, a partir da segunda metade do século XX, sofreram transformações especialmente pelo incremento de novas tecnologias e da possibilidade de diferentes interações entre os sujeitos. Assim, Umberto Galimberti aponta a técnica como o próprio ambiente no interior do qual o homem sofre modificações, voltado a atingir o máximo de objetivos com o emprego mínimo dos meios. Nesse contexto, utiliza-se da obra fílmica "Bacurau" como objeto de estudo do presente trabalho. O enredo conta a história de um povoado no interior de Pernambuco, chamado Bacurau, em que pouco após a morte da idosa Carmelita, os moradores descobrem que a comunidade não consta mais em qualquer mapa. "Bacurau" revela o (constante) estado de guerra a que se está submetido, em que a vida humana assume um estrito valor econômico, bem como diversas manifestações do biopoder. Trata-se da desumanização dos sujeitos, pois o capital ganha evidência e ~~se~~ desconsidera qualquer vínculo de humanidade existente nas relações sociais, sob argumentos vagos e dotados de frieza.
PALAVRAS-CHAVE: Técnica; Bacurau; biopoder.

RESUMEN: Las relaciones humanas, desde la segunda mitad del siglo XX, sufrieron cambios especialmente debido al aumento de las nuevas tecnologías y la posibilidad de diferentes interacciones entre sujetos. Así, Umberto Galimberti apunta a la técnica como el entorno mismo en el que el hombre sufre modificaciones, encaminadas a alcanzar las máximas metas con el mínimo uso de medios. En este contexto, la obra cinematográfica "Bacurau" se utiliza como objeto de estudio de la presente obra. La trama cuenta la historia de un pueblo del interior de Pernambuco, llamado Bacurau, en el que poco después de la muerte de la anciana Carmelita, los vecinos descubren que la comunidad ya no está en ningún mapa. "Bacurau" revela el (constante) estado de guerra al que está sometido, en el que la vida

humana adquiere un estricto valor económico, así como varias manifestaciones del biopoder. Se trata de la deshumanización de los sujetos, porque se desconocen las evidencias de plusvalías y cualquier vínculo de humanidad que exista en las relaciones sociales, bajo argumentos vagos y dotado de frialdad.
PALABRAS LLAVE: Técnica; Bacurau; biopoder.

INTRODUÇÃO

As relações humanas, a partir da segunda metade do século ~~20~~ XX, sofreram transformações especialmente pelo incremento de novas tecnologias e da possibilidade de diferentes interações entre os sujeitos. Assim, Umberto Galimberti aponta a técnica como o próprio ambiente no interior do qual o homem sofre modificações, voltado a atingir o máximo de objetivos com o emprego mínimo dos meios.

O presente trabalho toma como tema central a análise da biopolítica e das implicações da Idade da Técnica, a partir da decomposição do filme brasileiro "Bacurau". Lançado em agosto do ano de 2019, o filme é dirigido por Kleber Mendonça Filho e Juliano Dornelles e tem em seu elenco figuras como Sônia Braga e Udo Kiler.

Cabe ressaltar que a Idade da Técnica, em que pese não restrinja tão somente à tecnologia, foi fortemente promovida por esta. Umberto Galimberti (2015, p. 14) considera que a economia, que antes era a forma mais elevada de racionalidade, cedeu sua superioridade à técnica, pois ainda está arraigada à "paixão humana pelo dinheiro".

A obra fílmica conta a história de um povoado no interior de Pernambuco, chamado Bacurau. Na localidade, após a morte da anciã Carmelita, fatos estranhos começam a ocorrer, a começar pela ausência da comunidade nos mapas e o ataque a uma propriedade, que vitimizou seus moradores. A partir daí, o desafio é identificar o inimigo e estabelecer um meio coletivo de defesa.

Conforme Deleuze (2005, p. 189), "É somente quando o movimento se torna automático que a essência artística da imagem se efetua: *produzir um choque no pensamento, comunicar vibrações ao córtex, tocar diretamente o sistema nervosos e cerebral"* (grifo do autor). E é justamente esse o princípio do filme "Bacurau": promove desconforto, deixa questionamentos e o desejo de compartilhar as reflexões.

Por isso, este trabalho, que é desenvolvido a partir das leituras realizadas na disciplina de "Ambiente, Biopolítica e Direito" do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Maria, se volta ao estudo das relações humanas na Idade da

Técnica, a partir da correlação dos elementos do filme Bacurau com o biopoder e a Biopolítica, considerando as contribuições teóricas de Michel Foucault (2002). Trata, especificamente, de um estudo dos elementos de conflito e de desigualdade social apresentados pelo filme Bacurau, a partir do contexto da Idade da Técnica, conduzindo à percepção de um biopoder no âmbito da relação homem x técnica, enquanto manifestação da Biopolítica.

Busca-se responder à seguinte problemática: "Em que medida os elementos de conflito e de desigualdade social apresentados pelo filme "Bacurau" revelam os efeitos da Idade da Técnica, conduzindo à percepção de um "biopoder" no âmbito da relação homem x técnica?".

Assim, tem-se como objetivo geral estudar elementos de conflito e de desigualdade social apresentados pelo filme "Bacurau", no contexto da Idade da Técnica, conduzindo à percepção de um "biopoder" no âmbito da relação homem x técnica. Para alcançar este objetivo, inicialmente, aponta-se do que se trata a Idade da Técnica e as suas implicações para a humanidade, com referências de Umberto Galimberti, e as nuances do biopoder, a partir da obra de Michel Foucault, enquanto manifestação da Biopolítica.

Num segundo momento, passa-se à decomposição do filme "Bacurau", buscando os elementos de conflito e desigualdade social elucidados pela obra cinematográfica. Por fim, verifica-se em que medida os efeitos da Idade da Técnica são verificados no cenário do filme "Bacurau", com a percepção de um "biopoder" nas relações humanas, interpretando os elementos coletados.

> Analisar um filme é sinônimo de decompor esse filme [...] O objetivo da Análise é, então, o de explicar/esclarecer o funcionamento de um determinado filme e propor-lhe uma interpretação. Trata-se, acima de tudo, de uma atividade que separa, que desune elementos (PENAFRIA, 2009, p. 01).

Dessa forma, utiliza-se, enquanto metodologia, para tratar sobre a Idade da Técnica e estabelecer relações esta e a percepção de um biopoder, a partir do filme "Bacurau", o método dedutivo, partindo-se das teorias de Umberto Galimberti e Michel Foucault, até a verificação da ocorrência dos fenômenos particulares. No que tange à obra fílmica, utiliza-se a análise de conteúdo, que, conforme Penafria (2009, p. 06), "considera o filme como um relato e tem apenas em conta o tema do filme", implicando, assim, a identificação do tema, com o resumo e decomposição do filme, a partir do tema principal.

1 A IDADE DA TÉCNICA ENQUANTO EXPRESSÃO DO BIOPODER NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA

A segunda metade do século XX inaugurou um novo formato de vida para a humanidade: a ascensão dos direitos humanos e a sua institucionalização, a partir da Declaração Universal dos Direitos Humanos, no ano de 1948, e, em contrapartida, a fundação da Idade da Técnica, conforme aponta Umberto Galimberti (2015), com as novas conformações da biopolítica global, a partir de um biopoder, nas palavras de Michel Foucault (2002). Isso se deu em decorrência da modernidade, segundo estudiosos, que fecundou um novo terreno para relações humanas mais frágeis e movidas pela técnica.

Nesse contexto, Agamben (2007, p. 125) afirma, a partir da obra foucaultiana, que isso desencadeia "o processo através do qual, às portas da Idade Moderna, a vida torna-se a aposta em jogo na política com uma fórmula exemplar [...]". O homem que, por milênios, permaneceu enquanto um sujeito vivente e capaz de existência política, torna-se, na modernidade, "um animal em cuja política está em questão a sua vida de ser vivente". O referido autor, porém, afirma que Foucault continuou a estudar os "processos de subjetivação", em que o indivíduo acaba a objetivar o próprio eu e constitui-se enquanto sujeito. Vincula-se, então, a um poder de controle externo.

Deve-se considerar o contexto histórico da consolidação da técnica e fragilização do humanismo, marcado pelos horrores da Segunda Guerra Mundial. Embora a técnica não se confunda tão somente com a tecnologia, pode-se dizer que esta foi uma das grandes propulsoras da Idade da Técnica. "A economia era a forma mais elevada de racionalidade antes do advento da técnica, mas cedeu sua superioridade à técnica, porque a economia ainda sofre de uma paixão humana: *a paixão pelo dinheiro* [...]" (grifo do autor), conforme Galimberti (2015, p. 14).

Na medida em que a economia ainda se vincula a uma paixão humana, trata-se de uma ciência "humanista", o que não se sucede com a técnica, que, inclusive, promove transformações nas próprias categorias humanistas. Cabe destacar que a Segunda Guerra Mundial é entendida como o limiar da era técnica, afirma Galimberti (2015), pois esta foi reforçada pelos conflitos, a partir de um cenário de desenvolvimento tecnológico que determinou uma mutação antropológica sem precedentes.

Por outro lado, os direitos humanos, "produzidos pelo capitalismo como um dado natural, tornaram-se, portanto, sinônimos de direitos inalienáveis da essência do que é ser homem", aponta Coimbra (2011, p. 87-88). Para a autora, esses direitos foram construídos

conforme uma determinada perspectiva histórica, atendendo a certos interesses. Dentre essas prerrogativas, a proteção à vida é a mais essencial e primordial para a garantia dos demais direitos.

A própria concepção de "vida" e de "humano" não se mostra enquanto um conceito fechado, mas sim, sujeito a transformações conforme a realidade vigente:

> Queremos, portanto, afirmar aqui um direito e uma humanidade positivada enquanto processos imanentes, não definidos, não dados e não garantidos necessariamente pelas leis, mas que, por isso mesmo, precisam afirmar a vida em toda a sua potência de criação. A desnaturalização dos conceitos de direitos e de humano implica em um desafio permanente (COIMBRA, 2011, p. 91).

Considerando, assim, os direitos e os humanos como práticas sociais, experiências como o nazismo e o fascismo revelaram outra faceta da "vida", em que apenas algumas vidas eram consideradas de valor e passíveis de manutenção, sob argumentos como o de salvaguardar determinada "raça". Da mesma forma, mostram-se como as introdutoras da Idade da Técnica, na medida em que retiram do indivíduo todo o seu humanismo, colocando-o como mero instrumento a serviço de um biopoder:

> Fascismo e nazismo são, antes de tudo, uma redefinição das relações entre o homem e o cidadão e, por mais que isto possa parecer paradoxal, eles se tornam plenamente inteligíveis somente se situados sobre o pano de fundo biopolítico inaugurado pela soberania nacional e pelas declarações dos direitos (AGAMBEN, 2007, p. 137).

