

ISBN: 978-85-54909-24-6

Organizadores

Liton Lanes Pilau Sobrinho

Paulo Márcio Cruz

Fabíola Wust Zibetti

JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL, DEMOCRACIA E RELAÇÕES SOCIAIS: DESAFIOS CONTEMPORÂNEOS

2019

ISBN: 978-85-54909-24-6

Organizadores

Liton Lanes Pilau Sobrinho

Paulo Márcio Cruz

Fabíola Wust Zibetti

JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL, DEMOCRACIA E RELAÇÕES SOCIAIS: DESAFIOS CONTEMPORÂNEOS

2019



PPGDireito
Programa de Pós-Graduação
em Direito
Faculdade de Direito - FD

Reitor Valdir Cechinel Filho	ARTIGOS - GT 6 - DIREITO, CIDADANIA E DESENVOLVIMENTO TECNOLÓGICO Alessandra Vanessa Teixeira André Afonso Tavares Carla Della Bona Carla Piffer Danubia Desordi Lucas Dalmora Bonissoni Reginaldo de Souza Vieira Rogerio da Silva	RESUMOS - GT 5 - DEMOCRACIA E RELAÇÕES SOCIAIS Átila Alexandre Garcia Kogan Delmar André Riczer Ésio Francisco Salvetti Gabriela Santos Bortolini Hellen Sudbrack Isabela Bohnen 921 Ivan Penteado Dourado 925 Jacson Bacin Vicente Janete Rosa Martins Jhordan Pinto da Silva Letícia Abati Zanotto Paulo Cesar Carbonari Syrio Junior Cavagnoli Moreira Vitor Augusto Ferreira Barquel
Vice-Reitor de Graduação e Desenvolvimento Institucional Carlos Alberto Tomelin		
Vice-Reitor de Extensão e Assuntos Comunitários José Carlos Machado		
Vice-Reitor de Pesquisa, Pós-Graduação e Inovação Rogério Corrêa		
Organizadores Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho Prof. Dr. Paulo Márcio Cruz Prof. Dra. Fabíola Wust Zibetti	ARTIGOS – GT 8 - CONSTITUCIONALISMO, DEMOCRACIA E NEOCONSTITUCIONALISMO Danubia Desordi Laura Covatti dos Santos Noli Bernardo Hahn Renata Frandoloso Martins Thaís Maciel de Oliveira Tiago Zilli	RESUMOS – GT 6 - DIREITO, CIDADANIA E DESENVOLVIMENTO TECNOLÓGICO Eduarda Perini da Silva Fausto Santos de Moraes Haliesca Cristina Fabris Isabel Christine Silva de Gregori Janaina Rigo Santin Larissa Melez Ruviaro Sabrina D. Staats Anna Gabert Nascimento
Autores ARTIGOS - GT 1 - DIREITO, ECONOMIA E SUSTENTABILIDADE Alisson Galvão Ana Cláudia Favarin Bettina Ferreira Goulart Bianca Coronetti Farenzena Caroline Schemmer Francieli lung Izolani Gabriel Dil Jacson Bacin Vicente Jerônimo Siqueira Tybusch Jerônimo Tybusch Luiz Ernani de Bonesso Maira Angélica Dal Conte Toniai Marina A Tauil Bernardo Taísa Cabeda Talissa Truccolo Reato Vitória dos Santos Gonçalves	ARTIGOS – GT 9 - TEORIA DO RISCO E DESASTRES AMBIENTAIS Ana Cláudia Favarin Pinto Brenda Palma da Silva Caroline Schemmer João Martins Bertaso Nara Suzana Stainr Pires Sonia Aparecida de Carvalho	RESUMOS - GT 7 - CRIAÇÃO DO DIREITO PARA OS ESPAÇOS VIRTUAIS Roberta Battisti Pereira
	ARTIGOS – GT 10 - SEGURANÇA ALIMENTAR Adriana Fasolo Pilati Francielle Benini Agne Tybusch Frederico Thaddeu Pedroso Joana Silvia Mattia Debastiani Josiane Petry Faria Rafael Machado Soares	RESUMOS - GT 8 – CONSTITUCIONALISMO, DEMOCRACIA E NEONACIONALISMO Edimara Sachet Rizzo Franco Scortegagna Mateus Rigo Longo Reginaldo de Souza Vieira Renato Cechinel
ARTIGOS - GT 2 - TENDÊNCIA E PERSPECTIVAS DO NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO Melissa González Rodríguez Nadya Regina Gusella Toniai	ARTIGOS – GT 11 - SOCIEDADE, CONFLITO E MOVIMENTOS SOCIAIS Alessandra Duncke Aline Michele Pedron Leves Ana Paula Araujo Carbonari André Giovane de Castro Andréia Moser Keitel Caroline Isabela Capelesso Ceni Clóvis Gorzceski Cristiano Müller Felipe Pinheiro Fernanda Oltramari Franco Scortegagna Graziela Minas Alberti Janete Rosa Martins Letícia Natiele da Silva Simsen Lídia de Paola Ritter Priscilla Paola Severo Rodrigo Graeff Thaís Maciel de Oliveira	RESUMOS – GT 9 - TEORIA DO RISCO E DESASTRES AMBIENTAIS Andressa Silva Souza Francielle Benini Agne Tybusch
ARTIGOS - GT 3 - DIREITOS HUMANOS: EFICÁCIA NO PLANO INTERNACIONAL Silvana de Fátima Machado da Silva Aline Michele Pedron Leves André Giovane de Castro Ariane Faverzani da Luz Arnaldo Fabiano Fenner Bianca Coronetti Farenzena Carime Tagliari Estacia Carla Della Bona Carla Lerin Giana Pante Isabela Bohnen Jamila Wisóski Moysés Etchezar Júlian Marcelino Araújo Karen Beltrame Becker Fritz Laís Franciele de Assumpção Wagner Liton Lanes Pilau Sobrinho Lucas Hahn Spalding Luis Angelo Dallacort Mariana Chini Patrícia Grazziotin Noschang Raquel Ceolin Valéria Ribas do Nascimento	ARTIGOS – GT 12 - DIREITO, GOVERNANÇA E NOVAS TECNOLOGIAS Anatieli Perez Menchik André Afonso Tavares Ariel Moura Francesco Bertoldi Laura Covatti dos Santos Marcio Assis Patussi Rafaela Baldissera Renato Cechinel Stéfani Reimann Patz Thami Covatti Piaia	RESUMOS - GT 10 - SEGURANÇA ALIMENTAR Claiton Rossa da Rocha Clarissa de Souza Guerra Clarissa Guerra Larissa Melez Ruviaro Luiz Ernani Bonesso de Araújo
	ARTIGOS - GT 4 - PODER, GÊNERO E POLÍTICAS PÚBLICAS Amanda Caroline Zini Ana Claudia Delajustine Ana Kravczuk Rodrigues Ariane Faverzani da Luz Cassiane Fortes Bueno Débora Jaeli Millani da Silva Joana Silvia Mattia Debastiani Josiane Petry Faria Luísa Ré De Rocco Maria Caroline Nemet Kurtz Pamela de Almeida Araújo Valdemir José Debastiani	RESUMOS - GT 11 – SOCIEDADE, CONFLITO E MOVIMENTOS SOCIAIS Alex da Rosa Ana Júlia Biasin Oedmann Bianca Buzatto da Rosa Briane Lovera Jodelis Bruna Leyter Caroline Isabela Capelesso Ceni Daniela Tonini da Silva Eduarda dos Santos Knob Felipe Panegalli Honaíser Fritz Loewenthal Neto Guilherme Silva Araújo Ipojucam Demétrius Vecchi Jackson da Silva Leal João Gabriel Wibelinger Holtermann João Luis Severo da Cunha Lopes Letícia Mousquer Ritter Luiz Fernando Kramer Pereira Neto Regina Helena Marchiori Canali Salus Henrique Silveira Ferro Sara de Araujo Pessoa Stéfani Reimann Patz Thaís Maciel de Oliveira Vinícius Francisco Toazza
	RESUMOS - GT 1 - DIREITO, ECONOMIA E SUSTENTABILIDADE Elias Noello Paranhos Gabriel Dil Joline Picinin Cervi Julio Cesar Giacomini Karen Beltrame Becker Fritz Laís Franciele de Assumpção Wagner Leura Dalla Riva Lídia de Paola Ritter Luiz Fernando Pereira Neto Milena Petters Melo Otávio Oliveira Dias Rafaela Rovani de Linhares Silvania Placatnic Saugo Tiago Roso	RESUMOS – GT 12 - DIREITO, GOVERNANÇA E NOVAS TECNOLOGIAS Elisa Viana Dias Chaves Fabiano Braga Pires Fausto Santos de Moraes Francieli lung Izolani Giane Pante Janaina Rigo Santin Leura Dalla Riva Lucas Carini Lucas Hahn Spalding Marlon Dai Pra Mártin M. Szinvelski Mateus de Oliveira Fornasier Murilo Manzoni Boff Raquel Ceolin Têmis Limberger
ARTIGOS - GT 5 - DEMOCRACIA E RELAÇÕES SOCIAIS Aline Moura da Silva Boanova Bruna Chechi Biorchi Camila Cristina Paumann Carolina Zanata dos Santos Caroline Simor da Silva Daniela Simon Edmar Vianeí Marques Daudt Eduardo Meyer Mendes Fausto Santos de Moraes Francieli Formentini Francielly Addevico Moura Francine Cansi Ipojucan Demétrius Vecchi Janaina Rigo Santin Jander Rocha da Silva Janete Rosa Martins Jovana de Cezaro Júlia Eliza Rubin Leonardo José Ronsoni Maira Angélica Dal Conte Toniai Marcelo Gonçalves Marcio Renan Hamel Matheus H. da Silva Nadya Regina Gusella Toniai Priscila de Lima Rodrigues Rafael Eduardo de Oliveira Taise Fernandes Pereira Tássia A. Gervasoni Tatiana Mezzomo Casteli	RESUMOS - GT 2 – TENDÊNCIA E PERSPECTIVAS DO NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO Elisa Bedin Siqueira Jacson Bacin Vicente Maira Angélica Dal Conte Toniai Valdemir José Debastiani	
	RESUMOS - GT-3 - DIREITOS HUMANOS: EFICÁCIA NO PLANO INTERNACIONAL Alcindo Batista da Silva Roque Arnaldo Fabiano Fenner Átila Alexandre Garcia Kogan Camila Campos Bigliardi Caroline Andreis de Oliveira Edimar Alexandre Rezende Gabriela Klein Jéssica Mendes Leite João Luís Severo da Cunha Lopes Julian Marcelino Araujo Liton Lanes Pilau Sobrinho Micheli Piucco	Diagramação e Capa Alexandre Zarske de Mello
	RESUMOS - GT 4 - PODER, GÊNERO E POLÍTICAS PÚBLICAS Luiz Fernando Pereira Neto Rafaela Ferrarese	Comitê Editorial E-books/PPCJ Presidente Dr. Alexandre Moraes da Rosa Diretor Executivo Alexandre Zarske de Mello
		Membros Dr. Bruno Smolarek (UNIPAR) Dra. Flávia Novera Loureiro (UMINHO/PORTUGAL) Dr. Daniele Porena (UNIPG/ITÁLIA) Dr. Pedro Jose Femenia Lopez (UA/ESPANHA) Dr. Javier Gonzaga Valencia Hernandez (UCALDAS/COLÔMBIA) Dr. Clovis Demarchi (UNIVALI) Dr. José Everton da Silva (UNIVALI) Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UNIVALI) Dr. Márcio Ricardo Staffen (UNIVALI)
		Projeto de Fomento Programa de Apoio a Eventos no País – PAEP, Edital 29/2018 da Coordenação de Aperfeiçoamento de pessoal de Nível Superior – CAPES

FICHA CATALOGRÁFICA

J979 Jurisdição constitucional, democracia e relações sociais: desafios contemporâneos [recurso eletrônico] / Liton Lanes Pilau Sobrinho, Paulo Márcio Cruz, Fabíola Wust Zibetti (Org) - Dados eletrônicos. - Itajaí: Ed. da Univali, Passo Fundo: Ed. da UPF, 2019.

Livro eletrônico.

Modo de acesso: World Wide Web: <<http://www.univali.br/ppcj/ebook>>

Incluem referências.

ISBN 978-85-54909-24-6 (e-book)

1. Direito constitucional. 2. Jurisdição. 3. Democracia. I. Pilau Sobrinho, Liton Lanes. II. Cruz, Paulo Márcio. III. Zibetti, Fabíola Wust. IV. Título.

CDU: 342

Ficha catalográfica elaborada pela Biblioteca Central Comunitária – UNIVALI

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO.....	20
Liton Lanes Pilau Sobrinho	20
Paulo Márcio Cruz.....	20
Fabíola Wust Zibetti.....	20
ARTIGOS - GT 1 - DIREITO, ECONOMIA E SUSTENTABILIDADE.....	21
SEMENTES TRANSGÊNICAS E OS IMPACTOS SOBRE A BIODIVERSIDADE BRASILEIRA TRANSGENIC SEEDS AND IMPACTS ON BRAZILIAN BIODIVERSITY.....	22
Marina A Tauil Bernardo.....	22
Luiz Ernani de Bonesso	22
ABELHAS E SOJA: UMA PARCERIA DE SUCESSO	36
Francieli lung Izolani	36
Jerônimo Siqueira Tybusch.....	36
REFLEXIVIDADES SOBRE A PRÁTICA DO GREENWASHING E OS DESAFIOS PARA A SUSTENTABILIDADE MULTIDIMENSIONAL	47
Alisson Galvão.....	47
Jerônimo Tybusch.....	47
TRANSNACIONALISMO E O DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL	57
Gabriel Dil	57
Victória dos Santos Gonçalves.....	57
A ECONOMIA SUSTENTÁVEL PELO PROCESSO COOPERATIVISTA – DESAFIOS TRAZIDOS PELA REVOLUÇÃO 4.0	65
Maira Angélica Dal Conte Tonial	65
Jacson Bacin Vicente.....	65
SUSTENTABILIDADE AMBIENTAL COMO GARANTIA AO DIREITO À CIDADANIA ATRAVÉS DO USO DE ENERGIAS RENOVÁVEIS.....	76
Ana Cláudia Favarin	76
Caroline Schemmer	76
COMENTÁRIOS À MEDIDA PROVISÓRIA 867 DE 2018.....	84
Taísa Cabeda.....	84
Talissa Truccolo Reato	84
COMPLIANCE: UMA FERRAMENTA DE COMBATE À ESCRAVIDÃO CONTEMPORÂNEA NO BRASIL.....	94
Bianca Coronetti Farenzena	94
Maira Angélica Dal Conte Tonial	94
A <i>PUBLIC CHOICE</i> E A INFLUÊNCIA DOS MEIOS DE COMUNICAÇÃO: UMA ESCOLHA REALMENTE LIVRE?	101
Bettina Ferreira Goulart	101
ARTIGOS - GT 2 - TENDÊNCIA E PERSPECTIVAS DO NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO...	111

EL MEDIO AMBIENTE EN LA REPARACIÓN DEL TEJIDO SOCIAL, EN COMUNIDADES AFECTADAS POR EL CONFLICTO SOCIAL Y ARMADO EN COLOMBIA.....	112
Melissa González Rodríguez	112
NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO: O BEM VIVER COMO ALTERNATIVA AO DESENVOLVIMENTO	123
Nadya Regina Gusella Tonial	123
ARTIGOS - GT 3 - DIREITOS HUMANOS: EFICÁCIA NO PLANO INTERNACIONAL.....	136
O DIREITO À MORADIA COMO DIREITO HUMANO FUNDAMENTAL.....	137
Silvana de Fátima Machado da Silva	137
Luis Angelo Dallacort	137
O COMPASSO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO BRASILEIRO COM AS POLÍTICAS INTERNACIONAIS DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS	150
Arnaldo Fabiano Fenner	150
Júlian Marcelino Araújo	150
COMPLIANCE COMO DESENVOLVIMENTO HUMANO ATRAVÉS DE BASES ÉTICAS NA ECONOMIA	165
Bianca Coronetti Farenzena	165
Karen Beltrame Becker Fritz	165
DIREITOS HUMANOS E GLOBALIZAÇÃO: A RELATIVIZAÇÃO DA SOBERANIA ESTATAL FRENTE À ATUAÇÃO DOS NOVOS ATORES INTERNACIONAIS.....	174
Aline Michele Pedron Leves	174
André Giovane de Castro.....	174
LEI DE MIGRAÇÃO: A IMPLEMENTAÇÃO DO ASPECTO HUMANO EM ALTERAÇÃO A SEGURANÇA NACIONAL	185
Carime Tagliari Estacia.....	185
Isabela Bohnen	185
REFUGIADOS E A SUBMERSÃO AO ABANDONO: UMA ANÁLISE DA VULNERABILIDADE POR MEIO DOS DIREITOS HUMANOS E DA PROTEÇÃO INTERNACIONAL	193
Carla Lerin.....	193
Patrícia Grazziotin Noschang	193
A NECESSIDADE DE RECONHECIMENTO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS TRANSNACIONAIS NA MODERNIDADE.....	204
Jamila Wisóski Moysés Etchezar	204
Laís Franciele de Assumpção Wagner	204
DA PROTEÇÃO DE DIREITOS HUMANOS E A ESTEREOTIPIZAÇÃO DO IMIGRANTE COMO AMEAÇA NO QUE TANGE À SAÚDE: A PRIMEIRA SUSPEITA DE EBOLA NO BRASIL.....	215
Raquel Ceolin.....	215
Valéria Ribas do Nascimento	215
DIREITOS HUMANOS E SUA EFICÁCIA NO PLANO INTERNACIONAL FRENTE À DIVERSIDADE CULTURAL	224
Giana Pante	224

Lucas Hahn Spalding	224
O FLUXO MIGRATÓRIO VENEZUELANO AO BRASIL: CONSIDERAÇÕES SOBRE COSMOPOLITISMO E DIREITOS HUMANOS	232
Mariana Chini	232
Ariane Faverzani da Luz	232
A INFLUÊNCIA DA <i>CIVIL LAW</i> E <i>COMMON LAW</i> , ATRAVÉS DA GLOBALIZAÇÃO E DA TRANSNACIONALIZAÇÃO, PARA A FORMAÇÃO DE UM NOVO SISTEMA DE DIREITO	244
Carla Della Bona.....	244
Liton Lanes Pilau Sobrinho	244
ARTIGOS - GT 4 - PODER, GÊNERO E POLÍTICAS PÚBLICAS	256
XENOFEMINISMO E O USO DE TECNOLOGIAS PARA O DESENVOLVIMENTO DE POLÍTICAS PÚBLICAS SOBRE GÊNERO	257
Amanda Caroline Zini.....	257
COLONIALIDADE E GÊNERO: O PAPEL DA PSICOLOGIA SOCIAL PARA A DECOLONIDADE	265
Valdemir José Debastiani.....	265
Joana Silvia Mattia Debastiani.....	265
PRISÃO DOMICILIAR PARA MÃES E GESTANTES: UMA NOVA PERSPECTIVA SOBRE GÊNERO NO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO	273
Débora Jaeli Millani da Silva	273
LUGAR DE MULHER É NA POLÍTICA: A EFICIÊNCIA DAS COTAS FEMININAS NAS ELEIÇÕES MUNICIPAIS NA CIDADE DE PALMEIRA DAS MISSÕES - RS.....	281
Cassiane Fortes Bueno.....	281
A LUTA DAS MULHERES E UMA ANÁLISE DE GÊNERO NAS RELAÇÕES DE TRABALHO	295
Maria Caroline Nemet Kurtz	295
Pamela de Almeida Araújo	295
A INCLUSÃO DAS MULHERES TRANSEXUAIS NA LEI MARIA DA PENHA COMO ALTERNATIVA PARA A REDUÇÃO DA VIOLÊNCIA NO BRASIL.....	304
Luísa Ré De Rocco	304
Josiane Petry Faria	304
O CONTROLE REPRODUTIVO FEMININO: DA CAÇA ÀS BRUXAS MEDIEVAL À BIOPOLÍTICA DE GÊNERO EM DEMOCRACIA BRASILEIRA	312
Ana Claudia Delajustine.....	312
Ana Kravczuk Rodrigues	312
“QUEM BATE NA MULHER MACHUCA A FAMÍLIA INTEIRA”: UMA ANÁLISE DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E SEUS REFLEXOS NO CONTEXTO FAMILIAR	323
Ariane Faverzani da Luz	323
Ariele Faverzani da Luz	323
ARTIGOS - GT 5 - DEMOCRACIA E RELAÇÕES SOCIAIS.....	334

A IMPORTÂNCIA DE TORNAR A ÁGUA UM DIREITO FUNDAMENTAL PARA O DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL	335
Aline Moura da Silva Boanova.....	335
Leonardo José Ronsoni.....	335
DIÁLOGOS INSTITUCIONAIS APLICADOS ÀS DEMANDAS PREVIDENCIÁRIAS	343
Bruna Chechi Biorchi	343
Fausto Santos de Moraes	343
O PROCESSO COMO INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO DAS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS	354
Tatiana Mezzomo Casteli.....	354
CONSTITUCIONALISMO ALÉM DO ESTADO: UMA ABORDAGEM PLURALISTA E O REPENSAR DA DEMOCRACIA.....	363
Francine Cansi.....	363
Ipojucan Demétrius Vecchi.....	363
LUIS ALBERTO WARAT E A TERAPIA DO REENCONTRO MEDIADO.....	375
Taise Fernandes Pereira	375
Janete Rosa Martins	375
NOVAS TECNOLOGIAS DE INFORMAÇÃO E COMUNICAÇÃO E DEMOCRACIA	382
Caroline Simor da Silva	382
Janaina Rigo Santin.....	382
INTEGRIDADE, JUSTIÇA SOCIAL E RELAÇÕES SOCIAIS: A FUNÇÃO DA DEMOCRACIA NA FILOSOFIA DO DIREITO DE RONALD DWORKIN	390
Aline Moura da Silva Boanova.....	390
Marcio Renan Hamel	390
A GRATUIDADE DA JUSTIÇA COMO FORMA DE ACESSO À JUSTIÇA: UMA ANÁLISE DA APLICABILIDADE DO INSTITUTO A PARTIR DA VIGÊNCIA DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015.....	397
Camila Cristina Paumann.....	397
Francieli Formentini.....	397
O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA DEFESA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO	406
Priscila de Lima Rodrigues	406
Jander Rocha da Silva	406
A CRISE DE EFETIVIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS, PODER LOCAL E REFORMA DO ESTADO	413
Jander Rocha da Silva	413
Janaína Rigo Santin.....	413
FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO FRENTE À AÇÃO PENAL 937	435
Carolina Zanata dos Santos	435
Daniela Simon.....	435
AS PRERROGATIVAS PARLAMENTARES CONSTITUCIONAIS E A ATUAÇÃO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL À LUZ DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES	444
Matheus H. da Silva	444

Tássia A. Gervasoni.....	444
O TEMA N. 988 DOS RECURSOS ESPECIAIS REPETITIVOS DO STJ E A SISTEMÁTICA DO AGRAVO DE INSTRUMENTO NO CPC DE 2015.....	456
Jovana de Cezaro	456
Nadya Regina Gusella Tonial	456
ANÁLISE ÀS ALTERAÇÕES DO NCPC: DA PETIÇÃO INICIAL À AUDIÊNCIA PRELIMINAR.....	469
Rafael Eduardo de Oliveira	469
Eduardo Meyer Mendes.....	469
DIREITOS HUMANOS DOS PRESOS NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO	477
Franciélly Addevico Moura	477
O PAPEL DA VERDADE NA SOCIEDADE DE RISCO	486
Marcelo Gonçalves	486
O USO DA ARBITRAGEM NA SOLUÇÃO DE CONFLITOS RELACIONADOS AO DIREITO DO TRABALHO LABORAL	497
Júlia Eliza Rubin.....	497
Maira Angélica Dal Conte Tonial	497
PACTO FEDERATIVO, FEDERALISMO FISCAL COOPERATIVO E O PRINCÍPIO DE UNIFORMIDADE DE CONDIÇÕES DE VIDA: AS POSSIBILIDADES ENTRE BRASIL E ALEMANHA.....	508
Aline Moura da Silva Boanova.....	508
Edmar Viane Marques Daudt	508
ARTIGOS - GT 6 - DIREITO, CIDADANIA E DESENVOLVIMENTO TECNOLÓGICO	519
A INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL COMO INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO DO PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	520
Danubia Desordi	520
Carla Della Bona.....	520
GOVERNO ELETRÔNICO COMO INSTRUMENTO DE CONTROLE SOCIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS NA ÁREA DA SAÚDE BÁSICA NO MUNICÍPIO DE SÃO LEOPOLDO/RS.....	531
André Afonso Tavares.....	531
Reginaldo de Souza Vieira	531
OS AVANÇOS TECNOLÓGICOS NA ERA CONSUMOCENTRISMO: OS REFLEXOS NO RECONHECIMENTO AO PRÓXIMO	542
Lucas Dalmora Bonissoni	542
Rogério da Silva	542
A QUARTA REVOLUÇÃO INDUSTRIAL E OS IMPACTOS DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL PARA A SUSTENTABILIDADE TECNOLÓGICA.....	551
Alessandra Vanessa Teixeira	551
Carla Piffer	551
ARTIGOS – GT 8 - CONSTITUCIONALISMO, DEMOCRACIA E NEOCONSTITUCIONALISMO	563

PROTEÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À MORADIA DAS PESSOAS AFETADAS POR DESASTRES SOCIOAMBIENTAIS	564
Renata Frandoloso Martins	564
A FISSURA INEVITÁVEL DA VERDADE DIVINA: O DESAMPARO DA MODERNIDADE SECULAR E O INDIFERENTISMO SOCIAL CONTEMPORÂNEO	577
Thaís Maciel de Oliveira.....	577
Noli Bernardo Hahn	577
A APOSENTADORIA VOLUNTÁRIA DO SERVIDOR EFETIVO MUNICIPAL PELO REGIME GERAL DE PREVIDÊNCIA SOCIAL E A VACÂNCIA DO CARGO PÚBLICO	585
Laura Covatti dos Santos	585
Danubia Desordi	585
CORRESPONDÊNCIAS ENTRE A DOCTRINA DAS DIMENSÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A RESPECTIVA JURISPRUDÊNCIA NO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL DA ALEMANHA	596
Tiago Zilli.....	596
ARTIGOS – GT 9 - TEORIA DO RISCO E DESASTRES AMBIENTAIS	608
A IMPORTÂNCIA DA EMPATIA E DA FRATERNIDADE NA MEDIAÇÃO AMBIENTAL NA RESOLUÇÃO DE CONFLITOS DE DESASTRES AMBIENTAIS E ECOLÓGICOS	609
Nara Suzana Stainr Pires.....	609
Sonia Aparecida de Carvalho.....	609
A (IN) EFICÁCIA DA MEDIAÇÃO AMBIENTAL NA RESOLUÇÃO DE CONFLITOS NOS DANOS E RISCOS CAUSADOS PELOS DESASTRES AMBIENTAIS	624
Sonia Aparecida de Carvalho.....	624
João Martins Bertaso.....	624
DESASTRES AMBIENTAIS COMO FALHA DO DIREITO AMBIENTAL: UMA ANÁLISE DA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA E DO POSICIONAMENTO DO ESTADO ACERCA DOS DESASTRES OCORRIDOS NO PAÍS	639
Ana Cláudia Favarin Pinto.....	639
Caroline Schemmer	639
A RESPONSABILIZAÇÃO DO ESTADO NOS CASOS DE DESASTRES NATURAIS OCORRIDOS NO BRASIL, E A POSSIBILIDADE DE DESCONSIDERAR DETERMINADAS EXCLUDENTES DA RESPONSABILIDADE ATRIBUÍDAS PELA TEORIA DO RISCO ADMINISTRATIVO.....	648
Brenda Palma da Silva	648
ARTIGOS – GT 10 - SEGURANÇA ALIMENTAR.....	655
GEOPOLÍTICA DA FOME NO SUL SOCIAL: A SEGURANÇA ALIMENTAR NO CENÁRIO LATINO AMERICANO	656
Frederico Thaddeu Pedroso	656
Francielle Benini Agne Tybusch.....	656
AGRO (TÓXICOS): INSEGURANÇA ALIMENTAR E NUTRICIONAL E A VIOLAÇÃO DO DIREITO HUMANO À ALIMENTAÇÃO ADEQUADA.....	664
Joana Silvia Mattia Debastiani.....	664
Josiane Petry Faria	664

O USO DOS AGROTÓXICOS NAS LAVOURAS BRASILEIRAS E O AFASTAMENTO DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE: UMA ANÁLISE SISTÊMICA.....	675
Rafael Machado Soares	675
Adriana Fasolo Pilati	675
ARTIGOS – GT 11 - SOCIEDADE, CONFLITO E MOVIMENTOS SOCIAIS	685
MEDIAÇÃO COMO POSSIBILIDADE DE ADMINISTRAR POSITIVAMENTE AS EMOÇÕES PRESENTES NO CONFLITO.....	686
Caroline Isabela Capelesso Ceni	686
Janete Rosa Martins	686
O DIREITO À MORADIA ADEQUADA NO BRASIL E SUA EFETIVAÇÃO SOB AS PERSPECTIVAS DA GARANTIA DO MÍNIMO EXISTENCIAL E DA CLÁUSULA DA RESERVA DO POSSÍVEL.....	695
Ana Paula Araujo Carbonari	695
DAS PARADIGMÁTICAS PERSPECTIVAS DE ESTIGMATIZAÇÃO SOCIO-HODIERNAS – DELIBERAÇÕES SIMBÓLICAS DA ANOMIA CONVENCIONAL, IMBRICADAS À ESFERA DE RECONHECIMENTO SOCIETAL..	709
Felipe Pinheiro.....	709
A IMPORTÂNCIA DO EXAME DE ORDEM: UM ESTUDO A LUZ DA SUA OBRIGATORIEDADE.....	720
Andréia Moser Keitel	720
Letícia Natiele da Silva Simsen	720
O SOFT POWER DA RELIGIÃO NO CONTROLE SOCIAL.....	729
Alessandra Duncke	729
DISCURSOS E AÇÕES: EM BUSCA DA COALIZÃO ENTRE DIREITOS HUMANOS E DIREITO PENAL NA SOCIEDADE (DEMOCRÁTICA) DE RISCO.....	741
André Giovane de Castro.....	741
Aline Michele Pedron Leves	741
PREVIDÊNCIA SOCIAL: A NECESSIDADE DE CRIAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DE PROTEÇÃO SOCIAL ÀS RELAÇÕES FAMILIARES.....	751
Clovis Gorczewski	751
Priscilla Paola Severo	751
MEDIAÇÃO NA CONCRETIZAÇÃO DO SUJEITO COMO ATOR OU ATRIZ SOCIAL A PARTIR DE ALAIN TOURAINE	762
Caroline Isabela Capelesso Ceni	762
Thaís Maciel de Oliveira.....	762
BALCÃO DO CONSUMIDOR DA CIDADE DE PASSO FUNDO COMO MECANISMO DE EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS DOS CONSUMIDORES A PARTIR DE MÉTODOS ALTERNATIVOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS	772
Lidia de Paola Ritter.....	772
Franco Scortegagna	772
A ALIENAÇÃO PARENTAL NO CONTEXTO FAMILIAR CONTEMPORÂNEO.....	783
Graziela Minas Alberti	783

Fernanda Oltramari	783
MEDIAÇÃO DE CONFLITOS FUNDIÁRIOS URBANOS NO BRASIL: COMO AVANÇAR EM DIREÇÃO AO DIREITO HUMANO À CIDADE?	794
Cristiano Müller	794
Clóvis Gorzceski	794
PODER E CONTRAPODER NAS RELAÇÕES DE DESCOLONIALIDADE.....	807
Rodrigo Graeff	807
ARTIGOS – GT 12 - DIREITO, GOVERNANÇA E NOVAS TECNOLOGIAS	818
DO ESTADO À GOVERNANÇA NA CULTURA DAS REDES.....	819
Ariel Moura.....	819
Francesco Bertoldi.....	819
GOVERNO ELETRÔNICO COMO INSTRUMENTO DE CONTROLE SOCIAL DAS DESPESAS COM OBRAS PÚBLICAS	830
André Afonso Tavares.....	830
Renato Cechinel.....	830
CAMBRIDGE ANALYTICA E A INFLUÊNCIA DO “OCEAN” EM PROCESSOS DEMOCRÁTICOS.....	840
Anatiely Perez Menchik	840
Thami Covatti Piaia	840
INSTITUTO DE TECNOLOGIA E SOCIEDADE DO RIO DE JANEIRO: ANÁLISE SOBRE O PAPEL DO ITS RIO NO ÂMBITO DAS RELAÇÕES ENTRE O DIREITO E A TECNOLOGIA	848
Stéfani Reimann Patz.....	848
Thami Covatti Piaia	848
AS NOVAS TECNOLOGIAS DA INFORMAÇÃO E COMUNICAÇÃO AUXILIANDO NO COMBATE AOS CRIMES DE RESPONSABILIDADE FISCAL EM ÂMBITO MUNICIPAL.....	859
Laura Covatti dos Santos	859
Rafaela Baldissera.....	859
O DESENVOLVIMENTO TECNOLÓGICO E O HOMEM: SUSTENTABILIDADE X RESPONSABILIDADE	870
Marcio Assis Patussi.....	870
RESUMOS - GT 1 - DIREITO, ECONOMIA E SUSTENTABILIDADE.....	885
ESTREITO LAÇO ENTRE O ESTADO, O MERCADO E O MEIO AMBIENTE	886
Tiago Roso	886
Karen Beltrame Becker Fritz	886
SUSTENTABILIDADE E OBSOLESCÊNCIA PERCEPTIVA: A DIMENSÃO INSTRUMENTAL DA ESTÉTICA	887
Rafaela Rovani de Linhares.....	887
CRISE DE BIODIVERSIDADE E DESLOCAMENTO HUMANO: OS EFEITOS DA PERDA DA DIVERSIDADE DE ESPÉCIES SOBRE A DISTRIBUIÇÃO GEOGRÁFICA DE PESSOAS PELO GLOBO.....	888
Leura Dalla Riva	888
Milena Petters Melo	888
AS FALÁCIAS DA SUSTENTABILIDADE NO SISTEMA CAPITALISTA	890

Laís Franciele de Assumpção Wagner	890
Silvania Placatnic Saugo.....	890
A PRIVAÇÃO ECONÔMICA COMO PRIVAÇÃO DE ACESSO À JUSTIÇA: UM ESTUDO FRENTE AO ESTADO LIBERAL E AO ESTADO SOCIAL.....	891
Elias Noello Paranhos	891
Otávio Oliveira Dias	891
A BUSCA PELA MITOLÓGICA VERDADE REAL E SEUS REFLEXOS NO LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO JUDICIAL.....	892
Luiz Fernando Pereira Neto	892
A IMPORTÂNCIA DA RECICLAGEM DE RESÍDUOS HOSPITALARES E A SUA IMPRESCINDIBILIDADE AO MEIO AMBIENTE.....	894
Joline Picinin Cervi	894
Gabriel Dil	894
USO RACIONAL DA ÁGUA COMO FORMA DE GARANTIR A PRESERVAÇÃO AMBIENTAL E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.....	895
Joline Picinin Cervi	895
Lídia de Paola Ritter.....	895
REFORMA TRIBUTÁRIA: CONSIDERAÇÕES SOBRE A PEC 45.....	896
Julio Cesar Giacomini.....	896
RESUMOS - GT – 2 - TENDÊNCIA E PERSPECTIVAS DO NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO	898
NEOCOLONIZAÇÃO, EUROCENTRISMO, CONHECIMENTO E AMÉRICA LATINA	899
Jacson Bacin Vicente.....	899
Maira Angélica Dal Conte Tonial	899
A COLONIALIDADE DO SABER A PARTIR DA IDEIA DE ESTADO DE NATUREZA DE HOBBS, LOCKE E ROUSSEAU	901
Valdemir José Debastiani.....	901
O VALOR DA DIGNIDADE HUMANA EM RELAÇÃO AO TRABALHO OPTADO E A LIBERDADE DO INDIVÍDUO	903
Elisa Bedin Siqueira.....	903
RESUMOS - GT-3 - DIREITOS HUMANOS: EFICÁCIA NO PLANO INTERNACIONAL.....	904
O TRABALHO EM AMBIENTE INSALUBRE PELA GESTANTE À LUZ DOS DIREITOS HUMANOS.....	905
Átila Alexandre Garcia Kogan	905
O COMPASSO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO BRASILEIRO COM AS POLÍTICAS INTERNACIONAIS DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS: UM OLHAR À INCLUSÃO DE ALUNOS COM NECESSIDADES ESPECIAIS NA CIDADE DE CRICIÚMA – SC	906
Arnaldo Fabiano Fenner	906
Julian Marcelino Araujo.....	906
DIREITOS HUMANOS E CULTURA: A NECESSIDADE DE POLÍTICAS PÚBLICAS PELA DIGNIDADE E PARA A TRANSFORMAÇÃO SOCIAL	908