Nesse sentido, a técnica não se trata de um meio à disposição do homem, mas sim do próprio ambiente no interior do qual o sujeito sofre modificação, estando à mercê daquilo que a técnica poderá promover na vida humana, assevera Galimberti (2015). Dessa forma, é relevante o estudo do biopoder enquanto uma nova percepção do sujeito "humano" e da vida especialmente a partir da segunda metade do século XX com a apropriação da técnica enquanto um fim e não como meio.

A sociedade contemporânea é protagonizada por diferentes focos de poder, seja pela existência de instituições, a começar pelo próprio Estado, ou por diversos mecanismos de controle social. Nesse sentido, a partir de uma relação ético-política complexa, o biopoder "implica um grande desafio humanitário, definido pela articulação entre a esfera institucional de ação com a esfera social dos interesses individuais e coletivos", aponta Sarmento (2008, p. 251).

Trata-se de uma relação de poder que se estabelece no contexto das biotecnologias e da necessidade de análise ética dos limites da interferência da técnica na vida humana. Isso, porque, Galimberti (2015, p. 17) já preceitua que "A técnica modifica radicalmente o nosso modo de pensar, porque as máquinas, embora concebidas pelos homens, já contêm uma objetivação da inteligência humana que é muito superior à competência dos indivíduos". Detém, portanto, uma capacidade que transcende à das pessoas.

E, assim, o acesso à tecnologia se mostra enquanto um instrumento de poder e controle, na medida em que não são todos os sujeitos e povoados que têm isso ao seu alcance. Especialmente, quando se refere ao Estado brasileiro, evidencia-se a desigualdade também no âmbito tecnológico:

> Em país pobre, tecnologia é fetiche. Em que sentido é fetiche? Se você pode aceder à tecnologia, isso faz uma diferença, e é uma diferença de *status*, de prestígio. A tecnologia faz uma diferença social. Então, o entendimento de que se está dentro do progresso ou da evolução tecnológico é feito pela via do consumo, e não pela via da produção ou da inovação. As elites pensam que basta aceder ao uso para se alcançar a modernidade. É por isso que considero a discussão muito limitada: o máximo que se consegue é o acesso a ela através do uso, e não a sua produção (SANTOS, 2005, p. 163).

Como se vê, a possibilidade de acessar a tecnologia não implica, necessariamente, que se tenha alcançado o patamar de desenvolvimento tão sonhado pelos países pobres. Na verdade, cria-se um ciclo vicioso de dependência contínua por parte dos mais vulneráveis em relação aos que detém os meios de produção dessas tecnologias.

Deve-se considerar que a técnica não se confunde necessariamente e tão somente com a tecnologia, mas sim com todo um contexto que é posto pelo advento de uma nova forma de pensar e viver, movidos por um novo formato de poder. Nesse sentido, Foucault (2002) fala em um poder que está dissolvido desde as microrelações, sendo a técnica uma protagonista no âmbito destas.

Nesse contexto, para Galimberti (2015, p. 11), está-se diante de um novo poder, porque a técnica envolve a coordenação dos subequipamentos, voltada à garantia do funcionamento regular, de forma absoluta. Assim, a interrupção de um pequeno segmento acarreta o bloqueio de todo o equipamento. "Deste modo, a técnica confere poder a todos que trabalham no equipamento, um poder que os americanos identificaram claramente na definição *no making power*, o poder de não fazer".

Nesse contexto, as teorias de Foucault (2002) a respeito de biopoder e biopolítica surgem do aparecimento, nos séculos XVIII e XIX de um poder disciplinador e normalizador

que já não se exercia sobre os corpos individualizados nem se encontrava no tecido institucional da sociedade, como assevera Duarte (2016).

O poder concentrava-se na figura do Estado e se exercia com o fim de administrar a vida e o corpo da população:

> A partir do século 19 já não importava apenas disciplinar as condutas individuais, mas, sobretudo, implantar um gerenciamento planificado da vida das populações. Assim, o que se produzia por meio da atuação específica do biopoder não era mais apenas o indivíduo dócil e útil, mas era a própria gestão da vida do corpo social (DUARTE, 2016, p. 03).

Diante disso, a própria ideia do que se trata a "vida" e a "morte" sofre transmutações, de forma que a técnica acaba por comandar o ser humano. Trata-se de um processo de mercadorização da vida, numa coesão entre o *homo oeconomicus* do neo-liberalismo, a teoria do capital humano e a biogenética, afirma Duarte (2016). Tem uma "vida nua", com a politização dos fenômenos vitais, sempre voltando-se ao máximo controle e desfrute da vida.

Nesse sentido, o anseio por controlar a tudo e a todos, faz com que o ser humano busque, constantemente, meios de dominar o que lhe rodeia. O seu principal objeto de controle é a natureza, que, através da ciência e do método, passa a servir os interesses humanos, de forma desmedida. Galimberti (2015, p. 07) assevera que "a essência do humanismo é a ciência", devendo esta ser entendida como o todo que dá ao homem moderno a primazia sobre a ordem natural.

Assim, o conhecimento permitiu que a humanidade desenvolvesse mecanismos capazes de permitir o alcance de seus objetivos, seja através de armas cada vez mais potentes, ou substâncias químicas capazes de impulsionar a produção, dispositivos de monitoramento, etc. No entanto, é chegado o momento de refletir sobre em que medida esses mecanismos transformaram a própria noção de "vida" e de "humano", tendo consequências diretas nas relações entre os sujeitos.

Em momento anterior à Declaração Universal dos Direitos Humanos, o mundo assistiu ao pior evento de destruição e desumanização da história da humanidade: o holocausto, sob o frio argumento de pureza de determinada "raça". Nesse contexto, Agamben (2007, p. 146) trata do conceito de "vida nua" e "vida sacra":

> É como se toda valorização e toda "politização" da vida (como está implícita, no fundo, na soberania do indivíduo sobre a sua própria existência) implicasse necessariamente uma nova decisão sobre o limiar além do qual a vida cessa de ser politicamente relevante, é então somente "vida sacra" e, como tal, pode ser

> impunemente eliminada [...] A vida nua não está mais confinada a um lugar particular ou em uma categoria definida, mas habita o corpo biológico de cada ser vivente.

Dessa forma, elencar que uma vida é passível de eliminação e outra, não, torna-se um hábito numa sociedade marcada pelo biopoder. Ainda, o desenvolvimento de técnicas capazes de exterminar determinada "raça", como os campos de concentração e as câmaras de gás, representam e muito ~~d~~o contexto social, econômico e político da segunda metade do século XX. Pior que isso, no século XXI, intensifica-se o tráfico de pessoas, o tráfico de órgãos, o número de homicídios, revelando um cenário de mercadorização da vida, mas também de desumanidade.

Assim, Agamben (2007) afirma que se vive uma fase de separação entre humanitário e político, com o extremo deslocamento entre os direitos do homem e os direitos do cidadão. Isso, por sua vez, implica que as próprias organizações humanitárias não façam mais do que compreender a vida humana na figura da vida nua ou da vida sacra, mantendo, inclusive, certa solidariedade com as forças que deveriam combater.

É válida, nesse sentido, a discussão a respeito do conceito de "vida indigna de ser vivida": Agamben (2007) destaca que, para o especialista em Direito Penal, Karl Binding, esse conceito é o que permite encontrar resposta à impunidade do aniquilamento da vida:

> A solução do problema depende na verdade, segundo Binding, da resposta que se dá à pergunta: "existem vidas humanas que perderam a tal ponto a qualidade de bem jurídico, que sua continuidade, tanto para o portador da vida como para a sociedade, perdeu permanentemente todo o valor?" (AGAMBEN, 2007, p. 144).

A partir daí, elucida-se a realidade da sociedade contemporânea em que o interesse pelo poder se sobrepõe a qualquer princípio de humanismo, desconsiderando os danos e implicações éticas dos atos. Nesse sentido, a partir do contexto cinematográfico do filme "Bacurau", pode-se perceber uma série de elementos que são expressão da Idade da Técnica e permanente estado de guerra em que se encontra a humanidade.

A violência explícita enquanto único caminho para o desfecho vitorioso do povoado, a desigualdade e poder dos Estados Unidos em múltiplas dimensões, a corrupção do político que "vende" Bacurau ao grupo norte-americano- e a própria disposição deste em exterminar a pequena cidade são alguns aspectos que tornam o filme um misto de emoções, como medo e angústia. É uma obra que deixa o telespectador desconfortável e com muitos questionamentos.

2 “BACURAU” E A VIDA HUMANA: OS ELEMENTOS DO BIOPODER NO CONTEXTO CINEMATOGRÁFICO

“Bacurau” é um filme brasileiro, que estreou nos cinemas no segundo semestre do ano de 2019, sob a direção de Kleber Mendonça Filho e Juliano Dornelles. Trata-se de uma espécie de distopia, na medida em que, a partir de uma cidade fictícia denominada Bacurau, localizada no sertão de Pernambuco, revela um enredo que acontece alguns anos no futuro.

Por outro lado, apresenta tons de ficção científica, tratando-se, porém, essencialmente, de uma história de resistência, em todos os seus aspectos.

O filme começa pouco após a morte de dona Carmelita, aos 94 anos, e mostra os moradores de um pequeno povoado, que descobrem que a comunidade não consta mais em qualquer mapa. Além disso, uma sucessão de fatos estranhos leva-os à conclusão de que estão sendo vítimas de ataques.

Inicialmente, cabe destacar que a trama, marcada pela violência e pelos traços da desigualdade social, nada mais é do que o retrato do capitalismo e da atual figura do Estado, numa verdadeira “apropriação” do povo pelo poder público, em prol do interesse econômico:

> É a violência a que estão expostos aqueles que, sem nunca serem incluídos por completo nem nos serviços públicos nem no mercado, podem a qualquer momento se tornar objetos do poder político ou do interesse econômico. É a violência que ronda os “involuntários da pátria”, na expressão certeira de Eduardo Viveiros de Castro: indígenas acossados pela fronteira extrativa, camponeses cercados por posseiros e jagunços, favelados ameaçados pela especulação imobiliária, pela polícia, pela milícia (NUNES, 2019, s/p.).

Nesse sentido, mostra-se relevante a decomposição dos diversos elementos do filme, em suas diferentes significações, o que permite a análise crítica do mesmo e a percepção da existência de um biopoder no cenário de Bacurau. Inicialmente, cabe dizer que o elenco é formado por atores brasileiros, como Bárbara Colen, Sônia Braga, Thomas Aquino, Silvero Pereira, mas também conta com artistas estrangeiros, que interpretavam os invasores da cidade, enquanto integrantes de um grupo norte-americano.

Percebe-se, então, enquanto primeiro elemento, certa transposição de cultura por outras culturas estrangeiras, numa verdadeira metalinguagem, em que o próprio modelo de “fazer filme” do brasileiro se apropria dos caracteres do Norte. Com uma pincelada de

“faroeste”, Bacurau provoca desconforto e deixa inquietações, especialmente, por se desenvolver no tempo futuro, que, por vezes, não parece tão distante assim.