Edimar Alexandre Rezende.....	908
PERSPECTIVA PARA OS DIREITOS HUMANOS NA ATUALIDADE BRASILEIRA EM RELAÇÃO A IMIGRAÇÃO E A NOVA GERÊNCIA POLÍTICA	909
Jéssica Mendes Leite	909
A RAZOÁVEL DURAÇÃO DAS DECISÕES JURÍDICAS COMO GARANTIA DOS DIREITOS HUMANOS	910
Camila Campos Bigliardi	910
Gabriela Klein.....	910
A CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS E A VINCULATIVIDADE DE SUAS DECISÕES A TODOS OS ESTADOS.....	911
João Luís Severo da Cunha Lopes	911
Micheli Piucco.....	911
O CASO LAGOS DEL CAMPO E A JUSTICIABILIDADE NO SISTEMA INTERAMERICANO DOS DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS, CULTURAIS E AMBIENTAIS - DESCA	912
Micheli Piucco.....	912
Liton Lanes Pilau Sobrinho	912
O PARECER CONSULTIVO OC - 23/2017 DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS E À PROTEÇÃO AO MEIO AMBIENTE E AOS DIREITOS HUMANOS	913
Micheli Piucco.....	913
Alcindo Batista da Silva Roque	913
A POSSIBILIDADE DE FLEXIBILIZAR A SOBERANIA ESTATAL INTERNA PARA GARANTIR A EFETIVIDADE DE DIREITOS HUMANOS	914
Caroline Andreis de Oliveira	914
RESUMOS - GT 4 - PODER, GÊNERO E POLÍTICAS PÚBLICAS	915
A MULHER NA SOCIEDADE PATRIARCAL E NO SISTEMA CARCERÁRIO: UMA ANÁLISE DO <i>HABEAS CORPUS</i> COLETIVO N. 143.641/SP DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.....	916
Rafaela Ferrarese.....	916
A VIOLÊNCIA INSTITUCIONALIZADA E O INDIVÍDUO SOB CONTROLE: A INTERVENÇÃO POLICIAL NO ESTADO CONTEMPORÂNEO	917
Luiz Fernando Pereira Neto	917
RESUMOS - GT 5 - DEMOCRACIA E RELAÇÕES SOCIAIS.....	919
O DIREITO FUNDAMENTAL À MORADIA E SUA EFETIVIDADE PELO MUNICÍPIO À LUZ DO ESTATUTO DA CIDADE.....	920
Átila Alexandre Garcia Kogan	920
O ATIVISMO JUDICIAL E OS LIMITES DA INTERPRETAÇÃO PROATIVA DO PODER JUDICIÁRIO NO BRASIL.....	921
Hellen Sudbrack.....	921
Isabela Bohnen	921
MEDIAÇÃO NA ESFERA PÚBLICA: UMA ANÁLISE SOBRE INDIVIDUALIDADE, CIDADANIA E LITIGIOSIDADE	922
Delmar André Ricerz.....	922

Janete Rosa Martins	922
DEMOCRACIA E AUTORITARISMO: PARA UMA REFLEXÃO FILOSÓFICA SOBRE O EXTERMÍNIO LEGÍTIMO!	923
Paulo Cesar Carbonari	923
Ésio Francisco Salvetti.....	923
TRÁFICO DE INFLUÊNCIA DIGITAL COMO MANIPULADOR DA SOCIEDADE	924
Vitor Augusto Ferreira Barquel.....	924
Jacson Bacin Vicente.....	924
DIREITO DO TRABALHO E DO CONSUMIDOR FUNDADOS PELO PRINCÍPIO DA VULNERABILIDADE: IMPORTÂNCIA DA INTERVENÇÃO DO ESTADO PARA REGULAR AS RELAÇÕES	925
Vitor Augusto Ferreira Barquel.....	925
Ivan Penteado Dourado.....	925
A IMPORTÂNCIA DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR NA GARANTIA DE DIREITOS DO CONSUMIDOR VULNERÁVEL.....	926
Gabriela Santos Bortolini.....	926
Jhiordan Pinto da Silva.....	926
A INEFICIÊNCIA DA PROMOÇÃO DE SEGURANÇA PELO ESTADO E A BUSCA PELA SEGURANÇA PRIVADA	927
Letícia Abati Zanotto.....	927
O INSTITUTO DA FIANÇA E A RECUPERAÇÃO JUDICIAL.....	928
Letícia Abati Zanotto.....	928
PRESUNÇÃO DOS CRIMES ABSTRATOS EM FACE DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA OFENSIVIDADE E A EMBRIAGUEZ NO TRÂNSITO.....	929
Syrio Junior Cavagnoli Moreira.....	929
RESUMOS – GT 6 - DIREITO, CIDADANIA E DESENVOLVIMENTO TECNOLÓGICO	930
INTERNET, SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO E DIREITO FUNDAMENTAL À CULTURA: AS TIC'S COMO INSTRUMENTO DIFUSOR DO PATRIMÔNIO CULTURAL.....	931
Larissa Melez Ruviaro	931
Isabel Christine Silva de Gregori	931
IMPLEMENTAÇÃO DO PROJETO VICTOR NO STF: A INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL FRENTE O DEVER DE FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES.....	933
Sabrina D. Staats.....	933
Fausto Santos de Moraes	933
ASPECTOS DE UMA JURISPRUDÊNCIA ARTIFICIAL.....	934
Fausto Santos de Moraes	934
Eduarda Perini da Silva	934
CRIANÇAS, ADOLESCENTES E PUBLICIDADE: A VIOLAÇÃO DO DIREITO À UM DESENVOLVIMENTO SAUDÁVEL, CONSEQUENTE DAS NOVAS FORMAS DE PUBLICIDADE DIGITAL.	935
Haliesca Cristina Fabris.....	935
A PRÁTICA DO PATRIMONIALISMO NO BRASIL.....	936

Janaína Rigo Santin	936
Anna Gabert Nascimento	936
RESUMOS - GT 7 - CRIAÇÃO DO DIREITO PARA OS ESPAÇOS VIRTUAIS.....	938
A INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL COMO FERRAMENTA DE DESINFORMAÇÃO E ENFRAQUECIMENTO DEMOCRÁTICO	939
Roberta Battisti Pereira	939
RESUMOS - GT 8 – CONSTITUCIONALISMO, DEMOCRACIA E NEONACIONALISMO	940
A IMPORTÂNCIA DA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS E O RISCO DO RETROCESSO DECORRENTE DA CRISE ECONÔMICA.....	941
Mateus Rigo Longo	941
Franco Scortegagna	941
DA FUNDAÇÃO DA REPÚBLICA À DEMOCRACIA DE PARTICIPAÇÃO POPULAR: MOMENTOS DECISIVOS	942
Renato Cechinel.....	942
Reginaldo de Souza Vieira	942
A OMISSÃO DO CONSELHO NACIONAL DE PREVIDÊNCIA NA REFORMA DA PREVIDÊNCIA.....	944
Edimara Sachet Risso.....	944
RESUMOS – GT 9 - TEORIA DO RISCO E DESASTRES AMBIENTAIS	946
O DIREITO AO PERTENCIMENTO E OS DESLOCADOS AMBIENTAIS: UM “DESASTRE AMBIENTAL” E O CENÁRIO DE MARIANA E BRUMADINHO EM MINAS GERAIS.....	947
Andressa Silva Souza	947
Francielle Benini Agne Tybusch	947
RESUMOS - GT 10 - SEGURANÇA ALIMENTAR.....	949
SEGURANÇA ALIMENTAR E AGROTÓXICOS: O USO DESENFREADO DE QUÍMICO-DEPENDENTES E O DIREITO À ALIMENTAÇÃO.....	950
Clarissa Guerra.....	950
Larissa Melez Ruviaro	950
O DIREITO SOCIAL À ALIMENTAÇÃO NO ESTADO BRASILEIRO: A DICOTOMIA SEGURANÇA ALIMENTAR E NUTRICIONAL E SOBERANIA ALIMENTAR.....	952
Clarissa de Souza Guerra	952
AGRICULTURA FAMILIAR E SEUS ATUAIS DESAFIOS FRENTE ÀS POLÍTICAS PÚBLICAS RELACIONADAS À GARANTIA CONSTITUCIONAL DA SEGURANÇA ALIMENTAR	954
Claiton Rossa da Rocha.....	954
Luiz Ernani Bonesso de Araújo	954
RESUMOS - GT 11 – SOCIEDADE, CONFLITO E MOVIMENTOS SOCIAIS	956
ENTRE TIROS E DIREITOS: REFLEXÕES SOBRE O INSTITUTO DO REFÚGIO BRASILEIRO E A RELAÇÃO COM O CASO EVALDO DOS SANTOS ROSA	957
Stéfani Reimann Patz.....	957
Letícia Mousquer Ritter	957

OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA, RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE APLICADOS NA DECRETAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA.....	959
Bianca Buzatto da Rosa	959
Luiz Fernando Kramer Pereira Neto	959
O MÉTODO APAC FRENTE À PROBLEMÁTICA DO CÁRCERE BRASILEIRO	960
Bruna Leyter	960
Eduarda dos Santos Knob	960
O ATO INFRACIONAL E MEDIDAS SOCIOEDUCATIVA DE INTERNAÇÃO NO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE: BREVE ANÁLISE DE SUAS COMPREENSÕES.....	961
Fritz Loewenthal Neto	961
Guilherme Silva Araújo	961
ADOLESCÊNCIAS E VIOLÊNCIAS: ENFOQUE E DESFOQUE DE SUAS FORMAS INTERINDIVIDUAIS, INSTITUCIONAIS E ESTRUTURAIS.....	963
Fritz Loewenthal Neto	963
Alex da Rosa.....	963
A PREVALÊNCIA DOS ACORDOS E CONVENÇÕES COLETIVAS DE TRABALHO: UMA ANÁLISE ACERCA DOS INCISOS XII E XIII DO ART. 611-A PELA NOVA REDAÇÃO DA CLT.....	965
Salus Henrique Silveira Ferro.....	965
COMPLEXO INDUSTRIAL PRISIONAL E MOVIMENTO SOCIAL – A GREVE PRISIONAL AMERICANA COMO ALTERNATIVA À UMA REALIDADE NEM TÃO DISTANTE.....	968
Sara de Araujo Pessoa	968
Jackson da Silva Leal	968
ANÁLISE DA PRISÃO PREVENTIVA NO BRASIL, BEM COMO À LUZ DO DIREITO COMPARADO, BUSCANDO-SE ANALISAR A (DES) NECESSIDADE DE SE ESTABELECE UM PRAZO DE DURAÇÃO.	970
Felipe Panegalli Honaiser.....	970
O DIÁLOGO COMO FORMA DE MINIMIZAR AS INTERFERÊNCIAS DA FALA NA SOLUÇÃO CONSENSUAL DOS CONFLITOS CONTRATUAIS PELA MEDIAÇÃO	971
Regina Helena Marchiori Canali	971
EXECUÇÃO DA PENA SEM O TRÂNSITO EM JULGADO E A MITIGAÇÃO DE DIREITOS HUMANOS DE ORDEM CONSTITUCIONAL: COMO O DISCURSO POR UMA SUPOSTA SEGURANÇA PRESSUPÕE A CORRUPÇÃO DO SISTEMA DIREITO.....	972
Pablo Prates Teixeira	972
A EFETIVIDADE DA JUSTIÇA RESTAURATIVA COMO MEIO DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS EM CASOS DE VIOLÊNCIA FAMILIAR.....	973
Daniela Tonini da Silva.....	973
Vinícius Francisco Toazza.....	973
(IM)POSSIBILIDADES DA MEDIAÇÃO NA CONCRETIZAÇÃO DO SUJEITO COMO ATOR OU ATRIZ SOCIAL A PARTIR DE ALAIN TOURAINE	974
Caroline Isabela Capelesso Ceni	974
Thaís Maciel de Oliveira.....	974

UNIVERSALIDADE ABSTRATA DOS DIREITOS HUMANOS: AS REFERÊNCIAS CULTURAIS E POLÍTICAS	975
Ipojucam Demétrius Vecchi	975
João Luis Severo da Cunha Lopes	975
TERCEIRA IDADE EM RESTAURAÇÃO	976
João Gabriel Wibelinger Holtermann	976
Briane Lovera Jodelis	976
PAZ NAS SALAS DE AULA: UMA ABORDAGEM RESTAURATIVA PARA O AMBIENTE ESCOLAR.....	978
Ana Júlia Biasin Oedmann	978
João Gabriel Wibelinger Holtermann	978
NOVAS LENTES: O SISTEMA PRISIONAL COM O ENFOQUE RESTAURATIVO	980
Ana Júlia Biasin Oedmann	980
Vinícius Francisco Toazza.....	980
RESUMOS – GT 12 - DIREITO, GOVERNANÇA E NOVAS TECNOLOGIAS	982
FAKE NEWS: INVERDADES CONVENIENTES	983
Marlon Dai Pra.....	983
Janaína Rigo Santin.....	983
GOVERNANÇA ÉTICA PARA CONSTRUÇÃO DE CONFIANÇA EM SISTEMAS DE INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL	985
Lucas Carini.....	985
Fausto Santos de Moraes	985
AUTORIDADE BRASILEIRA DE PROTEÇÃO DE DADOS (ANPD): PERSPECTIVAS MODELARES E DIREITO	
COMPARADO.....	986
Mártin M. Szinvelski	986
Têmis Limberger	986
O HORIZONTE DA PROTEÇÃO DE DADOS NO BRASIL: PERSPECTIVA DO DIREITO ADMINISTRATIVO GLOBAL	
.....	988
Mártin M. Szinvelski	988
Têmis Limberger	988
AS REDES SOCIAIS E O JUDICIÁRIO: ATÉ ONDE O ESTADO BRASILEIRO PODE ALCANÇAR.....	989
Francieli lung Izolani.....	989
Leura Dalla Riva	989
O GOVERNO ELETRÔNICO BRASILEIRO E A PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS À LUZ DA LEI GERAL DE	
PROTEÇÃO DE DADOS	991
Elisa Viana Dias Chaves.....	991
Raquel Ceolin.....	991
DIFERENCIAÇÃO DOS CRIMES PRÓPRIOS E IMPRÓPRIOS DE INFORMÁTICA E O CASO NAJILA X NEYMAR JR	
.....	992
Fabiano Braga Pires	992
JUSTECHS E EXPOSIÇÃO VIRTUAL: EFEITOS DA REVOLUÇÃO TECNOLÓGICA NA PERSPECTIVA DO DIREITO	
DIGITAL	993

Lucas Hahn Spalding.....	993
Giane Pante	993
A REMOÇÃO DE PÁGINAS DE “DISCURSO DE ÓDIO” NAS REDES SOCIAIS E (IM)POSSÍVEIS QUESTIONAMENTOS ACERCA DO MONOPÓLIO DA OPINIÃO POR EMPRESAS PRIVADAS.....	995
Murilo Manzoni Boff.....	995
Mateus de Oliveira Fornasier	995

APRESENTAÇÃO

O Programa de Pós Graduação Mestrado em Direito, promoveu nos dias 11, 12, 13 e 14 de junho de 2019, no Salão de Atos da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo –UPF, o III Congresso Internacional de Jurisdição Constitucional, Democracia e Relações Sociais e a III Mostra de Trabalhos Jurídicos Científicos.

O Evento, cuja temática foi A crise do Estado social, teve como objetivo criar um ambiente de discussão e interação acerca dos fundamentos da jurisdição constitucional, do papel do Estado na consecução da democracia e de políticas públicas na contemporaneidade sob o prisma de uma teoria dos direitos fundamentais. A realização do evento só foi possível através do apoio financeiro do Programa de Apoio a eventos no país – PAEP, Edital 29/2018 da Coordenação de Aperfeiçoamento de pessoal de Nível Superior – CAPES.

A Mostra de Trabalhos Científicos teve como objetivo criar um espaço de integração das pesquisas realizadas pelos inscritos no evento e de diálogo sobre Jurisdição Constitucional, Democracia e Relações Sociais e recebeu artigos vinculados a 12 grupos de pesquisa: GT 1 - Direito, Economia e Sustentabilidade; GT 2 - Tendência e Perspectivas do Novo Constitucionalismo Latino-americano; GT 3 - Direitos Humanos: eficácia no plano internacional; GT 4 - Poder, Gênero e Políticas Públicas; GT 5 - Democracia e Relações Sociais; GT 6 - Direito, Cidadania e Desenvolvimento Tecnológico; GT 7 – Criação do Direito para os Espaços Virtuais; GT 8 – Constitucionalismo, Democracia e Neonacionalismo; GT 9 - Teoria do Risco e Desastres Ambientais; GT 10 - Segurança Alimentar; GT 11 – Sociedade, conflito e movimentos sociais; GT 12 – Direito, governança e novas tecnologias.

É inexorável a qualidade dos artigos apresentados por diversos autores dos mais diferentes estados da federação brasileira, fruto de pesquisas realizadas por graduandos, Mestrands, Mestres, Doutorandos e Doutores vinculados ao Programa de Pós-Graduação em Direito da UPF e de outros Programas de Pós-Graduação. Espera-se que a publicação dos artigos apresentados nesse Congresso possa fomentar o aprofundamento de estudos e pesquisas para a excelência da produção acadêmica e a consolidação do evento.

Liton Lanes Pilau Sobrinho¹

Paulo Márcio Cruz²

Fabíola Wust Zibetti³

¹ Professor dos cursos de Mestrado e Doutorado no Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí. Professor do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu Mestrado em Direito da Universidade de Passo Fundo. Coordenador do PPGDireito da Universidade de Passo Fundo. Pós-doutor em Direito pela Universidade de Sevilha - US. -Espanha. Doutor em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS (2008). Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC (2000). Possui graduação em Direito pela Universidade de Cruz Alta (1997). Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Internacional ambiental, Direito Constitucional.

² Possui graduação em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí (1984), mestrado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (1995) e doutorado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (1999). Atualmente é professor titular da Universidade do Vale do Itajaí, membro titular conselho universitário da Universidade do Vale do Itajaí, coordenador geral do cpcj/univali da Universidade do Vale do Itajaí, membro conselho editorial da editora univali da Universidade do Vale do Itajaí, membro do conselho editorial da Universidade do Vale do Itajaí, membro suplente do conselho universitário da Universidade do Vale do Itajaí, conselheiro - conselho de administração sup. da Universidade do Vale do Itajaí, pesquisador da Universidade do Vale do Itajaí, professor convidado da Universidade de Alicante, professor convidado da Universidade de Perugia, presidente de comissão do Conselho Estadual de Educação, membro de comissão do Conselho Estadual de Educação, outro (especifique) do Centro Universitário ? Católica de Santa Catarina em Jaraguá do Sul, membro conselho editorial da Faculdade Educacional de Ponta Grossa, membro conselho consultivo da União de Ensino do Sudoeste do Paraná, comitê científico - Universidad de Caldas e docente visitante do Instituto Universitario del Agua y de las Ciencias Ambientales - UA. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito, atuando principalmente nos seguintes temas: democracia, estado contemporâneo, direito ambiental, direito transnacional e transnacionalidade.

³ Professora do Instituto de Estudios Internacionales, da Universidad de Chile. Professora Convidada da Universidade de Passo Fundo (UPF) (Brasil), membro do corpo docente permanente do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu - Mestrado em Direito da UPF. Doutora em Direito Internacional, pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP), com o Programa da Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC) e Pós-Doutorado no Centro Ibero-Americano (CIBA), vinculado ao Instituto de Relações Internacionais da USP. Mestre em Direito, Área de Relações Internacionais, pela UFSC. Especialista em Direito Empresarial pela UFSC. Diplomas em Propriedade Industrial, em Direitos Autorais e em Análise Econômica do Direito, pela Universidade de Buenos Aires. Foi analista de Relações Internacionais da FIESP e Coordenadora de Inovação do Senac - Sistema Fecomércio-RS. Tem experiência nas áreas de direito internacional, comércio internacional, propriedade intelectual e inovação.

ARTIGOS - GT 1 - DIREITO, ECONOMIA E SUSTENTABILIDADE

SEMENTES TRANSGÊNICAS E OS IMPACTOS SOBRE A BIODIVERSIDADE BRASILEIRA

TRANSGENIC SEEDS AND IMPACTS ON BRAZILIAN BIODIVERSITY

Marina A Taül Bernardo⁴

Luiz Ernani de Bonesso⁵

RESUMO

Após longo debate envolvendo o plantio e comercialização de Organismos Geneticamente Modificados (OGM), o Brasil promulgou a atual Lei de Biossegurança em 2005, legitimando a produção de variedades transgênicas no país. Posteriormente aderiu ao Protocolo de Cartagena sobre Biossegurança, instrumento internacional que preconiza o Princípio da Precaução, ao mesmo tempo em que delegou à Comissão Técnica Nacional de Biossegurança (CTNbio) a competência para emitir parecer técnico vinculativo aos demais órgãos, especialmente no que tange às exigências de Estudos de Impacto Ambiental. Através de metodologia de revisão bibliográfica e análise de legislação, o objetivo principal deste texto é analisar os impactos da Lei de Biossegurança sobre a biodiversidade brasileira, pois, em decorrência do avanço no plantio das espécies transgênicas, aumentou as dificuldades enfrentadas pelos agricultores familiares em prol do resguardo das sementes crioulas, que integram o sistema informal de produção, diante da possibilidade de erosão genética e impactos socioculturais.

PALAVRAS-CHAVE: Sementes Crioulas; Biodiversidade Brasileira; Sementes Transgênicas; Legislação de Biossegurança; Princípio da Precaução.

ABSTRACT

After a long debate involving the planting and marketing of Genetically Modified Organisms (OGMs), Brazil enacted the current Biosafety Law in 2005, legitimizing the production of transgenic varieties in the country. It later adhered to the Cartagena Protocol on Biosafety, an international instrument that advocates the Precautionary Principle, while delegating to the National Technical Biosafety Commission (CTNbio) the power to issue a binding technical opinion to other bodies, especially with regard to the requirements of Environmental Impact Studies. Through literature review methodology and legislation analysis, the main objective of this text is to analyze the impacts of the Biosafety Law on Brazilian biodiversity, because, due to the advance in the planting of transgenic species, the difficulties faced by family farmers in favor of agriculture have increased. the protection of Creole seeds, which are part of the informal production system, in view of the possibility of genetic erosion and socio-cultural impacts.

KEYWORDS: Creole Seeds; Brazilian biodiversity; Transgenic seeds; Biosafety Legislation; Precautionary Principle.

INTRODUÇÃO

A inserção das sementes como produto do processo industrial e comercial decorreu da Revolução Industrial no início do sec. XIX. No Brasil, em 1887, foram fundadas a Estação Agronômica Imperial de Campinas e a Sociedade Nacional de Agricultura, que, segundo França-Neto & Oliveira, citado por Domingues, et al.⁶ “tinham a responsabilidade de multiplicar e distribuir sementes, introduzir novas

⁴Advogada (2012). Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica PUC/SP (2006) e especialista em Direito Civil e Processo Civil pela Univ. Cândido Mendes (2012). Mestranda do Programa de Pós-Graduação em Extensão Rural pela Universidade Federal de Santa Maria (UFSM). Pós graduanda em Agroecologia e Produção Orgânica pela UERGS/SCS. Integrante do Grupo de Pesquisa em Direito da Sociobiodiversidade (GPDS-UFSM). E-mail: marina.atb@gmail.com

⁵Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC. Professor Titular aposentado da Universidade Federal de Santa Maria - UFSM. Professor no Mestrado em Direito da Universidade de Passo Fundo - UPF. Líder do Grupo de Pesquisa em Direitos da Sociobiodiversidade - GPDS. E-mail: Luiz.bonesso@gmail.com

⁶DOMINGUES, O. et al. **Sistema informal de sementes: causas, consequências e alternativas**. Pelotas: Editora Universitária, UFPel, 2000, p. 43.

variedades, bem como regulamentar a análise e a utilização das mesmas”. Entretanto, a disseminação em grande escala comercial só ocorreu com a Revolução Verde e o avanço das técnicas de biotecnologia e engenharia genética.

Assim, em meados da década de 60, ocorre o processo de inserção da economia brasileira no movimento de acumulação capitalista em nível mundial como projeto de ampliar a balança comercial e promover a industrialização, resultando na estruturação de um modelo de agricultura intensiva. Nesse sentido, de acordo com Goodman et al.⁷, “à medida em que certos elementos do processo de produção rural tornam-se suscetíveis de reprodução industrial, eles são apropriados pelos capitais industriais e reincorporados na agricultura como insumos ou meios de produção”, que impulsionou a introdução das sementes de alto rendimento aos pacotes tecnológicos ofertados aos agricultores, seguindo a lógica de padronização dos processos e produtos industriais, com intuito de aumentar a produtividade e expandir o comércio de *commodities* agrícolas.

A produção e a comercialização de sementes no Brasil são reguladas basicamente por duas leis: a Lei 10.711/03⁸, conhecida como Lei de Sementes e Mudas, que garante identidade e a qualidade do material de multiplicação e de reprodução vegetal produzido, comercializado e utilizado em todo o território nacional, e a Lei 9.456/97⁹, chamada de Lei de Proteção de Cultivares, que institui o direito a proteção (propriedade intelectual) sobre cultivares, regulamentando a utilização de plantas e protegendo o direito dos seus obtentores. Norma, essa última, que reconhece legalmente as sementes crioulas, permitindo sua produção, comércio e uso por agricultores familiares, assentados da reforma agrária ou indígenas que, a critério do MAPA, são considerados também os descritores socioculturais e ambientais.

Nesse viés, o arcabouço jurídico brasileiro instituiu ao chamado sistema “formal” de produção sementes, que, de acordo com Santilli¹⁰, corresponde ao “sistema que se destina principalmente à comercialização de sementes em grande escala e em mercados/regiões que extrapolam o âmbito local” e desconsidera os sistemas locais e tradicionais, que corresponde ao sistema “informal” de produção de sementes crioulas, manejado e controlado pelos próprios agricultores.

E, ademais, por força da legitimidade da Lei nº 8.974/95, ocorre no ano de 1998 a primeira autorização favorável ao plantio de Organismos Geneticamente Modificados (OGM) no Brasil através de autorização expedida pela Comissão Técnica Nacional de Biossegurança (CTNbio) favorável à empresa Monsanto, com intuito de produzir a soja *roundup ready* no país apesar do longo debate sobre as possibilidades e riscos envolvendo a introdução de OGM, abrindo precedentes para introdução de outras variedades transgênicas no país.

⁷GOODMAN, D., SORJ, B., and WILKINSON, J. **Da lavoura às biotecnologias: agricultura e indústria no sistema internacional** [online]. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisas Sociais, 2008. A apropriação industrial do processo de produção rural. pp. 6-49. ISBN: 978-85-9966-229-8. Available from SciELO Books. p. 7.

⁸BRASIL. **Lei 10.711, de 5 de agosto de 2003**. Dispõe sobre o Sistema Nacional de Sementes e Mudas e dá outras providências. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2003/L10.711.htm. Acesso em 24 set 2019.

⁹BRASIL. **Lei 9.456, de 25 de abril de 1997**. Institui a Lei de Proteção de Cultivares e dá outras providências. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9456.htm. Acesso em 24 set 2019.

¹⁰SANTILLI, J. **A Lei de sementes brasileiras e seu impacto sobre a agrobiodiversidade e os sistemas agrícolas locais e tradicionais**. Bol. Mus. Para. Emílio Goeldi Ciências Humanas, Belém, v.7, n.2, p. 457 – 475, 2012.

Mantidas a margem do mercado formal pelo ordenamento jurídico brasileiro, as sementes crioulas são uma herança cultural que tem origem nas comunidades quilombolas, nas plantações indígenas e nos cultivos das comunidades tradicionais, passadas de geração em geração, realizado por processos de seleção natural e humana, conforme Santilli¹¹. Assim, são sementes melhor adaptadas a cada região e dessa forma não requerem o uso de quantidades exorbitantes de insumos externos, pois estão integradas ao ritmo da natureza local, garantindo assim o equilíbrio e a sustentabilidade dos ecossistemas.

1 PRINCIPIO DA PRECAUÇÃO E OS RISCOS ASSOCIADOS À TRANSGENIA

A atual Lei de Biossegurança dispõe em seu primeiro artigo a observância do princípio da precaução para a proteção do meio ambiente, o que no sentido literal da disposição poderia, em termos legais, ser considerado um avanço jurídico. Entretanto, como aponta Gilles *et al.*, há mais de 750 estudos desprezados pelos órgãos reguladores de organismos geneticamente modificados (OGM), mascarando a discussão dos efeitos imprevisíveis da transgenia sob a ótica da preservação da biodiversidade no país.

Alçado à categoria de princípio autônomo de Direito Internacional, o princípio da precaução, na Segunda Conferência Internacional sobre proteção do Mar do Norte em 1987, na perspectiva de que “na ausência de provas científicas que atestassem um nexo causal entre emissões de substâncias persistentes, tóxicas e propensas à bioacumulação e aos seus efeitos no oceano”, segundo Freitas Martins¹², sejam melhoradas as tecnologias disponíveis, de forma a diminuir os impactos marinhos.

Entretanto, foi com a inclusão no texto da Declaração do Rio, fruto da Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento-Rio/92, que tal Princípio é disposto “com a finalidade de proteger o meio ambiente, os Estados devem aplicar amplamente o critério da precaução, conforme suas capacidades. Quando houver perigo de dano grave ou irreversível, a falta de uma certeza absoluta não deverá ser utilizada para postergar-se a adoção de medidas eficazes para prevenir a degradação ambiental”.

Posteriormente a Convenção da Diversidade Biológica (CDB), um dos mais importantes instrumentos internacionais relacionados ao meio ambiente, realizado pela Organização das Nações Unidas, ratificada no Brasil pelo Decreto Federal nº 2.519/98¹³, dispõe que “quando existir ameaça de sensível redução ou perda de diversidade biológica, a falta de plena certeza científica não deve ser usada como razão para postergar medidas para evitar ou minimizar essa ameaça”.

Assim como o art. 8º, g da CDB determina que cabem às partes, como medida para conservação *in situ* dos recursos naturais, estabelecer ou manter meios para regulamentar, administrar ou controlar os riscos associados à utilização e liberação de organismos vivos modificados resultantes, da biotecnologia que

¹¹SANTILLI, J. **Socioambientalismo e novos direitos: proteção jurídica à diversidade biológica e cultural**. 1. ed. São Paulo: Petrópolis: ISA; Brasília: IEB, 2005.

¹²FREITAS MARTINS, Ana Gouveia e. **O princípio da Precaução no Direito do Ambiente**. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2002.

¹³BRASIL. **Decreto Federal n.º 2.519, de 16 de março de 1998**. Promulga a Convenção sobre Diversidade Biológica, assinada no Rio de Janeiro, em 05 de junho de 1992. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D2519.htm. Acesso em 24 set 2019.

provavelmente provoquem impacto ambiental negativo que possa afetar a conservação e a utilização sustentável da diversidade biológica, levando também em conta os riscos para a saúde humana.

Como também o Protocolo de Cartagena, arts. 10 e 11 traduzem o Princípio da Precaução diante da determinação de que na ausência de certeza científica devida à insuficiência das informações e dos conhecimentos científicos relevantes sobre a dimensão dos efeitos adversos potenciais de um organismo vivo modificado na conservação e no uso sustentável da diversidade biológica na Parte importadora, levando também em conta os riscos para a saúde humana, não impedirá esta Parte, a fim de evitar ou minimizar esses efeitos adversos potenciais, de tomar uma decisão, conforme o caso, sobre a importação do organismo vivo modificado em questão.

Compactuando, que tange a tutela constitucional do meio ambiente, o Princípio da Precaução tem fundamento no art. 225, § 1º, II e V, Constituição Federal¹⁴ (CF), pois, de acordo com o dispositivo, cabe ao poder público “preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético”, além de “controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente”.

Ademais, de acordo com Hammerschmidt¹⁵, o princípio da precaução:

articula-se na base de dois *pressupostos*: a possibilidade que condutas humanas causem danos coletivos vinculados a situações catastróficas que podem afetar o conjunto de seres vivos – por uma parte –, e a falta de evidência científica (incerteza) a respeito da existência do dano temido – por outra. Incerteza não somente na relação de causalidade entre o ato e suas consequências, mas quanto à realidade do dano, a medida do risco ou do dano.

Nesse viés, de acordo com a organização norte americana Alliance for BioIntegrity que dispõe em seu site os alertas e as preocupações de cientistas da agência norte-americana para alimentos e fármacos (Food and Drug Administration – FDA), obtidos através de ação judicial, o processo de transgenia é extremamente perigoso, diante dos efeitos imprevisíveis e da falta de rigorosos testes toxicológicos. Portanto, diante das incertezas, de acordo com Gliddon¹⁶, os OMGs tornam-se uma ameaça à saúde humana e à segurança ambiental e, nesse sentido, torna-se inócuo a Lei dispor de forma literal o Princípio da Precaução, se as incertezas científicas que alicerçaram sua criação não abrangem os possíveis efeitos adversos, como a erosão genética, os impactos socioculturais e a degradação econômica dos agricultores familiares em decorrência da utilização das sementes transgênicas.

2 LEI DE BIOSSEGURANÇA

A introdução de produtos transgênicos no Brasil ocorreu antes da construção de regulamentação jurídica, em decorrência da entrada de soja transgênica advinda da Argentina, chamada pelos agricultores de “soja

¹⁴ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil (1998). Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em 24 set 2019.

¹⁵ HAMMERSCHMIDT, Denise. O risco na sociedade contemporânea e o princípio da precaução no direito ambiental. **Seqüência: Estudos Jurídicos e Políticos**, v. 23, n. 45, 2002, p. 110.

¹⁶ GLIDDON, C. **Memorandum: Select Committee on European Communities Second Report** –Written Evidence, 1999. Disponível em: <http://www.publications.parliament.uk/pa/Id199899?Idselect/Ideucom/11/11we22.htm>. Acesso em 05 jul. 2019.

Maradona” ou “sementes brancas” (por não serem vendidas na sacaria original), fruto de contrabando através da fronteira com o Rio Grande do Sul suscitando a necessidade de construção de legislação sobre o assunto¹⁷.

Além disso, em decorrência da adesão a Convenção de Diversidade Biológica (CDB), assinada durante a Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento realizada na Rio 92, o Brasil a internaliza pelo Decreto Legislativo nº 2/94¹⁸, e reconheceu ser responsável pela conservação de sua diversidade biológica e pela utilização sustentável de seus recursos biológicos, sendo imprescindível, portanto, a construção de regulamentação referente aos OGMs.

E, assim, mesmo com ressalvas de movimentos sociais e de estudos científicos que demonstravam as possibilidades de impactos e riscos ao meio ambiente e saúde animal e vegetal, o Brasil promulga a Lei nº 8.974/95 antiga Lei de Biossegurança, atualmente revogada, permitindo a introdução de OGM no país. Em decorrência, com intuito de permitir a produção de soja *roundup ready* no país¹⁹, no ano de 1998 é expedida pela Comissão Técnica Nacional de Biossegurança (CTNbio) a primeira autorização favorável ao plantio de OGM no Brasil favorável à empresa Monsanto.

Construída com intuito de regulamentar a utilização de técnicas envolvendo a biotecnologia moderna e estabelecer normas relativas ao uso da engenharia genética para a construção, cultivo, manipulação, comercialização e transporte de Organismos Geneticamente Modificados (OGM) e seus derivados no país, a antiga Lei de Biossegurança serviu para legitimar o comércio das sementes transgênicas pelas grandes empresas.

Na contramão, em 2000, o Brasil adere ao acordo suplementar da CDB, conhecido como Protocolo de Cartagena sobre Biossegurança, importante marco normativo internacional de direito ambiental, incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro pelo Decreto nº 5.705/06²⁰, que trata especificamente de organismos vivos modificados (OVMs) resultantes da biotecnologia moderna. Trata-se de um importante Documento, por ser norteado pelo Princípio da Precaução, que segundo, aponta Derani²¹, “o Protocolo de Cartagena trabalha o risco em seu aspecto jurídico, definindo instrumentos para a democratização de sua aceitação, bem como especificando responsabilidades em relação à superveniência de danos [...]”.

Assim, ao assinar o Protocolo, mais uma vez o Brasil reconheceu a importância da estruturação de normas que coadunam com uma política de prevenção que proteja a sociedade e o meio ambiente acerca dos

¹⁷BENTHIEN, P. F. As sementes transgênicas no Brasil: da proibição à liberação. **Revista Vernáculo**, v. 1, n. 8/9/10, 2003.

¹⁸BRASIL. **Decreto Legislativo 02, de 03 de fevereiro de 1994**. Aprova o texto do Convenção sobre Diversidade Biológica, assinada durante a Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, realizada na Cidade do Rio de Janeiro, no período de 5 a 14 de junho de 1992. Disponível em <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decleg/1994/decretolegislativo-2-3-fevereiro-1994-358280-publicacaooriginal-1-pl.html>. Acesso em 24 set 2019.

¹⁹FUCK, M. P.; BONACELLI, M. B. Sementes geneticamente modificadas: (in) segurança e racionalidade na adoção de transgênicos no Brasil e na Argentina. **Revista CTS**, Buenos Aires, v. 4, n. 12, 2009. Disponível em: <http://www.revistacts.net/volumen-4-numero-12/24-articulos/54-sementes-geneticamente-modificadas-inseguranca-e-racionalidade-na-adocao-de-transgenicos-no-brasil-e-na-argentina> Acesso em: 29 mai. 2019.

²⁰BRASIL. **Decreto nº 5.705, de 16 de fevereiro de 2006**. Promulga o Protocolo de Cartagena sobre Biossegurança da Convenção sobre Diversidade Biológica. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Decreto/D5705.htm. Acesso em 24 set 2019.

²¹DERANI, C. (Org.). **Transgênicos no Brasil e Biossegurança**. Ver. Dir. Ambiental, n.1, Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 2005, p. 14.

eventuais riscos advindos da biotecnologia moderna, mas, mesmo assim, revoga a Lei nº 8.974/95 e promulga a Lei 11.105/05²², atual Lei de Biossegurança regulamentada pelo Decreto 5.591/05²³, dispondo um novo regramento sobre a questão da biotecnologia moderna no país, permitindo a produção e comércio de OGMs no país, nos termos do art. 1º da Lei 11.105/05:

Esta Lei estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização sobre a construção, o cultivo, a produção, a manipulação, o transporte, a transferência, a importação, a exportação, o armazenamento, a pesquisa, a comercialização, o consumo, a liberação no meio ambiente e o descarte de organismos geneticamente modificados – OGM e seus derivados, tendo como diretrizes o estímulo ao avanço científico na área de biossegurança e biotecnologia, a proteção à vida e à saúde humana, animal e vegetal, e a observância do princípio da precaução para a proteção do meio ambiente.

No que tange quanto a diferenciação entre a Lei 8.974/95 e a Lei 11.105/05, a atual Lei de Biossegurança delegou à CTNBio a competência para a emissão de parecer técnico conclusivo sobre as atividades relacionadas aos OGM, vinculando os órgãos de registro e fiscalização dos Ministérios da Saúde, da Agricultura e do Meio Ambiente às suas decisões, especialmente no que tange às exigências de Estudos de Impacto Ambiental de OGMs²⁴.

Excluída a participação popular e de entidades integrantes da administração pública federal, diante do posicionamento do Estado a favor o livre comércio de sementes transgênicas e da incerteza científica de seus possíveis efeitos ao meio ambiente e a saúde humana e animal, as decisões ficam comprometidas quanto a real tutela do meio ambiente e a proteção da biodiversidade.

3 SEMENTES TRANSGÊNICAS E EROÇÃO GENÉTICA

As patentes sobre a vida não são permitidas no Brasil, não havendo possibilidade de patentear as sementes e plantas no todo ou em parte, já que integram a biodiversidade e não são "invenções". Entretanto, com a ascensão da engenharia genética foi legalizado o patenteamento da sequência genética, legitimado pelo art. 8º da Lei 9.279/1996²⁵, dessa forma, o direito de patentes começa a envolver a vida, desde que esta seja fruto da inventividade humana.

Assim, a semente crioula não pode ser patenteada, bem como sua sequência genética correspondente. O que difere da semente transgênica que pode ser patenteada, pois provém de manipulação genética que

²² BRASIL. **Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005**. Regulamenta os incisos II, IV e V do § 1º do art. 225 da Constituição Federal, estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente modificados – OGM e seus derivados, cria o Conselho Nacional de Biossegurança – CNBS, reestrutura a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança – CTNBio, dispõe sobre a Política Nacional de Biossegurança – PNB, revoga a Lei nº 8.974, de 5 de janeiro de 1995, e a Medida Provisória nº 2.191-9, de 23 de agosto de 2001, e os arts. 5º, 6º, 7º, 8º, 9º, 10 e 16 da Lei nº 10.814, de 15 de dezembro de 2003, e dá outras providências. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11105.htm. Acesso em 24 de set 2019.

²³ BRASIL. **Decreto 5.591, de 22 de novembro de 2005**. Regulamenta dispositivos da Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005, que regulamenta os incisos II, IV e V do § 1º do art. 225 da Constituição, e dá outras providências. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Decreto/D5591.htm. Acesso em 24 de set 2019.

²⁴ PELAEZ, V. **Biopoder & regulação da tecnologia: o caráter normativo da análise de risco dos OGMs**. Ambient. soc., Campinas, v. 7, n. 2, p. 9, 2004.

²⁵ BRASIL. **Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996**. Regula direitos e obrigações relativos à propriedade intelectual. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9279.htm. Acesso em 24 de set 2019.

modifica de forma direta seu DNA, alterando as suas características existentes ou introduzindo novas características, de acordo com Martineli e Moura, de genes da mesma espécie ou de espécies diferentes, resultando, assim, o organismo geneticamente modificado. Assim surge uma nova sequência genética que pode ser patenteada, por ser considerada uma invenção e as sementes sofrem o que se chama de “patenteamento virtual”²⁶, esvaziando todo conteúdo simbólico, cultural e associado às sementes, garantindo a transformação dessas em mercadoria.

De acordo com Bruch²⁷:

Os denominados organismos geneticamente modificados (OGMs) são o resultado de uma construção genética com a inserção ou retirada de pequenos fragmentos de DNA em organismos vivos, provenientes estes de organismos da mesma ou de outra espécie, gênero ou reino.

Portanto, o melhoramento genético realizado pelos agricultores no momento de escolha das sementes ao resguardo para a próxima safra ou, com intuito de atender as suas necessidades produtivas, através dos cruzamentos feitos *in situ* ou *on farm* plantando variedades da mesma espécie na mesma época e localidade, difere de forma evidente da transgenia. Essa decorre da capacidade de recombinação gênica realizada por profissionais especializados em laboratório, o que atualmente conhecemos como biotecnologia, que, de acordo com Mairesse²⁸, trata-se da manipulação a nível celular de genes de seres da mesma espécie ou entre espécies diferentes.

Nesse viés, a natureza jamais “construirá” um organismo transgênico, pois não concebe cruzamento de genes entre espécies diferentes. Assim, a transgenia consiste em uma artificialização e divergência do processo evolutivo, pois resulta em um produto que não seria originado pela natureza, como dispõe Araújo²⁹:

Provavelmente uma das maiores falácias apresentadas por alguns dos defensores dos produtos transgênicos seja que tenta confundir o público com a ideia de que transgenia seria algo ocorrente na natureza, sendo a intervenção humana apenas destinada a propiciar um “atalho” no processo de evolução, uma forma mais rápida do que aconteceria por processos naturais. Tenta-se difundir a ideia de que os processos decorrentes da engenharia genética nada mais são do que um passo a mais no curso da evolução milenar das espécies e dos métodos convencionais de melhoramento vegetal e animal.

Nesse sentido, em decorrência da transferência de genes realizada de forma artificial em laboratório, a transgenia implica em riscos biológicos, os chamados biorriscos, por conta da falta de conhecimento efetivo de seus efeitos no meio ambiente, conforme Carvalho³⁰. Ou então, pela incapacidade de controle concreto sobre efeitos já diagnosticados, como a questão do mecanismo microevolutivo denominado fluxo gênico, que de acordo com Martins³¹ “é importante por suas implicações sobre a estrutura genética das populações. No caso de plantas, este fluxo pode ocorrer através da dispersão do pólen e da semente”, permitindo a troca natural

²⁶PESSANHA, L. D. R. **Transgênicos, recursos genéticos e segurança alimentar: uma análise da judicialização do conflito sobre a liberação da soja RR no Brasil**. Anais, p. 1-20, 2016.

²⁷BRUCH, K. L. et al. Barreiras à entrada no mercado brasileiro de sementes transgênicas. CEP, v. 4, p. 979-90, 2005.

²⁸MAIRESSE, L. A. **Organismos Geneticamente Modificados e a Revolução da Biotecnologia**. Seminário Plantas Transgênicas. Santa Maria: UFSM, 2001.

²⁹ARAÚJO, J.C de. Análise da Medida Provisória nº 113, de 25 de setembro de 2003. **Consultoria Legislativa: Estudo Técnico Específico**, 29 scl. 2003.

³⁰CARVALHO, H. M. de. **Sementes: Patrimônio do Povo a Serviço da Humanidade**. São Paulo: Expressão Popular, p. 245-258, 2003.

³¹MARTINS, P. S. Estrutura populacional, fluxo gênico e conservação “in situ”. **IPEF**, v. 35, p. 71-78, 1987, p. 71.

de genes entre plantas da mesma espécie, possibilitando a contaminação das sementes crioulas com o DNA constituinte das sementes transgênicas.

Assim, as sementes transgênicas representam constante ameaça as sementes crioulas diante da possibilidade de cruzamentos genéticos não esperados, como aponta Lewgoy³². Esse tipo de risco configura grande desafio as regiões de grande variedade genética de sementes crioulas, como apontam Nodari e Guerra³³:

A ameaça à diversidade biológica pode decorrer das propriedades intrínsecas do OGM ou de sua potencial transferência a outras espécies. A adição de novo genótipo em uma comunidade de plantas pode proporcionar efeitos indesejáveis, como o deslocamento ou eliminação de espécies não domesticadas, a exposição de espécies a novos patógenos ou agentes tóxicos, a poluição genética, a erosão da diversidade genética e a interrupção da reciclagem de nutrientes e energia.

Para tanto, através da Instrução Normativa n. 25, de 16 de dezembro de 2005, o Ministério da Agricultura, determinou o isolamento de 400 metros da fonte de pólen contaminante para os campos de produção de sementes. Entretanto, torna-se praticamente impossível controlar a contaminação nos campos vizinhos pelo pólen e sementes pela ação do vento, água e insetos. E, além disso, a norma se restringe às plantações de milho comum, o que não abrange as demais espécies introduzidas no meio ambiente que impõe riscos de contaminação sobre espécies nativas, parentes silvestres e espécies sexualmente compatíveis.

Ademais, entre o ordenamento dispor e a ocorrência efetiva dessa disposição há um grande distanciamento, pois de acordo com Barcelos³⁴ “os OGMs tornaram-se uma realidade dominante nas lavouras”, pois não há controle do fluxo gênico contaminante, o que dificulta e inviabiliza a produção orgânica. Essa, de acordo com o art. 26, Lei 10.831/03³⁵, a Lei de Orgânicos prevê um tipo de produção livre de organismos geneticamente modificados, mas não consegue garantir aos agricultores de produtos orgânicos o direito a não contaminação³⁶, pois incumbe ao agricultor a responsabilidade de tomar medidas para evitar a contaminação da lavoura.

Assim, a adoção de medidas preventivas representa custos adicionais aos agricultores que, diante do risco de terem suas lavouras contaminadas e receberem menores preços por elas, assumem o ônus de criar barreiras em suas propriedades, mudar de espécies a serem plantadas e/ou alterar a época de plantio ou colheita para tentar evitar ou minimizar a contaminação. Assim, os prejuízos decorrentes da ausência de controle, fiscalização e instrução de manejo de OGMs recaem sobre o próprio agricultor que busca plantar de forma sustentável, apesar do art. 225, par.1º, II, CF/88³⁷, incumbir ao Poder Público a obrigatoriedade de assegurar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País.

³² LEWGOY F. **A voz dos cientistas críticos**. Hist Cienc Saude-Manguinhos, Rio de Janeiro, v. 7, n. 2, p. 503-508, 2000.

³³ NODARI, R. O.; GUERRA, M. P. **A agroecologia: estratégias de pesquisa e valores**. Estudos avançados, v. 29, n. 83, p.183-207, 2015.

³⁴ BARCELOS, J.R DE O. **Agrobiodiversidade ameaçada: perversão do direito e zona de autarquia na CTNBio**. LiberArs, São Paulo, 2018, p. 69.

³⁵ BRASIL. **Lei nº 10.831, de 23 de dezembro de 2003**. Dispõem sobre a agricultura orgânica e dá outras providências. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.831.htm. Acesso em 24 set 2019.

³⁶ PACKER, L. A. **Da monocultura da lei às ecologias dos direitos: pluralismo jurídico comunitário-participativo para afirmação da vida concreta camponesa**. Dissertação de mestrado. Programa de Pós-graduação em Direito. Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2010.

³⁷ BRASIL, 1998.

Não há disposição na Lei de biossegurança sobre mecanismos para proteger ou indenizar agricultores que tiverem suas lavouras contaminadas pelo fluxo e nem previsão de responsabilização por danos ambientais ou à saúde humana e/ou animal, advindos do uso de transgênicos. Assim, os prejuízos decorrentes da ausência de controle, fiscalização e instrução de manejo de OGMs recaem sobre a própria sociedade, apesar do art. 225, par.1º, II, CF/88³⁸, incumbir ao Poder Público a obrigatoriedade de assegurar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País.

Entretanto, além dos produtores orgânicos prejudicados com o problema de contaminação, os agricultores que plantam sementes transgênicas são prejudicados em decorrência do direito de propriedade industrial, pois a principal regra do contrato assinado é a proibição de guardar sementes para a safra seguinte. Além de o instrumento apontar o que o agricultor pode e não pode fazer ao plantar sementes transgênicas, colher e vender seus derivados, como aponta Terra de Direitos³⁹ uma das práticas considerada coercitiva, porém legítima, pois o ordenamento brasileiro não a proíbe, é o controle pela Monsanto da quantidade produzida como forma de se certificar de que não há semente estocada na propriedade.

4 TECNOLOGIA INDUSTRIAL E OS IMPACTOS SOCIOCULTURAIS

As sementes crioulas integram o modo de vida tradicional dos agricultores familiares e traduzem à identidade, memória, práticas agrícolas, modo de viver e as mais variadas formas de saberes dos agricultores, pois fogem da lógica capitalista da agricultura produtivista industrial que mercantiliza as sementes e as consideram como mercadoria que integra os pacotes tecnológicos ofertados aos agricultores. Tais conhecimentos tradicionais e locais associados a diferentes contextos compõem o patrimônio cultural brasileiro, tutelado pelo art. 226, CF⁴⁰.

Assim, quando os agricultores deixam de usar as variedades crioulas, junto termina a possibilidade de perpetuação de toda sabedoria construída e passada de geração em geração, correspondente às dimensões social e cultural decorrente do modo de vida tradicional dos agricultores familiares, por integrar a vida em família desde a escolha das sementes pra próxima safra, passando pelo modo de produção, até a comida na mesa. O que são elementos fundamentais, de acordo com Lyra et al.⁴¹, que compõem a agrobiodiversidade existente nas propriedades rurais e favorecem o melhoramento genético participativo das sementes realizado pelos agricultores.

Nessa lógica, compreender a erosão genética demanda a compreensão da perda da diversidade agrícola e sociocultural em decorrência de todo soterramento de saberes e sabores associados ao patrimônio cultural traduzido pelas sementes crioulas. Conhecimento tradicional da biodiversidade e de práticas agrícolas que se

³⁸BRASIL, 1998.

³⁹ TERRA DE DIREITOS. **Sementes Transgênicas – contaminação, royalties e patentes**. Terra de Direitos: Curitiba, 2005.

⁴⁰ BRASIL, 1998.

⁴¹LYRA, D.H.; SAMPAIO, L.S.; PEREIRA, D.A.; AMARAL,C.L.F. **Conservação on farm da agrobiodiversidade de sítios familiares em Jequié, Bahia, Brasil**. Revista Ceres, Viçosa, n.58, n.1, p.69-76, 2011.

perdem em decorrência da lógica da agricultura industrial, que ignora a existência dos sistemas locais de produção, distribuição, comercialização e intercâmbio de sementes crioulas.⁴²

Nesse sentido, Silveira e Almeida⁴³, sustentam a necessidade do debate público acerca da biotecnologia:

Neste espaço de diferenças e diversidade, o que se percebe é que ora o alimento, ora a semente adquirem distintos significados, conforme o ponto de vista. Tanto na vida privada, como na vida pública, as inovações biotecnológicas têm implicações profundas, e o indivíduo passa a querer participar das decisões a respeito, exigindo transparência e fóruns mais amplos de debate, bem como se expressando por fora da política formal, em suas manifestações extraparlamentares e extraparlamentares.

Ademais, como aponta Sarandon⁴⁴, em muitas ocasiões os pesquisadores desconsideram a influência e a interrelação dos fatores culturais, sociais, econômicos e ecológicos aos agroecossistemas, resultando em estudos apenas que coincidem com a progressiva tentativa de difusão de sementes transgênicas. E, para manter este mercado, atualmente controlado por multinacionais, ocorrem investimentos maciços em pesquisas científicas e biotecnológicas que, assim, revertem em mercadorias que integram os pacotes tecnológicos e mantêm a dependência dos agricultores ao setor industrial.

Nesse sentido, de acordo com Petersen et al.⁴⁵:

a força ideológica deste paradigma técnico-científico terminou por desqualificar em meio aos próprios agricultores sua vocação enquanto legítimos portadores e geradores de conhecimentos de extrema valia para o desenvolvimento tecnológico, reservando à comunidade científica o monopólio do processo de geração do conhecimento técnico na agricultura.

Assim, minimizar a questão dos riscos associados ao uso e consumo dos produtos geneticamente modificados e legitimar o discurso de que os transgênicos já foram exaustivamente testados, equivale a destruir os saberes dos diversos atores sociais envolvidos e, conforme Santos⁴⁶, aceitar a semente como simples matéria-prima, fruto do oligopólio de seis empresas que atualmente controlam 75% das vendas globais de sementes e agrotóxicos e pesquisa e desenvolvimento relacionadas.⁴⁷

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante desse debate, pode-se observar a utilização de técnicas ou atividades que podem gerar perigos irreversíveis à agricultura, aos seres humanos e aos ecossistemas, diante dos apontamentos feitos pela

⁴²PADULOSI, S. **A new international collaborative effort on traditional crops, climate change and on-farm conservation**. In: Padulosi, S., N. Bergamini and T. Lawrence, Editors *On-farm conservation of neglected and underutilized species: status, trends and novel approaches to cope with climate change*. Bioversity 109 International Proceedings of the International Conference Friedrichsdorf, Frankfurt, Alemanha, 2011.

⁴³SILVEIRA, C. A. da; ALMEIDA, J. **Biossegurança e democracia: entre um espaço dialógico e novos fundamentalismos**. Soc. estado., Brasília, v. 20, n. 1, Abril. 2005. p.87.

⁴⁴SARANDÓN, S. J. et al. **Agroecología: el camino hacia una agricultura sustentable**. 2002.

⁴⁵PETERSEN, P. et al. **Tradição (agri)cultural e inovação agroecológica – facetas complementares do desenvolvimento agrícola socialmente sustentado na região Centro-Sul do Paraná**. AS-PTA, 2002.

⁴⁶SANTOS, L. G. dos. **Politizar as novas tecnologias: o impacto sócio-técnico da informação digital e genética**. São Paulo: Ed. 34, 2003.

⁴⁷ETC Group. **Communiqué: may 14, 2015**. Disponível em: <<http://www.etcgroup.org/sites/www.etcgroup.org/files/files/etc-communique-seedycharacters-may2015.pdf>>. Acesso em: 05 jul. 2019.

comunidade científica. Assim como expõe decisões políticas e construções normativas, em decorrência de construção ou omissão, à revelia das produções de danos alheios ao controle social.

Mesmo que criada a Lei de Biossegurança, tal ordenamento infringe o sistema de gerenciamento de risco e fere o Princípio da Precaução, pois desconsiderou os diversos estudos que apontam a imprevisibilidade da introdução de OMGs na lavoura e na alimentação humana e animal. Além disso, a normativa não repercute a função legislativa necessária aos impactos da utilização das sementes transgênicas, pois não dispõe ferramentas jurídicas para indenizar agricultores que tiverem suas lavouras contaminadas por transgênicos, assim como não prever responsabilização por danos ambientais ou à saúde humana e/ou animal.

Ademais, seguindo a lógica de mercado voltado ao lucro dos oligopólios das sementes, as variedades transgênicas foram introduzidas e utilizadas de forma indiscriminada em vários contextos socioambientais brasileiros, subjugando os saberes e construções socioculturais dos agricultores, comprometendo a autonomia produtiva e aumentando a dependência desses aos pacotes tecnológicos.

Contudo, os impactos dos transgênicos na biodiversidade brasileira requerem urgência de reavaliação da legislação superveniente e a fundamental transparência e participação direta e efetiva de entidades e de pesquisadores interessados na interrupção da erosão genética e sociocultural. O que poderia resultar em uma Política Pública de Biossegurança com intuito de criar ferramentas ao Poder Público de prever, fiscalizar e erradicar os potenciais impactos sobre a biodiversidade brasileira.

REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

ARAÚJO, J.C de. **Análise da Medida Provisória nº 113, de 25 de setembro de 2003**. Consultoria Legislativa: Estudo Técnico Específico, 29 scl. 2003.

BARCELOS, J.R DE O. **Agrobiodiversidade ameaçada: perversão do direito e zona de autarquia na CTNBio**. LiberArs, São Paulo, 2018, p. 69.

BENTHIEN, P. F. As sementes transgênicas no Brasil: da proibição à liberação. **Revista Vernáculo**, v. 1, n. 8/9/10, 2003.

BRASIL. **Decreto Legislativo 02, de 03 de fevereiro de 1994**. Aprova o texto do Convenção sobre Diversidade Biológica, assinada durante a Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, realizada na Cidade do Rio de Janeiro, no período de 5 a 14 de junho de 1992. Disponível em <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decleg/1994/decretolegislativo-2-3-fevereiro-1994-358280-publicacaooriginal-1-pl.html>. Acesso em 24 set 2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil** (1988). Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em 24 set 2019.

BRASIL. **Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996**. Regula direitos e obrigações relativos à propriedade intelectual. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9279.htm. Acesso em 24 set 2019.

BRASIL. **Lei 9.456, de 25 de abril de 1997.** Institui a Lei de Proteção de Cultivares e dá outras providências. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9456.htm. Acesso em 24 set 2019.

BRASIL. **Decreto Federal n.º 2.519, de 16 de março de 1998.** Promulga a Convenção sobre Diversidade Biológica, assinada no Rio de Janeiro, em 05 de junho de 1992. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D2519.htm. Acesso em 24 set 2019.

BRASIL. **Lei nº 10.831, de 23 de dezembro de 2003.** Dispõem sobre a agricultura orgânica e dá outras providências. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.831.htm. Acesso em 24 set 2019.

BRASIL. **Lei 10.711, de 5 de agosto de 2003.** Dispõe sobre o Sistema Nacional de Sementes e Mudanças e dá outras providências. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2003/L10.711.htm. Acesso em 24 set 2019.

BRASIL. **Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005.** Regulamenta os incisos II, IV e V do § 1º do art. 225 da Constituição Federal, estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente modificados – OGM e seus derivados, cria o Conselho Nacional de Biossegurança – CNBS, reestrutura a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança – CTNBio, dispõe sobre a Política Nacional de Biossegurança – PNB, revoga a Lei nº 8.974, de 5 de janeiro de 1995, e a Medida Provisória nº 2.191-9, de 23 de agosto de 2001, e os arts. 5º, 6º, 7º, 8º, 9º, 10 e 16 da Lei nº 10.814, de 15 de dezembro de 2003, e dá outras providências. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11105.htm. Acesso em 24 de set 2019.

BRASIL. **Decreto 5.591, de 22 de novembro de 2005.** Regulamenta dispositivos da Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005, que regulamenta os incisos II, IV e V do § 1º do art. 225 da Constituição, e dá outras providências. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Decreto/D5591.htm. Acesso em 24 set 2019.

BRASIL. **Decreto nº 5.705, de 16 de fevereiro de 2006.** Promulga o Protocolo de Cartagena sobre Biossegurança da Convenção sobre Diversidade Biológica. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Decreto/D5705.htm. Acesso em 24 set 2019.

BRUCH, K. L. et al. **Barreiras à entrada no mercado brasileiro de sementes transgênicas.** CEP, v. 4, p. 979-90, 2005.

CARVALHO, H. M. de. **Sementes: Patrimônio do Povo a Serviço da Humanidade.** São Paulo: Expressão Popular, p. 245-258, 2003.

DERANI, C. (Org.). **Transgênicos no Brasil e Biossegurança.** Ver. Dir. Ambiental, n.1, Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 2005, p. 14.

DOMINGUES, O. et al. **Sistema informal de sementes: causas, consequências e alternativas**. Pelotas: Editora Universitária, UFPel, 2000, p. 43.

ETC Group. **Communiqué: may 14, 2015**. Disponível em: <<http://www.etcgroup.org/sites/www.etcgroup.org/files/files/etc-communicate-seedcharacters-may2015.pdf>>. Acesso em: 05 jul. 2019.

FREITAS MARTINS, Ana Gouveia e. **O princípio da Precaução no Direito do Ambiente**. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2002.

FUCK, M. P.; BONACELLI, M. B. Sementes geneticamente modificadas: (in) segurança e racionalidade na adoção de transgênicos no Brasil e na Argentina. **Revista CTS**, Buenos Aires, v. 4, n. 12, 2009. Disponível em: <http://www.revistacts.net/volumen-4-numero-12/24-articulos/54-sementes-geneticamente-modificadas-inseguranca-e-racionalidade-na-adocao-de-transgenicos-no-brasil-e-na-argentina>. Acesso em 29 mai. 2019.

GLIDDON, C. **Memorandum: Select Committee on European Communities Second Report –Written Evidence**, 1999. Disponível em: <http://www.publications.parliament.uk/pa/Id199899?Idselect/Ideucom/11/11we22.htm>. Acesso em 05 jul. 2019.

GOODMAN, D., SORJ, B., and WILKINSON, J. **Da lavoura às biotecnologias: agricultura e indústria no sistema internacional** [online]. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisas Sociais, 2008. A apropriação industrial do processo de produção rural. pp. 6-49. ISBN: 978-85-9966-229-8. Available from SciELO Books. p. 7.

HAMMERSCHMIDT, Denise. O risco na sociedade contemporânea e o princípio da precaução no direito ambiental. **Seqüência: Estudos Jurídicos e Políticos**, v. 23, n. 45, 2002, p. 110.

LYRA, D.H.; SAMPAIO, L.S.; PEREIRA, D.A.; AMARAL, C.L.F. **Conservação on farm da agrobiodiversidade de sítios familiares em Jequié, Bahia, Brasil**. Revista Ceres, Viçosa, n.58, n.1, p.69-76, 2011.

LEWGOY F. **A voz dos cientistas críticos**. Hist Cienc Saude-Manguinhos, Rio de Janeiro, v. 7, n. 2, p. 503-508, 2000.

MAIRESSE, L. A. **Organismos Geneticamente Modificados e a Revolução da Biotecnologia**. Seminário Plantas Transgênicas. Santa Maria: UFSM, 2001.

MARTINS, P. S. Estrutura populacional, fluxo gênico e conservação "in situ". **IPEF**, v. 35, p. 71-78, 1987, p. 71.

NODARI, R. O.; GUERRA, M. P. **A agroecologia: estratégias de pesquisa e valores.** Estudos avançados, v. 29, n. 83, p.183-207, 2015.

PACKER, L. A. **Da monocultura da lei às ecologias dos direitos: pluralismo jurídico comunitário-participativo para afirmação da vida concreta camponesa.** Dissertação de mestrado. Programa de Pós-graduação em Direito. Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2010.

PADULOSI, S. **A new international collaborative effort on traditional crops, climate change and on-farm conservation.** In: Padulosi, S., N. Bergamini and T. Lawrence, Editors On-farm conservation of neglected and underutilized species: status, trends and novel approaches to cope with climate change. Bioversity 109 International Proceedings of the International Conference Friedrichsdorf, Frankfurt, Alemanha, 2011.

PELAEZ, V. **Biopoder & regulação da tecnologia: o caráter normativo da análise de risco dos OGMs.** Ambient. soc., Campinas, v. 7, n. 2, p. 9, 2004.

PESSANHA, L. D. R. **Transgênicos, recursos genéticos e segurança alimentar: uma análise da judicialização do conflito sobre a liberação da soja RR no Brasil.** Anais, p. 1-20, 2016

PETERSEN, P. et al. **Tradição (agri)cultural e inovação agroecológica – facetas complementares do desenvolvimento agrícola socialmente sustentado na região Centro-Sul do Paraná.** AS-PTA, 2002.

SANTILLI, J. **Socioambientalismo e novos direitos: proteção jurídica à diversidade biológica e cultural.** 1. ed. São Paulo: Petrópolis: ISA; Brasília: IEB, 2005.

SANTILLI, J. **A Lei de sementes brasileiras e seu impacto sobre a agrobiodiversidade e os sistemas agrícolas locais e tradicionais.** Bol. Mus. Para. Emílio Goeldi Ciências Humanas, Belém, v.7, n.2, p. 457 – 475, 2012.

SANTOS, L. G. dos. **Politizar as novas tecnologias: o impacto sóciotécnico da informação digital e genética.** São Paulo: Ed. 34, 2003.

SARANDÓN, S. J. et al. **Agroecología: el camino hacia una agricultura sustentable.** 2002.

SILVEIRA, C. A. da; ALMEIDA, J. **Biossegurança e democracia: entre um espaço dialógico e novos fundamentalismos.** Soc. estado., Brasília, v. 20, n. 1, Abril. 2005. p.87.

TERRA DE DIREITOS. **Sementes Transgênicas – contaminação, royalties e patentes.** Terra de Direitos: Curitiba, 2005.

ABELHAS E SOJA: UMA PARCERIA DE SUCESSO

Francieli Iung Izolani¹²
Jerônimo Siqueira Tybusch³

RESUMO

As abelhas, essenciais à manutenção da vida no Planeta, fornecem serviços essenciais para a alimentação e para a agricultura através da polinização. Ocorre que entre dezembro de 2018 e fevereiro de 2019, cerca de quinhentos milhões de abelhas foram encontradas mortas em quatro Estados da Federação, dentre eles, o do Rio Grande do Sul, revelando que a causa deveu-se pela ingestão ou pelo contato das abelhas com o agrotóxico finopril. Assim, o presente estudo tem por objeto responder se é possível uma convivência harmoniosa entre as abelhas e o cultivo da soja e em termos de aspectos econômicos, quais seriam as vantagens advindas dessa parceria. Paratanto, utilizou-se o método de abordagem indutivo, o procedimento de pesquisa bibliográfica, através da técnica de fichamentos e resumos. Como resultado, através de uma gestão adequada, a polinização tem o potencial de aumentar em quantidade e em qualidade a produção de soja.

PALAVRAS-CHAVE: abelhas; finopril; parceria; soja.

ABSTRACT

Bees, essential for the life maintaining on the planet, provide essential food and agriculture services through pollination. However, between December 2018 and February 2019, about five hundred million bees were found dead in four states of the Federation, including Rio Grande do Sul, revealing that the cause was due to the ingestion or contact of the bees with the pesticide finopril. Thus, the present study aims to answer if it is possible a harmonious coexistence between bees and soybean cultivation and in terms of economic aspects, what would be the advantages arising from this partnership. Therefore, it was used the inductive approach method, the bibliographic research procedure, through the technique of files and abstracts. As result, through an adequate management, the pollination has the capacity to increase quantity and qualifiedly the soy production.

KEY WORDS: bees; finopril; partnership; soy.

INTRODUÇÃO

As abelhas, essenciais à manutenção da vida no Planeta, fornecem serviços essenciais para a alimentação e para a agricultura através da polinização, considerada um serviço ecossistêmico regulatório de provisão e cultural. Todavia, ocorre que entre dezembro de 2018 e fevereiro de 2019, cerca de quinhentos milhões de abelhas foram encontradas mortas em quatro Estados da Federação, dentre eles, o do Rio Grande

¹ Advogada egressa da Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul (BRA), Pós-Graduada em Direito Previdenciário, Direito Constitucional e em Direito Civil pela Universidade Uniderp-Anhanguera (BRA) e Mestranda em Direito pela Universidade Federal de Santa Maria (BRA). E-mail: franizolani@hotmail.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9027530784430798>.

² O presente trabalho foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – Brasil (CAPES) – Código de Financiamento 001.

³ Doutor em Ciências Humanas pela Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC (2011); mestre em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS (2007); graduado em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC (2004). Professor Adjunto no Departamento de Direito da Universidade Federal de Santa Maria - UFSM. Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGD/UFSM) - Mestrado em Direito. Professor do Programa de Pós-Graduação em Tecnologias Educacionais em Rede (PPGTER/UFSM) - Mestrado Profissional em Tecnologias Educacionais em Rede. Pesquisador e Líder do Grupo de Pesquisa em Direito da Sociobiodiversidade - GPDS. Atualmente é Pró-Reitor Adjunto e Coordenador de Planejamento Acadêmico da Pró-Reitoria de Graduação da UFSM. Membro da Diretoria do CONPEDI Gestão 2017-2020. Desenvolve pesquisas nas áreas de: Direito Ambiental; Ecologia Política; Direito e Sustentabilidade; Direito Urbanístico; Teoria do Direito e da Decisão Jurídica; Direito e Novas Tecnologias; Tecnologias Educacionais em Rede. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6477064173761427>.

do Sul, com o extermínio de colmeias em oito municípios, propiciando uma análise, revelando que a causa deveu-se pela ingestão ou pelo contato das abelhas com o agrotóxico finopril.

Comumente usado nas lavouras de soja, o finopril já protagonista da morte de milhares de abelhas em outras ocasiões, além da previamente relatada, demonstrando que o Brasil vem na contramão mundial. Casos como esses, e outros diversos de mortandade pelo uso indiscriminado de agrotóxicos no último ano, vêm denotando a necessidade de estudos, aprofundamentos e ações com vistas a evitar um desastre ambiental de proporções irreversíveis, pois o declínio desses importantes polinizadores pode ter consequências desastrosas para a humanidade, como uma redução considerável na produtividade agrícola, desabastecimentos e impactos nos custos e preços de produtos, além da extinção da própria humanidade no caso de total desaparecimento da espécie.

Assim, diante desse grave fato e da importância fundamental à vida humana, conforme referido anteriormente, o presente estudo tem por objeto responder se é possível uma convivência harmoniosa entre as abelhas e o cultivo da soja, ou seja, entre apicultores e sojicultores e em termos de aspectos econômicos, quais seriam as vantagens advindas dessa parceria.

Para tanto, a pesquisa desenvolvida no presente estudo foi do tipo qualitativa, utilizando-se método de abordagem indutivo, de primeira ordem, considerando a confirmação positiva do problema, e monográfico, de segunda ordem, com a finalidade de a partir desse caso de mortandade de abelhas pelo uso do agrotóxico finopril se possa chegar à compatibilização entre a apicultura e a agricultura, demonstrando a viabilidade da parceria dessas atividades econômicas e suas vantagens e, assim, aplicar aos demais casos existentes. Com relação ao procedimento, a pesquisa foi do tipo bibliográfica, através da técnica de fichamentos e resumos.

Por fim, o presente artigo foi dividido em três capítulos: o primeiro traz um panorama geral sobre as abelhas com o objetivo de averiguar a importância da polinização que elas realizam; o segundo, demonstra os casos de mortandade entre dezembro de 2018 e fevereiro de 2019, trazendo números, a coleta realizada para encontrar o finopril, assim como seus efeitos; o terceiro e último, compreende o estudo sobre o comportamento das abelhas para a viabilidade com as lavouras de soja, apontando os benefícios que seriam obtidos pela preservação da polinização e de que forma pode ser efetivada essa parceria.