Conforme Santos (2019), a trama pode ser entendida enquanto alegoria aos nossos dias atuais, quando se considera que trata, também, do Estado político que gera resistência na cidade. Isso, porque a comunidade é “vendida” pelo prefeito, para que possa ser objeto de uma espécie de “jogo”, em que cada vida tem um valor monetário. Ora, nada mais é do que o reflexo de uma sociedade movida pela ganância, em que os políticos, detentores de certo poder, o exercem em prol dos seus interesses. No caso em apreço, sem o exercício de valoração moral alguma. O filme, conforme Santos (2019) escancara a dor causada por um político contra o assistencialismo e disposto a vender a comunidade.

> Em razão de sua narrativa vaga, o filme tem recebido inúmeras críticas e vem sendo apontado, em várias delas, como incentivador da violência, ou, ainda, da segregação das unidades federativas – em diferentes níveis, entre outras coisas. Não se trata disso. Bacurau versa sobre desigualdades, opressão, pertencimento e revolução (POPINEAU, 2019, s/p.).

A trama vai muito além das cenas de morte e violência visualizadas na tela do cinema. Os diretores desenham perfeitamente uma realidade de opressão e esquecimento, que serve de pano de fundo para o engajamento do povo em proteger a sua comunidade, através do pensar e agir coletivamente, com o auxílio (fundamental) da tecnologia. Ao fim, quem prospera é o povo e quem define seu futuro é ele mesmo, aponta Santos (2019). Denota-se a autonomia e o poder da coesão do povoado, que foi capaz de salvaguardar o que tinham de mais precioso: uns aos outros.

É certo que os telespectadores se percebem incomodados e desconfortáveis diante de tamanha violência, em grande parte devido à crença de que a não violência é sempre a melhor alternativa. Entretanto, conforme Popineau (2019, s/p.):

> [...] ao término da oração, o despertar nos impele a abrir os olhos e encarar a política de genocídio que nos é incutida goela abaixo todos os dias. “Com quantos quilos de medo se faz uma tradição?” A covardia não é uma alternativa para Bacurau, frente a um cenário de necropolítica que os assola, tampouco deveria ser para nós.

Como se vê, a autora estabelece uma comparação entre os elementos de Bacurau e a realidade atual a que parcela expressiva da população brasileira está submetida. Pode-se estabelecer uma relação com a “política de genocídio” àquilo que se verifica desde a Segunda

Guerra Mundial, com a fundação da Idade da Técnica e os diferentes desdobramentos do poder e controle exercido pelo Estado ou, até mesmo, seguindo Foucault (2002), do biopoder.

No que se refere ao uso da tecnologia, mostra-se evidente em Bacurau que o aplicativo *whatsapp*, para a comunidade, serviu como instrumento eficaz de comunicação. O fato de um povoado que não estava no mapa ter uma organização própria e acesso à tecnologia revela parte da distopia da trama. Além disso, quando o sinal das redes de telefonia móvel foi interrompido, o grupo se reinventa e não deixa padecer a sua coesão, imprescindível para o desfecho vitorioso. Por outro lado, a utilização de drones para o controle do espaço e da ação dos próprios invasores revela o poder de controle advindo da tecnologia, a qual, por vezes, não é de fácil acesso a todos.

Outro elemento importante que se evidencia na trama é o museu do povoado, que fala muito sobre a história, colocando Bacurau com um *status* muito além de cidade regressa.

Serve, ainda, de aviso aos visitantes, na medida em que revela seus costumes e hábitos, já apontando as possíveis consequências de um ataque à comunidade.

Além disso, convém ressaltar as palavras de Mans:

> Depois disso, *Bacurau* avança para seu segundo pilar: a questão da **identidade nacional.** Neste ponto, Kleber Mendonça Filho e Juliano Dornelles vão construindo a narrativa aos poucos. Primeiramente, é preciso notar de que as pessoas em Bacurau – que funciona como uma cidade-modelo – se respeitam independente da profissão, cor, credo. A prostituta convive tranquilamente com a médica. A médica com o matador. E por aí vai (MANS, 2019, s/p.)

Torna-se evidente que, mesmo se tratando de um povoado esquecido e ignorado pelo Estado, passível de utilização como se fossem mercadorias, a coesão social e a conexão entre as pessoas e destas com a terra demonstra elementos da identidade nacional. Tudo isso conduz ao elo de resistência e de luta em prol da coletividade. Inclusive, o apelo à "Lunga", um bandido nascido em Bacurau, para o enfrentamento aos invasores, revela o vínculo entre os moradores.

Popineau (2019) afirma que Bacurau é uma aula de resiliência, pois traz em cada detalhe muito simbolismo. "Na cidade, os cidadãos "gente" formam o corpo social – sendo a coletividade o personagem principal da trama – a qual se auto-organiza para reagir, motivados pela necessidade de coesão e pelo estado de anomia que os acomete". É a união do todo que contribui para que a comunidade se liberte dos invasores, inclusive recorrendo ao bandido Lunga, que se mostra essencial para o desfecho final. O que se considera, diante disso, é o

valor social que o fato vai acarretar, em prol do equilíbrio entre as partes que compõem o todo.

Ainda, em relação à identidade nacional, vê-se uma clara contradição e desigualdade entre a realidade do sertão nordestino brasileiro e os invasores norte-americanos. Trata-se de uma alegoria à questão Norte/Sul, que perpassa as diferentes relações entre pessoas e Estados nacionais, respingando seus efeitos inclusive no que tange ao acesso a armas. O povo de Bacurau se vê municiado por um pequeno arsenal de armas, mas o principal instrumento de luta é a história de resistência, concretizado nas paredes das residências e no próprio museu.

Ao denominar "biopolítica" um acordo tácito entre governantes e governados estabelecido a partir do século XVIII, Michel Foucault (2002) referiu-se ao dever assumido pelos governantes de fazer viver, a partir de ações concretas, mas sendo-lhe reservado o direito de, em situações extraordinárias, deixar morrer. Conforme Nunes (2019, s/p.), "Esta biopolítica sempre foi inseparável, nas suas fronteiras, de uma violência letal: para que algumas populações vivessem dentro de certos parâmetros, era preciso que outras fossem exploradas até à morte".

O referido autor menciona que experiências como o nazismo, por exemplo, apenas levaram essa lógica às últimas consequências. Eventos como os verificados em Bacurau certamente não revelam tamanha dimensão como o nazismo, mas falam, por si só, em termos de ausência de humanismo e de mercadorização da vida. Isso, porque a "cessão" de um povoado por um político, para que aquele fosse objeto de uma espécie de jogo, do qual faziam parte norte-americanos, já revela traços da referida mercadorização.

Dessa forma, está diante de uma realidade marcada pela mercadorização da vida, numa constante e permanente guerra de todos contra todos. Hardt (2005) afirma que a guerra, atualmente, é um fenômeno geral, global e interminável, pois diversos conflitos armados manifestam-se hoje em todo o planeta, alguns de duração breve e outros mais prolongados.

> A pretensão de soberania desses combatentes é na melhor das hipóteses duvidosa. Eles estão lutando, isto sim, por um domínio relativo no interior das hierarquias nos níveis mais altos e mais baixos do sistema global. Um novo marco que ultrapasse o direito internacional seria necessário para enfrentar esta guerra civil global (HARDT, 2005, p. 22).

Como se vê, para o autor, trata-se de uma nova ótica para o direito internacional, na medida em que se está no âmbito das relações entre Estados nacionais e soberanos. Hardt (2005) assevera, ainda, que se vive a passagem da modernidade para a pós-modernidade,

transformando-se a guerra numa condição geral, visto que, embora cessem as hostilidades, a violência letal sempre se faz presente, num generalizado estado de guerra global.

Assim, é pertinente entender como se desenvolveu o presente "estado de guerra", que protagoniza a realidade de Bacurau, estabelecendo uma relação com a técnica e com o biopoder, traços característicos da sociedade contemporânea.

3 "BACURAU" E O ESTADO DE EXCEÇÃO: A VITÓRIA DE UM PODER

"Bacurau" revela elementos da sociedade contemporânea, que, por vezes, passam despercebidos, embora estejam os sujeitos imersos e submetidos à referida realidade. As relações são, em sua maioria, protagonizadas pelo poder e pela disputa em busca da acumulação de riquezas. Torna-se evidente, nas cenas de "Bacurau", o poder norte-americano, e a desigualdade latente no Estado brasileiro, ainda mais em localidades distantes dos grandes centros urbanos. Em específico, a localidade que, na trama, é retratada por um cenário fictício, mas que guarda muito das mazelas do país, especialmente, nos marcos do capitalismo.

Del Vechio (2019, s/p.) aponta que o filme traz oposições internas que têm papel estrutural em sua narrativa: "locais contra turistas; mestiços de índios, negros, e brancos contra descendentes de raça branca pura; operadores de tecnologias rudimentares contra portadores de armas e tecnologias muito avançadas [...]". O autor destaca, ainda, a contradição a partir do encontro entre membros de uma comunidade isolada com cidadãos globalizados.

Ora, é certo que reside aí a justificativa para uma das principais inquietações que "Bacurau" causa ao público, considerando que não se trata de oposições desconhecidas do brasileiro. Além disso, Del Vechio (2019) menciona a sociabilidade comunitária, devido aos elos de solidariedade e tradição, enquanto o oposto da sociedade capitalista dominante, a qual tem como essência a competição e o individualismo.

No que tange à discrepância entre o povoado e o grupo invasor e, ainda, a violência letal verificada na trama, é interessante o estudo de Hardt (2005), que desenvolve sua teoria a partir da ideia do "estado de exceção", afirmando que há uma contradição no cerne desse instituto na medida em que preceitua que a constituição precisa ser suspensa para ser salva. No entanto, a referida constituição, conforme o autor, é resolvida considerando que o período de crise e exceção é breve.

> Quando a crise deixa de ser limitada e específica, transformando-se numa onicrise generalizada, quando o estado de guerra e, portanto, o estado de exceção torna-se ilimitados ou mesmo permanentes, como acontece hoje em dia, a contradição manifesta-se plenamente, e o conceito adquire um caráter completamente diferente (HARDT, 2005, p. 27).

Cabe destacar, nesse sentido, que um dos elementos revelados por "Bacurau" diz respeito ao poder dos Estados Unidos, pois o grupo invasor, destinado ao extermínio do povoado brasileiro era formado por norte-americanos. Não é à toa a escolha dessa nacionalidade pelos diretores, visto o protagonismo do referido país enquanto propulsor de conflitos e, consequentemente, das mazelas sociais.

Assim, Hardt (2005, p. 28) trata do "excepcionalismo dos Estados Unidos", enquanto a única superpotência restante. Parte-se de uma concepção ética, pautada na ideia de que "os Estados Unidos são o líder global, incumbido da promoção da democracia dos direitos humanos e do império internacional da lei". Sob essa perspectiva, o país norte-americano teria a prerrogativa de estar acima da lei, eximindo-se de acordos internacionais, com o verdadeiro domínio da ordem global.