1 ABELHAS: A IMPORTÂNCIA DA POLINIZAÇÃO

As abelhas, insetos da ordem Hymenoptera que estão no planeta há cerca de 125 milhões de anos com a estimativa de mais de vinte mil espécies em todo o mundo e, segundo Silva, Pacheco Filho e Freitas⁴, são o grupo de polinizadores mais abundantes na agricultura, pois visitam mais de 90% (noventa por cento) dos 107

⁴ SILVA, Cláudia Inês da; PACHECO FILHO, Alípio José de Souza; FREITAS, Breno Magalhães. Polinizadores manejados no Brasil e sua disponibilidade para a agricultura. In: Associação Brasileira de Estudos das Abelhas - A.B.E.L.H.A. (Org.). **Agricultura e Polinizadores**. São Paulo, 2015. Disponível em: <<http://abelha.org.br/publicacoes/ebooks/Agricultura-e-Polinizacao.pdf>>. Acesso em: 25 maio 2019.

(cento e sete) principais cultivos agrícolas já estudados no mundo, de acordo com Klein et al. *apud* BPBES⁵. Dessa maneira, elas são essenciais à manutenção da vida no Planeta, pois fornecem serviços essenciais para a alimentação e para a agricultura, os chamados serviços ecossistêmicos⁶, enquanto polinizadores que são.

Estudos realizados no país nas últimas décadas reforçam o papel dos polinizadores, especialmente das abelhas, na polinização de plantas cultivadas ou silvestres, demonstrando que os frutos provenientes de flores polinizadas têm mais sementes, melhor formato, maior valor nutritivo, melhor sabor e durabilidade, conforme Malagodi-Braga & Peixoto Kleinert, Bommarco et al, Klatt et al, Garratt et al., Junqueira & Augusto *apud* BPBES⁷. Em relação às florestas tropicais, as abelhas respondem pela polinização de mais de 50% (cinquenta por cento) das plantas lá localizadas, e de mais de 80% (oitenta por cento) das espécies vegetais do Cerrado brasileiro, de acordo com dados fornecidos por Freitas e Silva⁸. Elas são responsáveis pela polinização de 73% (setenta e três por cento) do total de espécies cultivadas e utilizadas de forma direta ou indireta na alimentação e de 42% (quarenta e dois por cento) das 57 (cinquenta e sete) espécies vegetais mais plantadas no mundo e, portanto, responsáveis pela manutenção da base da cadeia alimentar nos ecossistemas, conforme Freitas e Silva⁹.

Assim, o desaparecimento dos polinizadores pode ter efeitos desastrosos para todo o ecossistema de forma geral e, em especial, para os agricultores. Para muitos deles que cultivam culturas dependentes da polinização, essa escassez pode significar menos renda e maior vulnerabilidade à fome e à desnutrição¹⁰.

Desse modo, importante destacar que a polinização é um serviço ecossistêmico essencial para a reprodução e manutenção da diversidade de espécies de plantas, além de fornecer alimentos para humanos e animais.

Na agricultura, a polinização interfere no aspecto quantitativo da produção, como nas culturas de maracujá, caju, café, e também influencia o aspecto qualitativo de frutos como a maçã, morango, pimentão, além da quantidade de substâncias nas sementes que produzem o óleo no girassol e na canola, e também o

⁵BPBES. **Relatório Temático sobre Polinização, Polinizadores e Produção de Alimentos no Brasil**. 2019. Disponível em: <<https://www.bpb.es.net.br>>. Acesso em: 17 maio 2019.

⁶FAO. (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A ALIMENTAÇÃO E A AGRICULTURA. **Dia Internacional da Abelhas: polinizadoras essenciais para o futuro dos alimentos**. 20/005/2019. FAO. Disponível em: <http://www.fao.org/brasil>). Acesso em: 17 maio 2019.

⁷BPBES. **Relatório Temático sobre Polinização, Polinizadores e Produção de Alimentos no Brasil**. 2019. Disponível em: <https://www.bpb.es.net.br>. Acesso em: 17 maio 2019.

⁸FREITAS, Breno Magalhães; SILVA, Cláudia Inês da. O papel dos polinizadores na produção agrícola no Brasil. In: Associação Brasileira de Estudos das Abelhas - A.B.E.L.H.A. (Org.) **Agricultura e Polinizadores**. São Paulo, 2015. Disponível em: <http://abelha.org.br/publicacoes/ebooks/Agricultura-e-Polinizacao.pdf>. Acesso em: 25 maio 2019.

⁹FREITAS, Breno Magalhães; SILVA, Cláudia Inês da. O papel dos polinizadores na produção agrícola no Brasil. In: Associação Brasileira de Estudos das Abelhas - A.B.E.L.H.A. (Org.) **Agricultura e Polinizadores**. São Paulo, 2015. Disponível em: <http://abelha.org.br/publicacoes/ebooks/Agricultura-e-Polinizacao.pdf>. Acesso em: 25 maio 2019.

¹⁰FAO. (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A ALIMENTAÇÃO E A AGRICULTURA. **Dia Internacional da Abelhas: polinizadoras essenciais para o futuro dos alimentos**. 20/005/2019. FAO. Disponível em: <http://www.fao.org/brasil>). Acesso em: 17 maio 2019.

encurtamento do ciclo de culturas como a do melão e da melancia, e a uniformização da altura de plantas como o gergelim e a soja¹¹.

São fatores, portanto, que podem substancialmente ajudar no incremento da produtividade, da eficiência do uso da terra e/ou reduzir as perdas de colheita, aumentando, consequentemente, a rentabilidade e a lucratividade do agricultor. Assim, a polinização efetuada pelas abelhas é uma interação ecológica que fornece inúmeros benefícios aos seres humanos e, por isso, considerada um serviço ecossistêmico regulatório de provisão e cultural¹².

Diante da relevância da manutenção das abelhas na Terra, como condição de vida humana, inclusive, casos de mortandade como serão revelados no capítulo subsequente devem ser evitados a todo custo.

2 O CASO FINOPRIL: A MORTANDADE DAS ABELHAS NO RIO GRANDE DO SUL

O finopril, de uso proibido na União Europeia desde 2017, é um inseticida usado de forma ampla na agricultura no Brasil, aplicado para controlar insetos e várias pragas ao mesmo tempo nas fases anteriores à floração. Esse produto, também usado no Brasil para proteger as sementes de soja contra insetos como o bicudo, já foi responsável pela morte de milhares de abelhas de 1994 a 1998, demonstrando que o Brasil vem na contramão mundial¹³.

Entre dezembro de 2018 e fevereiro de 2019, cerca de quinhentos milhões de abelhas foram encontradas mortas em quatro Estados da Federação: Rio Grande do Sul, Santa Catarina, São Paulo e Mato Grosso do Sul, ressaltando que essa estimativa não inclui os casos de mortes de abelhas silvestres¹⁴.

Especificamente, no caso do Rio Grande do Sul, a Câmara Setorial de Apicultura registrou nos últimos meses de 2018 o extermínio de colmeias em oito municípios gaúchos, o que gerou uma análise laboratorial promovida pelo professor Aroni Sattler, da faculdade de Agronomia da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), de trinta desses episódios de mortandade, revelando que a causa deveu-se pela ingestão ou pelo contato das abelhas com o agrotóxico finopril, comumente usado nas lavouras de soja¹⁵.

Casos como esses, e outros diversos já registrados de mortandade pelo uso indiscriminado de agrotóxicos no último ano, vêm denotando a necessidade de estudos, aprofundamentos e ações com vistas a

¹¹FREITAS, Breno Magalhães; SILVA, Cláudia Inês da. O papel dos polinizadores na produção agrícola no Brasil. In: Associação Brasileira de Estudos das Abelhas - A.B.E.L.H.A. (Org.) **Agricultura e Polinizadores**. São Paulo, 2015. Disponível em: <http://abelha.org.br/publicacoes/ebooks/Agricultura-e-Polinizacao.pdf>. Acesso em: 25 maio 2019.

¹²BPBES. Relatório Temático sobre Polinização, Polinizadores e Produção de Alimentos no Brasil. 2019. Disponível em: <https://www.bpb.es.net.br>. Acesso em: 17 maio 2019.

¹³MENEGUELLI, Gisella. **Soja + Agrotóxico = extermínio de abelhas em cidades gaúchas**. In: GreenMe: Farei bem à terra. 2019. Disponível em: <https://www.greenme.com.br/informar-se/agricultura/7490-soja-agrotoxico-extermínio-abelhas>. Acesso em: 20 maio 2019.

¹⁴GRIGORI, Pedro. **Apicultores brasileiros encontram meio bilhão de abelhas mortas em três meses**. In: GALILEU 20/05/2019. Disponível em: <https://revistagalileu.globo.com/Ciencia/Meio-Ambiente/noticia/2019/05/apicultores-brasileiros-encontram-meio-bilhao-de-abelhas-mortas-em-tres-meses.html>. Acesso em: 17 maio 2019.

¹⁵FLORENTINO, José. **Agrotóxico usado na soja responde por 80% das mortes de abelhas no RS**. São Paulo: Canal rural, 2019. Disponível em: <https://canalrural.uol.com.br/noticias/defensivo-usado-na-soja-responde-por-80-das-mortes-de-abelhas-no-rs/>. Acesso em: 19 maio 2019.

evitar um desastre ambiental de proporções irreversíveis, pois o declínio desses importantes polinizadores pode ter consequências desastrosas para a humanidade, como uma redução considerável na produtividade agrícola, desabastecimentos e impactos nos custos, preços e comércio internacional¹⁶.

Nesse sentido, muitos pesquisadores têm debruçado esforços na tentativa de realizarem uma efetiva parceria entre os apicultores e os sojicultores. O desenvolvimento econômico desses não deve prejudicar o progresso daqueles, tampouco, comprometer uma espécie primordial como as abelhas são. Portanto, estudos relevantes em busca de soluções devem ser difundidos. Uma parceria é realmente possível? Essa pergunta será respondida no capítulo que segue, trazendo uma dessas empreitadas no intuito de viabilizar uma parceria de sucesso entre abelhas e soja.

3 ABELHAS E SOJA: A VIABILIDADE DA PARCERIA

Para a agricultura, através de uma gestão adequada, a polinização tem o potencial de aumentar em quantidade e em qualidade a produção, especialmente, a cultura da soja, de acordo com estudos realizados pela Empresa Brasileira de Pesquisa Agropecuária (Embrapa).

Segundo dados da Plataforma Intergovernamental de Biodiversidade e Serviços Ecossistêmicos (IPBES), a riqueza gerada com a ajuda dos polinizadores é de cerca de doze bilhões de dólares no Brasil e de quinhentos e setenta e sete bilhões de dólares no mundo. Indubitavelmente, a agricultura e a natureza são aliadas na produção, gerando economia aliada à sustentabilidade. Mesmo em culturas onde não são essenciais, as abelhas podem contribuir para maior produtividade com um custo muito baixo, como no caso da soja, conforme estudos já desenvolvidos por Décio Gazzoni, engenheiro agrônomo da Embrapa, apontando o incremento da produtividade em lavouras de soja a partir da interação com as abelhas.

De acordo com Liana Melo¹⁷, há pesquisas sendo desenvolvidas em outras culturas, como a de morango e de açaí, com projetos iniciados em 2013 pelo pesquisador da Embrapa Cristiano Menezes, em parceria com a Promig, empresa paulistana de biotecnologia e manejo integrado de pragas, mostrando um aumento de produtividade entre 20% (vinte por cento) e 40% (quarenta por cento) e uma diminuição da má formação dos frutos em até 80% (oitenta por cento). Com relação à soja, a autora menciona também que existindo uma população adequada de abelhas, há também um benefício para a soja, que pode estar entre 10% (dez por cento) e 20% (vinte por cento), em que pese a flor da soja ser hermafrodita.

Para Breno Magalhães Freitas e Cláudia Inês da Silva¹⁸, a soja (*Glycine spp*) está entre as culturas economicamente e socialmente importantes cultivadas no Brasil que dependem das abelhas como

¹⁶ GAZZONI, Decio Luiz. Impacto da agricultura sobre a população e a diversidade de polinizadores, e formas de mitigação de seus efeitos. In: Associação Brasileira de Estudos das Abelhas - A.B.E.L.H.A. (Org.). **Agricultura e Polinizadores**. São Paulo, 2015. Disponível em: <http://abelha.org.br/publicacoes/ebooks/Agricultura-e-Polinizacao.pdf>. Acesso em: 25 maio 2019.

¹⁷ MELO, Liana. **O poder das abelhas**. Projeto Colabora. 15 de dezembro de 2018. Disponível em: <https://projecocolabora.com.br/conteudo-marca/o-poder-das-abelhas-na-agricultura/>. Acesso em: 20 maio 2019.

¹⁸ FREITAS, Breno Magalhães; SILVA, Cláudia Inês da. O papel dos polinizadores na produção agrícola no Brasil. In: Associação Brasileira de Estudos das Abelhas - A.B.E.L.H.A. (Org.). **Agricultura e Polinizadores**. São Paulo, 2015. Disponível em: <http://abelha.org.br/publicacoes/ebooks/Agricultura-e-Polinizacao.pdf>. Acesso em: 25 maio 2019.

polinizadores que ajudam na produção. Recentemente, um estudo comprovou a melhora significativa no rendimento da produção de soja (*Glycine max*), uma espécie que se autopoliniza, pela introdução de abelhas melíferas em plantações, através do favorecimento da polinização e da contribuição para atenuar o déficit de polinização¹⁹. Alguns trabalhos sugerem que a dependência entre a soja e a polinização seria modesta, correspondendo a aproximadamente US\$ 5 bilhões (cinco bilhões de dólares), com influência direta no aumento da produção de sementes²⁰.

Por conseguinte, a viabilidade da parceria entre apicultores e sojicultores é embasada para estes no viés econômico, também pilar do verdadeiro desenvolvimento sustentável. As cifras são a origem dos grandes problemas de destruição dos ecossistemas e das bases de sobrevivência da vida e que vem sendo alvo de amplas discussões a fim da compatibilização entre economia e meio ambiente, havendo, portanto, a necessidade de demonstrar que nesse aspecto, também deve haver uma inter-relação.

Nesse diapasão, imprescindível destacar o impacto positivo na produtividade da cultura da soja que pode ser obtido através da polinização das abelhas melíferas. Os estudos acima apontados denotam uma motivação para se buscar uma parceria entre apicultores e agricultores, fomentando o chamado agronegócio através de uma perspectiva ambiental, denotando a importância socioeconômica das abelhas e a possibilidade de sua coexistência com os objetivos da lucratividade que está por trás da sojicultura.

Com vistas a essa reflexão positiva no equilíbrio ambiental, eis que esses polinizadores são essenciais à vida no planeta, o que possibilita a inter-relação entre homem e natureza, como sempre deveria ter sido, faz emergir o desenvolvimento sustentável aliado ao campo social, sendo primordial comprovar a viabilidade dessa parceria.

Superada a barreira econômica, faz-se mister analisar a questão do *modus operandi* de viabilização da convivência entre as abelhas e as lavouras de soja. Aqui, perpassa a análise do forrageamento e da distribuição espaço-temporal de abelhas melíferas na cultura da soja frente ao uso de agrotóxicos, demonstrando que é compatível a convivência harmoniosa entre apicultores e agricultores, compatibilizando a lucratividade com a coexistência das abelhas.

De modo geral, as ameaças mais significativas aos polinizadores e à polinização estão relacionadas à fragmentação e perda de habitat²¹ e ao uso de agrotóxicos²². Praticamente todos os inseticidas são tóxicos para abelhas polinizadoras, ocasionando uma diminuição da população de polinizadores com o uso desses

¹⁹FREITAS, Breno Magalhães; SILVA, Cláudia Inês da. O papel dos polinizadores na produção agrícola no Brasil. In: Associação Brasileira de Estudos das Abelhas - A.B.E.L.H.A. (Org.) **Agricultura e Polinizadores**. São Paulo, 2015. Disponível em: <http://abelha.org.br/publicacoes/ebooks/Agricultura-e-Polinizacao.pdf>. Acesso em: 25 maio 2019.

²⁰GIANNINI, Tereza Cristina. **O valor econômico do serviço de polinização em alguns cultivos brasileiros**. In: Associação Brasileira de Estudos das Abelhas - A.B.E.L.H.A. (Org.) **Agricultura e Polinizadores**. São Paulo, 2015. Disponível em: <http://abelha.org.br/publicacoes/ebooks/Agricultura-e-Polinizacao.pdf>. Acesso em: 25 maio 2019.

²¹VIANA BF; BOSCOLO D.; MARIANO NETO E., et al. (2012) **How well do we understand landscape effects on pollinators and pollination services?** J Pollinat Ecol 7:31–4.

²²NOCELLI, R.C.F; MALASPINA, O.; CARVALHO, S.M.; et al. (2012). As abelhas e os defensivos agrícolas. In: Imperatriz-Fonseca VL, Canhos DAL, Alves DA, Saraiva AM (eds) **Polinizadores no Brasil: Contribuição e perspectivas para a biodiversidade, uso sustentável, conservação e serviços ambientais**, 1st edn. São Paulo, SP, pp 257–272.

agrotóxicos na lavoura, em especial se a pulverização coincidir com a floração²³. A maioria dos relatos de mortandade de abelhas polinizadores está associada à falta de observância das boas práticas agrícolas, pois estudos vêm demonstrando que é possível mitigar o impacto de agrotóxicos sobre polinizadores observando-se regras básicas para o seu uso, evitando pulverizar, por exemplo, quando os polinizadores estão presentes na lavoura e, especialmente, em locais que os abriguem, como as bordas de lavoura, capoeiras, cercas vivas, vegetação nativa, matas ciliares²⁴.

Em atenção ao forrageamento na cultura da soja no Rio Grande do Sul, as abelhas melíferas costumam fazer as visitas às flores de soja entre 10h e 13h, com quase nenhuma visita após as 15h, segundo Jung²⁵. Dessa feita, há maior presença de abelhas nas horas mais quentes do dia, possibilitando a recomendação de pulverização de agrotóxicos em horários menos nocivos, podendo ocorrer cedo da manhã, de tarde após as 15h ou à noite, momento em que as abelhas não se encontram na cultura da soja e, assim, minimizando os riscos contaminação do mel, de intoxicação ou mortalidade desses polinizadores²⁶.

Embora muito prejudiciais, tema não objeto do presente estudo, o uso dos agrotóxicos é justificado pelos agricultores, principalmente, em cultivares indeterminadas de soja – que são as mais comumente cultivadas no Brasil – as vagens e as flores estão presentes ao mesmo tempo sobre as plantas, representando um risco de ataque por pragas às vagens e grãos em época igual à visita dos polinizadores em flores de soja, de acordo com Gazzoni²⁷. As pragas mais comuns são percevejos ou lagartas que se alimentam de vagens ou grãos, todavia, em que pese a “recomendação” de controle de pragas, a diretiva principal é selecionar, entre os inseticidas recomendados para controle dessas pragas, aqueles que têm um impacto mínimo sobre polinizadores e cumprir com a aplicação deles evitando os horários preferenciais de forrageamento das abelhas, entre 9h e 15h, possibilitando a redução do atingimento direto desses “venenos” no corpo das abelhas, conforme coaduna Gazzoni²⁸. Outro detalhe relevante é que, segundo estudos, Gazzoni revela que é inútil a utilização de inseticidas biológicos, fisiológicos para atenuar o impacto adverso das pragas que atacam a soja até que haja a presença de vagens maiores que 0,5 centímetro de comprimento²⁹. Também, é recomendado que seja observada uma faixa tampão entre as bordas do campo de soja e áreas contíguas, pois essas áreas podem servir de abrigo e alimentação para polinizadores³⁰.

²³GAZZONI, Decio Luiz. Impacto da agricultura sobre a população e a diversidade de polinizadores, e formas de mitigação de seus efeitos. In: Associação Brasileira de Estudos das Abelhas - A.B.E.L.H.A. (Org.). **Agricultura e Polinizadores**. São Paulo, 2015. Disponível em: <http://abelha.org.br/publicacoes/ebooks/Agricultura-e-Polinizacao.pdf>. Acesso em: 25 maio 2019.

²⁴GAZZONI, Decio Luiz. Impacto da agricultura sobre a população e a diversidade de polinizadores, e formas de mitigação de seus efeitos. In: Associação Brasileira de Estudos das Abelhas - A.B.E.L.H.A. (Org.). **Agricultura e Polinizadores**. São Paulo, 2015. Disponível em: <http://abelha.org.br/publicacoes/ebooks/Agricultura-e-Polinizacao.pdf>. Acesso em: 25 maio 2019.

²⁵JUNG, Affonso Hermeto. **Impacto de inseticidas aplicados em soja sobre abelhas melíferas**. Dissertação de mestrado. Universidade Federal de Santa Maria: Santa Maria, 2014.

²⁶JUNG, Affonso Hermeto. **Impacto de inseticidas aplicados em soja sobre abelhas melíferas**. Dissertação de mestrado. Universidade Federal de Santa Maria: Santa Maria, 2014.

²⁷GAZZONI, Decio Luiz. **Soja e abelhas**. Brasília: Embrapa, 2017. Disponível em: <https://www.embrapa.br/soja/abelhas>. Acesso em: 19 maio 2019.

²⁸GAZZONI, Decio Luiz. **Soja e abelhas**. Brasília: Embrapa, 2017. Disponível em: <https://www.embrapa.br/soja/abelhas>. Acesso em: 19 maio 2019.

²⁹GAZZONI, Decio Luiz. **Soja e abelhas**. Brasília: Embrapa, 2017. Disponível em: <https://www.embrapa.br/soja/abelhas>. Acesso em: 19 maio 2019.

³⁰GAZZONI, Decio Luiz. **Soja e abelhas**. Brasília: Embrapa, 2017. Disponível em: <https://www.embrapa.br/soja/abelhas>. Acesso em: 19 maio 2019.

Dessa maneira, em que pesem as atividades agrícolas de monocultura extensiva e/ou o uso de agrotóxicos, essas são prejudiciais aos polinizadores, quando da falta de observância das chamadas “boas práticas agrícolas”, segundo preconiza Gazzoni³¹. Assim, para evitar a perda da diversidade das abelhas, deve-se considerar a utilização racional dos agrotóxicos e a preservação de áreas no entorno dos cultivares de soja, impacta positivamente na economia dos apicultores e dos sojicultores, já que os reflexos no equilíbrio ambiental são consequências indubitáveis, aliando, destarte, o econômico ao social e ao ambiental, viabilizando, por fim, o que se busca de desenvolvimento sustentável, estabelecendo uma boa relação entre sojicultores e apicultores, através do esforço de conscientização dos agricultores para adotar medidas que favoreçam os polinizadores.

Por fim, não menos importante é o papel do Direito e do Estado na promoção de políticas públicas que incentivem os agricultores a adotar medidas ambientalmente conscientes. As políticas públicas têm um papel significativo na definição e na implementação de ações e o conhecimento científico subsídio para formuladores dessas políticas e tomadores de decisão, em que pese sua criação por si só, não garantir que elas sejam efetivamente colocadas em prática. Isso se deve ao fato da questão dos polinizadores envolverem uma série de decisões políticas e estarem presentes em relevante legislação no Brasil, como a Lei dos Agrotóxicos, a Comissão Nacional de Biossegurança, o Marco Regulatório do Uso da Biodiversidade e o Plano Nacional de Agroecologia e Produção Orgânica. Além de envolver questões primordiais que, segundo a BPBES³², vão desde a biodiversidade e serviços ecossistêmicos, agricultura e saúde pública, regulamentação de agrotóxicos e organismos geneticamente modificados (transgênicos), saúde animal e comércio internacional, transporte e infraestrutura até mudanças climáticas.

Tais ações podem se iniciar pela observância das boas práticas agrícolas, pela utilização de áreas públicas – como os parques ou acostamentos de rodovias – para que plantas atrativas para abelhas sejam semeadas, pelo incentivo de fazendas orgânicas, até mesmo, aproveitando a vigência de legislação florestal brasileira, o que de acordo com Gazzoni³³, obriga os agricultores à recomposição de áreas de proteção permanente e de áreas de reserva legal, para introduzir nesses locais plantas nativas úteis aos polinizadores, recompondo seu habitat.

Assim, programas, ações, práticas e avanços legais na direção de uma agricultura econômica e ambientalmente mais sustentável, envolvendo a conservação dos polinizadores, especialmente, das abelhas, a curto e a longo prazo devem ser desenvolvidas, comprovada a viabilidade, em termos econômicos e sociais, da parceria entre abelhas e soja.

³¹GAZZONI, Decio Luiz. Impacto da agricultura sobre a população e a diversidade de polinizadores, e formas de mitigação de seus efeitos. In: Associação Brasileira de Estudos das Abelhas - A.B.E.L.H.A. (Org.). **Agricultura e Polinizadores**. São Paulo, 2015. Disponível em: <http://abelha.org.br/publicacoes/ebooks/Agricultura-e-Polinizacao.pdf>. Acesso em: 25 maio 2019.

³²BPBES. **Relatório Temático sobre Polinização, Polinizadores e Produção de Alimentos no Brasil**. 2019. Disponível em: <https://www.bpb.es.net.br>. Acesso em: 17 maio 2019.

³³GAZZONI, Decio Luiz. Impacto da agricultura sobre a população e a diversidade de polinizadores, e formas de mitigação de seus efeitos. In: Associação Brasileira de Estudos das Abelhas - A.B.E.L.H.A. (Org.). **Agricultura e Polinizadores**. São Paulo, 2015. Disponível em: <http://abelha.org.br/publicacoes/ebooks/Agricultura-e-Polinizacao.pdf>. Acesso em: 25 maio 2019.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo do presente estudo, destacou-se a relevância das abelhas na manutenção de vida na Terra. Também foi demonstrada a polinização que elas efetivam, como um serviço ecossistêmico de manutenção das espécies que servem de alimentos aos seres vivos, em especial, ao ser humano.

No segundo capítulo, foi revelado que casos de mortandades de abelhas vêm ocorrendo diuturnamente, com a utilização indiscriminada do finopril, altamente nocivo às abelhas, ao passo que comumente espalhado nas plantações de soja no combate às pragas.

Diante da gravidade do fato, relevantes pesquisas têm sido desenvolvidas, comprovando a viabilidade da convivência entre as abelhas melíferas e o cultivo da soja, assim como o incremento econômico na produtividade desta através da polinização daquelas. A viabilidade econômica pelo ganho quantitativo e qualitativo dos polinizadores foi revelado. Outrossim, em termos de efetividade de convivência, pelo comportamento das abelhas quanto ao seu forrageamento explicitou que é possível a sua manutenção juntamente com as plantações de soja, cujos proprietários devem adotar as boas práticas.

Assim, ante todo exposto, é inconcebível que as mortandades continuem ocorrendo, seja por questões de despreparo dos sojicultores ou então pela ganância leiga e maculada do mercado de agrotóxicos. O que falta então para que desastres como esses sejam evitados? A resposta plausível sugerida pelo presente estudo segue duas vertentes de ação.

Em primeira vertente, a necessidade da ampla divulgação dessas pesquisas e, enquanto cidadãos, que nossos governos sejam instados a aumentar a colaboração entre organizações nacionais e internacionais, instituições acadêmicas e redes de pesquisa para monitorar, investigar e avaliar polinizadores e serviços de polinização.

Não obstante, em segunda vertente, mais que isso, da imprescindível educação ambiental dos próprios sojicultores e de estudos acompanhados para que eles vejam na prática que, através da produção preparada e instruída, conservando os polinizadores, é completamente possível o vies econômico e o social do desenvolvimento sustentável e, por conseguinte, o equilíbrio ambiental e a continuidade da vida na Terra.

Por fim, pilar do verdadeiro desenvolvimento sustentável é o da economia, origem dos grandes problemas de destruição dos ecossistemas e das bases de sobrevivência da vida e que vem sendo alvo de amplas discussões sobre a compatibilização entre economia e meio ambiente, havendo, portanto, a necessidade de demonstrar que nesse aspecto, também deve haver uma inter-relação, já que pelos estudos realizados, destaca-se o impacto positivo na produtividade da cultura da soja que pode ser obtido através da polinização das abelhas melíferas.

Denota-se, desse modo, uma motivação para se buscar uma parceria entre apicultores e agricultores, fomentando o chamado agronegócio através de uma perspectiva ambiental, destacando a importância

socioeconômica das abelhas e a possibilidade de sua coexistência com os objetivos da lucratividade que está por trás da sojicultura.

REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

BPBES. **Relatório Temático sobre Polinização, Polinizadores e Produção de Alimentos no Brasil**. 2019. Disponível em: <https://www.bpb.es.net.br>. Acesso em: 17 maio 2019.

FAO. (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A ALIMENTAÇÃO E A AGRICULTURA. **Dia Internacional da Abelhas: polinizadoras essenciais para o futuro dos alimentos**. 20/005/2019. FAO. Disponível em: <http://www.fao.org/brasil>)

FLORENTINO, José. Agrotóxico usado na soja responde por **80% das mortes de abelhas no RS**. São Paulo: Canal rural, 2019. Disponível em: <https://canalrural.uol.com.br/noticias/defensivo-usado-na-soja-responde-por-80-das-mortes-de-abelhas-no-rs/>. Acesso em: 19 maio 2019.

FREITAS, Breno Magalhães; SILVA, Cláudia Inês da. O papel dos polinizadores na produção agrícola no Brasil. In: Associação Brasileira de Estudos das Abelhas - A.B.E.L.H.A. (Org.) **Agricultura e Polinizadores**. São Paulo, 2015. Disponível em: <http://abelha.org.br/publicacoes/ebooks/Agricultura-e-Polinizacao.pdf>. Acesso em: 25 maio 2019.

GAZZONI, Decio Luiz. Impacto da agricultura sobre a população e a diversidade de polinizadores, e formas de mitigação de seus efeitos. In: Associação Brasileira de Estudos das Abelhas - A.B.E.L.H.A. (Org.). **Agricultura e Polinizadores**. São Paulo, 2015. Disponível em: <http://abelha.org.br/publicacoes/ebooks/Agricultura-e-Polinizacao.pdf>. Acesso em: 25 maio 2019.

GAZZONI, Decio Luiz. **Soja e abelhas**. Brasília: Embrapa, 2017. Disponível em: <https://www.embrapa.br/soja/abelhas>. Acesso em: 19 maio 2019.

GIANNINI, Tereza Cristina. **O valor econômico do serviço de polinização em alguns cultivos brasileiros**. In: Associação Brasileira de Estudos das Abelhas - A.B.E.L.H.A. (Org.). **Agricultura e Polinizadores**. São Paulo, 2015. Disponível em: <http://abelha.org.br/publicacoes/ebooks/Agricultura-e-Polinizacao.pdf>. Acesso em: 25 maio 2019.

GRIGORI, Pedro. **Apicultores brasileiros encontram meio bilhão de abelhas mortas em três meses**. In: GALILEU 20/05/2019. Disponível em: <https://revistagalileu.globo.com/Ciencia/Meio-Ambiente/noticia/2019/05/apicultores-brasileiros-encontram-meio-bilhao-de-abelhas-mortas-em-tres-meses.html>. Acesso em: 17 maio 2019.

JUNG, Affonso Hermeto. **Impacto de inseticidas aplicados em soja sobre abelhas melíferas**. Dissertação de mestrado. Universidade Federal de Santa Maria: Santa Maria, 2014.

MELO, Liana. **O poder das abelhas**. Projeto Colabora. 15 de dezembro de 2018. Disponível em: <https://projetocolabora.com.br/conteudo-marca/o-poder-das-abelhas-na-agricultura/>. Acesso em: 20 maio 2019.

MENEGUELLI, Gisella. **Soja + Agrotóxico = extermínio de abelhas em cidades gaúchas**. In: GreenMe: Farei bem à terra. 2019. Disponível em: <https://www.greenme.com.br/informar-se/agricultura/7490-soja-agrotoxico-extermínio-abelhas>. Acesso em: 20 maio 2019.

NOCELLI, R.C.F; MALASPINA, O.; CARVALHO, S.M.; et al. (2012). As abelhas e os defensivos agrícolas. In: Imperatriz-Fonseca VL, Canhos DAL, Alves DA, Saraiva AM (eds) Polinizadores no Brasil: Contribuição e perspectivas para a biodiversidade, uso sustentável, conservação e serviços ambientais, 1st edn. São Paulo, SP, pp 257–272.

SILVA, Cláudia Inês da; PACHECO FILHO, Alípio José de Souza; FREITAS, Breno Magalhães. Polinizadores manejados no Brasil e sua disponibilidade para a agricultura. In: Associação Brasileira de Estudos das Abelhas - A.B.E.L.H.A. (Org.). **Agricultura e Polinizadores**. São Paulo, 2015. Disponível em: <http://abelha.org.br/publicacoes/ebooks/Agricultura-e-Polinizacao.pdf>. Acesso em: 25 maio 2019.

VIANA B.F.; BOSCOLO, D.; MARIANONETO E.; et al. (2012) How well do we understand landscape effects on pollinators and pollination services? J Pollinat Ecol 7:31–41.

REFLEXIVIDADES SOBRE A PRÁTICA DO GREENWASHING E OS DESAFIOS PARA A SUSTENTABILIDADE MULTIDIMENSIONAL¹

Alisson Galvão²
Jerônimo Tybusch³

RESUMO

Devido a ocorrência da revolução das tecnologias de comunicação, a sociedade passou por mudanças em seu comportamento, as relações de consumo se tornaram intensas. Desse modo, percebeu-se, então, que a utilização irresponsável dos recursos naturais causaria um desequilíbrio global. Assim, surge a necessidade de se promover reflexões acerca sustentabilidade socioambiental, uma vez que o discurso ambiental foi empregado por diversas empresas, partidos políticos e instituições internacionais. Todavia, a temática ambiental não se faz presente na agenda de muitas nações. Frente estes episódios, se dá origem à prática de *greenwashing*, na difusão de informações e conhecimentos inverídicos sobre produtos e serviços publicitados como ecológicos e sustentáveis. Isso posto, a presente pesquisa objetiva analisar a correlação entre o fenômeno Greenwashing e os desafios para sustentabilidade ambiental em suas múltiplas dimensões, fazendo a seguinte provocação: As estratégias publicitárias utilizadas para promoção de produtos ecológicos, transmitem a noção do verdadeiro sentido da sustentabilidade socioambiental? Para explicar sobre estas questões, se utiliza como metodologia, a teoria de base sistêmico-complexa, como matriz teórica, já que permite um enfoque interdisciplinar entre direito, política, cultura, ecologia e economia. Quanto ao método de procedimento, faz-se uso da análise bibliográfica e documental, utilizando como técnica de coleta de dados a produção de fichamentos e resumos expandidos.

PALAVRAS-CHAVE: *Greenwashing*; Internet; Publicidade Virtual e Sustentabilidade.

ABSTRACT

Due to the revolution of communication technologies, society has undergone changes in its behavior, consumer relations have become intense. Due to the revolution of communication technologies, society has undergone changes in its behavior, consumer relations have become intense. Thus, it was then realized that irresponsible use of natural resources would cause a global imbalance. However, environmental issues are not on the agenda of many nations. In view of these episodes, the practice of greenwashing, the dissemination of untrue information and knowledge about products and services advertised as environmentally friendly and sustainable, has given rise. However, environmental issues are not on the agenda of many nations. Faced with these episodes, the practice of greenwashing, the spread of information and misleading knowledge about products and services advertised as green and sustainable. That said, the present research aims to analyze the correlation between the Greenwashing phenomenon and the challenges for environmental sustainability in its multiple dimensions, making the following provocation: Do the advertising strategies used to promote green products convey the notion of the true meaning of social and environmental sustainability? To explain these issues, the systemic-complex theory as a theoretical framework is used as a methodology, as it allows an interdisciplinary approach between law, politics, culture, ecology and economics. As for the method of procedure, we make use of bibliographic and documentary analysis, using as data collection technique the production of files and expanded abstracts.

KEYWORDS: Greenwashing; Internet; Virtual Advertising and Sustainability.

¹ Pesquisa financiada pela Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES).

² Mestrando do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Maria – PPGD/UFSM. Possui Especialização em Educação Ambiental pela UFSM. Pesquisador do Grupo de Pesquisa em Direito da Sociobiodiversidade – GPDS - vinculado ao PPGD/UFSM. E-mail: alisson_direito@outlook.com

³ Professor Adjunto no Departamento de Direito da Universidade Federal de Santa Maria - UFSM. Pesquisador e Líder do Grupo de Pesquisa em Direito da Sociobiodiversidade - GPDS. Pró-Reitor Adjunto e Coordenador de Planejamento Acadêmico da Pró-Reitoria de Graduação da UFSM. Membro da Diretoria do CONPEDI. E-mail: jeronomotybusch@ufsm.br

INTRODUÇÃO

Diante da possibilidade de esgotamento dos recursos naturais, surge a necessidade de se promover uma reflexão oriunda da preocupação ecológica. Contudo, a questão ambiental não se faz presente na agenda política de muitos países, influenciando diretamente nos rumos do desenvolvimento socioeconômico. Deste modo, a temática alusiva a sustentabilidade ambiental, evidentemente, se inseriu no discurso de grandes corporações e instituições internacionais.