Ao estabelecer uma relação entre a "guerra" e a teoria foucaultiana a respeito do poder, Hardt (2005, p. 34) afirma que a guerra transformou-se num "regime de biopoder", isto é, "uma forma de governo destinada não apenas a controlar a população, mas a produzir e a reproduzir todos os aspectos da vida social". Dessa forma, a vida em seu funcionamento normal do poder passa a ser permeada pela ameaça da violência da guerra:

> A guerra sempre envolveu a destruição da vida, mas no século XX esse poder destrutivo chegou aos limites da pura produção de morte, simbolicamente representada por Auschwitz e Hiroshima. A capacidade de genocídio e destruição nuclear atinge diretamente a própria estrutura da vida, corrompendo-a, pervertendo-a (HARDT, 2005, p. 41).

Evidencia-se, então, que o poder soberano que controla os meios de destruição se dá na forma de um biopoder, capaz de decidir de maneira direta sobre a morte, em diferentes dimensões. Aqui, cabe retornar a Agamben (2007), a respeito do seu conceito de "vida indigna", em referência aos diferentes valores atribuídos a vidas diversas, cabendo a manutenção de algumas em detrimento da destruição de outras.

"Bacurau" faz com que a plateia se questione principalmente sobre o porquê da escolha de determinado povoado para o extermínio: seria a localização, o fato de não constar no mapa; seriam as condições de pobreza e vulnerabilidade do povoado; ou haveria, nos

diretores, um desejo de retratar uma espécie de ficção científica? Considerando as teorias a respeito do biopoder, do constante e permanente estado de guerra e atinentes à Idade da Técnica, sabe-se que não há nada mais real do que a tendência de massacre às comunidades mais pobres, no contexto do capitalismo doentio.

> Na narrativa de Mendonça e Dorneles, Bacurau vence indivíduos que são frutos e instrumento de expansão de um capitalismo predatório de vidas; a tradição gregária se impõe à modernização dissolutora; o bacamarte suplanta a submetralhadora; o grito "tá chegando gente" supera a comunicação digital; o sertão derrota o asfalto; e "a gente" bate os representantes e agentes do imperialismo (DEL VECHIO, 2019, s/p.).

Percebe-se que o desfecho da trama foge à regra do biopoder e da técnica, colocando os oprimidos à frente dos "globalizados". Não se mascara, porém, a dimensão da violência que foi necessária para que o povoado saísse vitorioso, numa verdadeira expressão de poder, movido especialmente pela coesão social da comunidade.

CONCLUSÃO

O estudo científico fundado na análise de obra artística possibilita múltiplos entendimentos a respeito do tema em apreço. Por isso, ao se vincular às bibliografias referentes à Idade da Técnica e ao biopoder, como Humberto Galimberti e Michel Foucault, com a obra Bacurau, permite a compreensão da técnica e das diferentes expressões de poder que conformam a realidade atual.

"Bacurau", enquanto um povoado localizado no nordeste brasileiro, representa muito dos anseios de diversas esferas da sociedade do país, que, submetida ao sistema dominante, se vê cerceada pelas diversas manifestações de poder. Partindo-se, então, do questionamento a respeito dos efeitos da Idade da Técnica e do biopoder verificados na obra em estudo, vê-se que "Bacurau" é expressão da realidade de desigualdade social (em suas várias dimensões) e de exercício de poder de alguns sujeitos frente a outros.

O povoado retratado no filme mostra-se coeso e determinado a superar a invasão violenta a que foram submetidos, utilizando-se, também, de meios violentos e recorrendo a um bandido originário do local. Trata-se do exercício de diferentes poderes, seja a partir do grupo invasor, norte-americano, ou pelos moradores de Bacurau. Poderes estes que se traduzem, principalmente, pelo uso da tecnologia e pela própria ausência desta, quando se bloqueia o sinal na localidade, para evitar a comunicação.

"Bacurau" revela, ainda, o (constante) estado de guerra a que se está submetido, em que a vida humana assume um valor estritamente econômico. Trata-se da desumanização dos indivíduos, pois o capital ganha evidência e ~~se~~ desconsidera qualquer vínculo de humanidade existente nas relações sociais, sob argumentos vagos e dotados de frieza.

REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. **Homo saber – O poder soberano e a vida nua.** Tradução Henrique Burigo. Belo Horizonto, Editora UFMG, 2007.

Bacurau. Direção: Kleber Mendonça Filho e Juliano Dornelles. Produção de Emilie Lesclaux, Saïd Ben Saïd e Michel Merkt. Brasil: Vitrine Filmes e SBS Distribution, 2019.

COIMBRA, Cecilia Maria Bouças. **Ética, direitos humanos e biopoder.** Verve, 20: 85-100, 2011.

DELEUZE, Gilles. **A imagem-tempo**. Tradução Eloisa de Araujo Ribeiro; revisão filosófica Renato Janine Ribeiro. – São Paulo: Brasiliense, 2005.

DEL VECHIO, Angelo. **A importância de Bacurau ao narrar a vitória dos esquecidos e invisíveis.** Disponível em: < https://www.cartacapital.com.br/opiniao/a-importancia-de-bacurau-ao-narrar-a-vitoria-de-esquecidos-e-invisives/>. Acesso em: 15 dez. 2019.

DUARTE, André. **Sobre a biopolítica**: de Foucault ao século XXI. Entrevista com o diretor Kléber Mendonça Filho. Disponível em: <http://www.adorocinema.com/personalidades/personalidade-146744/entrevistas/?cmedia=19550451>. Publicado em: 27 de maio de 2016. Acesso em: 03 dez. 2019.

FOUCAULT, Michel. **Microfísica do Poder.** Org., introd. e rev. técnica de Roberto Machado. Editora Sabotagem, 2002.

GALIMBERTI, Umberto. **O Ser Humano na Era da Técnica.** Cadernos IHU Ideias. Ano 13, nº 218, vol. 13, 2015.

HARDT, Michael, 1960 – **Multidão. T**radução Clóvis Marques. Rio de Janeiro: Record, 2005.

MANS, Matheus. **Final explicado: qual o significado por trás de "Bacurau".** Disponível em: <https://www.esquinadacultura.com.br/single-post/Final-explicado-qual-o-significado-por-tras-de-Bacurau>. Publicado em: 02 de set. de 2019. Acesso em: 06 dez. 2019.

NUNES, Rodrigo. **"Bacurau" não é sobre o presente, mas o futuro.** Disponível em: < https://brasil.elpais.com/brasil/2019/10/05/cultura/1570306373_739263.html>. Publicado em: 06 de out. de 2019. Acesso em: 03 dez. 2019.

PENAFRIA, Manuela. Análise de Filmes – conceitos e metodologia (a). **VI Congresso SOPCOM**, abr. 2009.

POPINEAU, Helena. **Bacurau: quando a covardia não é uma alternativa.** Disponível em: <https://www.brasildefato.com.br/2019/09/16/artigo-or-bacurau-quando-a-covardia-nao-e-uma-alternativa/>. Acesso em: 06 dez. 2019.

SANTOS, Laymert Garcia dos. Demasiadamente pós-humano. **Novos estudos**, nº 72, jul. 2005, p. 161-176. Disponível em: https://www.scielo.br/pdf/nec/n72/a09n72.pdf. Acesso em: 02 out. 2020.

SANTOS, Raphael PH. **Vídeo: Bacurau, de Kléber Mendonça Filha (2019) | Crítica do filme.** 2019. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=wSLfxE4JWQ8. Acesso em: 03 dez. 2019.

SARMENTO, Hélder Boska de Moraes. Bioética, violência e desigualdade: as biociências e a constituição do biopoder. **Revista Kátal,** v. 11, n. 2, p. 248-256. Florianópolis, jul./dez. 2008.

PREVISÃO NORMATIVA INTERNACIONAL E NACIONAL DO DIREITO À MORADIA E A GESTÃO DE REGULARIZAÇÃO DE CONFLITOS

Rachel Lopes Queiroz Chacur
Pós-Doutoranda em Bioprodutos e Biotecnologias - UNIFESP
Doutora em Ciências Ambientais – UFSCar
Mestre em Direito Processual Civil e Advogada
Pesquisadora do Grupo de Pesquisa da Escola de Guerra Naval – Marinha do Brasil
E-mail: mrchacur@uol.com.br

RESUMO: O presente trabalho é a coletânea de previsões normativas, legais e jurídicas nacionais e internacionais correlacionados ao direito à moradia e a regularização fundiária no sistema nacional. O objetivo geral é comparar as legislações do direito a moradia em vários países. E, o objetivo específico apresentar a proposta de gestão horizontal em redes sistêmicas de distribuição de moradia e planejamento da ordem urbanística nos municípios e solução de conflitos fundiários. A metodologia de pesquisa foi a revisão de literatura, como parte de uma pesquisa empírica mais abrangente de órgãos públicos de uma tese de doutoramento. A concepção dogmática e positivista do conceito e definição de moradia demonstra a necessidade de uma interpretação hermenêutica do ordenamento jurídico nacional e internacional, com a transparência de informações esclarecidas, em sistemas interligados de legislações, correlacionando seus objetivos, a visão fundiária do objeto envolvido no conflito fundiário, bem como um diagnóstico do problema fundiário, no Brasil e no exterior. A sugestão é o uso de instrumentos urbanísticos para o levantamento e prognóstico das situações locais trazendo eficiência a gestão estatal de conflitos, com a solução legal ou a regularização fundiária dos problemas. Em última análise, acrescenta os mecanismos técnicos e jurídicos pertinentes para a implantação de sistemas de (re) solução de conflitos fundiários urbanos judicializados nos órgãos públicos, pautados em programas de políticas públicas de acesso a moradia e subsunções legais supranacional de direitos. A relevância do assunto debatido confere o cientifismo pautado em dados, sob a interpretação hermenêutica e sistêmica embasada em princípios básicos de subsistência mínima, conferindo a dignidade de vida dos homens na sociedade contemporânea.

PALAVRA-CHAVE: Propriedade; Regularização fundiária; gestão.

INTRODUÇÃO

Desde os remotos tempos, na Grécia e Roma, o Direito à moradia é compreendido como direito natural e posteriormente como direito social, com conotação de subsistência mínima do existencial do homem e vida digna nos espaços das cidades.

Os documentos nacionais e internacionais determinam o cumprimento das políticas públicas de acesso à moradia a toda a população reduzindo as desigualdades econômicas e sociais, e colaborando com a distribuição de justiça social e ambiental.

A dignidade da pessoa humana corresponde ao pertencimento do homem livre exercendo a sua cidadania plena com a totalidade de atributos de direitos de uma vida digna, como o direito a moradia sob os fundamentos de uma sociedade livre, justa e solidária (OLIVEIRA, 1988; CHACUR, 2019).