Tal episódio tem repercussão direta nos meios de produção e no cenário de atuação de empresas e instituições. Cabe destacar que uma expressiva parcela do setor empresarial percebe a sustentabilidade ambiental no sentido de manter um modelo econômico de mercado, voltado para o lucro. Nesse sentido, surge o advento do Greenwashing, apresentando à população uma promoção inadequada sobre a responsabilidade socioambiental. Tais iniciativas, em alguns casos, causam impactos negativos em decorrência de sua execução.

Tendo em vista que a política verde se mobiliza em torno da sustentabilidade ambiental percebida por várias dimensões, e não na mera utilização do termo no seu sentido simplista, associado às estratégias de marketing, a presente pesquisa tem por finalidade de promover uma reflexão acerca da compreensão sustentabilidade socioambiental, fazendo a seguinte provocação: quais os limites e as possibilidades do Greenwashing se configurar como um fator que refuta, em sua essência, o desenvolvimento sustentável?

A metodologia utilizada na presente pesquisa obedece ao quadrinômio: Teoria de Base; Abordagem; Procedimento e Técnica, possibilitando a interpenetração em uma relação sistêmico complexa, para configuração de um método que permita uma abordagem de pesquisa interdisciplinar. Isso porque a problemática socioambiental demanda uma análise transdisciplinar. Uma vez que a ciência jurídica isolada não é capaz de compreender a complexidade envolvida nesta questão.

Como Teoria de Base tem-se o referencial de matriz epistemológica pragmático-sistêmica, possibilitando um enfoque interdisciplinar e sistêmico-complexo aos pesquisadores acerca do tema proposto. Desse modo, são utilizados autores que tratam do conceito de sustentabilidade na perspectiva multidimensional como Enrique Leff e Ignacy Sachs.

Quanto ao método de abordagem, foi dado ênfase na pesquisa bibliográfica e análise documental. Por fim, para sistematizar os conteúdos utilizados, elaborou-se a Técnica a partir da produção de fichamentos, resumos dos autores e resenhas.

Sendo assim, o estudo é fragmentado em dois capítulos: O primeiro, “A atuação da Publicidade Virtual na Sociedade em Rede”, trata sobre a definição e os aspectos da sociedade em rede, da cibercultura e a atuação da publicidade virtual. O segundo, intitulado “Análise Crítica ao *Greenwashing enquanto abordagem Reflexiva para ecologia de Saberes*”, elucida sobre a prática do *greenwashing*.

1 A ATUAÇÃO DA PUBLICIDADE VIRTUAL NA SOCIEDADE EM REDE

O conceito de sociedade em rede tem sua origem advinda da revolução da tecnologia da informação. Devida sua penetrabilidade em todas as esferas da vida humana, este advento “foi essencial para

implementação de um importante processo de reestruturação do sistema capitalista a partir da década de 1980”, conforme aponta Manuel Castells⁴.

A definição de sociedade em rede não pode ser compreendida sem que ocorra a percepção da interação entre o desenvolvimento de novas tecnologias de informação com a tentativa da sociedade de reaparelhar-se com o uso do poder da tecnologia para servir a tecnologia do poder⁵. Nessa senda, a sociedade em rede é aquela que possui a produção e a transmissão de informações como principais fontes de produtividade.

Nessa mesma esteira, Pierre Levy⁶ faz menção ao ciberespaço e à cibercultura, elucidando que

O ciberespaço é o novo meio de comunicação que surge da interconexão mundial dos computadores. O termo especifica não apenas a infraestrutura material da comunicação digital, mas também do universo oceânico de informações que ela abriga, assim como os seres humanos que navegam e alimentam esse universo. Quanto ao neologismo cibercultura, especifica aqui o conjunto de técnicas, de práticas, de atitudes, de modos de pensamento, e de valores que se desenvolvam juntamente com o crescimento do ciberespaço.

Portanto, o ciberespaço se caracteriza como livre e capaz de impactar indivíduos em escala global, pois a internet, definida como peça essencial para a cibercultura, possibilita a interação comunicacional não encontrando limites em fronteiras geográficas, estabelecendo uma comunidade virtual. Por sua vez, Jean Jacques Erenberg⁷ aponta que o advento da internet impactou o mercado, ocasionando mudanças na economia

É possível afirmar, pois, sem receio de errar, que o advento da internet gerou a semente de uma nova economia, na qual o conhecimento, a informação e o tempo passam a ser valores tão importantes quanto a matéria-prima e a capacidade de produção. Essa nova economia, baseada no conhecimento e na tecnologia, promove antes impensáveis ampliação, interpenetração e massificação dos mercados. E não há limites para o crescimento, vez que o conhecimento, ao contrário da matéria-prima, não se esgota com o uso.

Conforme o autor, o mercado inteiro sofreu transformações como um todo, pois a troca comunicacional e de informações, oriundas da facilidade de acesso à internet, possibilitou um direcionamento impressionante da mensagem publicitária. Nesse prisma, é indispensável estabelecer alguns conceitos e distinções acerca da atividade publicitária.

Engana-se quem acredita que estas ferramentas possuem significados sinônimos. A propaganda não se confunde com a publicidade, pois significa disseminar uma ideia ou uma crença. Significa a propagação de

⁴ CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. Tradução: Roneide Venancio Majer. 19ª Ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Editora Paz e Terra, 2018, p.71.

⁵ Para Manuel Castells “a transformação tecnológica é baseada na digitalização da comunicação, fato oriundo da transmissão de informações por meio da internet, definindo as relações de poder da sociedade através do poder da comunicação” In: CASTELLS, Manuel. **O poder da comunicação**. Tradução: Vera Lúcia Mello Joscelyne. 1ª Ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Editora Paz e Terra, 2015, p. 42.

⁶ LÉVY, Pierre. Cibercultura. Tradução: Carlos Irineu da Costa. 3ª Ed. São Paulo: Editora 34, 2010, p.17.

⁷ ERENBURG, Jean Jacques. **Publicidade patológica na Internet à luz da Legislação Brasileira**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2003, p. 15.

uma mensagem, de uma informação, de um ideal político, religioso ou cívico. O anúncio de uma vacina pode ser caracterizado como uma propaganda, por exemplo. Assim explana Lúcia Magalhães Dias⁸.

Aqui, cumpre-nos uma diferenciação suplementar entre publicidade e propaganda. Os dois termos são usados como sinônimos na prática comercial, mas conceitualmente os publicitários ressaltam as suas diferenças, em especial por apresentarem objetivos diversos. Como dissemos, a publicidade possui um objetivo econômico bem definido. A finalidade é estimular o desejo de compra, no indivíduo. A propaganda, de outro lado, também é técnica de persuasão, porém, sem qualquer intuito econômico *a priori*.

Importante ainda, fazer distinção entre os conceitos de publicidade e marketing, a publicidade, em verdade consiste apenas um, dentre as várias ferramentas do marketing. Haja vista que o moderno conceito de marketing envolve todas as atividades comerciais⁹

Conforme já referido, a internet, por suas características tecnológicas, possibilita um direcionamento impressionante da mensagem publicitária. Cabe salientar que para o consumidor também há vantagens dos fornecedores na rede, como acesso a um grande número de informações, produtos, serviços e benefícios.

Porém, armadilhas diversas espreitam o consumidor, inclusive no que tange à preservação de seus direitos em face da publicidade e seus operadores¹⁰. O site de destinação foi o primeiro formato, o qual a publicidade se apresentou no ciberespaço, se tratando da presença da empresa na internet.

O site de destinação basicamente se trata da presença da empresa na internet, que pode limitar-se a apresentar informações sobre a empresa e os produtos ou serviços que comercializa ou pode oferecer recursos para compra *on line*, e ainda assistência técnica, esclarecimento de dúvidas, informações diversas, entretenimento e recursos tecnológicos capazes de agregar valor ao produto ou serviço comercializado¹¹.

Outro fator a se ressaltar é a respeito da forma como se estabelece a comunicação da publicidade com o público, esta inova-se em sua abordagem. Permitindo que a atividade publicitária no ciberespaço se transformem em uma ferramenta de comunicação persuasiva. Isto posto, o objetivo que se pretende provocar no ânimo do consumidor é inerente ao conceito de publicidade. Por esse motivo, esta técnica de estímulo encontra-se regulamentada no Código de Defesa do Consumidor, a fim de evitar possíveis abusos pelos fornecedores.

O Direito de Publicidade conta com um regime jurídico protetivo menos rigoroso que aquele adotado para proteção do consumidor, pois se trata de um direito de ordem econômica e não um direito relativo a personalidade. Com a finalidade de estabelecer limites para o exercício da liberdade econômica, a fim de salvaguardar o cidadão e proteger os partícipes do mercado das grandes corporações¹².

⁸ DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. **Publicidade e Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 21-22.

⁹ DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. **Publicidade e Direito**. p. 26-29.

¹⁰ ERENERG, Jean Jacques. **Publicidade patológica na Internet à luz da Legislação Brasileira**. p. 28.

¹¹ ERENERG, Jean Jacques. **Publicidade patológica na Internet à luz da Legislação Brasileira**. p. 34.

¹² ERENERG, Jean Jacques. **Publicidade patológica na Internet à luz da Legislação Brasileira**. p. 35-42.

A publicidade possui um sistema de regulamentação misto, entre a autorregulamentação e a tutela dos direitos do consumidor, abarcados pela Constituição Federal¹³ e pelo Código de Defesa do Consumidor¹⁴. Com o Código de Defesa do Consumidor, a publicidade foi sistematizada e regulamentada pela primeira vez no Brasil. Até então, a publicidade era regrada por instrumentos de cunho corporativos, como o Código Brasileiro de Auto-regulamentação Publicitária, elaborado pelo conselho de Auto-regulamentação Publicitária - CONAR¹⁵.

Ainda sobre a publicidade, cabe discurrir sobre os tipos de publicidade e suas patologias no ciberespaço. As espécies ou patologias detectadas na publicidade que atualmente se veicula por meio da internet podem ser classificadas da seguinte forma:

Publicidade enganosa, contendo falsas informações quanto ao produto ou serviço ofertado, contendo o seu teor mensagem falsa, ou seja, oferta produtos inexistentes mediante informação falsa. Ainda, podendo originar uma subespécie denominada Publicidade Enganosa por Omissão, deixando de informar sobre dado essencial do produto colocado no mercado de consumo. Publicidade Abusiva, a qual estimula o consumidor de forma prejudicial a sua integridade, se subclassificando em publicidade abusiva intrínseca e publicidade abusiva extrínseca¹⁶.

Como já referenciado, a atividade publicitária se manifesta de várias formas no ambiente virtual. Utilizada como estratégia de marketing, esta técnica visa a obtenção do lucro, satisfazendo os interesses de mercado, influenciando a sociedade ao consumo inconsciente. Diante esta realidade, se faz emergente a promoção de estratégias sustentáveis, com o fito da preservação do meio ambiente. Contudo, ocorre que muitas instituições se apropriam do discurso sustentável, como estratégia publicitária, configurando o fenômeno do *Greenwashing*¹⁷.

¹³ A Constituição Federal de 1988 tratou da defesa do consumidor como princípio de ordem econômica (art. 170, V) e como direito fundamental (art. 5º), fundando-se em diversos planos, sendo eles: A Autodeterminação (art. 5º, caput), como desdobramento do direito à liberdade. O Direito à Informação (art. 5º, XIV), estabelece o direito de receber a informação correta, verdadeira e adequada. O Direito à Segurança (art. 5º, caput, art. 6º, caput e art. 200, VI), determina os limites da publicidade, para que não induza o consumidor a condutas perigosas. O Direito à Saúde (art. 5º, caput, art. 196 e seguintes e art. 220, §§ 3º e 4º), embasa os limites a publicidade de produtos que possam induzir o consumidor ao consumo de produtos capazes de causar danos à saúde ou mesmo ao consumo inadequado. Por fim, a Proteção Econômica (art. 170, V), onde embasa a limitação da publicidade, enganosa ou abusiva, capaz de induzir o consumidor a prejuízos resultantes de negócios ruinosos, abusos de preço, etc (DIAS, 2010)

¹⁴ Instituído pela Lei nº 8,078, de 11.09.1990, o Código de Defesa do Consumidor estabeleceu como linha mestra de seu microsistema o reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor, razão pela qual toda situação relacionada às relações de consumo deve ser interpretada e resolvida da forma que mais lhe ofereça proteção (ERENBERG, 2003, p. 33).

¹⁵ O Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária, é uma organização encarregada de fazer valer o Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária. Constituído por publicitários e profissionais de outras áreas, o CONAR é uma organização não-governamental que visa promover a liberdade de expressão publicitária e defender as prerrogativas constitucionais da propaganda comercial. O Conar atende a denúncias de consumidores, autoridades, dos seus associados ou ainda formuladas pela própria diretoria. Feita a denúncia, o Conselho de Ética do Conar - o órgão soberano na fiscalização, julgamento e deliberação no que se relaciona à obediência e cumprimento do disposto no Código - se reúne e a julga, garantindo amplo direito de defesa ao acusado. Se a denúncia tiver procedência, o Conar recomenda aos veículos de comunicação a suspensão da exibição da peça ou sugere correções à propaganda. Pode ainda advertir anunciante e agência (CONAR, s.a.).

¹⁶ DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. **Publicidade e Direito**. p. 54-58.

¹⁷ “O uso e aplicação do termo “*greenwashing*” ainda é bastante tímido no cenário jurídico brasileiro, mas bem corriqueiro no mundo do marketing [...] O termo “*greenwashing*” foi inicialmente utilizado em 1986 pelo norte-americano Jay Westerveld. Ao observar as então novas práticas hoteleiras de encorajar o consumidor a reutilizar as toalhas e lençóis sob o pretexto de que, com tal atitude, o hóspede estaria ajudando a “salvar o meio ambiente”, Westerveld observou que tais práticas nada mais eram do que uma manobra para aumentar os lucros, pois, na realidade, a campanha de reutilização dos lençóis e toalhas era isolada e não havia nenhuma outra política ou ação efetivamente sustentável pelos hotéis. Nos dias atuais, a definição geral de “*greenwashing*” segue essa mesma percepção inicial de Westerveld. Melhor traduzido para o vernáculo como “lavagem verde” (ou algo do gênero), pode-se definir a expressão como aquelas ações de marketing que visam propagar, de forma enganosa, que determinado produto, serviço ou política de uma empresa são “verdes”, quer dizer, ecologicamente sustentáveis quando, na realidade, não o são” In: HADAIR, Karina. *Greenwashing: Picaretagem*

2 GREENWASHING ENQUANTO ESTRATÉGIA PUBLICITÁRIA

O quadro delineado no capítulo anterior tratou sobre as finalidades da atividade publicitária no ambiente virtual. A internet, devido suas características tecnológicas, possibilita um forte fluxo comunicacional, impulsionando a mensagem publicitária e incentivando o consumo de bens e serviços e transformações na economia de mercado. Sob este prisma, é essencial observar as relações de consumo da sociedade em rede.

Dentre os diversos fenômenos da sociedade contemporânea, denominada sociedade da informação ou sociedade de consumo, o desenvolvimento da atividade publicitária é uma das que trouxe maiores consequências para o surgimento e desenvolvimento do mercado de consumo, assim como para caracterização das transformações econômicas mais substantivas do último século¹⁸.

Para Zygmunt Bauman¹⁹, a sociedade pós-moderna é marcada pelo avanço tecnológico frente ao consumismo em massa e suas implicações relacionadas ao meio ambiente. A facilitação no processo de comunicação entre as pessoas das mais diversas localidades, aprimoramento dos meios de transportes para um maior fluxo de mercadoria, são os agentes responsáveis pelo fortalecimento de uma sociedade de consumo.

De acordo com Nestor Garcia Canclini²⁰, a definição de consumo consiste no “[...] conjunto de processos socioculturais em que se realizam a apropriação de uso dos produtos [...]”, de forma similar, Bauman, afirma que:

[...] o consumismo é um tipo de arranjo social resultante da reciclagem de vontades, desejos e anseios humanos rotineiros, permanentes, e, por assim dizer, neutros quanto a regime, transformando-os na principal força propulsora e operativa da sociedade. O consumismo chega quando o consumo assume o papel-chave que na sociedade de produtores era exercida pelo trabalho²¹.

Por isso, é correto afirmar que a sociedade atual vive sob influência do ato de consumir, pela incessante insatisfação do que se tem e pelo desejo que aquisição, pelo estímulo da compra. Ao explorar o mercado a procura de bens de consumo, a sociedade é atraída para lojas pela perspectiva de encontrar a satisfação de um prazer momentâneo.

Sociedade de consumo é um termo bastante utilizado para representar os avanços do sistema capitalista. A expressão “sociedade de consumo” refere-se a uma forma de consumo puramente materialista que põe o apoderamento do dinheiro em um plano superior na vida, para Lipovetsky²². “A dinâmica de

ecológica. Notícias Agrícolas. 2011, s.p. Disponível em: https://www.noticiasagricolas.com.br/artigos/artigos-geral/87479-greenwashingpicaretagem-ecologica.html#.XQ_z2uhKjDc Acesso em: 14 de jun de 2019.

¹⁸ MIRAGEM, Bruno. **Direito do consumidor**: fundamentos do direito do consumido; direito material e processual do consumidor; proteção administrativa do consumidor; direito penal do consumidor. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 159.

¹⁹BAUMAN, Zygmunt. **Vida Líquida**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2007, p. 26.

²⁰ CANCLINI, Nestor Garcia. **Consumidores e cidadãos**: conflitos multiculturais da globalização. Tradução: Maurício Santana Dias. 6ª ed. Rio de Janeiro: Editora UFRJ, 2006, p. 60.

²¹BAUMAN, Zygmunt. **Vida Líquida**. p. 41.

²² LIPOVETSKY, Gilles. **A felicidade paradoxal**: ensaio sobre a sociedade de hiperconsumo. São Paulo, Companhia das Letras, 2007, p. 24.

expansão das necessidades se prolonga, mas carregada de novos significados coletivos e individuais”, ou seja, haveria agora um tipo de “hipermaterialismo”.

A abundância dos bens de consumo continuamente produzidos pelo sistema industrial é considerada, frequentemente, um símbolo da performance bem-sucedida das economias capitalistas modernas. No entanto, esta abundância passou a receber uma conotação negativa sendo objeto de críticas que consideram o consumismo um dos principais problemas das sociedades industriais modernas. A partir da construção da percepção de que os atuais padrões de consumo estão nas raízes da crise ambiental²³.

Nessa perspectiva, se destacam que as estratégias de mercado da sociedade e da indústria de consumo se articulam a partir da não satisfação dos desejos e a crença firme e eterna de que cada ato que visa satisfazê-los deixa muito a desejar e pode ser aperfeiçoado. São esses os volantes da economia, que tem por alvo o consumidor²⁴. Frente esta realidade, destacam-se os desafios para a questão ecológica na correlação do consumo e a sustentabilidade.

O modelo de desenvolvimento tem base no consumo exagerado, mercantilizando os recursos naturais. Esse modelo de desenvolvimento altamente consumista causa forte impacto no meio ambiente. “O estímulo permanente ao consumo é a base desse sistema, que tem a natureza como fonte inesgotável de energia e matéria-prima e como abrigo de dejetos produzidos por suas cidades e indústrias”²⁵.

Nesse percurso, diante da possibilidade de esgotamento dos recursos naturais, devido consumo exacerbado frente a revolução tecnológica de comunicação, surge a necessidade de se promover uma reflexão oriunda da preocupação ecológica. Contudo, a questão ambiental não se faz presente na agenda política de muitos países, influenciando nos rumos do desenvolvimento socioeconômico.

Deste modo, a temática alusiva a sustentabilidade ambiental, evidentemente, se inseriu no discurso de grandes corporações e instituições internacionais. Nessa trajetória, “o movimento ambientalista do último quarto de século conquistou posição de destaque no cenário da aventura humana”²⁶. Tal episódio tem repercussão direta nos meios de produção e no cenário de atuação de empresas e instituições.

Cabe destacar que uma expressiva parcela do setor empresarial percebe a sustentabilidade ambiental no sentido de manter um modelo econômico de mercado, voltado para o lucro. Por isso, uma das tentativas de confundir e, ao mesmo tempo, demonstrar uma preocupação ecológica tem sido a figura do greenwashing²⁷. Vê-se que, “de um lado, as empresas cada vez mais buscam eficácia e eficiência em todas suas atividades de produção e distribuição, visando sempre a maior otimização possível de sua rentabilidade operacional”²⁸.

Nesse sentido, “o greenwashing pode ser praticado por governos, organizações não governamentais, empresas e corporações (...) ou, ainda, por pessoas que visam obter vantagens a partir de práticas ambientais

²³ PORTILHO, Fátima. **Sustentabilidade Ambiental, Consumo e Cidadania**. São Paulo: Cortez, 2010, p. 67.

²⁴ BAUMAN, Zygmunt. **Vida Líquida**. p. 32.

²⁵ SPÍNOLA, Ana Luiza S. **Consumo Sustentável: o alto custo ambiental dos produtos que consumimos**. In: Revista de Direito Ambiental: **Revista dos Tribunais**, nº 24, outubro-dezembro, 2001, p. 13.

²⁶ CASTELLS, Manuel. **O poder da identidade**. p. 141.

²⁷ SOUZA, José Fernando Vidal de. **Uma abordagem crítica sobre o Greenwashing na atualidade**. Revista de direito Ambiental e Socioambientalismo. V. 3, N. 2, 2017, p. 145-146.

²⁸ ERENBERG, Jean Jacques. **Publicidade patológica na Internet à luz da Legislação Brasileira**. p. 24.

que não correspondam com a realidade”²⁹. Isso posto, é correto afirmar que enquanto algumas instituições se esforçam para construir um modelo corporativo sustentável, outras se utilizam da publicidade voltada para lavagem verde.

Desta forma, a publicidade e a propaganda são utilizadas como estratégias discursivas para manutenção de um modelo de convencimento enganoso, em defesa das questões ambientais, sem qualquer preocupação com as crises sociais e ambientais existentes que, evidentemente, não são apresentadas ao consumidor. Ao final o consumidor é induzido a crer que o produto, mercadoria ou serviço adquirido está voltado para a proteção ambiental e, essa lógica, ajuda a incrementar os lucros ou gera benefícios, sem que haja a discussão política das questões ambientais. Neste particular verifica-se que a ação de empresas e governos não está a promover ações concretas de mudança, mas modelos políticos de adaptação e lançamento de produtos e serviços com apelos de ecoeficiência, fundada em promessas publicitárias, para convencer o cidadão comum do pseudo compromisso com as questões ambientais. Assim, as chamadas “propagandas verdes” se apresentam como fator determinante de estratégia de marketing que muitas organizações utilizam para demonstrar seu compromisso e suas ações pela natureza³⁰.

Conforme explana Érico Luciano Pagotto³¹, existem quatro principais formas em que o *greenwashing* pode ser reconhecido: A utilização de imagens sedutoras, associando o nome da empresa com imagens naturais e ecológicas; o desvio de atenção para projetos paralelos, como a apresentação de uma série de investimentos em projetos sociais e ambientais; a retirada do foco das atividades danosas e a apropriação da linguagem ecológica.

Ainda, o referido autor chama atenção ao afirmar que

[...] é fácil observar fácil que a publicidade vem se utilizando cada vez mais de apelos ambientais e ecológicos para a promoção de empresas, seus produtos e serviços. Isso inclui não apenas os segmentos industriais, mas praticamente todos os setores econômicos, como por exemplo, concessionárias de serviços públicos, como energia, saneamento, transportes, entre outros, estabelecimentos varejistas, prestadores de serviços, e até mesmo empresas e órgãos públicos nas três esferas de governo³².

Nesse contexto, é notório que o *greenwashing*, em meio à diversos episódios, se afigura enquanto estratégia publicitária. Possui a finalidade de induzir o consumidor a adquirir determinados bens ou serviços, configurando-se como publicidade enganosa. Uma vez que, o princípio da informação é claramente violado, ou seja, a “oferta de produtos ou serviços inexistentes, mediante informações falsas ou omissão de informações relevantes sobre os mesmos”³³.

²⁹SOUZA, José Fernando Vidal de. **Uma abordagem crítica sobre o Greenwashing na atualidade**. Revista de direito Ambiental e Socioambientalismo. p. 150.

³⁰SOUZA, José Fernando Vidal de. **Uma abordagem crítica sobre o Greenwashing na atualidade**. Revista de direito Ambiental e Socioambientalismo., p. 150.

³¹ PAGOTTO, Érico Luciano. **Greenwashing: os conflitos éticos da propaganda ambiental**. Dissertação (Mestrado em Mudança Social e Participação Política) - Escola de Artes, Ciências e Humanidades, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013, p. 135.

³² PAGOTTO, Érico Luciano. **Greenwashing: os conflitos éticos da propaganda ambiental**. p. 140.

³³ EREMBERG, Jean Jacques. **Publicidade patológica na Internet à luz da Legislação Brasileira**. p.52.

Com o intuito de promover uma reflexão acerca da compreensão sustentabilidade socioambiental, cabe salientar que o desenvolvimento sustentável deve ser observado além da esfera ambiental, abrangendo outros planos. Por ser multidimensional, o desenvolvimento sustentável engloba o equilíbrio entre cinco dimensões diferentes, sendo elas a social, a ambiental, a territorial, a econômica e a política³⁴.

Desse modo, produtos e serviços com rótulo de sustentáveis não podem ser limitados apenas à aspectos de uma sustentabilidade superficial, rasa, simplista, fundamentada pelo discurso ecológico raso, em defesa da natureza.

Conforme exposto em linhas alhures, os sites de destinação possibilitam a atuação da atividade publicitária no ciberespaço. Possibilitando a realização da compra de imediato, sem necessidade de deslocamento físico. Por este motivo, o site se apresenta como um campo bastante oportuno para a prática do *greenwashing*.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo buscou explicar sobre a forma que a publicidade se desenvolve no ciberespaço e as consequências que essa prática pode causar ao meio ambiente e ao desenvolvimento sustentável socioambiental, incitando na prática de publicidade enganosa por omissão ao praticar o fenômeno do *greenwashing*. Essa prática publicitária possui elementos que a configuram como publicidade enganosa por omissão, para que os produtos sejam considerados como cosméticos ecológicos e sustentáveis, havendo a carência de uma publicidade verídica a respeito da sustentabilidade socioambiental, considerando os objetivos da política verde.

Outra circunstância que merece destaque relaciona-se ao fato da apropriação do discurso sobre uma preocupação socioambiental, promovendo um fluxo de informações com finalidades de lucro. Tais informações são manipuladas para atender aos interesses econômicos das práticas publicitárias, difundindo, de forma sistêmica, noções fictícias acerca das preocupações advindas da problemática socioambiental, acarretando na prática de *greenwashing*. Destarte, o ciberespaço não se apresenta somente enquanto conquista benevolente, causando implicações de natureza perversa, ao propagar noções inverídicas sobre bens e serviços disponibilizados neste ambiente.

Frente à tantos desafios, deve-se investir em órgãos de fiscalização e capacitação de agentes públicos, pois é notória a ocorrência da violação de princípios e direitos fundamentais da personalidade. Portanto, deve-se atentar para mecanismos de fiscalização da atividade publicitária, com a finalidade de promover noções sobre responsabilidade socioambiental, tutelar os direitos dos consumidores, buscando a efetividade de práticas sustentáveis pelo viés econômico, cultural, social e ecológico.

REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

BAUMAN, Zygmunt. **Vida Líquida**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2007.

CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. Tradução: Roneide Venancio Majer. 19ª Ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Editora Paz e Terra. 2018.

³⁴SACHS, Ignacy. **Caminhos para o desenvolvimento sustentável**. Rio de Janeiro, Brasil: Garamond, 2008, p 78-91.

CASTELLS, Manuel. **O poder da comunicação**. Tradução: Vera Lúcia Mello Joscelyne. 1ª Ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Editora Paz e Terra. 2015.

CASTELLS, Manuel. **O poder da identidade**. Tradução: Klauss Brandini Gerhardt. São Paulo: Editora Paz e Terra S/A. 2006

CONAR. Disponível em: <http://www.conar.org.br/> Acesso em: 10 de mai de 2019.

DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. **Publicidade e Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

ERENBERG, Jean Jacques. **Publicidade patológica na Internet à luz da Legislação Brasileira**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2003.

LÉVY, Pierre. Ciberultura. Tradução: Carlos Irineu da Costa. 3ª Ed. São Paulo: Editora 34, 2010.

MIRAGEM, Bruno. **Direito do consumidor**: fundamentos do direito do consumido; direito material e processual do consumidor; proteção administrativa do consumidor; direito penal do consumidor. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

PAGOTTO, Erico Luciano. **Greenwashing**: os conflitos éticos da propaganda ambiental. Dissertação (Mestrado em Mudança Social e Participação Política) - Escola de Artes, Ciências e Humanidades, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/100/100134/tde-22072013-141652/pt-br.php> Acesso em: 02 de jun de 2019.

SACHS, Ignacy. Caminhos para o desenvolvimento sustentável. Rio de Janeiro, Brasil: Garamond, 2008.

SOUZA, José Fernando Vidal de. Uma abordagem crítica sobre o Greenwashing na atualidade. Revista de direito Ambiental e Socioambientalismo. V. 3, N. 2, 2017. Disponível em: <https://indexlaw.org/index.php/Socioambientalismo/article/view/3765/pdf> Acesso em: 02 de mai de 2019.

TRANSNACIONALISMO E O DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

Gabriel Dil¹

Victória dos Santos Gonçalves²

RESUMO

A defesa do meio ambiente é essencial para garantia de qualidade de vida para as próximas gerações, minimizando, principalmente, os prejuízos causados pela contínua exploração dos países menos desenvolvidos. Dessa forma, o presente trabalho tem como objetivo geral analisar a influência do movimento transnacional na exploração de recursos minerais no Brasil. Com isso, verificará a existência (ou não) de incentivos de países desenvolvidos na proteção do meio ambiente dos países em desenvolvimento ou subdesenvolvidos, como contraprestação da exploração de mercado. Para seu desenvolvimento, será utilizado o método de pesquisa bibliográfica, a partir de obras de autores europeus e latino americanos e pesquisa acerca da implementação de tecnologia sustentável em seus países. Com essa análise, será possível identificar os atuais projetos implementados e em processo de desenvolvimento relacionados à proteção ambiental, bem como a existência de contribuição do movimento transnacional para o seu desenvolvimento em países da América Latina.

PALAVRAS-CHAVE: Desenvolvimento sustentável. Exploração. Meio ambiente. Transnacionalismo. Economia.

ABSTRACT

The protection of the environment is essential to guarantee quality of life for the next generations, minimizing, mainly, the damages caused by the continuous exploitation of the less developed countries. Thus, this paper aims to analyze the influence of the transnational movement in the exploitation of mineral resources in Brazil. With this, it will verify the existence (or not) of incentives from developed countries in the protection of the environment of developing or underdeveloped countries, as a consideration for market exploitation. For its development, the bibliographic research method will be used, based on works by European and Latin American authors and research on the implementation of sustainable technology in their countries. With this analysis, it will be possible to identify the current projects implemented and under development related to environmental protection, as well as the existence of contribution of the transnational movement to its development in Latin American countries.

KEY-WORDS: Sustainable development. Exploration. Environment. Transnationalism. Economy.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo verificar a influência do transnacionalismo na exploração de bens naturais finitos no Brasil, especialmente no que diz respeito à extração de minerais por parte de empresas multinacionais na Amazônia. A escolha do tema se justifica em razão do alto risco de contaminação das águas e do solo em torno das mineradoras, bem como dos danos irreparáveis ao meio ambiente. Por outro lado, observa-se o crescimento das imigrações e das empresas transnacionais que atuam no território brasileiro e se

¹ Advogado. Pós-Graduando em Ciências Criminais pela Estácio de Sá/RJ. Mestrando em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo, com bolsa CAPES. E-mail: adv.gabrieldil@gmail.com.

² Acadêmica do 9º nível do Curso de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade de Passo Fundo. Bolsista de Iniciação Científica Pibic/UPF. E-mail: 150448@upf.br.

tais empresas oferecem contraprestação a fim de reparar os danos causados e promover o desenvolvimento econômico, sustentável e social.

Para tanto, o trabalho está estruturado em três subtítulos. Por conseguinte, no primeiro subtítulo, como forma de fornecer os fundamentos para o entendimento do tema, far-se-á uma breve conceituação acerca do fenômeno do transnacionalismo, dissertando sobre o novo ciclo político-social que circunda o mundo ocidental atualmente, sob forte influência da globalização. Após, no segundo subtítulo, analisar-se-á a atuação das empresas transnacionais em território brasileiro, no que tange à extração de minerais no Pará.

Por sua vez, no terceiro subtítulo, far-se-ão considerações acerca do comportamento das empresas transnacionais e a importância da elaboração de um planejamento de desenvolvimento equilibrado, que tenha como viés não somente medidas de conservação ambiental, mas também existam investimentos culturais, educacionais e econômicos por parte dessas empresas.

1 UMA BREVE CONCEITUAÇÃO ACERCA DO TRANSNACIONALISMO

A ideia tradicional que se tem acerca do Estado, não é mais capaz de garantir a paz e a estabilidade, embora existam diversos mecanismos que possam o auxiliar nessa missão, que são: o direito internacional e a organização internacional. Atualmente, ao mesmo tempo em que aumenta a interdependência dos Estados, procuram-se alternativas para suprir as demandas e deficiências Estatais.³

O sentimento nacionalista presente na cultura ocidental corresponde ao modelo Estado-nação, sobressaindo o valor da identidade nacional. O sentimento de pertença a determinado território/nação incorre no surgimento de um conjunto de direitos inerentes a esse povo.

Por outro lado, o termo transnacionalismo é utilizado para designar as instituições e doutrinas que ultrapassam a vontade dos Estados considerados isoladamente. Para ilustrar, utiliza-se a Organização das Nações Unidas, que é uma organização internacional formada por países que voluntariamente se reuniram para trabalhar pela paz e pelo desenvolvimento mundial.⁴ Nesse sentido, o preâmbulo da Carta das Nações Unidas discorre que:⁵

Nós, os povos das Nações Unidas, resolvidos a preservar as gerações vindouras do flagelo da guerra, que, por duas vezes no espaço da nossa vida, trouxe sofrimentos indizíveis à humanidade, e a reafirmar a fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor do ser humano, na igualdade de direitos dos homens e das mulheres, assim como das nações grandes e pequenas, e a estabelecer condições sob as quais a justiça e o respeito às obrigações decorrentes de tratados e de outras fontes de direito internacional possam ser mantidos, e a promover o progresso social e melhores condições de vida dentro de uma liberdade mais ampla.

E para tais fins praticar a tolerância e viver em paz uns com os outros, como bons vizinhos, unir nossas forças para manter a paz e a segurança internacionais, garantir, pela aceitação de princípios e a instituição de métodos, que a força armada não será usada a não ser no interesse comum, e empregar um mecanismo internacional para promover o progresso econômico e social de todos os povos.

³ MONNET, Jean. **Integração Europeia: o transnacionalismo**. Faculdade de Direito. Universidade de Coimbra. Portugal, p. 04. Disponível em: https://www.uc.pt/fduc/pdfs/jean_monnet/premio1.pdf. Acesso em: 05 jul. 2019.

⁴ NAÇÕES UNIDAS BRASIL. **Sobre a Organização das Nações Unidas**. 2019. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/conheca/>. Acesso em: 06 jul. 2019.

⁵ BRASIL. **Decreto-lei nº19.841, de 22 de outubro de 1945**. Presidência da República. Rio de Janeiro, 1955. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D19841.htm. Acesso em: 06 jul. 2019.

A utilização da expressão transnacionalismo ocorre justamente para designar os textos e instituições que trabalham acima da vontade isolada dos Estados, como é o caso da ONU. Ainda, com o aumento exponencial das imigrações, constata-se que as comunidades transnacionais são um fenômeno global, que se potencializou ante a rapidez comunicacional decorrente do avanço da tecnologia. O aparecimento da comunidade transnacional exige uma coordenação de interesses comuns (culturais, religiosos, econômicos, políticos e sociais).⁶

Com a globalização, o sentimento que circula no mundo é que se está saindo de um ciclo político que circundou o ocidente nos últimos dois séculos e que ainda se está construindo uma alternativa que o substitua de maneira eficiente. Ademais, o transnacionalismo pode ser percebido na relação dos Estados nacionais com as empresas multinacionais, principalmente em função da questão ambiental.⁷

A transnacionalidade é um fenômeno que se intensificou com as operações econômico-comerciais pós Segunda Guerra Mundial. Insta salientar que, o fenômeno aqui trabalhado pode ser caracterizado pela desterritorialização, pela expansão capitalista, bem como pelo enfraquecimento do que se conhecia até então por soberania nacional.⁸

Para Barbé a transnacionalidade⁹

aparece quando relativizamos a premissa de que os Estados são atores do sistema e colocamos nossa atenção nos múltiplos canais que conectam as sociedades através ou sobre as fronteiras estatais.

As organizações que laboram além das fronteiras nacionais podem atuar na forma de igrejas, federações sindicais, ou ainda como movimentos contra agressões ao meio ambiente que acabam por influenciar o comportamento dos Estados e Organizações Internacionais. O transnacionalismo também está presente nas empresas que atuam em vários países com um ou mais centros deliberativos, mas que possuem uma mesma lógica de atuação.¹⁰

Em outras palavras, a transnacionalização é potencializada pela globalização, no que tange a diminuição das fronteiras nacionais, bem como esse fenômeno desconhece os limites fronteiriços. Nesse sentido, já demonstrado brevemente o conceito amplo de transnacionalidade, como recorte de pesquisa, estudar-se-á a atuação das empresas multinacionais e os seus efeitos ambientais.

⁶ MONNET, Jean. **Integração Europeia: o transnacionalismo**. p. 07-08.

⁷ CRUZ, Paulo Márcio. Globalização, transnacionalidade e sustentabilidade [recurso eletrônico] / Paulo Márcio Cruz, Zenildo Bodnar; participação especial Gabriel Real Ferrer; org. e rev. **Lucas de Melo Prado**. - Dados eletrônicos. - Itajaí: UNIVALI, 2012. p. 33.

⁸ WENER, Felipe Probst; PITSICA, Monique. A repercussão da transnacionalidade no meio ambiente. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.5, n.3, 3º quadrimestre de 2010. Disponível em: < <https://www6.univali.br/seer/index.php/rdp/article/viewFile/6087/3354> >. Acesso em: 10 jul. 2019. p. 19.

⁹ BARBÉ, Esther. **Relaciones Internacionales**. 3. ed. Madrid: Editorial Tecnos, 2008. p. 210.

¹⁰ WENER, Felipe Probst; PITSICA, Monique. **A repercussão da transnacionalidade no meio ambiente**. p. 22.

2 O TRANSNACIONALISMO E AS INTERFERÊNCIAS AMBIENTAIS DECORRENTES DA EXPLORAÇÃO MINERAL NO BRASIL

O transnacionalismo ofereceu mobilidade aos empresários e investidores, trazendo uma desconexão das obrigações geradas pela exploração, seja de mão-de-obra humana, seja de recursos naturais. Em decorrência disso, as grandes empresas multinacionais são livres para explorar e abandonar as consequências dessa exploração. Ainda, a isenção da responsabilidade pelas consequências da exploração é o ganho mais importante que a mobilidade oferece ao capital sem amarras locais.¹¹

A concepção transnacional, a título de exemplo, resultou na “evolução” dos produtores, os quais exploravam as suas terras, com preocupação, uma vez que estavam presos àquela localidade e precisavam, acima de tudo, manter as terras férteis para um novo plantio. No entanto, a ideia de exploração do capital móvel do final do século XX, isentou os produtores das responsabilidades pela extração dos recursos naturais, uma vez que não estavam mais presos a uma localidade apenas. Caso a terra explorada se tornasse estéril, procurar-se-ia um novo território fértil para realizar o plantio, de modo que o futuro fluxo de renda não minguasse.¹²

Ainda, para ilustrar, utiliza-se o caso das mineradoras¹³ multinacionais que operam na Amazônia. De acordo com o Instituto de Estudos Socioeconômicos (INESC)¹⁴, a mineração é um setor em progressivo crescimento, em razão do “boom de commodities”, aliado à sua identidade extrativa, tem deixado um rastro de destruição ambiental no Brasil. Nesse sentido, os impactos gerados pelas mineradoras não estão localizados somente no entorno das minas, mas também estão espalhados nas comunidades e regiões afetadas pelas infraestruturas construídas para a exportação dos minérios ou pelo seu beneficiamento.¹⁵

No estudo realizado pelo INESC, encontrou-se inúmeros benefícios, brechas legais e espertezas tributárias que tornam a exploração mineral no estado do Pará um verdadeiro paraíso de rentabilidade para as corporações transnacionais. Dentre os benefícios às mineradoras, está a Lei Kandir, aprovada em 1996, que oferece isenção de impostos. Ainda, verifica-se que, entre 1997 e 2013, o estado do Pará poderia ter recebido R\$11,9 bilhões de ICMS pela exportação de minérios, valor que deixou de ir para os cofres públicos e que poderia ter sido investido em saúde, educação e na reparação dos danos ambientais causados pela exploração mineral naquela região.¹⁶

A exploração dos recursos naturais por empresas estrangeiras acaba oferecendo diversos prejuízos ao Estado brasileiro, uma vez que as riquezas e os recursos extraídos são transferidos a outros países, ficando o Brasil com as consequências ambientais decorrentes da extração. Outrossim, insta registrar o caso descoberto em 2018 envolvendo a mineradora norueguesa – *Hydro* – a qual mantinha duto clandestino para lançar rejeitos

¹¹ BAUMAN, Zygmund. **Globalização: as consequências humanas**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed, 1999. p. 11.

¹²BAUMAN, Zygmund. **Globalização: as consequências humanas**. p. 12.

¹³ É um setor que extrai recursos naturais finitos, constitucionalmente definidos como patrimônio da União, e é dominado por inúmeras empresas transnacionais, as quais se utilizam do seu poder econômico e político, legais e ilegais, para não pagarem impostos.

¹⁴É uma organização não governamental, sem fins lucrativos e que atua há 35 anos em defesa dos direitos humanos e pelo fortalecimento da democracia.

¹⁵ CARDOSO, Alessandra. Amazônia: Paraíso extrativista e tributário das transnacionais da mineração. INESC, 2015. Disponível em: <http://amazonia.inesc.org.br/artigos-inesc/amazonia-paraíso-extrativista-e-tributario-das-transnacionais-da-mineracao/>. Acesso em: 15 jul. 2019.

¹⁶ CARDOSO, Alessandra. **Amazônia: Paraíso extrativista e tributário das transnacionais da mineração**.

tóxicos de mineração, em um conjunto de nascentes do rio Muripi, contaminando diversas comunidades de Barbacarena, no Pará.¹⁷

A exploração dos recursos naturais brasileiros vem crescendo exponencialmente. No entanto, as empresas nacionais ou transnacionais que operam essa extração, devem laborar com responsabilidade social e ambiental, a fim de oferecer uma contraprestação ao Estado explorado, proporcionando investimentos em educação e tecnologias que possibilitem a extração dos bens naturais com o mínimo de dano ao meio ambiente e com práticas que viabilizem o desenvolvimento econômico e social do Brasil.

Sendo assim, com a explanação de alguns casos envolvendo empresas transnacionais que exploram recursos minerais no Brasil, bem como os seus efeitos negativos e irreparáveis ao meio ambiente, passa-se agora à construção de uma ideia de desenvolvimento econômico com maior responsabilidade ambiental.

3 O DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL E A ATIVIDADE DAS EMPRESAS TRANSNACIONAIS

Até a metade do século XX, era visada apenas a produtividade com foco no crescimento econômico. Nessa época não se zelava pela qualidade do meio ambiente e até se acreditava que os bens naturais eram finitos e podiam ser gozados livremente sem verificação das consequências.¹⁸

A contaminação de rios e o vazamento de produtos químicos nocivos foram alguns dos estopins para que se iniciasse uma forte discussão mundial acerca das formas de evitar a degradação do meio ambiente. O desenvolvimento sustentável surgiu para demonstrar que o desenvolvimento econômico é compatível com práticas sustentáveis.¹⁹

Além disso, o desenvolvimento sustentável é uma evolução do conceito de sustentabilidade, que tem como objetivo principal garantir que as futuras gerações possam usufruir de um meio ambiente preservado e equilibrado. Nesse sentido, o desenvolvimento sustentável não se preocupa somente com a proteção do meio ambiente, mas, também, com o crescimento econômico e com uma distribuição mais equitativa do resultado da produção, a fim de erradicar a pobreza e reduzir as desigualdades sociais.²⁰

O transnacionalismo possibilitou que grandes empresas multinacionais, geralmente oriundas de países desenvolvidos, explorem os recursos naturais de países subdesenvolvidos, sem oferecer proporcional contraprestação que possibilite o desenvolvimento social e a reparação dos danos gerados pela extração de

¹⁷ SENRA, Ricardo. **Mineradora norueguesa tinha ‘duto clandestino’ para lançar rejeitos em nascentes amazônicas**. BBC Brasil, 2018. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-43162472>. Acesso em: 22 jul. 2019.

¹⁸ MACIEL POTT, Crisla; COSTA ESTRELA, Carina; **Histórico ambiental: desastres ambientais e o despertar de um novo pensamento**. Estud. av., São Paulo, v. 31, n. 89, p. 271. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ea/v31n89/0103-4014-ea-31-89-0271.pdf>. Acesso em: 25 jul. 2019.

¹⁹ PIFFER, Carla; MOTTIN PEREIRA DE PAULA, Felipe. A estruturação da governança ambiental e a necessidade de criação de um órgão de controle externo do patrimônio ambiental transnacional: uma análise a partir da experiência do tribunal de contas europeu. Transnacionalidade e sustentabilidade: dificuldades e possibilidades em um mundo em transformação. **Biblioteca da Escola da Magistratura de Rondônia**. 2018. p. 56. Disponível em: http://emeron.tjro.jus.br/images/noticias/2018/04/Ebook_transnacionalidade-Sustentabilidade.pdf. Acesso em: 22 jul. 2019.

²⁰ PIFFER, Carla; MOTTIN PEREIRA DE PAULA, Felipe. A estruturação da governança ambiental e a necessidade de criação de um órgão de controle externo do patrimônio ambiental transnacional: uma análise a partir da experiência do tribunal de contas europeu. Transnacionalidade e sustentabilidade: dificuldades e possibilidades em um mundo em transformação. **Biblioteca da Escola da Magistratura de Rondônia**. 2018. p.56. Disponível em: http://emeron.tjro.jus.br/images/noticias/2018/04/Ebook_transnacionalidade-Sustentabilidade.pdf. Acesso em: 22 jul. 2019.

minerais, por exemplo. No entanto, dentro da perspectiva de desenvolvimento sustentável, se mostra de extrema importância a elaboração de um planejamento de desenvolvimento equilibrado, que tenha como viés não somente medidas de conservação ambiental, mas também exista investimentos culturais, educacionais e econômicos.

Nesse sentido, a presente pesquisa buscou analisar, em específico, a atuação da mineradora norueguesa *Hydro*, a fim de constatar se a empresa oferece alguma contraprestação decorrente da exploração de minerais no Brasil. No entanto, o sítio da multinacional apresenta noções vagas acerca das contraprestações supostamente oferecidas à sociedade brasileira, não podendo chegar a conclusão se tal empresa investe em desenvolvimento econômico, ambiental e social nos países que mantém a exploração de recursos naturais.²¹

Sendo assim, verifica-se que para alcançar o mínimo de justiça social, é necessário que as empresas transnacionais explorem de forma moderada e com responsabilidade ambiental, bem como ofereçam contraprestações aos países explorados, a fim de que os recursos econômicos gerados pela extração dos bens naturais pertencentes a esses Estados, possam ser convertidos em tecnologias que possibilitem a exploração com mínimo dano ao meio ambiente e com desenvolvimento econômico e social.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O transnacionalismo é um conceito fortemente utilizado para designar instituições e doutrinas que atuam além da vontade isolada dos Estados. Com o aumento progressivo das imigrações, e com o avanço tecnológico decorrente da globalização, constata-se que as comunidades transnacionais são um fenômeno global.

O fenômeno transnacional se intensificou após a Segunda Guerra Mundial, no que tange as operações econômico-comerciais. Tal fenômeno também está presente nas empresas que atuam em vários países, diminuindo os limites fronteiriços de atuação dessas transnacionais. A mobilidade de exploração das empresas transnacionais incorre muitas vezes em desobrigação das consequências geradas pela exploração de recursos naturais, uma vez que essas empresas se veem livres para explorar e abandonar os locais quando se esgotam os recursos.

Nesse sentido, a exploração dos recursos naturais pelas empresas transnacionais oferece diversos prejuízos ambientais, uma vez que as riquezas e os recursos extraídos são transferidos a outros países, restando apenas a degradação ambiental aos brasileiros. Sendo assim, as empresas transnacionais que atuam na extração de minerais, por exemplo, devem apresentar uma contraprestação ao Estado brasileiro, a fim de que a exploração desses recursos seja convertida em educação, tecnologia e desenvolvimento sustentável.

²¹ HYDRO. **Comunidades Locais**. Disponível em: <https://www.hydro.com/pt-BR/sustentabilidade/comunidades-locais/>. Acesso em: 30 jul. 2019.

REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

BARBÉ, Esther. **Relaciones Internacionales**. 3. ed. Madrid: Editorial Tecnos, 2008.

BAUMAN, Zygmund. **Globalização: as consequências humanas**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed, 1999.

BRASIL. **Decreto-lei nº19.841, de 22 de outubro de 1945**. Presidência da República. Rio de Janeiro, 1955. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D19841.htm>. Acesso em: 06 jul. 2019.

CARDOSO, Alessandra. **Amazônia: Paraíso extrativista e tributário das transnacionais da mineração**. INESC, 2015. Disponível em: <http://amazonia.inesc.org.br/artigos-inesc/amazonia-paraíso-extrativista-e-tributario-das-transnacionais-da-mineracao/>. Acesso em: 15 jul. 2019.

CRUZ, Paulo Márcio. **Globalização, transnacionalidade e sustentabilidade** [recurso eletrônico] / Paulo Márcio Cruz, Zenildo Bodnar; participação especial Gabriel Real Ferrer; org. e rev. Lucas de Melo Prado. - Dados eletrônicos. - Itajaí: UNIVALI, 2012.

DUSSEL, Enrique. **Política de la Libertación, I. História mundial y crítica, Obras Selectas XXV I – 1ª ed.** – Buenos Aires: Docencia, 2013, 380 p.

HYDRO. **Comunidades Locais**. Disponível em: <https://www.hydro.com/pt-BR/sustentabilidade/comunidades-locais/>. Acesso em: 30 jul. 2019.

MACIEL POTT, Crisla; COSTA ESTRELA, Carina; **Histórico ambiental: desastres ambientais e o despertar de um novo pensamento**. Estud. av., São Paulo, v. 31, n. 89, p. 271. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ea/v31n89/0103-4014-ea-31-89-0271.pdf>. Acesso em: 25 jul. 2019

MONNET, Jean. **Integração Europeia: o transnacionalismo**. Faculdade de Direito. Universidade de Coimbra. Portugal, p. 04. Disponível em: <https://www.uc.pt/fduc/pdfs/jean_monnet/premio1.pdf>. Acesso em: 05 jul. 2019.

NAÇÕES UNIDAS BRASIL. **Sobre a Organização das Nações Unidas**. 2019. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/conheca/>>. Acesso em: 06 jul. 2019.

PIFFER, Carla; MOTTIN PEREIRA DE PAULA, Felipe. A estruturação da governança ambiental e a necessidade de criação de um órgão de controle externo do patrimônio ambiental transnacional: uma análise a partir da experiência do tribunal de contas europeu. Transnacionalidade e sustentabilidade: dificuldades e possibilidades em um mundo em transformação. **Biblioteca da Escola da Magistratura de Rondônia**. 2018. p. 56. Disponível em: http://emeron.tjro.jus.br/images/noticias/2018/04/Ebook_transnacionalidade-Sustentabilidade.pdf. Acesso em: 22 jul. 2019.

ROSA, Alexandre Moraes; STEFFEN, Marcio Ricardo. Direito Global: Transnacionalidade e Globalização Jurídica. In: SOARES, Josimar Sidnei. **Globalização, pós-modernidade e transnacionalidade: questões existenciais e jurídicas**. Itajaú: Univali, 2013.

SENRA, Ricardo. **Mineradora norueguesa tinha ‘duto clandestino’ para lançar rejeitos em nascentes amazônicas**. BBC Brasil, 2018. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-43162472>. Acesso em: 22 jul. 2019

WENER, Felipe Probst; PITSICA, Monique. A repercussão da transnacionalidade no meio ambiente. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.5, n.3, 3º quadrimestre de 2010. Disponível em:< <https://www6.univali.br/seer/index.php/rdp/article/viewFile/6087/3354>>. Acesso em: 10 jul. 2019. p. 19.

A ECONOMIA SUSTENTÁVEL PELO PROCESSO COOPERATIVISTA – DESAFIOS TRAZIDOS PELA REVOLUÇÃO 4.0

Maira Angélica Dal Conte Tonial¹
Jacson Bacin Vicente²

RESUMO

A contemporaneidade impõe algumas características que são marcantes, principalmente no que tange ao aspecto econômico. Assim, nesse sentido observa-se um aumento progressivo da riqueza global, ao mesmo passo que se acentuam as desigualdades econômicas. Destarte a proposta de um método alternativo para humanização econômica se torna premente. Surgindo, assim, as cooperativas como possibilidade dentro deste contexto. Desta forma, o presente artigo abordará o contexto econômico e a inserção do processo cooperativo, abordando-se características que destacam o processo sustentável da proposta, em meio a revolução 4.0.

PALAVRAS-CHAVE: Cooperativismo. Economia. Sustentabilidade. Trabalho. Revolução 4.0.

ABSTRACT

The contemporaneity imposes some characteristics that are remarkable, mainly regarding the economic aspect. Thus, in this sense, there is a progressive increase in global wealth, while economic inequalities are increasing. Thus the proposal of an alternative method for economic humanization becomes urgent. Thus, cooperatives emerged as a possibility within this context. Thus, this article will address the economic context and the insertion of the cooperative process, addressing characteristics that highlight the sustainable process of the proposal. amid the revolution 4.0.

KEYWORDS: Cooperativism. Economy. Sustainability. Work. Revolution 4.0.

INTRODUÇÃO

O aspecto econômico sempre impacta o meio social e não poderia ser diferente. Assim, a contemporaneidade traz algumas marcas que a diferenciam de outros tempos passados e que exigem da sociedade uma nova postura frente aos desafios que serão lançados.

Desta forma, a disparidade existente, em termos sociais e econômicos, tem disparado a atenção do meio acadêmico, em especial quando observa-se que existe um aumento progressivo da riqueza global, no exato momento em que se acentuam as desigualdades econômicas, tudo isso em face a uma mudança paradigmática nos métodos produtivos.

Assim, a proposta de um método alternativo para humanização econômica se torna necessário neste novo contexto. Aberto esse novo panorama, as cooperativas como possibilidade dentro deste contexto.

Desta forma, o presente artigo busca perquerir sobre a sustentabilidade no processo cooperativista, apresentando como possível alternativa para a viabilidade do equilíbrio ambiental, social e econômico.

¹Doutoranda pela Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI), Mestra em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Professora no Curso de Direito da Universidade de Passo Fundo. Advogada. E-mail: mairatonial@upf.br - Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0212344315200902>.

²Doutorando em Direito (URI), Mestre em Direito (UNISC), Especialista em Processo Civil e Constitucional (UPF). Professor no Curso de Direito da Universidade de Passo Fundo. Advogado. E-mail: jacsonvicente@upf.br - Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4712585551593875>.

Abordará as características que destacam o processo sustentável da proposta. O método de abordagem desta pesquisa caracteriza-se como dedutivo, a partir do qual é possível chegar a uma conclusão por meio de um encadeamento de raciocínios, analisando um contexto amplo até alcançar o estudo específico. Recorreu-se do procedimento bibliográfico, por meio de artigos jurídicos, dissertações, doutrinas e legislações, como base para obter conhecimento sobre o assunto em questão.

1 CENÁRIOS ECONÔMICOS E O MUNDO DO TRABALHO

A movimentação econômica de países e empresas, ao longo do tempo, refletem o cenário econômico mundial e impactam diretamente sobre a vida das pessoas e o meio no qual vivem.

Neste contexto, o presente artigo fará uma análise global dos movimentos relacionados as grandes economias, cujo destaque global é apontado como impactador dos pequenos centros, em especial, a economia brasileira, que passa por período bastante delicado, trazendo a interrelação com o mundo do trabalho e suas transformações.

Necessário ressaltar que mudanças econômicas impactam diretamente na existência e manutenção das empresas no mercado, assim que, conseqüentemente, o mundo do trabalho sofre os inflexos imediatos de alterações que ocorram na economia – tanto mundial, quanto local - pois, a consequência lógica é a geração de empregos e rendas.

De forma que, política econômica e fiscal, funcionamento dos mercados e relações econômicas internacionais serão objeto de verificação intensa para dar conta das necessidades humanas, já que, o homem necessita do seu labor para sua manutenção e de sua família, sendo este um direito social fundamental.

Se antigamente, as relações eram apenas locais e de pouco impacto, na contemporaneidade o mundo globalizado faz com que o trabalhador sofra o influxo de conjunturas econômico-financeiras também de dimensões macro. Assim, cabe também ao processo produtivo uma análise que permita a percepção do relacionamento entre o crescimento econômico e o mercado de trabalho.

Em termos mundiais sabe-se que grande potências brigam constantemente pela obtenção de melhores índices econômicos, e, nesta briga de poderes entram em cena e em jogo vidas humanas, visto que, a exploração massiva de alguns em prol de outros desequilibra o cenário social.

Em termos nacionais, a economia se mostra bastante fragilizada, é necessário que haja empenho no desenvolvimento de um projeto econômico sustentável, que deverá ser implementado a longo prazo, tendo a necessidade de um efetivo projeto nacional de desenvolvimento.

Quando refere-se ao termo empregabilidade, sabe-se que nacionalmente o desenvolvimento econômico, alçou grande incentivo nas décadas de 1970 a aproximadamente 1980, oportunidade em que a ideia de industrialização alçou corpo. No entanto, desde tal marco, passou-se momentos políticos bem deliciados, onde o foco principal era um processo de democratização social, o que obstou a feitura de uma grande proposta desenvolvimentista.

Em termos mais recentes revela-se uma grave recessão no cenário econômico, principalmente caracterizado pelos anos 2015 e 2016, em termos nacionais, espera-se um aumento econômico no ano que se inicia.

No entanto, eventual euforia será em vão, pois singela recuperação não tem como sinônimo um crescimento sustentável, que leve em consideração aspectos essenciais, tais como: meio ambiente e meio social. Assim “No curto prazo, a economia pode crescer com maior rapidez ao ocupar a grande ociosidade existente, tanto no mercado de trabalho como na utilização da capacidade instalada” “Porém a longo prazo “o crescimento econômico dependerá, cada vez mais, dos ganhos de produtividade”³.

Assim, que a equação não é tão fácil de ser resolvida, principalmente porque o aquecimento da economia necessita de múltiplos fatores, e para que se possa atingir a contento a demanda, diversos movimentos deverão ser realizados, assim “mas o choque que pode tirar a economia do ciclo vicioso em que se encontra deve vir das expectativas, isto é, do aumento da confiança, começando pelo equacionamento do problema fiscal.”⁴

Ainda, sustentam os economistas que dentre os fatores que interferem para o crescimento sustentável também estão o nível insuficiente de educação e capital humano. O que apavora a comunidade em geral, visto a iminência de uma quarta revolução industrial, que certamente cassará a manutenção de vários postos de trabalhos, sobrevivendo apenas no mercado os melhores qualificados e aptos a permanecerem.

Assim, aqueles que não tiverem condições técnicas e comportamentais de enfrentarem as mudanças serão ceifados do processo produtivo, pois quem não tem estas oportunidades sociais também está obstaculizado de atingir o desenvolvimento. Sen⁵ exemplifica: “[...] o analfabetismo pode ser uma barreira formidável à participação em atividades econômicas que requeiram produção segundo especificações ou que exijam rigoroso controle de qualidade [...]” .

Assim que, o cenário que se avizinha necessita demandar vários esforços em conjunto. E para contribuir com esse diálogo, necessário que esta interrelação entre o direito e a economia sejam trazidas a tona, pois sabe-se que o ser humano necessita do seu trabalho para sua própria subsistência, pois meio de sua força laboral produz os meios para manter-se em sociedade.

As relações laborais sofrem permanentes alterações conforme o meio social sofre impactos, causando assim, reflexos nos mais diversos meios e ciências. Assim, as relações de trabalho sofrerão fortemente os impactos das relações econômicas.

O pensamento econômico, sem sobra de dúvidas, traça estreitas relações entre emprego, renda, produção, consumo e desenvolvimento econômico. Pois a dignificação do homem passa necessariamente pela possibilidade de viver em condições adequadas. Para Arendt⁶, “Também, o labor é a atividade que corresponde ao processo biológico do corpo humano. [...] A condição humana do labor é a própria vida”.

³ TINOCO, Guilherme; GIAMBIAGI, Fabio. **O crescimento da economia brasileira 2018-2023**. Disponível em: https://web.bndes.gov.br/bib/jspui/bitstream/1408/14760/1/Perspectivas%202018-2023_P.pdf. Acesso em: 30 jun. 2019. p.7

⁴ JÚNIOR SOUZA, José Ronaldo de C; LEVY, Paulo Mansur; SANTOS, Francisco Eduardo de L. A.; CARVALHO, Leonardo Mello de. **Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada: Visão Geral da Conjuntura**. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/cartadeconjuntura/index.php/category/sumario-executivo/>. Acesso em: 30 jun. 2019.

⁵ SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. 8. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2010, p. 59-60.

⁶ ARENDT, Hannah. **A condição humana**. Tradutor: Roberto Raposo. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p. 139.

Por isso, tão importante se torna um Estado forte que possa garantir políticas pública de inserção ao meio laboral. Com isso, um desenvolvimento economicamente viável é possível, atendendo aos processos de desenvolvimento justo, sempre se levando em consideração a preservação ambiental.

Desta forma, desenvolvendo esta inter-relação, estamos na iminência de sofremos novos impactos econômicos/produtivos no mundo do trabalho, visto que se avizinha uma quarta revolução industrial.

O mundo do trabalho passou por três grandes revoluções industriais, todos impactando fortemente o meio econômico. Assim, no decorrer da história, pode-se resumir as revoluções com base na mudança de suas matrizes produtivas.

Se num primeiro momento, o ser humano usava de sua própria energia para manter-se vivo – valendo-se apenas da coleta, caça e pesca, para satisfação de necessidades vitais, com o avanço da história a situação modificou-se.

Assim, a mudança de estruturação social, a criação das comunidades, fez com que a própria forma de realização de trabalho fosse modificada, a prestação de serviços passou a se dar de forma subordinada.

Junto com todas as transformações sociais e econômicas, a tecnologia também adentrou nesse meio. A primeira revolução industrial, cujo marco teórico circunda entre 1780 a 1830, veio com o implemento de máquinas movidas a vapor. Se levado em consideração que na época a indústria têxtil tinha quando destaque o avanço deste tipo de maquinaria foi uma grande revolução para a época e o meio social.

Aliem do que, outro dado importantíssimo, nesse contexto, foi a implementação de ferrovias. O que de certo modo encurtou muito as distancias e permitiu grande avanço no processo circulatório de mercadorias.

Já a segunda grande transformação produtiva, veio com o advento de novos mecanismos e fontes produtivas. Destaca-se a utilização da metalurgia, da química, da siderurgia, dentre outros.

A terceira, como consequência do processo evolutivo, aconteceu nos idos da década de setenta, caracterizou-se por processos relacionados a computadorização e robotização, trazendo profundas mudanças no método produtivo, trazendo uma maior rapidez no trato do processamento de dados e confecção de produtos e serviços.

Neste complexo cenário, emerge a quarta revolução industrial, e com ela a necessidade de redimensionar o mundo do trabalho e as consequências que advirão dessa complexa mudança, que fatalmente implicará na extinção de diversos postos de trabalho, e com isso, a necessidade de uma reorganização estrutural da economia e sociedade.

Como tem sido nominada, a revolução 4.0, será marcada essencialmente pela automatização total nas relações produtivas. O homem terá seus espaços severamente reduzidos no processo produtivo, e para que isso tenha o impacto mínimo diretamente no meio econômico/social em que vive, necessário se faz a busca de alternativas.

A regra é clara e a consequência é lógica: falta emprego, falta renda, falta consumo, faltam condições mínimas de sobrevivência. Aqui temos deflagrado o processo que tenta-se evitar.

Se não bastasse isso, o processo globalizatório, que desde muito impacta nas relações laborais, da mesma forma. Esse fenômeno que alterou as formas de produção e relação entre os mais diversos países, possibilita que grandes empresas, denominadas transnacionais, adentrem em países cujos Estados oferecem

pouca resistência e se apoderem de seus bens, recursos naturais e principalmente utilizam da forma de trabalho de forma exploratória.

Nesse sentido, observa-se que a crescente desigualdade social tem impactado negativamente nesse contexto. Aliados a esse processo, um avanço massivo de empresas transnacionais que tumultuam a situação econômica de vários Estados.

Neste sentido o desenvolvimento não atende as premissas sociais, ele não se torna sustentável, sob nenhum aspecto. Neste sentido, importante trazer o pensamento de Dowbor⁷ que contrapondo os efeitos do processo de transnacionalização empresarial e econômica sustenta estar a sociedade vivendo uma crise civilizatória, aduzindo "Criou-se um hiato profundo entre os nossos avanços tecnológicos, que foram e continuam sendo espetaculares, e a nossa capacidade de convívio civilizado, que se estagna ou até regride".

A construção de uma sociedade justa e igualitária, princípio basilar de nosso ordenamento jurídico, passa necessariamente pela construção decaminhos éticos, local em que a economia deve observar os preceitos sociais e ecológicos para um desenvolvimento sustentável.⁸

Assim, abordando-se a realidade apresentada e verificando-se a necessidade de mudanças que impacte profundamente o meio social, em todos seus aspectos: sociais, econômicos, ambientais, etc, pensa-se em uma nova alternativa que atenda os anseios propostos.

Por conseguinte, o agir econômico torna-se o objeto do presente estudo, buscando uma nova alternativa para a humanização econômica⁹.

Como proposta a esse contexto contemporâneo, as cooperativas podem se tornar uma um novo arquétipo ao contexto. Sua formação e estruturação permitem aos associados uma forma democrática e sustentável de enfrentar grandes conglomerados que dominam o cenário econômico mundial, trazendo aos trabalhadores que se engajam neste processo um mecanismo humanitário de desenvolvimento econômico.

Assim, o enfrentamento de questões uma postura mais incisiva por parte do Estado se torna essencial para atuação no processo econômico¹⁰. Bem como, as iniciativas sociais, como o processo de união solidária cooperativa deve ser fomentado.

Mediante as transformações trazida pelo fenômeno das novas tecnologias e a ameaça de desemprego em massa a implicação econômica na vida das pessoas será fundamental para que haja compreensão da humanização nas relações sociais.

Desse modo que o cooperativismo, surgido no momento de crise, onde empregados buscavam melhores condições de trabalho, poderá nesse contexto de crise mundial, se consubstanciar como alternativa para o enfrentamento dos tomadores de serviço transnacionais e de gigantes com poderio econômico¹¹.

Assim, a inclusão de todos, no processo de economia global é obrigação de todos. Fará sentido o crescimento econômico e atenderá as expectativas, quando acompanhado do social. Neste sentido Sen¹²

⁷DOWBOR, Ladislau. **A era do capital improdutivo**: por que oito famílias têm mais riqueza do que a metade da população do mundo? São Paulo: Autonomia Literária, 2017. p. 09.

⁸SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. 8. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2010, p.26.

⁹SINGER, P. **Economia dos setores populares**. In: KRAYCHETE, G., LARA F., COSTA, B. (Orgs.). Economia dos setores populares: entre a realidade e a utopia. Petrópolis, RJ: Vozes, 2000, p.147.

¹⁰BAUMAN, Zygmunt. **Globalização**: as consequências humanas. Tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Zahar, 1999, p. 74.

¹¹SCHOLZ, Trebor. **Cooperativismo de plataforma**: os perigos da uberização. São Paulo: Elefante, 2017, p.49.

¹²SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. 8. ed. São Paulo: Companhia das Letras 2010, p. 39.

“Portanto, a contribuição do crescimento econômico tem de ser julgada não apenas pelo aumento de rendas privadas, mas também pela expansão de serviços sociais [...]”.

Desta forma, no sentido de propor formas alternativas de inclusão social, e de modo a auxiliar no processo de desenvolvimento econômico, no próximo tópico será abordado o processo cooperativo como possibilidade.

2 O PROCESSO COOPERATIVO

Como forma de contrapor aos complexos fenômenos que assolam o meio social na contemporaneidade, o processo cooperativista surge como uma alternativa digna para o ser humano que se encontra excluído do processo produtivo.

O processo de cooperação permite aos associados uma forma democrática e sustentável de enfrentar as interfaces econômicas e tecnológicas recentes e da mesma forma, em termos multinacionais de enfrentar grandes conglomerados que dominam o cenário econômico mundial. Assim as cooperativas podem servir como anteparo as empresas denominadas transnacionais, trazendo aos trabalhadores que se engajam neste processo um mecanismo humanitário de desenvolvimento econômico, assim sustentável.

Para tanto, a fim de melhor demonstrar o processo cooperativista como possibilidade, necessário se torna discorrer a respeito do processo de surgimento desse movimento.

O cooperativismo, teve seu nascedouro em momento de crise, oportunidade em que empregados, afastados do processo produtivo pela primeira revolução industrial, buscavam melhores condições de trabalho.

Assim que, para iniciar a contextualização e refletir sobre seus sentidos, usa-se das palavras de Franke¹³, que analisando a expressão cooperativismo em suas acepções aduz

Por um lado designa o sistema de organização econômica que visa eliminar os desajustamentos sociais oriundos dos excessos da intermediação capitalista por outro lado, significa a doutrina corporificada no conjunto de princípios que devem reger o comportamento do homem integrado naquele sistema.

Nota-se pela definição trazida que se destaca o contexto relativo a dignidade do homem como condição necessária para se empreender. Assim que o processo econômico passa necessariamente pelos pilares princípios basilares que compõem o sistema cooperativista.

Se a história do movimento cooperativista retrata a necessidade de manterem-se relações sustentáveis para que o desenvolvimento econômico possa ser alçado com dignidade, então porque não utilizar o mesmo sentimento, para enfrentamento de necessidades contemporâneas? Se outrora o movimento trouxe alento ao povo necessitado, poderíamos usar novamente?

Para responder tais questionamentos é necessário reportar ao passado e analisar a contemporaneidade, para entender se tal possibilidade seria factível de ser implantada no atual cenário econômico.

¹³FRANKE, Walmar. **Direito das Sociedades Cooperativas**: Direito Cooperativo. Saraiva, 1973, p. 1.

Assim, reportando-se ao passado, mais especificamente nos meados de 1844, trazendo como local o interior da Inglaterra, numa pequena comunidade denominada Rochdale-Manchester, onde surge o embrião do cooperativismo nesse movimento a necessidade e esperança de condições dignas de manutenção dos homens e mulheres lá residentes¹⁴.

A sociedade como reportado anteriormente, passava por momento econômico e social de fragilidade intensa.

Necessário que se contextualize a situação, pois, nesse momento histórico o mundo do trabalho estava passando por profunda alteração em seu mecanismo estrutural e produtivo e o trabalho é fato decisivo, assim, “eltrabajo era el principal factor de ubicación social y evolución individual. [...] El tipo de trabajo era elfactor decisivo, fundamental, para elrealización como hombre”¹⁵.

A exclusão do homem do processo produtivo, fez com que a comunidade unisse esforços em prol da manutenção de condições mínimas de sobrevivência. E, conforme explicita Sen¹⁶ “Com oportunidades sociais adequadas, os indivíduos podem efetivamente moldar seu próprio destino e ajudar uns aos outros”.

Necessário que reflita a respeito do contexto histórico, para que se entenda os anseios que inspiraram o meio social para início do processo de solidariedade que origina o movimento.