Esses parâmetros constitucionais e as ordens de cunho internacionais tem o fim de erradicar a pobreza e a marginalização, reduzir as desigualdades sociais e regionais, promovendo o bem de todos, em favor do desenvolvimento nacional.

A partir da Constituição Federal do Brasil todo o arcabouço legislativo trata o direito de propriedade como atributo do direito fundamental da pessoa humana orientado pelos princípios fundamentais e garantias constitucionais do acesso e direito fundamental de moradia digna (BRASIL, 1988).

De forma específica, a Constituição Federal do Brasil aborda o direito de propriedade dentro do capítulo de Direitos Fundamentais do Homem vinculados às questões de Ordem Econômica, e, ao final, tratam seus atributos específicos nas legislações infraconstitucionais elencando seus requisitos e suas condicionantes, para o exercício pleno e autônomo da propriedade.

Estes fundamentos se encontram em sintonia com a visão sistêmica e garantística do Direito Fundamental ao Acesso à Moradia, em caráter excepcional, cabendo a adequação de restrições impostas a propriedade mediante a flexibilidade do uso do imóvel ou terra, com o fim de cumprir a garantia do direito a moradia, em espaços saudáveis e sustentáveis, em solo nacional.

1 CUMPRIMENTO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE ACESSO À MORADIA

O Brasil é signatário dos documentos firmados pela Organização das Nações Unidas com o compromisso de adotar medidas de redução de desigualdades e acesso as cidades e comunidades sustentáveis, por último, respaldados pela Agenda 30.

Os eixos temáticos de objetivos da Agenda 30 formulada pelo Plano de Desenvolvimento das Nações Unidas (PDNU) estabelecem os direcionamentos de políticas públicas voltadas ao desenvolvimento sustentável das comunidades e cidades.

Os fundamentos e objetivos da Agenda 30 comporta um plano de ações de pessoas e sociedades buscando o cumprimento de 17 objetivos envolvidos as temáticas da erradicação da pobreza, segurança alimentar e agricultura, saúde, educação, igualdade de gênero, água e saneamento, energia, crescimento econômico sustentável, infraestrutura, redução das desigualdades e desenvolvimento sustentável das cidades.

Quadro 1 - Objetivos de desenvolvimento sustentável da Agenda 30.

Fonte: Organização das Nações Unidas.

O conjunto de diretrizes e os objetivos do desenvolvimento sustentável definidas no documento da Agenda 30 das Nações Unidas estabelecem o cumprimento das metas de atendimento da proteção ambiental, o controle do crescimento econômico e a equidade social, compreendendo o direito a terra urbana, à moradia ou habitação, aos serviços de saneamento básico ambiental, à infraestrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e

ao lazer; sem comprometer a possibilidade de satisfação das necessidades das futuras das gerações[26] (LEUZINGER, 2013; CHACUR; OLIVEIRA, 2018).

Acrescentam os objetivos do Desenvolvimento do Milênio ODM[27] e de desenvolvimento social ODS[28] prevendo novas propostas de tratamento adequado de solução de conflitos fundiários urbanos, pois, englobam inúmeros eixos do sistema e atingem diversos segmentos da sociedade, o que justifica a relevância da tese.

Este pacto global estabelece metas e prazos de cumprimento destes objetivos em benefício do desenvolvimento sustentável das cidades e de todo o planeta, com o auxílio da Agenda 21 permitindo a integração das demandas e setores da sociedade local, para o direcionamento de políticas públicas vinculadas a situação demanda local do Município (OLIVEIRA, 2019).

Acrescentam-se aos pactos globais e locais e as legislações constitucionais e infraconstitucionais o elenco de mecanismos e procedimentos de políticas econômica, tributária e financeira a serem utilizados para contemplar este equilíbrio de ordenamento e controle do uso do solo urbano e o desenvolvimento socioambiental das cidades abarcando todas as exigências de proteção e preservação do patrimônio público e privado, com o indicativo de meios de justa-composição da exploração e fruição dos bens para atender a demanda local e global, com a possibilidade de previsão de recuperação de investimentos do poder público, os quais resultam a valorização de imóveis e a proteção do patrimônio natural, construído, cultural, histórico, paisagístico e arqueológico cidades brasileiras.

Nestes casos de aplicação de instrumentos urbanísticos caberá concorrentemente aos entes da federação a regulação e a execução de ações de conformação do uso dos imóveis e espaços urbanos com o importante elo de valorização do entorno dos imóveis, esta condução trará o retorno automático e imediato em pecúnia tributária, mediante compensação da recuperação creditória ou social de investimentos no desenvolvimento urbano de uma cidade.

---

[26] ONU, *Brudtland Comission. Públicação "Our Common Future".*

[27] Os Objetivos do Desenvolvimento do Milênio (ODM) foram estabelecidos pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD) em 2000, com meta se serem atingidos até 2015, sob os seguintes eixos temáticos; 1) acabar com a fome e a miséria; 2) educação básica de qualidade para todos; 3) igualdade entre os sexos e valorização da mulher; 4) reduzir a mortalidade infantil; 5) melhorar a saúde das gestantes; 6) combater a aids, a malária e outras doenças; 7) qualidade de vida e respeito ao meio ambiente; 8) toda a sociedade global trabalhando pelo desenvolvimento sustentável do planeta.

[28] Os objetivos de desenvolvimento social (ODS) elaborados em 2015 com prazo de efetivação até o ano de 2030 estabelecem os eixos de atuação erradicação da pobreza; fome zero e agricultura sustentável; saúde e bem estar; educação de qualidade; igualdade de gênero; água potável e saneamento; energia limpa e acessível; trabalho decente e crescimento econômico; indústria e inovação tecnológica em infraestrutura; cidades e comunidades sustentáveis; consumo e produção responsáveis; ação contra a mudança climática global; vida na água; vida terrestre; paz, justiça e instituições eficazes, parcerias e meios de implantação.

Em adição, outro destaque dos objetivos e finalidades da legislação é a participação ativa e democrática dos cidadãos, em audiências do poder público municipal e da população interessada, para se obter um prognóstico da situação local e levantar a demanda, até o resultado de tomadas de decisões, pertinentes a afetação de atividades potencialmente negativas no meio ambiente.

Dentro de cada eixo temático pressupõe o avanço de aperfeiçoamento das normas legais e jurídicas, aplicando-se as técnicas do direito urbanístico, cumprindo com o elemento fundamental de acesso a terra ou ao solo, mediante o ordenamento dos assentamentos humanos (FERNANDES, AFONSIN, 2018; LIBORIO, 2019).

Entretanto, o Brasil carece de programas e pesquisas estudando as ações e atividades de programas e projetos de políticas públicas relacionadas a atribuição do valor do solo, mensurando os indicadores econômicos e sociais, por meio de estabelecimento prévio de critérios de precificação dos dados coletados nas esferas governamentais, com o uso de novas tecnologias assistivas adequadas ao perfil socioeconômico e a demanda social da comunidade local.

Diante do extenso conteúdo de orientações sobre a sistemática de oferta de política pública distributivas de espaços territoriais e ordenamento e planejamento urbano no ordenamento jurídico nacional e internacional é obrigatório realizar a correlação de todas as diretrizes da função social da propriedade expressas em lei, trazendo um novo conceito de propriedade e posse e a indicação de novas metodologias e mecanismos alternativos não-adversariais de solução e resolução de acesso e entrega da moradia, e regularização fundiária dos imóveis, no Brasil (STRECK, 2013; CHACUR, 2018; BOLZAN, 2019).

No sentido de favorecer o bem-estar dos proprietários e cidadãos, mantendo o aproveitamento máximo do espaço territorial e conservando os recursos naturais e o seu ambiente artificial e cultural, possibilitando a regulação das atividades econômicas e atendendo as alternativas de mitigação das desigualdades sociais e diminuição de conflitos fundiários judiciais e não judiciais no âmbito privado e público.

Esse direcionamento de propostas e projetos trarão à contento o cumprimento dos objetivos e metas para se atingir o desenvolvimento urbano sob os pilares do fortalecimento das balizas do equilíbrio ambiental e social, por fim, em busca da igualdade e da paz universal da humanidade no planeta.

2 O DIREITO A MORADIA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DO BRASIL

O *caput* do artigo 5º e os incisos XXII, XXIII e XXIV seguinte versa em suas alíneas "a" a garantia do direito de propriedade e "b" o atendimento a função social da propriedade, tratando de forma genérica os critérios exigidos da função social da propriedade, pautados sob os moldes da reforma agrária (BRASIL, 1988).

Ocorre que o texto expresso constitucional contém lacunas de definições de critérios e requisitos da Reforma Agrária, porém, descreve os procedimentos excepcionais de restrição ao direito de propriedade, como a utilização do mecanismo de desapropriação, o uso da propriedade particular pelo poder público em decorrência da utilidade pública e interesse social, a definição de propriedade rural como bem inalienável e impenhorável garantindo a características primárias de subsistência da atividade produtiva em módulo familiar, entre outros estabelecidos em lei.

A lei determina em alguns casos de perigo público iminente e necessidades a aplicação da ação de Desapropriação ou Alienação direta fiduciária dos bens imóveis públicos e privados do território brasileiro, com a razoável justa indenização ou pagamento dos proprietários de indistintamente de imóveis.

De forma expressa, os artigos 182 ao 188 estabelecem os elementos de políticas públicas de desenvolvimento urbano à serem executadas pelo poder público federal, estadual e municipal, com o objetivo de ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar dos habitantes (BRASIL, 1988).

O texto normativo constitucional traz a definição da propriedade como objeto de política de reforma agrária, os critérios definidores da função social da propriedade rural, as ações de política agrícola para o desenvolvimento no país e a política de destinação de terras públicas e devolutas. Constam os critérios de determinação de aquisição secundária de dominio de imóvel urbano ou rural na condição de moradia familiar e determina a competência de procedimentos de desapropriação em favor da política agrícola e fundiária e da reforma agrária.

Em especial, o artigo 186 da Constituição Federal reforça a exigência do cumprimento da função social da propriedade rural e urbana sob os seguintes critérios e graus: o aproveitamento racional e adequado do solo e território; a utilização adequada dos recursos naturais e disponíveis e a preservação do meio ambiente; a observância das disposições que regulam as relações de trabalho evitando-se a exploração de mão de obra e vislumbrando as garantias de segurança do trabalhador; a exploração que forneça o bem-estar dos proprietários

e dos trabalhadores garantindo o desenvolvimento equilibrado e sustentável do território e meio ambiente.

Esse arcabouço complexo de conteúdo normativo da Constituição Federal de 1988 acrescenta uma interpretação sistêmica sob os demais fundamentos constitucionais todos interligados com o direito à moradia, como a existência digna, da ordem social em favor do bem estar e justiça social.

Esse vetor constitucional deve estar atrelado ao acesso a Educação como estímulo ao exercício da cidadania para promoção de políticas de proteção do meio ambiente, de liberdade individual de planejamento familiar, de proteção da criança e do adolescente, dentre outros eixos obrigatórios de garantias destes direitos dos cidadãos (BRASIL, 1988).