Assim, naquele momento histórico vivenciava-se o estágio embrionário do capitalismo, ocasião em que os mecanismos produtivos passavam por transformações ocasionado a eclosão da primeira revolução industrial, que impactou fortemente os trabalhadores, que se viram destituídos de seus postos, por conta do advento de máquinas e outras estratégias produtivas.

Assim, a angústia social que tomou conta do trabalhador, fica retratada pelo receio da perda de condições mínimas de manutenção, assim Nascimento¹⁷ :

A transformação das manufaturas em indústrias e a Revolução Industrial do século XVIII expandiu-se o drama do trabalho do operário, labor esse prestado sem a proteção de um sistema de leis que o regulamentassem, intensificou-se a questão social. [...] A total desproteção da atividade laborativa e das condições de vida do proletariado, que colocava à disposição a sua força de trabalho para as indústrias que surgiam na Europa em substituição às manufaturas que precederam a época da máquina a vapor.

Quando faltam condições mínimas de subsistência o movimento solidário toma forma entre os pares. Assim, movidos por laços de compaixão e alçados pela ajuda mútua, o movimento sentimento cooperativo tem seu nascedouro.

A luta pela sobrevivência digna alçou novos movimentos no meio social, assim Cenzi¹⁸ que na medida em que a situação se deu, começam a surgir além do comunismo e do sindicalismo “...como resposta ao

¹⁴ CENZI, N. L. **Cooperativismo**: desde as origens ao projeto de lei de reforma do sistema cooperativo brasileiro. Curitiba: Juruá, 2012, p. 25.

¹⁵ BAUMAN, Zygmunt. **Globalização**: as consequências humanas. Tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Zahar, 1999. Título original: Globalization: the human consequences, 2000, p. 34.

¹⁶ SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. 8. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2010, p. 26.

¹⁷ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. [Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho : relações individuais e coletivas do trabalho](#). 2006.

¹⁸ CENZI, N. L. **Cooperativismo**: desde as origens ao projeto de lei de reforma do sistema cooperativo brasileiro. Curitiba: Juruá, 2012, p. 24.

crescimento desenfreado do capital sobre o homem, o cooperativismo, como meio democrático de produzir e distribuir riquezas e como solução a luta contra o desemprego”.

Premidos pela luta de uma vida digna, os mecanismos sociais enfrentam as suas adversidades e parte para a estruturação de um movimento sólido. Assim, 27 (vinte e sete) homens e 01 (uma) mulher tiveram a iniciativa de unir seus esforços em prol de um negócio em comum - a criação de um armazém, para que a fome pudesse ser evitada e condições mínimas fossem preservadas.

Atentando-se contexto imposto a busca foi pela obtenção de melhores preços com a compra em maior quantidade, assim, a reunião poderia frutificar benefícios a todos.

A alternativa possibilitada permitiu que os então envolvidos pudessem compartilhar os benefícios auferidos do processo de união solidária. A prestação de serviços aliada a contribuição de bens, foi a maneira encontrada de superar as dificuldades enfrentadas.

A nossa realidade pátria foi um pouco diferenciada. O movimento em terras brasileiras, se deu um pouco mais tarde - final do século 19 – fica delimitado marco teórico para início do processo. Pode-se atribuir a igreja grande parcela de participação para a implementação do mesmo.

O nascimento do movimento cooperativista tem como marco embrionário a primeira cooperativa registrada, segundo relatos, com origem em Ouro Preto (Minas Gerais), com data aproximada de 1889, nominada como Sociedade Cooperativa Econômica dos Funcionários Públicos de Ouro Preto.

No contexto histórico apresentado, as pessoas envolvidas em prol de um objetivo comum, e visando sobretudo desenvolver suas atividades de forma mais humanizada, buscaram satisfazer suas necessidades básicas. Baseados nos princípios estruturais que regem o movimento também possibilitando o partilhamento do o lucro do empreendimento de forma igualitária.

Nos idos de O nascedouro desse movimento deu ensejo ao movimento nacional e permitiu que as pessoas reunidas em forma de cooperativa pudessem, unidas, desenvolver suas atividades de forma mais humanizada, partilhando o lucro de empreendimento de forma igualitária.

Para que o movimento tomasse cor e pudesse prosperar, foi necessário a implementação de mecanismos efetivos de regimentos. Por isso a Organização das Cooperativas Brasileiras (OCB), datada de 1969, foi instituída, objetivando dar o suporte necessário para a consolidação do movimento.

Também, interessante relatar a edição da Lei nº 5764 em 1971, que desencadeia o processo de autogestão cooperativista, visto que interfere na criação, no funcionamento e na fiscalização do processo; podendo ser referenciada como um momento decisivo no desenvolvimento e regulação do cooperativismo nacional.

Assim, que por obvio o contexto que se apresenta na contemporaneidade é diverso, tendo em vista a mudança nos métodos produtivos e no contexto social e econômico. Porém poderia ser o modelo cooperativo uma alternativa viável neste processo humanista? Poderia a união de esforços em comum ser capaz de superar os grandes blocos e enfrentar tomadores de serviço transnacionais e de gigante poderio econômico?

A respostas dessas perguntas e a possibilidade do cooperativismo se instalar como um modelo sustentável passa pela maior compreensão do termo, o que se fará a seguir.

3 SUSTENTABILIDADE PELO MEIO COOPERATIVO

Quando se compreende o movimento cooperativista entende-se implicitamente que a ideia de solidariedade esta incrustada nesse contexto. Assim que, este processo tem como pilares básicos uma gestão solidária e democrática.

Democrática pelo fato dos associados possuírem a independência e autonomia para gerenciamento do empreendimento – tudo é de todos.

Assim, buscam-se alternativas para o processo humanização da economia, onde todos possam de maneira equivalente colher os frutos do empreendimento, é interessante que se observe a forma como esse sistema está estruturado, quais são seus princípios, metas e objetivos.

De forma que existem patamares sobre os quais o processo cooperativista se desenvolve. Esta estrutura, que sustenta a forma de agir é embasada sobre alguns alicerces.

Pode-se, para tanto, indicar parâmetros principiológicos os sustentam o modo de agir, e que se traduzem em : adesão voluntária e livre, gestão democrática, participação econômica dos membros, autonomia e independência, educação, formação e informação, intercooperação e interesse pela comunidade¹⁹.

Observando os valores acima arrolados, percebe-se que o desenvolvimento humano figura como foco central e que orienta os objetivos a serem traçados e atingidos de forma coletiva.

Aliado a toda estratégia de atuação que define o modo de agir, também espera-se relações cooperativas que as mesmas sejam sustentáveis. Podendo-se aduzir a definição holística, sistêmica e integradora de sustentabilidade propõe. Assim Boff²⁰:

Sustentabilidade é toda a ação destinada a manter as condições energéticas, informacionais, físico-químicas que sustentam todos os seres vivos, especialmente a Terra viva, a comunidade de vida e a vida humana, visando sua continuidade e ainda atender as necessidades da geração presente e das futuras, de tal forma que o capital natural seja mantido e enriquecido em sua capacidade de regeneração, reprodução e coevolução.

Assim, que os princípios informadores que criam e orientam seu modo de atuação e necessidade de se pautar em parâmetros sustentáveis e éticos, para seu desenvolvimento, permite-se entender como adequado a uma melhora na qualidade de trabalho daqueles que estão envolvidos no empreendimento.

Como acima explicitado no movimento cooperativista tudo é de todos, assim que o processo democrático partilhado entre todos. Não tendo dono, todos envolvem-se na construção do empreendimento solidário. Da formulação até a execução todo processo é acompanhado pelos associados. Além do que democratiza-se o caminho, possibilitando a cada membro um voto.

A tomada de decisões é tomada num conceito de governança, trazendo transparência a todo processo e incentivando todos na busca de melhores alternativas aos problemas apresentados. A participação torna-se elemento motivador aos cooperativados.

¹⁹MEINEM; PORT. **Cooperativismo Financeiro**. Confefbras. 2016.

²⁰BOFF, Leonardo. **Sustentabilidade: o que é: o que não é**. Petrópolis: Vozes, 2012, p. 107.

As relações de trabalho notoriamente são marcadas pela disparidade – onde empregado e empregador encontram-se em situação desigual. A luta entre capital e trabalho se torna latente. A busca de alternativas que amenizem esse embate são de extrema relevância para o processo de humanização econômica.

A partição dos lucros e especialmente a possibilidade de tomada de decisões no processo de autogestão faz parte do processo cooperativo que fomenta a governança - termo que teve origem nos idos de 1980, nos Estados Unidos, e que começa a ser propagado no Brasil em torno de 1992, sendo criado em 1995 o Instituto Brasileiro de Governança Corporativa. Pretendia, originalmente, ser responsável pela transparência na relação entre colaboradores e liderança.²¹

Se a comunidade e as pessoas estão inseridas no sistema cooperativo e de tomada de decisões, o empreendimento tende a adquirir especial relevância e adquirir sentido diferenciado para aqueles que baseados nos pilares estruturais cooperativos buscam alternativas para melhoria de vida.

O processo de governança cooperativa é balizado por princípios básicos, quais são eles : autogestão (cooperados assumem seu papel como gestores do sistema), senso de justiça (usando do primado constitucional - tratar todos com igualdade), transparência (acessibilidade de todos os dados necessários ao desenvolvimento do empreendimento), educação (criar ambiente favorável à educação cooperativa) e sustentabilidade (considerando aspectos multifacetários para o prosseguimento do sistema) (SISTEMA OCB).

Assim que, a possibilidade de participação, gerenciamento e aquisição de valores gera a todos os associados possibilidade crescimento. A consequência lógica é o aumento de renda, e assim, a possibilidade do desenvolvimento sustentável, pelo meio cooperativo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Para conter o avanço do processo de desigualdade econômica e conseqüentemente buscar um processo maior de humanização nas relações sociais, mecanismos devem ser buscados pelos meios sociais.

A proposta de criação de cooperativas para enfrentamento de grandes empresas transnacionais surge como uma forma de redistribuição de riquezas, baseada num processo de governança democrática e efetiva.

Em meio a iminente revolução industrial, nominada 4.0, que estima deixar grande parte da população sem meios viáveis de obtenção de renda, busca a presente reflexão apresentar alternativa viável ao problema apresentado.

REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

ARENDT, Hannah. **A condição humana**. Tradutor: Roberto Raposo. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

²¹ NEGRÃO, Célia Lima. PONTELO, Juliana de Fátima. **Compliance, controles internos e riscos: a importância da área de gestão de pessoas**. Brasília: SENAC, 2014, p. 24.

BAUMAN, Zygmunt. **Globalização: as consequências humanas**. Tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Zahar, 1999.

BOFF, Leonardo. **Sustentabilidade: o que é: o que não é**. Petrópolis: Vozes, 2012.

CENZI, N.L. **Cooperativismo: desde as origens ao projeto de lei de reforma do sistema cooperativo brasileiro**. Curitiba: Juruá, 2012.

DOWBOR, Ladislau. **A era do capital improdutivo: por que oito famílias têm mais riqueza do que a metade da população do mundo?** São Paulo: Autonomia Literária, 2017.

FRANKE, Walmor. **Direito das Sociedades Cooperativas: Direito Cooperativo**. Saraiva, 1973.

JÚNIOR SOUZA, José Ronaldo de C; LEVY, Paulo Mansur; SANTOS, Francisco Eduardo de L. A.; CARVALHO, Leonardo Mello de. **Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada: Visão Geral da Conjuntura**. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/cartadeconjuntura/index.php/category/sumario-executivo/>. Acesso em: 30 jun. 2019.

MEINEM; PORT. **Cooperativismo Financeiro**. Confedbras. 2016.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. [Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho : relações individuais e coletivas do trabalho](#). 2006.

NEGRÃO, Célia Lima. PONTELO, Juliana de Fátima. **Compliance, controles internos e riscos: a importância da área de gestão de pessoas**. Brasília: SENAC, 2014.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. 8. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

SINGER, P. **Economia dos setores populares**. In: KRAYCHETE, G., LARA F., COSTA, B. (Orgs.). *Economia dos setores populares: entre a realidade e a utopia*. Petrópolis, RJ: Vozes, 2000. p.143-165.

SCHOLZ, Trebor. **Cooperativismo de plataforma: os perigos da uberização**. São Paulo: Elefante, 2017.

TINOCO, Guilherme; GIAMBIAGI, Fabio. **O crescimento da economia brasileira 2018-2023**. Disponível em: https://web.bndes.gov.br/bib/jspui/bitstream/1408/14760/1/Perspectivas%202018-2023_P.pdf. Acesso em: 30 jun. 2019.

SUSTENTABILIDADE AMBIENTAL COMO GARANTIA AO DIREITO À CIDADANIA ATRAVÉS DO USO DE ENERGIAS RENOVÁVEIS

Ana Cláudia Favarin¹
Caroline Schemmer²

RESUMO

O presente artigo versa sobre o direito fundamental do cidadão ao meio ambiente equilibrado, da mesma forma que a sustentabilidade ambiental se faz como garantia ao direito de cidadania, mais especificamente, através do uso de energias renováveis. Dessa forma, coloca-se como centro do problema de pesquisa a ideia de garantir a cidadania através da utilização de fontes de energia renovável, questionando-se assim, o papel do Estado e do cidadão em promover a justiça ambiental. Como método de pesquisa, utilizou-se o bibliográfico, através de consultas a livros, revistas e publicações. Por fim, conclui-se que, a criação de alternativas para a obtenção de energia limpa, além de uma questão de sustentabilidade, envolve qualidade de vida e desenvolvimento econômico. Consoante a isso, o Estado possui papel fundamental na implementação de Políticas Públicas, as quais garantem o incentivo e a difusão de energias renováveis.

PALAVRAS-CHAVE: Cidadania. Energias Renováveis. Sustentabilidade.

ABSTRACT

This article deals with the fundamental right of citizens to a balanced environment, just as environmental sustainability is ensured by the right to citizenship, more specifically through the use of renewable energies. Thus, the idea of guaranteeing citizenship through the use of renewable energy sources is the center of the research problem, thus questioning the role of the state and the citizen in promoting environmental justice. As a research method, we used the bibliographic, through consultations to books, magazines and publications. Finally, it is concluded that the creation of alternatives for obtaining clean energy, besides a sustainability issue, involves quality of life and economic development. Accordingly, the State has a fundamental role in the implementation of Public Policies, which guarantee the encouragement and diffusion of renewable energies.

KEYWORDS: Citizenship. Renewable energy. Sustainability.

INTRODUÇÃO

O meio ambiente ecologicamente equilibrado é um direito constitucional assegurado a todos os cidadãos, fazendo parte do exercício da cidadania. Entretanto, é um equívoco pensar que a cidadania se refere apenas aos direitos dos cidadãos, ao passo que o cidadão também possui deveres como o de preservação ambiental. Inegável, então, o papel do Estado juntamente com os cidadãos na alocação e utilização dos recursos naturais, entendendo que estes são bens comuns da humanidade.

O estudo do meio ambiente se faz necessário frente à emergência da crise ambiental, através da ligação de ideais do campo ambiental e do social, em especial com relação ao consumo, alcançando dimensões de

¹ Acadêmica do curso de Direito da Universidade Franciscana (UFN). Integrante do Grupo de Pesquisa PRONESIS Jurisdição e Humanidades da Universidade Federal de Santa Maria. Estagiária no escritório de advocacia Wagner Advogados Associados. Endereço eletrônico: anaclaudia.favarin@gmail.com.

² Acadêmica do curso de Direito da Universidade Franciscana (UFN).

cidadania no sentido de entender as escolhas dos indivíduos na construção de relações socioambientais sustentáveis, para que, assim, se atinja a sustentabilidade.

Dessa forma, faz-se necessário, não apenas a consciência individual, mas a necessidade de implementar medidas eficientes capazes de controlarem a degradação ambiental, tendo em vista que a falta de recursos destinados ao meio ambiente gera grave violação aos direitos humanos, visto que é assegurado a todos os cidadãos o direito a um meio ambiente saudável.

O conflito entre sustentabilidade e economia, em virtude da escassez dos recursos naturais e dos impactos ambientais resultantes do modelo de produção e consumo adotado no Brasil, ocasionou o surgimento de um novo modelo de desenvolvimento, o desenvolvimento sustentável. Diante disso, percebe-se então o desenvolvimento e utilização de energias renováveis e sustentáveis como uma dimensão da responsabilidade ambiental, que incorpora contribuições da justiça ambiental.

Para realizar o presente estudo, utilizou-se o método de pesquisa bibliográfica como consultas a livros, revistas e publicações, que possibilitaram alcançar os objetivos propostos que oferece condições de delimitar o universo da pesquisa à atuação. Assim, partindo dessa metodologia, dividiu-se o artigo em duas partes: em primeiro momento, abordar-se-á a defesa do meio ambiente como condição de princípio constitucional, sendo uma garantia ao direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado; para, em segundo momento, analisar o uso de energia renovável como garantia ao direito à cidadania.

1 ANÁLISE DA GARANTIA CONSTITUCIONAL DE UM MEIO AMBIENTE EQUILIBRADO

Inicialmente, pode-se afirmar que os primeiros avanços do Direito Ambiental se deram através de iniciativas da Organização das Nações Unidas, tendo como significativa importância a Declaração da Conferência da ONU no Ambiente Humano, influenciada pela conferência de Estocolmo, em 1972. A qual estabeleceu como um de seus princípios:

Os recursos naturais da terra incluídos o ar, a água, a terra, a flora e a fauna e especialmente amostras representativas dos ecossistemas naturais devem ser preservados em benefício das gerações presentes e futuras, mediante uma cuidadosa planificação ou ordenamento.³

Logo, desde a Conferência de Estocolmo, fica claro que o ambiente é o conjunto de recursos naturais, que podem ser explorados com racionalidade econômico-social e ambiental, tendo o homem a obrigação de proteger e melhorar o meio ambiente para as gerações presentes e futuras. Além disso, a partir de Estocolmo, foram planejados os pressupostos para os subsequentes acordos sobre cuidados e conservação dos recursos naturais.

Por sua vez, no âmbito nacional, tem-se a preocupação ambiental iniciada a partir da década de 70, e posteriormente legitimada por diversos mecanismos. No que tange a preservação do meio ambiente, tem-se como mais importantes marcos a criação da Lei nº 6.938/1981, que instituiu a Política Nacional do Meio

³ Declaração da Conferência de ONU no Ambiente Humano, 1972. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/estruturas/agenda21/arquivos/estocolmo.doc>> Acesso em: 12 ago. 2019.

Ambiente, assim como a Lei nº 7.735/1989, pela qual fundou-se o IBAMA (Instituto Brasileiro de Meio Ambiente), que tem caráter assessor e executor da política nacional do meio ambiente e trouxe uma imensa diversidade de princípios e objetivos ao Direito Ambiental. Além destas, diversas outras iniciativas foram tomadas para que se minimizassem as catástrofes ambientais, concomitantemente com a busca de um ambiente ecologicamente equilibrado.

Ademais, como mecanismo fundamental para a legitimação da preservação ambiental brasileira, tem-se a Constituição Federal de 1988, que consagra, em nível federal, o direito a um meio ambiente saudável e ecologicamente equilibrado. A Constituição Federal de 1988 também estabelece os princípios do Direito Ambiental, tais como a participação popular, o desenvolvimento sustentável, a prevenção e preocupação, todos estruturados por meio de um princípio maior, o da dignidade da pessoa humana.⁴

A proteção à saúde e a vida não constitui princípio do direito ambiental, entretanto, estão estritamente ligadas ao princípio da dignidade da pessoa humana, que também serve de base às disciplinas jurídicas. A proteção ao meio ambiente, tem proteção constitucional no art. 225 da CF/88, o qual define os direitos e deveres do poder público e da sociedade relacionados à proteção do meio ambiente.⁵

Dessa forma, afirma-se que todos possuem direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, definindo-o como direito humano fundamental, que deve ser estendido às gerações atuais e futuras, sendo a degradação ambiental atual uma violação aos direitos humanos das presentes e futuras gerações.

Nesse sentido também, por ser um bem de uso comum da população, o meio ambiente possui caráter humano, se tratando indispensável à manutenção sadia da qualidade de vida. Além disso, os bens comuns vão além da classificação econômica de propriedade privada ou pública, pois possuem uma particular forma de gestão, que abrange possibilidades de associatividade e gerenciamento pela sua copropriedade intrínseca.⁶ Logo, não basta apenas exigir do Poder Público a manutenção de tal direito, pois o cidadão também tem papel fundamental na promoção do equilíbrio ecológico através da evolução de sua consciência ambiental.

Diante disso, preservar e restaurar são formas de conservação que implicam em manutenção e continuidade, significando um aproveitamento que garante a utilização correta e protetora dos processos ecológicos e da diversidade genética, essenciais para a manutenção dos recursos ecológicos.⁷ Dessa forma, pode-se então perceber que a utilização de cada recurso se encontra limitada a sua própria existência, valendo-se de recursos renováveis de modo condicionado a sua capacidade para ser empregado no futuro.

Ademais, o meio ambiente possui relação direta com os direitos humanos, justamente por se tratar da escassez de recursos naturais essenciais à sobrevivência do ser humano, o que fere os direitos fundamentais do homem. Da mesma forma, Moraes⁸ define direitos humanos fundamentais como o conjunto institucionalizado de direitos e garantias do ser humano que tem por finalidade básica o respeito à sua dignidade, por meio de

⁴Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 12 ago. 2019.

⁵Idem.

⁶GARCIA, Cláudia Lorena Esquivel. **Energia Eólica no setor elétrico brasileiro segundo a perspectiva do direito ambiental: análise comparada e integrações regionais**. Tese (Doutorado em Ciências). Faculdade de Engenharia Elétrica. Escola Politécnica de São Paulo. São Paulo, 2018, n.p.

⁷SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 89.

⁸MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 39.

sua proteção contra o arbítrio do poder estatal e o estabelecimento de condições mínimas de vida e desenvolvimento da personalidade humana.

Desse modo, o direito ambiental é tido como direito fundamental de terceira geração, sendo difuso e coletivo, chamados também de solidários, que englobam, além do direito ambiental, o direito à qualidade de vida, à autodeterminação dos povos, à paz, entre outros. Ou seja, são direitos sociais, dessa forma, dos quais o Estado deve estabelecer o acesso para a população, bem como fiscalizar o uso dos recursos ambientais, pois o descontrole e a falta de manutenção/conservação trazem consequências catastróficas às gerações futuras, que terão escassez de matérias primas essenciais à sobrevivência do ser humano.

Diante o exposto, pode-se afirmar que o Direito Ambiental visa regular as ações concretas que permitam materializar os objetivos do desenvolvimento sustentável, e satisfazer a expectativa social do Direito como elemento organizador da sociedade.⁹ Desse modo, o desenvolvimento sustentável inclui uma participação ativa dos cidadãos nas decisões que os afetam.

Logo, o desenvolvimento sustentável, que permite materializar a distribuição dos recursos naturais, permite também materializar a distribuição da chamada justiça ambiental. Como afirma Porto-Gonçalves, “com o advento do ambientalismo após os anos de 1960, cresce a consciência de que há um risco global que se sobrepõe aos riscos locais, regionais e nacionais”.¹⁰

No mesmo sentido, a justiça ambiental indica a necessidade de se trabalhar a questão do meio ambiente não apenas em termos de preservação, mas também de distribuição e justiça.

Uma das formas que podem ser utilizadas para assegurar a cidadania, assim como a justiça ambiental, é a chamada educação ambiental. De maneira sucinta, entende-se que educação ambiental é um processo pelo qual o indivíduo constrói, através de valores sociais e conhecimentos, atitudes e competências que tenham seu objetivo de conservar o meio ambiente.¹¹ Além disso, a educação ambiental desenvolve, mediante uma prática que vincula o educando com a comunidade, valores e atitudes que promovem um comportamento dirigido a transformação superadora da realidade, desenvolvendo no cidadão as habilidades e atitudes necessárias para esta transformação.¹²

Por conseguinte, a tarefa essencial da justiça ambiental se inicia através da consolidação de um ordenamento jurídico com o compromisso de satisfazer os objetivos e fins do desenvolvimento sustentável. Sendo assim, a eficácia deste ordenamento jurídico, condicionado ao Direito Ambiental, no que tange as energias sustentáveis e renováveis, está crucialmente ligada à ponderação da capacidade de cada ecossistema para suportar o contínuo crescimento do consumo e a poluição. Daí, que se faz necessário a justiça distributiva aplicável aos bens jurídicos ambientais, que convidam à gestão sustentável e cujo uso e exploração ocasionam rivalidade, como também requerem critérios de seletividade na alocação de incentivos.¹³

⁹GARCIA, Cláudia Lorena Esquivel. **Energia Eólica no setor elétrico brasileiro segundo a perspectiva do direito ambiental: análise comparada e integrações regionais**. P. 26.

¹⁰PORTO-GONÇALVES, Carlos Walter. **A Globalização da Natureza e a Natureza da Globalização**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006, p. 15.

¹¹Política Nacional de Educação Ambiental - Lei nº 9795/1999, Art 1º. Disponível em: <<https://www.mma.gov.br/educacao-ambiental/politica-de-educacao-ambiental>> Acesso em: 10 ago. 2019.

¹² Conferência Sub-regional de Educação Ambiental para a Educação Secundária, Chosica/Peru, 1976.<<https://www.mma.gov.br/educacao-ambiental/politica-de-educacao-ambiental>> Acesso em: 10 ago. 2019.

¹³GARCIA, Cláudia Lorena Esquivel. **Energia Eólica no setor elétrico brasileiro segundo a perspectiva do direito ambiental: análise comparada e integrações regionais**. p. 23.

2 O USO DE ENERGIAS RENOVÁVEIS COMO FORMA DE GARANTIA AO DIREITO À CIDADANIA

A necessidade de agregar um conteúdo ambiental protetivo às forças que regem o desenvolvimento dos processos tecnológicos faz surgir a noção de economia sustentável, a fim de que se possa conciliar o desenvolvimento econômico e tecnológico à manutenção do equilíbrio do meio ambiente. Diante dessa noção de desenvolvimento sustentável, diversas são as exigências para alcançá-lo, sendo uma delas a transição do sistema energético, com o abandono gradativo das fontes de energias não renováveis.¹⁴

Como afirmado anteriormente, a globalização traz consigo uma ambiguidade de difícil solução, pois tem-se de um lado o conforto e evolução trazido pela tecnologia que “não coaduna com a derrocada social e ambiental associada ao desenvolvimento”¹⁵. Dessa forma, a necessidade de um novo padrão econômico surge, capaz de aliar o desenvolvimento econômico ao respeito ao meio ambiente.

Sendo assim, na busca incessante do desenvolvimento sustentável, deve-se levar em consideração que a taxa de consumo de recursos renováveis não pode ser maior que a capacidade de renovar os mesmos, como exemplo, a quantidade de rejeitos produzidos não deve ultrapassar a capacidade de absorção do ecossistema.

De acordo com Leonardo Boff¹⁶,

Sustentável é a sociedade ou o planeta que produz o suficiente para si e para os seres dos ecossistemas onde ela se situa; que toma da natureza somente o que ela pode repor; que mostra um sentido de solidariedade generacional, ao preservar para as sociedades futuras os recursos naturais de que elas precisarão. Na prática, a sociedade deve mostrar-se capaz de assumir novos hábitos e de projetar um tipo de desenvolvimento que cultive o cuidado com os equilíbrios ecológicos e funcione dentro dos limites impostos pela natureza. Não significa voltar ao passado, mas oferecer um novo enfoque para o futuro comum. Não se trata simplesmente de não consumir, mas de consumir com responsabilidade.

Os recursos não renováveis, por essa perspectiva, não podem ser utilizados somente na medida em que podem ser substituídos por um recurso equivalente renovável, necessita-se de medidas sustentáveis renováveis, de ação conjunta do Estado e da sociedade, que se preocupa com a proteção ambiental não apenas em âmbito nacional, mas também internacional, tendo em vista que os problemas ambientais não afetam apenas quem está ao seu redor, mas atravessam fronteiras atingindo todo o planeta.

Ademais, o surgimento do conceito de desenvolvimento sustentável fundamento no crescimento econômico com equilíbrio social e ecológico contribuiu para mudanças de paradigmas, estabelecendo, assim, uma responsabilidade comum pela preservação ambiental e exigindo uma relação proporcional entre a exploração de recursos naturais e a atividade econômica.¹⁷

¹⁴REI, Fernando; FARIAS, Valéria Cristina. **Economia Verde e a Matriz Energética Brasileira: delineamentos e reflexos**. In: GRANZIERA, Maria Luiza Machado; REI, Fernando (Orgs.). *Energia e Meio Ambiente: Contribuições para o necessário diálogo*. São Paulo: Universidade Leopoldinum, 2015, p. 9.

¹⁵REI, Fernando; FARIAS, Valéria Cristina. **Economia Verde e a Matriz Energética Brasileira: delineamentos e reflexos**. In: GRANZIERA, Maria Luiza Machado; REI, Fernando (Orgs.). **Energia e Meio Ambiente: Contribuições para o necessário diálogo**. P. 11.

¹⁶BOFF, Leonardo. **Sustentabilidade: o Que é - o Que Não é**. Petrópolis: Vozes, 1999, p. 137.

¹⁷ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito ambiental**. 13. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2011, p. 27.

Nesse sentido, é inegável afirmar que o meio ambiente necessita de formas que efetivem a tutela do meio ambiente, coibindo a sua destruição e buscando a recuperação das áreas que já foram afetadas pela atividade humana. Fazendo-se também necessária uma regulamentação que tutela a atuação humana frente ao meio ambiente em que se vive, para que evite arbitrariedades na atividade social e, consequentemente, acarretam a degradação ambiental.

Ademais, a utilização de fontes de renováveis de energia é um fator importante na mitigação das alterações climáticas provocadas, por exemplo, pela poluição do ar. Percebe-se também que as emissões humanas estão aumentando dia após dia e elevando a concentração de gases do efeito estufa, que provocam alterações climáticas que afetam o planeta de forma geral. Nesse sentido, em longo prazo, o uso de energias renováveis resulta na redução da concentração de gases poluentes na atmosfera, o que a torna um fator importante para o controle do efeito estufa e na preservação dos recursos naturais, não alterando a paisagem natural com sua extração e ainda não oferecendo risco iminente de contaminação e poluição das áreas onde são produzidas.

Dessa forma, as políticas públicas se apresentam com vital importância para forçar a internalização das externalidades. Elas visam, precipuamente, efetivar a regulamentação e fiscalização do uso dos recursos naturais, de forma a reduzir o efeito das externalidades ou introduzir esse custo no sistema de preços¹⁸.¹⁹

Tem-se então, como um dos pilares mais importantes da justiça ambiental o princípio protetor-recebedor, o qual baseia-se no fato de que todo aquele que contribua para a preservação e/ ou reparação do meio ambiente, possibilitando a existência dos serviços ambientais, deve auferir incentivos de natureza financeira, fiscal ou qualquer outro apto a propiciar a continuidade de tal contribuição para com o meio ambiente.²⁰

Através dele, existe a ideia de compensação pela prestação de serviços ambientais em favor dos que atuam pela defesa do meio ambiente, como forma de promover-se a justiça ambiental, como exemplo, a criação de uma compensação financeira em favor de proprietário rural que mantém a reserva florestal legal em sua propriedade acima do limite mínimo fixado em lei.

Ainda, além dos benefícios financeiros pagos pelo Poder Público, é possível que haja a concessão de créditos subsidiados, redução de base de cálculo e alíquotas de tributos, ou mesmo a instituição de isenções por normas específicas. No Brasil, as promoções de tais atitudes ainda caminham devagar, no entanto, é possível identificar a sua presença quando o artigo 10, parágrafo 1º, II da Lei 9393/1996, excluiu da área tributável do Imposto Territorial Rural alguns espaços ambientais especialmente protegidos.²¹

O princípio do protetor-recebedor, desse modo, pode agir como uma ferramenta de desenvolvimento sustentável, ou seja, com ele realiza-se a justiça ambiental, através da internalização dos riscos ambientais nas

¹⁸REI, Fernando; FARIAS, Valéria Cristina. Economia Verde e a Matriz Energética Brasileira: delineamentos e reflexos. In: GRANZIERA, Maria Luiza Machado; REI, Fernando (Orgs.). **Energia e Meio Ambiente: Contribuições para o necessário diálogo**. P. 22.

¹⁹ Mais informações a respeito das políticas públicas sobre energias renováveis vide: PINTO, Ana Cláudia F., SCHEMMER, Caroline. **Políticas públicas brasileiras de isenções fiscais para produtos de energia renovável como forma de prevenção do ambiente natural**. Disponível em: <<http://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/sidspp/article/view/18750>> Acesso em: 10 ago. 2019.

²⁰MESSIAS, Ewerton Ricardo. Petróleo, Gás e Mudanças Climáticas: Ponderação Sobre o Pagamento Por Serviços Ambientais. In: GRANZIERA, Maria Luiza Machado; REI, Fernando (Orgs.). **Energia e Meio Ambiente: Contribuições para o necessário diálogo**. São Paulo: Universidade Leopoldianum, 2015, p.149.

²¹AMADO, Frederico. **Direito ambiental esquematizado**. 4. ed. São Paulo: Método, 2013, p. 56.

atividades econômicas, efetivada pelo pagamento dos que contribuam para a preservação e reparação do meio ambiente, propiciando a continuidade dos serviços ambientais e, com isso, a existência de vida digna no planeta.²²

Nesse contexto, é inegável que a adoção de energias renováveis influi fortemente na prática da sustentabilidade. Entretanto, apesar de a sustentabilidade não trazer benefícios a curto prazo, é um fator importante que muitas vezes é deixada de lado pelo Estado e os indivíduos, e pode, posteriormente, acarretar problemas, pois a tendência é de que os recursos fiquem cada vez mais escassos.

Dessa forma, investir em energias sustentáveis é um dos principais meios para se assegurar a vida em um ambiente urbano, entretanto, o uso de tais energias ainda não possui plena eficácia, pela dificuldade na sua implementação. É necessária a implementação de variáveis espécies de energia sustentável, uma vez que até fontes aparentemente infinitas podem secar, mesmo que temporariamente (como exemplo, represas para a energia hidrelétrica), caso não sejam usadas com cuidado ou haja perturbações climáticas. Além disso, o fator governamental, através de políticas públicas, juntamente com os indivíduos, através da consciência ecológica, se torna imprescritível para tornar a utilização dessas energias uma realidade mais presente no Estado brasileiro.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por fim, do estudo realizado, buscou-se estudar, através do incentivo a utilização de energias renováveis, uma forma de se buscar um equilíbrio ecológico pautado na sustentabilidade, a fim de que se garanta os direitos fundamentais do homem, com foco naqueles de terceira geração, ou seja, o direito ao meio ambiente equilibrado para as presentes e futuras gerações.

A respeito da proteção ambiental, conclui-se que criação de alternativas para a obtenção de energia limpa, além de uma questão de sustentabilidade, envolve qualidade de vida e desenvolvimento econômico.

Consoante, o Estado tem um papel fundamental na implementação de políticas ambientais de preservação e sustentabilidade, como também de incentivo e difusão de energias renováveis para que uma maior parcela da população brasileira consiga adquirir tais produtos, e tenha um conhecimento mais amplo a respeito da sustentabilidade, possibilitando um melhor uso dos recursos naturais.

Nesse sentido, ressaltou-se a importância da conservação do meio ambiente, uma vez que este está diretamente ligado à existência do ser humano. Além disso, devido ao fato de que a qualidade de vida das futuras gerações depende de atitudes sustentáveis, não se pode negar a obrigação de reformular os hábitos da sociedade, que acabam por desconsiderar que seus futuros descendentes também necessitarão dos recursos naturais.

²²MESSIAS, Ewerton Ricardo. Petróleo, Gás e Mudanças Climáticas: Ponderação Sobre o Pagamento Por Serviços Ambientais. In: GRANZIERA, Maria Luiza Machado; REI, Fernando (Orgs.). **Energia e Meio Ambiente: Contribuições para o necessário diálogo**. P.150.

REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

AMADO, Frederico. **Direito ambiental esquematizado**. 4. ed. São Paulo: Método, 2013.

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito ambiental**. 13. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2011.

BOFF, Leonardo. **Sustentabilidade: o Que é - o Que Não é**. Petrópolis: Vozes, 1999.

GARCIA, Cláudia Lorena Esquivel. **Energia Eólica no setor elétrico brasileiro segundo a perspectiva do direito ambiental: análise comparada e integrações regionais**. Tese (Doutorado em Ciências). Faculdade de Engenharia Elétrica. Escola Politécnica de São Paulo. São Paulo, 2018.