O direito fundamental do homem de uma vida digna é ligado ao direito de saúde e a uma morada, em um meio ambiente equilibrado, em que destaca a importância do direito de moradia digna dos cidadãos brasileiros.

Este enfoque de garantia constitucional do acesso ao direito fundamental de moradia é pressuposto da idéia original de emancipação dos cidadãos pelo exercício de suas amplas capacidades e competências, para o acesso a seus direitos e aquisição de seus múltiplos interesses e bens, em uma sociedade globalizada de consumo.

3 O CARÁTER DO DIREITO À MORADIA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E OS CRITÉRIOS DA FUNÇÃO SOCIAL COMO FORMA DE DISTRIBUIÇÃO DE JUSTIÇA AMBIENTAL

A discussão do caráter implícito ou explícito do Direito à Moradia na Constituição Federal não exclui o ônus da universalidade do acesso a moradia.

O princípio constitucional do direito fundamental do direito de propriedade e sua função social é atributo implícito constitucional, não se exigindo fundamento expresso em lei infraconstitucional e detalhamentos sobre a amplitude de atributos e critérios exigidos para se cumprir os objetivos do desenvolvimento social de uma cidade (SILVA, 2000).

Por outro lado, cabe a aplicabilidade da interpretação sistêmica da conotação social ao exercício do direito fundamental do direito de propriedade, perpassando pela concepção da individualidade do direito até atingir a reflexão sobre as exigências de socialização da propriedade, nas mais variadas áreas do ramo científico (VASCONCELOS, 2009)**.**

Esse contraponto de posicionamentos altera a interpretação do sistema legislativo brasileiro e a concepção das formas de seu uso e gozo dos imóveis públicos e particulares pelo proprietário, reinterpretando o conceito de conflitos pela posse e propriedade do bem.

Em qualquer caso é prudente o preenchimento da lacuna de critérios racionais de determinação da função social da propriedade urbana no texto infraconstitucional do ordenamento jurídico brasileiro, como indicativo de direcionamento das políticas públicas de desenvolvimento urbano, no país.

4 PREVISÕES LEGALISTAS DE REGULARIZAÇÃO DE CONFLITOS FUNDIÁRIOS COMO POLÍTICA DE ACESSO A MORADIA URBANA

A presente regressão de conteúdo legalista é importante para demonstrar os elementos constitutivos necessários para a configuração da propriedade e estabelecer o novo paradigma de conceitos e fins da propriedade, bem como apresentar as novas categorias e formas de solução de conflitos fundiários urbanos, no território nacional.

De forma díspar o desenvolvimento do conceito aborda o entendimento da norma jurídica de direito substancial civilista do direito possessório e do direito de propriedade, em seu caráter individual e patrimonial, influenciando todo o sistema legalista nacional sob o viés de interpretação da definição destes institutos, após, esclarecendo os conclâmos e as recomendações dos pactos e dos documentos internacionais firmados pelo signatário país do Brasil.

O ordenamento civilista representa o caráter restrito da patrimonialidade no texto do artigo 1228 do Código Civil brasileiro, o qual define o Direito de Propriedade, como: Os proprietários tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.” (BRASIL, 2002).

A interpretação do texto literal da norma civil também prevê uma conotação de função social da propriedade, mantendo o caráter de exclusividade individual do direito de propriedade, porém, dando maior flexibilidade a figura do seu titular de domínio ou posse, em favor da função social da propriedade, abrangida pela orientação constitucional.

No direito contemporâneo acrescenta a hipótese de Usucapião Especial, em situações excepcionais, estabelecendo-se os requisitos de posse ininterrupta e de boa fé de grupo coletivo, pelo prazo de cinco anos contínuos, na posse mansa e pacífica do imóvel. E, determina a possibilidade da justa indenização dos proprietários, como contrapartida de

pagamento, estabelecendo-se a sentença como o fundamento do pedido de justo título de transferência da propriedade aos possuidores legitimados, naquele local de ocupação (BRASIL, 2002).

Este rigor dos institutos legais é utilizado em todas as situações de ações judiciais pendentes, ou seja, a aplicação da lei é subsumida aos fatos e a própria lei da regularização fundiária urbana.

De forma conjunta, a análise dos fundamentos processuais civis definindo expressamente a tendência de exclusividade da patrimonialidade do bem imóvel atrelada ao enfoque público e excepcionalmente ao coletivo sugere-se a interpretação hermenêutica dos fundamentos legais do Código Civil e do Código de Processo Civil, em síntese, nos seguintes assuntos: o artigo 1242 trata das garantias de proteção da Propriedade, por meio das ações de Usucapião; o artigo 560 trata da ação de Reintegração de Posse; o artigo 564 trata da ação de Manutenção de Posse; o artigo 567 trata da ação de Interdito Proibitório e outras ações afins de proteção ao domínio e posse da terra e ocupação do solo; todos os assuntos vinculados ao objeto de coleta de dados do Poder Judiciário da Comarca de São Carlos no Estado de São Paulo e no Ministério Público Estadual na mesma Comarca com a finalidade de levantamento e apresentação de caminhos de soluções de mitigação dos conflitos fundiários naquela cidade. E, adicionados aos fundamentos legais voltados as definições de institutos de propriedade e posse compartilham o aprofundamento da análise do artigo 165 ao 175 do Código de Processo Civil destinado a aplicação dos instrumentos urbanísticos de autocomposição de conflitos privando o titular do domínio da coisa ou bem, para fazer valer o cumprimento da função social da propriedade, determinando a ocupação limitada do bem justificado pelo interesse social e econômico (CC, 2002; CPC, 2015).

Com o advento do Estatuto da Cidade regulamentando os artigos 182 e 183 da Constituição Federal estabelecendo as diretrizes gerais da política urbana e outras providências objetivou-se essa interpretação hermenêutica de sistema abertos com a recepção dos fins da função social da propriedade e objetivos da legislação fundiária em constante debate nesta época (BRASIL, 1988).

A partir deste entendimento surgiram elementos modificativos da própria dogmática do Direito Ambiental e Direito Administrativo e novos parâmetros e instrumentos urbanísticos no sistema do ordenamento legal e jurídico nacional.

O artigo 2º da Lei nº 10.528 de 10 de julho de 2001 trata do conjunto de providências para o amparo da propriedade privada e pública, dando enfoque a garantia do direito a cidades sustentáveis; a função social da propriedade; a gestão democrática por meio da participação

popular e representantes com a cooperação entre agentes públicos e entidades privadas ou o inverso com programas e práticas de atendimento ao interesse social; o planejamento e diretrizes de desenvolvimento das cidades contemplando a sua estrutura, os equipamentos e as funções sociais, para o crescimento urbano; todas sempre atreladas a proteção do meio ambiente e a função social da propriedade e da cidade (BRASIL, 2001; STEPANIAK, 2016).

No Brasil, o Estatuto da Cidade ao tratar de regularização fundiária e urbanização estabelece as faixas de acesso e condições de ocupação de solo; as hipóteses de classificação de moradia e isonomia de tratamento dos empreendimentos públicos e privados com fins de interesse social; o estímulo de simplificação da legislação de parcelamento, uso e ocupação de solo e das normas edilícias com o intuito de reduzir os custos e a aumenta da oferta de lotes e unidades habitacionais; o estímulo à utilização de sistemas tecnológicos para a redução dos impactos ambientais e economia dos recursos naturais[29]; o tratamento prioritário das exigências da acessibilidade nos espaços urbanos; a obrigatoriedade de obras em infraestrutura e equipamentos[30], a indicação dos procedimentos simplificados à serem adotados para cumprir os objetivos da política urbana no território nacional; todos em concordância com o pacto firmado entre os países signatários (BRASIL, 2001).[31]

Em especial, o Estatuto das Cidades é o comando da ordem imperativa cogente constitucional de cumprir a função social das propriedades urbanas e das cidades dando a conotação de regularização fundiária e urbanização de áreas ocupadas por população de baixa renda mediante o estabelecimento de normas específicas de urbanização, uso e ocupação do solo e edificação, considerando a situação socioeconômica da população e das normas ambientais (SAMPAIO, 2019).

A legislação ordinária também inclui a gestão democrática da participação popular de assuntos da pauta das cidades, como componente de exercício de cidadania de atuação do indivíduo e o seu caráter instrumental de interlocução e integração entre os diversos setores da comunidade local, com a aplicação de regulação, sistema de *compliance*[32] *e accountability*[33]

---

[29] Incluído pela Lei nº 12.836, de 2013.
[30] Incluído pela Lei nº 13.116, de 2015.
[31] Incluído pela Lei nº 13.699, de 2018.
[32] O termo *compliance* tem origem no verbo em inglês *to comply*, que significa **agir de acordo com uma regra**, uma instrução interna, um comando ou um pedido, ou seja, estar em conformidade com leis e regulamentos externos e internos.
[33] O termo *accountability* tem origem no verbo em inglês que significa em português como **responsabilidade com ética**[1] remetendo à obrigação, à transparência, de membros de um órgão administrativo ou representativo de **prestar contas** a instâncias controladoras ou a seus representados ou própria a **responsabilização**. [2] de prestação de contas, na função em que desempenha no cargo ou função pública.

utilizando-se instrumentos de verificação de efetividade da governança local (VASCONCELOS, 2015; ALVES, 2020).

Deste modo, indicam os critérios técnicos e jurídicos de planejamento e regulação do uso do solo e da propriedade urbana em prol do uso adequado e bem coletivo, a implantação de equipamentos de segurança e o controle dos impactos ambientais com o cunho de proteger o bem-estar dos cidadãos, com a manutenção do equilíbrio ambiental dos espaços territoriais referente ao desenvolvimento socioeconômico do Município e das áreas que circundam a região limítrofe deste (PINTO, 2011).

Com o advento da lei de regularização fundiária houve um reforço da ideia de mobilidade de uso e posse da propriedade urbana no território brasileiro. No entanto, essa interpretação hermenêutica e conjunta foi esquecida pelos operadores jurídicos deixando o texto de lei novo na condição de superado no seu tempo, assim, requerendo debates acerca desta união de esforços de uma nova visão da propriedade.

Atualmente, a Lei 13.867/19 aplica o instituto da Mediação e Arbitragem, em leitura partilhada, aplicadas nos casos em que envolvam questões de utilidade pública do uso e gôzo do imóvel levando as condições específicas de desapropriação ou alienação de imóveis, compreende também o uso desses instrumentos nas hipóteses de alienação gratuita ou onerosa de regularização fundiária.

Deste modo, o apelo de aplicação das legislações civilistas também recai em objetividades do positivismo, mas traz uma nova visão de flexibilidade do uso de patrimônio público, em prol da função social e do próprio interesse público do bem comum social.

O quadro abaixo descreve as legislações com seus objetivos, a visão fundiária e os conflitos existentes propriamente ditos no sistema brasileiro, de forma metodológica e exemplificativa, com a finalidade de facilitar a leitura fomentando a reflexão e o debate das incongruências e congruências ao se tratar de assuntos da temática atinente a propriedade, posse e formas e objetivos de (re) solução de conflitos fundiários urbanos, no Brasil.

Quadro 1 – Congruências e incongruências jurídicas da regularização fundiária

Legislações	Objetivos	Visão fundiária	Conflitos existentes
Constituição Federal de 1988	Assegurar o exercício de propriedade dos titulares de direitos individuais e coletivos.	Garantia do direito de propriedade privado e público atendendo a sua função social.	Direito Privado e Direito Público com função social.
Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002 **Código Civil**	Estabelece os direitos e deveres do direito de propriedade pública e privada na ordem civil.	O proprietário pode ser limitado ao exercício de sua propriedade em função do interesse social, com a justa-indenização em caso de desapropriação por interesse social ou ambiental.	Se houve uma interpretação restrita da lei de ordem civil, o Direito Econômico sobrepõe-se ao Direito Social e ambiental da propriedade.
Estatuto da Cidade, na Lei 10.257 / 2001 **Estatuto da Cidade**	Regulamenta a Política Pública Urbana	Promoção da distribuição equitativa da moradia atendendo a proteção do desenvolvimento ecologicamente equilibrado do meio ambiente, sob os fundamentos legais e princípios da justiça social e produtividade econômica afetada.	Justiça Social coadunada a maior eficiência do espaço urbano com o desenvolvimento das atividades econômicas do país.
Lei 13.105 / 2015 do **Código de Processo Civil**	Regulamenta as ações e procedimentos	Regulamenta as ações específicas de proteção de direito de propriedade, com foco no direito individual subjetivo da propriedade e adiciona o caráter coletivo e transindividual da demanda possessória, com a menção de mecanismos adequados de solução de conflitos.	Justiça Coletiva e distributiva da terra, em franco debate sobre a aplicabilidade das normas de direito coletivo, com a entrega da tutela jurisdicional e da tutela de direito do bem coletivo à pessoas indeterminadas em seu núcleo de titulariedade e legitimação ordinária de posse ou propriedade.
Lei 13.465, de 11 de julho de 2017 – Lei de **Regularização fundiária rural e urbana**	Regulamenta a justiça distributiva de terra e acesso a moradia.	Regulamenta os objetivos, instrumentos urbanísticos e procedimentos básicos de legitimação fundiária e legitimação possessória, com a menção de fases procedimentais de concessão de títulos de propriedade ou mera certificação de posse.	Justiça Universal do direito a moradia, em processo de demanda, por um Plano Nacional de Desenvolvimento do Solo urbano e distribuição territorial com o ordenamento dos espaços rurais e urbanos e padronização de procedimentos de concessão do uso do espaço urbano ou transferência definitiva do imóvel.

Fonte: Elaborado pela autora.

A hipótese aventada acima sistematizada em objetivos, visão e fins demonstra o grau de complementariedade das legislações comparadas aos exigidos focos de planejamento e desenvolvimento de políticas públicas urbanas e a viabilidade de novas formas de solução de conflitos fundiários, sob os mesmos moldes do tradicional sistema.

No entanto, é presumível a ausência de correlação dos objetivos e fins das leis constitucionais e infraconstitucionais, em particular, na fase do ato de aplicabilidade da lei especial de regularização fundiária urbanas na resolução de conflitos fundiários urbanos judiciais pendentes ou extintos no Poder Judiciário e na solução de problemas ambientais e fundiários.

Entretanto, faz necessária a digressão da existência do fundamento legalista do direito de propriedade, como se explicita em quadro acima descrito, para, posteriormente, analisar o texto e o contexto da nova legislação de regularização fundiária, com final apresentação de formas de solução e resolução pertinentes separadamente ou em cooperação dos conflitos fundiários judiciais e não judiciais presentes no âmbito administrativo e judicial dos sistemas nacionais.

Esse rol extenso de legislações constitucionais e infraconstitucionais revela a posição ideológica das normas nacionais no sentido de dar conotação social ao direito de propriedade e do caráter distributivo da justiça ambiental. Muito embora prevaleça a dicotomia dos objetivos e fins do setor econômico na produção da atividade de imóveis e espaços urbanos na seara imobiliária com o cumprimento da distribuição da justiça territorial, acarretando a contínua força disruptiva dos conflitos de interesses judiciais ou não judicializados pelo direito à moradia e ao espaço comum das cidades brasileiras (CHACUR, 2018).

O viés ideológico desta legislação de regularização fundiária deve ter o sentido de garantir a compatibilidade das atividades econômicas coadunadas à função social da propriedade dando um novo conceito de propriedade e posse ao bem imóvel, garantindo o aporte de equacionar o desenvolvimento das cidades brasileiras.

Deste modo é imprescindível essa interpretação sistêmica e global de conferência de efetividade de políticas públicas de acesso à moradia, e enfim, dar-lhes o direito, replicando essa interpretação e aplicação das legislações ambientais, civis e fundiárias, principalmente, corrigindo a omissão de aplicabilidade de instrumentos técnicos e jurídicos, bem como mecanismos alternativos no momento da (re) solução dos conflitos fundiários urbanos, na prática forense.

Apesar de inúmeros estudos e debates teóricos restam propostas de padrões paradigmáticos aplicados de legalização e regularização ambiental, urbanística e jurídica no

sistema vigente nacional promovendo programas de fomento de propostas de solução de métodos alternativos não-adversarias de solução de conflitos fundiários.

5 Os modelos paradigmáticos de gestão central do Acesso à Moradia e Plano Diretor dos Municípios brasileiros

O cerne da questão ao tratar de modelos de gestão ao acesso à moradia é contemplar a presença do Estado na regulação administrativa, em favor de proteção do meio ambiente e diminuição de conflitos de interesses fundiários, em diversos setores e eixos da sociedade.

O Estatuto das Cidades esclarece a distinção e fins do conceito de federação do Estado da autonomia dos Municípios colocando as diretrizes de execução destas políticas públicas, no sentido de uma integração e complementariedade de funções, entre atividades urbanas e rurais, controladas por ambos os entes de governo, denominada de governança interfederativa[34] (SODERO, 1982; SILVA, 2007).

O município tem a autonomia administrativa, política e financeira de promover ações e programas voltados à distribuição das atividades inerentes as características daquela cidade, com o objetivo de ordenar o fim e o pleno desenvolvimento local.

Cabe ao Município o ônus de exigir o ordenamento e planejamento da cidade e da propriedade urbana indicando esses assuntos regulatórios de zoneamento, organização administrativa, situação e classificação da propriedade, sistema de participação democrática e eleitoral, o plano de aproveitamento do imóvel e do território, e o plano e os instrumentos utilizados na governança local, justamente, no seu Plano Diretor.

Quanto a exigência do plano diretor dos municípios restam críticas sobre a limitação de número de habitantes para contemplar a criação do documento, falhando as exigências, em grande maioria de projetos de desenvolvimento urbano e urbanísticos das cidades brasileiras.

É importante a obrigatoriedade de Plano Diretor porque a proposta permite uma avaliação local e a organização administrativa dos municípios, a projeção de locais com demanda por moradias, a implantação de infraestrutura e equipamentos, com ações de zoneamento e o mapeamento da situação territorial, delimitando o ordenamento do

[34] *Internacional Council for Local Environmental Inicitiatives* – ICLEI (Conselho Internacional para iniciativas ambientais locais) é uma associação internacional com o objetivo de apoiar o uso de ferramentas e tecnologias aos governos locais subsidiando-os projetos de gestão e governança aplicados a proteção do meio ambiente e no desenvolvimento sustentável das cidades.

crescimento urbano e rural atrelado à proteção do meio ambiente e a aplicação das funções sociais da propriedade e de todas as cidades.

O assunto da obrigatoriedade do plano diretor novamente leva a discussão acerca da responsabilidade estatal solidária e integral na promoção de políticas públicas fomentadoras da função social da propriedade e das cidades por todos os entes da federação no Brasil (MOREIRA, 2001; CHACUR, 2018).

A justificativa da formulação destas políticas públicas - nacional e local - de desenvolvimento urbano decorre em outras políticas públicas nacionais, regionais ou locais de planos de ordenamento territorial, mobilidade urbana, equipamentos comunitários e urbanos, acesso ao transporte e lazer, dentre outros.

Estes modelos paradigmáticos de gestão central e descentralizado do acesso à moradia incorrem a justa composição dos interesses diversos e ônus público e privado, trazendo a exata correlação de direitos e deveres sob o espaço urbano e rural, cumprindo com os objetivos de distribuição equitativa de justiça ambiental no território nacional.

A partir da análise da eficiência desta forma de cessão de espaços e controle na linha de horizontalidade e sistêmica de governança global ou local é possível o tratamento dos conflitos de interesses de assuntos ambiental e público pelos governos.

No entanto, o novo conceito de avaliação e controle de gestão ambiental e fundiária afasta a ideia original de hierarquia e função, apenas deixando as estruturas hierarquizadas, como um suporte de organização administrativa e judicial**.**

Do mesmo modo, a obrigatoriedade de diretrizes de desenvolvimento dos espaços territoriais das cidades pelos Municípios e o planejamento urbanístico, traz a distribuição dos benefícios e ônus, decorrentes do processo de urbanização das cidades.

Consignando que o suporte deste ônus público estatal de distribuição territorial e justiça ambiental deve estar pautado nos princípios da eficiência estatal correlata com o princípio da participação pública popular na Administração Pública, contemplando um grau maior publicidade dessas tomadas de decisões e acompanhamento da execução destas políticas públicas e ações de desenvolvimento do território local (PEREZ, 2006; ZENKENER, 2020).

Para tanto, é factível o implemento da cooperação entre o ente público e privado com uma visão colaborativa de investimentos públicos e privados garantindo um reforço à valorização dos imóveis, isto porque esse binômio de ações possibilitam o trabalho conjunto de alteração das paisagens e a oferta de equipamentos adequados à proteção do meio ambiente

e dos espaços, cumprindo com a função social da propriedade e das cidades (PINTO, 2005; MARICATO, 2016).

São inúmeras possibilidades de convênios e parcerias público-privada ou privada-público, firmadas em consórcios cooperados e integrados de vários eixos de políticas públicas das cidades. Geralmente, essas parcerias são fiscalizadas por órgão regulador em esfera superior ou complementar ao ente municipal, estadual ou federal.

O reforço da necessidade de formulação de condições regulatória ao tratar de programas e práticas de ações voltadas a execução de interesse social, e, principalmente, ao versar sobre o uso de dinheiro público ou qualquer outro meio de contrapartida envolvendo interesses e dinheiro público, com a exigência de análise da participação do custo-benefício e contrapartidas pelo ente público e privado,

É patente a correlação da existência de programas de políticas públicas e ações, plano e planejamento urbanístico, ordenamento territorial e a valorização monetária dos imóveis, assim justificando a obrigatoriedade de um plano diretor e este modelo de governança local, como um imperativo de obrigação aos municípios, em comunhão recíproca de responsabilidades, pelos demais entes federativos da nação.

Cumpre ao Estado definir e implantar esses testes de modelos paradigmáticos de gestão central de acesso à moradia e governança local de desenvolvimento sustentável de espaços territoriais saudáveis e equilibrados no meio ambiente das cidades brasileiras, a partir de cada lei e justa composição de seus fins.

CONCLUSÃO

Este problema é um desafio à ser enfrentado pela Ciências elencando o estado da arte, atribuindo-se interpretações lógicas e hermenêuticas das normas técnicas e jurídicas do sistema nacional.

É notório a contrariedade de fins do conteúdo normativo e pactos globais e nacionais ao tratar do assunto de meio ambiente e da questão fundiária no Brasil.

Essa nova concepção de propriedade e conflito define a finalidade de ajustes do direito posto ao contexto verificado nas cidades brasileiras e novas formas de tratamento de modalidades de solução e resolução de conflitos fundiários urbanos.

As propostas refutam totalmente a teoria clássica da definição de propriedade, projeta uma nova forma de gestão de conflitos e uma nova forma de resolução de conflitos fundiários urbanos na esfera dos órgãos dos poderes.

No caso específico, sugere-se a mudança de paradigma do conceito e definições de propriedade indicando o foco do uso sustentável da terra ou do solo, como metas de aplicação dos instrumentos urbanísticos e apoio ao fomento de práticas inovadoras voltadas aos estudos de indicadores econômicos e sociais, e a justa distribuição da ocupação do espaço urbano.

Concomitante enseja em propostas de conceitos e definições, categorias e modalidades diversas de gestão de conflitos fundiários urbanos e solução na esfera administrativa, pelos interessados, perante os órgãos.

São obrigatórias as propostas inclusivas de instrumentos de *controle urbanístico e regulação,* como forma de uma gestão compartilhada e responsável, utilizando modelos de enfrentamento de soluções de conflitos fundiários pendentes judicializados ou não-judicializados, em qualquer esfera, no país.

A governança interfederativa em uma gestão horizontal e cooperada contribui com a promoção de políticas públicas fundiárias de participação ativa dos cidadãos, em busca de formas alternativas de legalizar e regularizar seus espaços comuns e privados, conforme o atendimento as demandas, as necessidades e os ajustes sociais, reduzindo a litigiosidade no campo dos territórios.

Enfim, esse entendimento da complexidade envolve a nova visão do direito à moradia e habitação, em espaços territoriais, deve estar atrelada a agenda local e agendas institucionais, possibilitando a mitigação desta conflitualidade.

REFERÊNCIAS

ALVES, 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Site do Palácio do Planalto. Brasília/DF: 1988. Disponível: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso: 2020.

BRASIL. **Lei 10.267, de 28 de agosto de 2001.** Código Civil (2002). Altera dispositivos das Leis nos 4.947, de 6 de abril de 1966, 5.868, de 12 de dezembro de 1972, 6.015, de 31 de dezembro de 1973, 6.739, de 5 de dezembro de 1979, 9.393, de 19 de dezembro de 1996, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10267.htm>. Acesso em: jan. 2018.

BRASIL. Lei 11.977, de 7 de julho de 2009. **Dispõe sobre o Programa Minha Casa, Minha Vida – PMCMV e a regularização fundiária de assentamentos localizados em áreas urbanas**; altera o Decreto-Lei nº 3.365, de 21 de junho de 1941, as Leis nos 4.380, de 21 de agosto de 1964, 6.015, de 31 de dezembro de 1973, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 10.257, de 10 de julho de 2001, e a Medida Provisória nº 2.197-43, de 24 de agosto de 2001; e dá

outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l11977.htm>. Acesso em: jan. 2020.

BRASIL. Lei 13.465, de 11 de julho de 2017. **Dispõe sobre a regularização fundiária rural e urbana, sobre a liquidação de créditos concedidos aos assentados da reforma agrária e sobre a regularização fundiária no âmbito da Amazônia Legal**; institui mecanismos para aprimorar a eficiência dos procedimentos de alienação de imóveis da União; altera as Leis nºs 8.629, de 25 de fevereiro de 1993, 13.001, de 20 de junho de 2014, 11.952, de 25 de junho de 2009, 13.340, de 28 de setembro de 2016, 8.666, de 21 de junho de 1993, 6.015, de 31 de dezembro de 1973, 12.512, de 14 de outubro de 2011, 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), 11.977, de 7 de julho de 2009, 9.514, de 20 de novembro de 1997, 11.124, de 16 de junho de 2005, 6.766, de 19 de dezembro de 1979, 10.257, de 10 de julho de 2001, 12.651, de 25 de maio de 2012, 13.240, de 30 de dezembro de 2015, 9.636, de 15 de maio de 1998, 8.036, de 11 de maio de 1990, 13.139, de 26 de junho de 2015, 11.483, de 31 de maio de 2007, e a 12.712, de 30 de agosto de 2012, a Medida Provisória nº 2.220, de 4 de setembro de 2001, e os Decretos-Leis nºs .398, de 21 de dezembro de 1987, 1.876, de 15 de julho de 1981, 9.760, de 5 de setembro de 1946, e 3.365, de 21 de junho de 1941; revoga dispositivos da Lei Complementar nº 76, de 6 de julho de 1993, e da Lei nº 13.347, de 10 de outubro de 2016; e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13465.htm>. Acesso em: jan. 2018.
CPC, 2015.

BOLZAN DE MORAIS, José Luiz. **A Subjetividade do tempo: uma perspectiva transdisciplinar do direito e da democracia.** Porto Alegre, Livraria do Advogado, 1998.

_____. **Estado e constituição em tempos de abertura: uma crise conceitual e transição paradigmática num ambiente intercultural.** Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Direito do Direito (RECHTD) 5 (2): 133-140, julho-dezembro 2013 © 2013 por Unisinos - DOI: 10.4013 / rechtd.2013.52.0
(PDF) Estado e constituição em tempos de abertura: uma crise conceitual e a transição paradigmática num ambiente intercultural. Available from: https://www.researchgate.net/publication/274024473_Estado_e_constituicao_em_tempos_de_abertura_a_crise_conceitual_e_a_transicao_paradigmatica_num_ambiente_intercultural [accessed Mar 16 2020].

CHACUR, R. L. Q.; OLIVEIRA, C. M. **Modelo Descentralizado de Mediação para Resolução de Conflitos de Reforma fundiária urbana.** XXVI Encontro Nacional de Pesquisa de Pós-Graduação – CONPEDI. Revista de Formas Consensuais de Resolução de Conflitos Brasília, 2017.

_____. **Ocupação de espaços urbanos: a Ciência e a filosofia em tempos de Democracia**. Simpósio Internacional sobre Direito Atual. Universidade Lusófona do Porto. Porto, 2018.

LIBÓRIO, D. et. *all*. **Manual de Procedimentos: Prevenção e Soluções Adequadas aos Conflitos Fundiários Urbanos.** Disponível: <http://www.ibdu.org.br/eficiente/repositorio/Projetos-de-Pesquisa/424.pdf>. Diálogo sobre Justiça. Secretaria de Reforma do Judiciário, Julho de 2013. Acesso em 2019.

MARICATO, Erminia. **Urbanismo na Periferia do Mundo Globalizado das metrópoles brasileira.** São Paulo em Perspectiva. 14 (4) 2000.

MOREIRA ALVES, José Carlos. **Posse.** Estudo dogmático, volume II. 1º Tomo, 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *Derechos humanos e constitucionalismo ante el Tercer Milenio*, Madrid, Marcial Pons, 1996.

PINTO, Eduardo Vera-Cruz. **O futuro da justiça.** São Paulo: IASP, 2015. 165 p.

SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional**, 6 ed. São Paulo : Malheiros, 2007.

SILVA, Paulo Márcio da. **Inquérito Civil e Ação Civil Pública – Instrumento da Tutela Coletiva**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 102.

SODERO, Fernando Pereira**. Direito Agrário e Reforma Agrária**, 2ª Edição, OAB/SC Editora, 1982.

STEFANIAK, J. L.; STEFANIAK, J. N. **Efetividade do direito à moradia na cidade ilegal**. Cadernos de Direito, Piracicaba, v. 12(22): 63-90, jan.-jun. 2012. ISSN Impresso: 1676-529-X. ISSN Eletrônico: 2238-1228 Disponível em: https://www.metodista.br/revistas/revistas-unimep/index.php/direito/article/viewFile/874/954. Acesso em: 01 mai. 2016.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica (Uma Nova Crítica do Direito)**, Forense, 2ª Edição, 2013.

VASCONCELOS, Lia. Veiga, Bruno Gonzaga Agapito da; Duarte, Laura Maria Goulart; Vasconcelos, Lia Maldonado Teles de; Casimiro, Isabel Maria; *Social Actors and dams: water contradictions in Mozambique*, pp. 119-127, in *Sustainable Development: energy, environment and natural disasters*, Laura Duarte & Paulo Pinto (eds.) (ISBN 978-989-8132-02-4), 2009.

VASCONCELOS, VASCONCELOS, Lia. Úrsula Caser, Flávia Silva, Marilisa Coelho, Rita Sá, Graça Gonçalves, Maria João Ramos Pereira, José Carlos Ferreira, Marco Painho, Fernando Dias, Oscar Vidal Calbet, Tiago Humberto Oliveira (2015) ***Collaborative Governance in Marine Protected Areas – the Eco-Social Dialogue in the Empowerment of Changing Agents for the Sustainability of the Oceans in Sustainability in the 21st century*** – The Power of Dialogue pp. 23-32, Lia Vasconcelos (coord. & ed), Flavia Silva (ed), Cafilesa. (ISBN 978-9898745-58-3), 2015.

Sobre a Editora:

EDITORA JURISMESTRE

A Editora Jurismestre tem como missão principal difundir o conhecimento jurídico por meio da editoração, registro e comercialização de livros impressos e digitais, com foco nos trabalhos elaborados pelos docentes das principais Universidades do Brasil, contribuindo, assim, para o melhor desenvolvimento da docência e, em especial, do ensino e da pesquisa jurídica nacional.

A editora conta com um Conselho Assessor formado por professores e juristas de reconhecido gabarito, com formação acadêmica em diversas áreas do saber humano, que auxiliam na avaliação, recomendação, editoração e publicação de obras que resultam das pesquisas, aulas e eventos científicos.

A editora agradece a colaboração dos professores e pesquisadores que fazem parte deste importante projeto.

Os autores se responsabilizam pelo conteúdo de seus artigos, isentando a Editora e os organizadores da obra coletiva de eventuais responsabilidades oriundas da publicação.

www.editorajurismestre.com.br
contato@jurismestre.com.br