LEITE, Ana Carolina Gomes Moreira. **A Sustentabilidade Empresarial, Social e as Fontes de Energia**. PUC. São Paulo, 2013.

MESSIAS, Ewerton Ricardo. **Petróleo, Gás e Mudanças Climáticas: Ponderação Sobre o Pagamento Por Serviços Ambientais**. In: GRANZIERA, Maria Luiza Machado; REI, Fernando (Orgs.). **Energia e Meio Ambiente: Contribuições para o necessário diálogo**. São Paulo: Universidade Leopoldianum, 2015.

MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

PNUMA. **Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente**. Rumo a uma economia verde: caminhos para o desenvolvimento sustentável e a erradicação da pobreza. Disponível em: <<https://www.unenvironment.org/greeneconomy/Portals/88/documents>>. Acesso em: 13 ago. 2018.

PORTO-GONÇALVES, Carlos Walter. **A Globalização da Natureza e a Natureza da Globalização**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006.

REI, Fernando; FARIAS, Valéria Cristina. **Economia Verde e a Matriz Energética Brasileira: delineamentos e reflexos**. In: GRANZIERA, Maria Luiza Machado; REI, Fernando (Orgs.). **Energia e Meio Ambiente: Contribuições para o necessário diálogo**. São Paulo: Universidade Leopoldianum, 2015.

SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

Taísa Cabeda¹

Talissa Truccolo Reato²

RESUMO

A Medida Provisória 867, de autoria do ex Presidente da República, Michel Temer, inicialmente adiará o prazo para a regularização das propriedades rurais, mas foi acrescida de aproximadamente 35 emendas que não possuem relação com o objeto da mesma, desta forma, fere os direitos já alcançados, que por tanto tempo foram discutidos até chegar-se na elaboração do atual Código Florestal.

PALAVRAS-CHAVE: Medida provisória. Propriedade rural. Proteção ambiental.

ABSTRACT

Provisional Measure 867 by the former President of the Republic, Michel Temer, initially postponed the deadline for the regularization of rural properties, but was added by approximately 35 amendments that are unrelated to its purpose, thus injuring the rights already achieved. , which for so long have been discussed until the current Forest Code has been drafted.

KEYWORDS: Provisional Measure. Rural property. Environmental Protection.

INTRODUÇÃO

A investigação será feita tendo como principal foco as alterações propostas a partir das emendas à Medida Provisória 867, entre elas, a de que prorroga até 31 de dezembro de 2020 o prazo para adesão ao Programa de Regularização Ambiental (PRA), a qual poderá enfraquecer a proteção ambiental, bem como causar fragilidade jurídica e insegurança para os produtores rurais. O artigo será dividido em três partes, na primeira parte será desenvolvida uma análise do Código Florestal em vigor e da Medida Provisória 867, em um segundo momento serão apontadas as principais críticas e a problemática vislumbrada por estudiosos, ambientalista e Ministério Público da União frente a tais modificações. Ao final serão trabalhadas as possíveis violações aos pactos internacionais, os quais o Brasil é signatário, bem como as possíveis infrações aos princípios ambientais e as consequências de tais medidas. Quanto à metodologia, a pesquisa é conduzida por meio do método científico hipotético-dedutivo através de uma investigação qualitativa. O critério de procedimento utilizado é o monográfico. Como instrumento para a realização do processo investigatório, utiliza-se a técnica documental e bibliográfica com suporte em instrumentos normativos e legislações internacionais e nacionais.

¹ Advogada, mestre em direito pela Universidade de Passo Fundo, endereço eletrônico: cabedataisa@gmail.com.

² Advogada, mestre em direito pela Universidade de Passo Fundo e doutoranda pela Universidade de Caxias do Sul, endereço eletrônico: talissareato@hotmail.com.

1 O CÓDIGO FLORESTAL E A IMPORTÂNCIA DO CAR E DO PRA

No Brasil concentram-se algumas das maiores reservas florestais que induz e propicia uma maior exploração das vegetações, por isso, a grande necessidade de um Código que viesse a abranger esses assuntos. Após anos de debates nasceu o Novo Código florestal que por si só, já ocasionou uma série de consequências que geram desconforto, indignação e insegurança jurídica, a comunidade ambientalista classifica-o como uma afronta ao meio ambiente e à sua preservação.

Regulado pela lei 12.651 de 25 de maio de 2012, o Novo Código Florestal vem para normatizar a proteção, preservação e uso sustentável das florestas e demais vegetações. Estabelece o que são áreas de reserva legal, exploração florestal, áreas de preservação permanente, bem como controle e origem de produtos florestais e prevenção de incêndios.

Uma das novidades é o Cadastro Ambiental Rural, o CAR, e a implantação do Programa de Regularização Ambiental, o PRA, nos estados e Distrito Federal. Conforme relata a EMBRAPA³, com o CAR o governo federal poderá conhecer a localização, bem como a situação e a adequação ambiental de cada imóvel rural; já o PRA possibilita aos estados o acompanhamento e orientação dos produtores rurais frente às ações necessárias para a recomposição de suas propriedades no caso de passivos ambientais, sejam elas em Áreas de Preservação Permanente, de Reserva Legal ou de Uso Restrito.⁴

Importa para esse estudo evidenciar que todas as propriedades, devem obter o Cadastro Ambiental Rural, criado pela Lei 12.651/2012 e regulamentado pela instrução normativa MMA n.2 de 5 de maio de 2014, neste sentido:

o Cadastro Ambiental Rural – CAR é um registro público eletrônico de âmbito nacional, obrigatório para todos os imóveis rurais, com a finalidade de integrar as informações ambientais das propriedades e posses rurais referentes às Áreas de Preservação Permanente - APP, de uso restrito, de Reserva Legal, de remanescentes de florestas e demais formas de vegetação nativa, e das áreas consolidadas, compondo base de dados para controle, monitoramento, planejamento ambiental e econômico e combate ao desmatamento.⁵

O CAR é um importante instrumento para que a regularização ambiental de imóveis rurais aconteça, o qual importa em registrar os dados do proprietário, possuidor ou responsável direto pela propriedade; as informações georreferenciadas do perímetro do imóvel, das áreas de interesse social e de utilidade pública; e, ainda, a informação da localização dos remanescentes de vegetação nativa das Áreas de Preservação Permanente, das Áreas de Uso Restrito, das áreas consolidadas e das Reservas Legais.⁶

Já o Sistema Nacional de Cadastro Ambiental Rural – SICAR foi criado pelo Decreto 7.830 de 2012 sendo definido como o primeiro sistema eletrônico nacional reservado para o gerenciamento e cadastro de

³A Empresa Brasileira de Pesquisa Agropecuária (Embrapa) foi criada em 26 de abril de 1973 e é vinculada ao Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento (Mapa).

⁴ Disponível em: <https://www.embrapa.br/>

⁵ Disponível em: <http://www.car.gov.br/#/sobre?page=inscricaoCAR>.

⁶ Disponível em: <http://www.car.gov.br/#/sobre?page=inscricaoCAR>

informações ambientais dos imóveis rurais para o combate ao desmatamento ilegal, propiciar a criação de atividades e programas de controle, monitoramento e planejamento ambiental.⁷

Conforme o site de cadastro para a regularização ambiental, os PRA devem ser implementados pelos estados e Distrito Federal, observando os seguintes requisitos:

Termo de Compromisso por imóvel, com eficácia de título executivo extrajudicial; Disponibilização de mecanismos de controle e acompanhamento da recomposição, recuperação, regeneração ou compensação e de integração das informações no SICAR; Mecanismos de acompanhamento da suspensão e extinção da punibilidade das infrações e crimes nos termos do Art. 59, §4º, e Art 60, § 2º, da Lei nº 12.651/2012, que incluam informações sobre o cumprimento das obrigações firmadas para a suspensão e o encerramento dos processos administrativo e criminal.⁸

No mesmo sentido, enquanto os proprietários ou possuidores de imóveis rurais estiverem cumprindo o Termo de Compromisso, a aplicação das sanções administrativas ficaram suspensas, e, caso seja descumprido, o processo administrativo retoma o seu trâmite normal, sem prejuízo de aplicação de multa e demais sanções previstas, bem como o prosseguimento do processo criminal⁹.

Área de Reserva Legal está conceituada no artigo 3º, III do Código Floresta e é considerada como:

área localizada no interior de uma propriedade ou posse rural, delimitada nos termos do art. 12¹⁰, com a função de assegurar o uso econômico de modo

⁷ Os objetivos do SICAR são: receber, gerenciar e integrar os dados do CAR de todos os entes federativos; cadastrar e controlar as informações dos imóveis rurais, referentes a seu perímetro e localização, aos remanescentes de vegetação nativa, às áreas de interesse social, às áreas de utilidade pública, às Áreas de Preservação Permanente, às Áreas de Uso Restrito, às áreas consolidadas e às Reservas Legais; monitorar a manutenção, a recomposição, a regeneração, a compensação e a supressão da vegetação nativa e da cobertura vegetal nas áreas de Preservação Permanente, de Uso Restrito, e de Reserva Legal, no interior dos imóveis rurais; promover o planejamento ambiental e econômico do uso do solo e conservação ambiental no território nacional; edisponibilizar informações de natureza pública sobre a regularização ambiental dos imóveis rurais em território nacional, na Internet.

⁸ Disponível em: <http://www.car.gov.br/#/sobre?page=inscricaoCAR>

⁹ Disponível em: <http://www.car.gov.br/#/sobre?page=inscricaoCAR>

¹⁰ Art. 12. Todo imóvel rural deve manter área com cobertura de vegetação nativa, a título de Reserva Legal, sem prejuízo da aplicação das normas sobre as Áreas de Preservação Permanente, observados os seguintes percentuais mínimos em relação à área do imóvel, excetuados os casos previstos no art. 68 desta Lei:

I - localizado na Amazônia Legal:

a) 80% (oitenta por cento), no imóvel situado em área de florestas;
b) 35% (trinta e cinco por cento), no imóvel situado em área de cerrado;
c) 20% (vinte por cento), no imóvel situado em área de campos gerais;

II - localizado nas demais regiões do País: 20% (vinte por cento).

§ 1º Em caso de fracionamento do imóvel rural, a qualquer título, inclusive para assentamentos pelo Programa de Reforma Agrária, será considerada, para fins do disposto do caput, a área do imóvel antes do fracionamento.

§ 2º O percentual de Reserva Legal em imóvel situado em área de formações florestais, de cerrado ou de campos gerais na Amazônia Legal será definido considerando separadamente os índices contidos nas alíneas *a*, *b* e *c* do inciso I do caput.

§ 3º Após a implantação do CAR, a supressão de novas áreas de floresta ou outras formas de vegetação nativa apenas será autorizada pelo órgão ambiental estadual integrante do Sisnama se o imóvel estiver inserido no mencionado cadastro, ressalvado o previsto no art. 30.

§ 4º Nos casos da alínea *a* do inciso I, o poder público poderá reduzir a Reserva Legal para até 50% (cinquenta por cento), para fins de recomposição, quando o Município tiver mais de 50% (cinquenta por cento) da área ocupada por unidades de conservação da natureza de domínio público e por terras indígenas homologadas.

§ 5º Nos casos da alínea *a* do inciso I, o poder público estadual, ouvido o Conselho Estadual de Meio Ambiente, poderá reduzir a Reserva Legal para até 50% (cinquenta por cento), quando o Estado tiver Zoneamento Ecológico-Econômico aprovado e mais de 65% (sessenta e cinco por cento) do seu território ocupado por unidades de conservação da natureza de domínio público, devidamente regularizadas, e por terras indígenas homologadas.

§ 6º Os empreendimentos de abastecimento público de água e tratamento de esgoto não estão sujeitos à constituição de Reserva Legal.

sustentável dos recursos naturais do imóvel rural, auxiliar a conservação e a reabilitação dos processos ecológicos e promover a conservação da biodiversidade, bem como o abrigo e a proteção de fauna silvestre e da flora nativa;

Relevante atenção deve-se ter para as Áreas de Preservação Permanente, quais sejam: áreas protegidas podendo ser cobertas ou não por vegetação nativa, mas com a função ambiental de preservar os recursos hídricos, a paisagem, a estabilidade geológica e a biodiversidade, de facilitar o fluxo gênico de fauna, flora e de proteger o solo e assegurar o bem-estar das populações humanas¹¹.

O Código Florestal instituiu um processo composto por 7 etapas para que aqueles agricultores e demais exploradores que desmataram de forma irregular antes de 22 de julho de 2008 pudessem se adequar à lei. Nesse sentido buscou, também, facilitar a regularização dos imóveis rurais através de benefícios para aqueles que assumirem estas irregularidades.

2 MP 867 – PROGRAMA DE REGULARIZAÇÃO AMBIENTAL (PRA)

As medidas provisórias são editadas pelo Presidente da República e possuem força durante a sua vigência, mesmo tendo efeitos jurídicos imediatos, elas precisam de posterior apreciação pelas duas casas do Congresso Nacional (Câmara dos deputados e Senado Federal) para que, posteriormente, possam ser convertidas em lei ordinária. O artigo 62 da Constituição Federal de 1988 determina que em caso de relevância e urgência o Presidente da República pode adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional.

Nesse sentido, quanto ao seu prazo de validade, a Constituição é clara quando informa que caso as medidas provisórias não sejam convertidas em lei no prazo de 60 dias perderão a sua eficácia;¹² e, não votação

§ 7º Não será exigido Reserva Legal relativa às áreas adquiridas ou desapropriadas por detentor de concessão, permissão ou autorização para exploração de potencial de energia hidráulica, nas quais funcionem empreendimentos de geração de energia elétrica, subestações ou sejam instaladas linhas de transmissão e de distribuição de energia elétrica.

§ 8º Não será exigido Reserva Legal relativa às áreas adquiridas ou desapropriadas com o objetivo de implantação e ampliação de capacidade de rodovias e ferrovias.

¹¹ Código Florestal, artigo 3º, II.

¹² Art. 62. Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional.

§ 1º É vedada a edição de medidas provisórias sobre matéria:

I – relativa a:

- a) nacionalidade, cidadania, direitos políticos, partidos políticos e direito eleitoral;
- b) direito penal, processual penal e processual civil;
- c) organização do Poder Judiciário e do Ministério Público, a carreira e a garantia de seus membros;
- d) planos plurianuais, diretrizes orçamentárias, orçamento e créditos adicionais e suplementares, ressalvado o previsto no art. 167, § 3º;

II – que vise a detenção ou sequestro de bens, de poupança popular ou qualquer outro ativo financeiro;

III – reservada a lei complementar;

IV – já disciplinada em projeto de lei aprovado pelo Congresso Nacional e pendente de sanção ou veto do Presidente da República.

§ 2º Medida provisória que implique instituição ou majoração de impostos, exceto os previstos nos arts. 153, I, II, IV, V, e 154, II, só produzirá efeitos no exercício financeiro seguinte se houver sido convertida em lei até o último dia daquele em que foi editada.

§ 3º As medidas provisórias, ressalvado o disposto nos §§ 11 e 12 perderão eficácia, desde a edição, se não forem convertidas em lei no prazo de sessenta dias, prorrogável, nos termos do § 7º, uma vez por igual período, devendo o Congresso Nacional disciplinar, por decreto legislativo, as relações jurídicas delas decorrentes.

§ 4º O prazo a que se refere o § 3º contar-se-á da publicação da medida provisória, suspendendo-se durante os períodos de recesso do Congresso Nacional.

§ 5º A deliberação de cada uma das Casas do Congresso Nacional sobre o mérito das medidas provisórias dependerá de juízo prévio sobre o atendimento de seus pressupostos constitucionais.

das mesmas em até 45 dias, contados de sua publicação, fará com que entrem em regime de urgência na Casa em que se encontrar (Câmara ou Senado), ficando sobrestadas, até que se termine a votação todas as demais deliberações legislativas da Casa em que estiver tramitando.¹³

Com relação ao tramite, as Medidas Provisórias terão sua votação iniciada na Câmara dos Deputados, sendo que o § 9 determina que elas devem ser apreciadas separadamente somente após o exame de comissão mista de deputados e senadores.

Conforme explica Novelino, a edição de uma Medida Provisória tende a gerar dois efeitos: um de ordem normativa, o qual consiste em inovação jurídica, visto a medida provisória possuir eficácia imediata; e, outro efeito de natureza ritual, que consiste na provocação para que o Congresso Nacional instaure o processo para a conversão da Medida Provisória em lei.¹⁴ Acrescenta ainda, que o uso recorrente e desmedido por sucessivos presidentes tem gerado dúvidas a respeito da legitimidade das Medidas Provisórias que deveriam ter caráter excepcional:

Não obstante, em tempos nos quais se exigidos governantes respostas e medidas cada vez mais rápidas e imediatas, é inquestionável a importância de um meio célere para atender situações de urgência. A utilização indevida ou abusiva deve ser reprimida por meio de uma atuação mais rigorosa do Poder Legislativo quando da apreciação dos pressupostos constitucionais, e, excepcionalmente, pelo Poder Judiciário, quando provocado para tal.¹⁵

O que não se compreende é quando uma Medida Provisória, que deveria ter caráter de urgência, é acrescida de aproximadamente 35 emendas relativas a assuntos diversos do proposto inicialmente, como no caso de MP 867, que foi elaborada em 27 de dezembro de 2018, pelo então presidente Michael Temer.

O deputado Sérgio Souza apresentou na comissão mista relatório com relevante alteração do texto original da medida provisória. Entre várias, foram propostas as alterações de prazos para a inscrição no CAR, a expansão da anistia concedida aos proprietários que descumpriram a lei e, ainda, a isenção de obrigação de recompor a reserva legal para estes.

Esta emenda é determinantemente de grande afronta ao Código Florestal, já que reduz a proteção ambiental de forma relevante, pois altera a reserva legal na Caatinga, no Pampa, no Pantanal e no Cerrado e,

§ 6º Se a medida provisória não for apreciada em até quarenta e cinco dias contados de sua publicação, entrará em regime de urgência, subsequentemente, em cada uma das Casas do Congresso Nacional, ficando sobrestadas, até que se ultime a votação, todas as demais deliberações legislativas da Casa em que estiver tramitando.

§ 7º Prorrogar-se-á uma única vez por igual período a vigência de medida provisória que, no prazo de sessenta dias, contado de sua publicação, não tiver a sua votação encerrada nas duas Casas do Congresso Nacional.

§ 8º As medidas provisórias terão sua votação iniciada na Câmara dos Deputados.

§ 9º Caberá à comissão mista de Deputados e Senadores examinar as medidas provisórias e sobre elas emitir parecer, antes de serem apreciadas, em sessão separada, pelo plenário de cada uma das Casas do Congresso Nacional.

§ 10. É vedada a reedição, na mesma sessão legislativa, de medida provisória que tenha sido rejeitada ou que tenha perdido sua eficácia por decurso de prazo.

§ 11. Não editado o decreto legislativo a que se refere o § 3º até sessenta dias após a rejeição ou perda de eficácia de medida provisória, as relações jurídicas constituídas e decorrentes de atos praticados durante sua vigência conservar-se-ão por ela regidas.

§ 12. Aprovado projeto de lei de conversão alterando o texto original da medida provisória, esta manter-se-á integralmente em vigor até que seja sancionado ou vetado o projeto.

¹³Disponível em: <https://www.congressonacional.leg.br/materias/medidas-provisorias>

¹⁴NOVELINO, Marcelo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Juspodium, 2019. p.738.

¹⁵ NOVELINO, Marcelo. **Curso de direito constitucional**. p.738.

prevê que os proprietários que desmataram ilegalmente e possuem o passivo da reserva legal não precisarão recompor a vegetação em 20%, como determina o Código Florestal.¹⁶

A MP 867 tinha como objetivo principal ampliar prazo para que os produtores rurais pudessem se cadastrar no PRA, contudo foram acrescentados vários assuntos diversos à ela, os chamados “jabutis”, os quais o STF já se manifestou pela inconstitucionalidade por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade 5127¹⁷.

O que a Corte fez foi reconhecer que não obstante o seu entendimento de que é incompatível com a Constituição a apresentação de emendas parlamentares sem relação de pertinência temática com Medida Provisória submetida à apreciação do Congresso Nacional, isso não significa o reconhecimento da inconstitucionalidade de toda e qualquer lei de conversão promulgada sob tais condições até a data daquele julgamento, o que evidentemente está a incluir a lei impugnada.¹⁸

É pacífico o entendimento de que as alterações feitas pelas Câmeras e Senado Federal devem ter caráter relevante coincidente com a matéria tratada pela Medida Provisória. “A inclusão de temas alheios ao objeto da MP já tinha sido proibida em 2015 pelo Supremo Tribunal Federal (STF), mas a pacificação do tema, via proposta de emenda à Constituição¹⁹, foi comemorada pelos deputados”.²⁰

A Medida Provisória, que adia pela 5ª vez o prazo para o início do processo de adequação dos imóveis rurais desmatados antes de 22 de julho de 2008, trouxe a oportunidade para o setor ruralista de reduzir ainda mais a proteção florestal, tudo feito por meio de uma discussão guiada por regime de urgência. As alterações trazem consequências danosas para a proteção ambiental, mas acima de tudo passa a mensagem equivocada à sociedade de que o descumprimento de uma lei vale a pena. Trata-se de uma Lei discutida por 11 anos no Congresso Nacional e com a *constitucionalidade validada pelo Supremo Tribunal Federal (STF)*. Novas alterações têm ainda o potencial de gerar novas judicializações, perpetuando-se o cenário de insegurança jurídica.

As alterações mais drásticas, propostas pela MP 867, estão no artigo 59 e no artigo 68, para o primeiro propõem-se a exclusão para adesão do PRA, ou seja, o mesmo que já possui caráter de perdão aos proprietários rurais, será flexibilizado ainda mais e não terá método de efetivação; já, o artigo 68 vem para alterar a reserva legal na Caatinga, Cerrado, Pampa e no Pantanal.

¹⁶ OBSERVATÓRIO DO CÓDIGO FLORESTAL. **Nota Técnica**. Disponível em: https://apremavi.org.br/wp-content/uploads/2019/05/nota-tecnica_mp867.pdf. Acesso em 10 de agosto de 2019.

¹⁷ Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4580410>
Decisão: O Tribunal, por maioria, julgou improcedente o pedido formulado na ação direta com cientificação do Poder Legislativo de que o Supremo Tribunal Federal afirmou, com efeitos ex nunc, não ser compatível com a Constituição a apresentação de emendas sem relação de pertinência temática com medida provisória submetida a sua apreciação, vencidos os Ministros Rosa Weber (Relatora), Marco Aurélio e Ricardo Lewandowski, que julgavam procedente o pedido, e, em maior extensão, o Ministro Dias Toffoli, que o julgava improcedente. Redigirá o acórdão o Ministro Edson Fachin. Presidiu o julgamento o Ministro Ricardo Lewandowski. Plenário, 15.10.2015.

¹⁸ Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=310347152&ext=.pdf>

¹⁹ PEC - Art. 1º O art. 62 da Constituição Federal passa a vigorar com as seguintes alterações: [...] § 13. A medida provisória e o projeto de lei de conversão não conterão matéria estranha a seu objeto ou a este não vinculada por afinidade, pertinência ou conexão.” (NR). Senado Federal, em 17 de agosto de 2011. Senador José Sarney Presidente do Senado Federal. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=0661B440A2C7F9F93DD4CCCB5F886C62.proposicoesWebExterno1?codeor=910045&filename=PEC+70/2011

²⁰ Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/POLITICA/577828-DEPUTADOS-PROIBEM-EMENDAS-%E2%80%9CJABUTIS%E2%80%9D-NAS-MEDIDAS-PROVISORIAS.html>

Frente a tais propostas e diante das atuais circunstâncias brasileiras é possível afirmar que, caso esses dispositivos sejam aceitos, eles ratificarão a ideia de que o crime ambiental compensa.

3 ACORDO DE PARIS E PRINCIPIO DA PROIBIÇÃO DO RETROCESSO AMBIENTAL

O acordo de Paris²¹ tivera seu início com a ECO 92 e foi firmado por 195, dentre eles o Brasil, na 21ª Conferência do Clima (COP-21)²² das Nações Unidas. No Brasil, adesão ao acordo foi confirmada pelo Congresso Nacional em agosto de 2016.

Tal acordo é considerado um marco jurídico para a defesa do meio ambiente na luta contra o aquecimento global. O Brasil assumiu frente à comunidade internacional compromisso de cumprir metas, bem como cadastrou metas internas, entre as quais, estão: a redução de emissões de gases de efeito estufa em 37% abaixo dos níveis de 2005, em 2025, e a redução de emissões de gases de efeito estufa em 43% abaixo dos níveis de 2005, em 2030; o “desmatamento zero” e a recuperação de 12 milhões de hectares de florestas até 2030.²³

Ocorre que a MP 867 afirma-se como uma barreira legal criando uma fronteira distante para a não efetivação do acordo de Paris. Caso seja convertida em lei, ou seja editada em nova sessão legislativa, a MP 867, muito mais do que causar indignação social, vai reduzir a eficiência administrativa ambiental, protelar ou tornar impossível a recuperação de florestas, marcar de forma definitiva o retrocesso ambiental brasileiro.

Conforme manifestação do Ministério Público Federal, através da NOTA TÉCNICA 4ª CCR nº 5/2019²⁴, a fragilização das ferramentas legais de contenção e de reversão de práticas de deflorestação, bem como a não recuperação de áreas irregularmente desmatadas condensadas na MP 867 implicam na infração ao princípio do não retrocesso ambiental.

A não regressão já está reconhecida como indispensável ao desenvolvimento sustentável, como garantia dos direitos das gerações futuras. Ela reforça a efetividade dos princípios gerais do Direito Ambiental, enunciados no Rio de Janeiro em 1992. É um verdadeiro seguro para a sobrevivência da Humanidade, devendo ser reivindicada pelos cidadãos do mundo, impondo-se, assim, aos Estados.²⁵

²¹ Na 21ª Conferência das Partes (COP21) da UNFCCC, em Paris, foi adotado um novo acordo com o objetivo central de fortalecer a resposta global à ameaça da mudança do clima e de reforçar a capacidade dos países para lidar com os impactos decorrentes dessas mudanças. O Acordo de Paris foi aprovado pelos 195 países Parte da UNFCCC para reduzir emissões de gases de efeito estufa (GEE) no contexto do desenvolvimento sustentável. O compromisso ocorre no sentido de manter o aumento da temperatura média global em bem menos de 2°C acima dos níveis pré-industriais e de envidar esforços para limitar o aumento da temperatura a 1,5°C acima dos níveis pré-industriais.

²² A COP21 busca alcançar um novo acordo internacional sobre o clima, aplicável a todos os países, com o objetivo de manter o aquecimento global abaixo dos 2°C. A UNFCCC foi adotada durante a Cúpula da Terra do Rio de Janeiro, em 1992, e entrou em vigor no dia 21 de março de 1994. Ela foi ratificada por 196 Estados, que constituem as “Partes” para a Convenção. Esta Convenção-Quadro é uma convenção universal de princípios, reconhecendo a existência de mudanças climáticas antropogênicas – ou seja, de origem humana – e dando os países industrializados a maior parte da responsabilidade para combatê-la.

A Conferência das Partes (COP), constituída por todos os Estados Partes, é o órgão decisório da convenção. Reúne-se a cada ano em uma sessão global onde as decisões são tomadas para cumprir as metas de combate às mudanças climáticas. As decisões só podem ser tomadas por unanimidade pelos Estados Partes ou por consenso. A COP realizada em Paris será a vigésima primeira, portanto “COP21”. <https://nacoesunidas.org/cop21/>

²³ Disponível em: http://www.itamaraty.gov.br/images/ed_desenvsust/BRASIL-iNDC-portugues.pdf

²⁴ Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/nt-05-2019-4a-ccr-mpv-867-2018.pdf>

²⁵ PRIEUR, M. **Princípio da Proibição do Retrocesso Ambiental**. Tradução de José Antônio Tietzmann e Silva. In: COMISSÃO DE MEIO AMBIENTE, DEFESA DO CONSUMIDOR E FISCALIZAÇÃO E CONTROLE DO SENADO FEDERAL. Princípio da

Tem-se como caráter distinto do princípio do não retrocesso ambiental a proibição de mudanças legislativas que possam ir contra os direitos já conquistados na seara ambiental, claro, com algumas exceções, como calamidade pública e legítimo interesse social.

Afirma Michael Prieur²⁶ que, no atual momento, são várias as ameaças as quais podem ensejar o recuo do Direito Ambiental:

a) ameaças políticas: a vontade demagógica de simplificar o direito leva à desregulamentação e, mesmo, à “deslegislação” em matéria ambiental, visto o número crescente de normas jurídicas ambientais, tanto no plano internacional quanto no plano nacional; b) ameaças econômicas: a crise econômica mundial favorece os discursos que reclamam menos obrigações jurídicas no âmbito do meio ambiente, sendo que, dentre eles, alguns consideram que essas obrigações seriam um freio ao desenvolvimento e à luta contra a pobreza; c) ameaças psicológicas: a amplitude das normas em matéria ambiental constitui um conjunto complexo, dificilmente acessível aos não especialistas, o que favorece o discurso em favor de uma redução das obrigações do Direito Ambiental.

Ingo Sarlet ensina que o princípio da proibição do retrocesso foi desenvolvido inicialmente na Alemanha e em Portugal, contudo, na Alemanha fora difundida discussões a respeito da eficácia dos direitos fundamentais sociais, particularmente os de cunho prestacional²⁷.

O autor afirma, ainda, que a proibição do retrocesso não está restrita aos direitos fundamentais sociais, mas estende-se a todos os direitos fundamentais e decorre, principalmente, do princípio do Estado Democrático e Social de Direito, que impõe um patamar mínimo de segurança jurídica, além de uma segurança contra medidas retroativas²⁸.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após 7 anos da criação Código Florestal, o qual foi efetivado através de longos debates no Congresso Nacional e confirmado pelo STF, está-se diante de novas tratativas para a não aplicação da lei.

As alterações contidas na MP 867 são inconstitucionais, pois diversas da matéria inicialmente tratada, caracterizando-se “jabutis”, conforme entendimento do STF e, representam sério retrocesso na seara ambiental, podendo causar danos irreversíveis ao meio ambiente.

Segundo estima o Observatório do Código Florestal a alteração do art. 68 reduzirá a área a ser recomposta ou recuperada em aproximadamente metade da demanda atual, consolidado entre 4 e 5 milhões de hectares de vegetação natural desmatada irregularmente²⁹.

proibição do retrocesso ambiental. Brasília: Senado Federal, 2012. Disponível em: http://www2.mma.gov.br/port/conama/processos/93127174/Voto_APROMAC_ANEXO.pdf

²⁶ PRIEUR, M. **Princípio da Proibição do Retrocesso Ambiental**. 2012.

²⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 445.

²⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. p. 445.

²⁹ OBSERVATÓRIO DO CÓDIGO FLORESTAL. **Nota Técnica**. Disponível em: https://apremavi.org.br/wp-content/uploads/2019/05/nota-tecnica_mp867.pdf. Acesso em 10 de agosto de 2019.

A legislação ambiental tem sido ponto de vários debates e o governo através de subterfúgios lícitos tenta manipular as leis para seu agrado, a fim de contentar uma minoria. As propostas de alterações legislativas excedem o bom senso e extrapolam a iniciativa do poder executivo.

Frente a esse contexto, brevemente exposto, tem-se que as alterações do Código Florestal propostas pela MP 867 sinalizam a fragilidade do ordenamento jurídico brasileiro, o qual pode ser modificado, mesmo que de forma torta, para beneficiar aqueles que descumpriram as regras de proteção.

REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

BENJAMIN, Antônio Herman. **O meio ambiente na Constituição federal de 1988**. In: KISHI, Sandra Akemi Shimada; SILVA, Sandra Teles da; SOARES, Inês Virgínia Prado (Org.). Desafios do direito ambiental no século XXI. Estudos em homenagem a Paulo Affonso Leme Machado. São Paulo: Malheiros, 2005.

BRASIL. **Decreto nº 4.421, de 28 de dezembro de 1921**. Cria o Serviço Florestal do Brasil. Disponível em: Acesso em 20 jan. 2013.

_____. **Lei nº 12.651, de 25 de maio de 2012**. Código florestal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2012/lei/l12651compilado.htm

_____. **Pretendida contribuição nacionalmente determinada para consecução do objetivo da convenção-quadro das nações unidas sobre mudança do clima**. Disponível em: http://www.itamaraty.gov.br/images/ed_desenvsust/brasil-indc-portugues.pdf. Acesso em 12 de agosto de 2019.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Deputados proíbem emendas jabutis nas medidas provisórias**. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/camara/noticias/noticias/POLITICA/577828-DEPUTADOS-PROIBEM-EMENDAS-%E2%80%9C9CJABUTIS%E2%80%9D-NAS-MEDIDAS-PROVISORIAS.html>. Acesso em: 10 de agosto de 2018.

CAR, **Cadastro Ambiental Rural**. Disponível em: <http://www.car.gov.br/#/sobre?page=inscricaoCAR>. Acesso em 10 de agosto de 2019.

EMB .DECL. NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.127 DISTRITO FEDERAL. Superior Tribunal Federal. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=310347152&ext=.pdf>. Acesso em: 08 de agosto de 2018.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Procuradoria Geral da República. **Nota Técnica** 4ª CCR nº 5/2019. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/nt-05-2019-4a-ccr-mpv-867-2018.pdf>. Acesso em 09 de agosto de 2019.

NOVELINO, Marcelo. **Curso de direito constitucional**. p.738. São Paulo: Juspodium, 2019.

OBSERVATÓRIO DO CÓDIGO FLORESTAL. **Nota Técnica**. Disponível em: https://apremavi.org.br/wp-content/uploads/2019/05/nota-tecnica_mp867.pdf. Acesso em 10 de agosto de 2019.

PRIEUR, M. **Princípio da Proibição do Retrocesso Ambiental**. Tradução de José Antônio Tietzmann e Silva. In: COMISSÃO DE MEIO AMBIENTE, DEFESA DO CONSUMIDOR E FISCALIZAÇÃO E CONTROLE DO SENADO FEDERAL. Princípio da proibição do retrocesso ambiental. Brasília: Senado Federal, 2012.

SARLET, I. W.; FENTERSEIFER, T. **Notas sobre a proibição de retrocesso em matéria (sócio) ambiental**. In: Comissão de meio ambiente, defesa do consumidor e fiscalização e controle do senado federal. O princípio da proibição do retrocesso ambiental. Brasília: Senado Federal, 2012

_____. **A eficácia dos direitos fundamentais.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

COMPLIANCE: UMA FERRAMENTA DE COMBATE À ESCRAVIDÃO CONTEMPORÂNEA NO BRASIL

Bianca Coronetti Farenzena¹²

Maira Angélica Dal Conte Tonial³

RESUMO

Cada vez mais são recorrentes os casos de imigrantes em regime de trabalho escravo no Brasil. Esses são os escravos contemporâneos, aqueles que em busca de uma nova vida ficam vulneráveis e são submetidos a condições degradantes. O compliance, que foi originalmente criado para combate da corrupção empresarial, tem como um de seus efeitos prevenir e consequentemente reduzir o trabalho escravo. Faz-se então necessária, uma maior utilização da ferramenta como forma de combate a escravidão contemporânea.

PALAVRAS-CHAVE: Compliance; Escravidão; Imigrantes.

ABSTRACT

There are more increasingly cases of immigrants in slave labor in Brazil. These are the contemporary slaves, those who in search of a new life are vulnerable and are subjected to degrading conditions. Compliance, which was originally designed to combat corporate corruption, has as one of its effects preventing and consequently reducing slave labor. Therefore, a greater use of the tool is needed as a way to combat contemporary slavery.

KEYWORDS: Compliance; Slavery; Immigrants.

INTRODUÇÃO

As manchetes envolvendo imigrantes, trabalho e escravidão têm tomado lugar nas notícias brasileiras. Em 2010, em São Paulo, duas bolivianas atraídas por propostas de trabalho foram resgatadas de condições degradantes, exploradas e sujeitas a ameaças⁴; no mesmo ano e no mesmo estado “coletes de recenseadores do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) foram feitos por imigrantes submetidos a condições de trabalho análogas à escravidão.”⁵

2013, Belo Horizonte, 100 haitianos foram resgatados de alojamentos semelhantes a senzalas⁶. No ano de 2017, na capital paulista, imigrantes homens e mulheres (de diversos países) foram encontrados trabalhando

¹ Este trabalho foi desenvolvido no âmbito do Grupo de Pesquisa Transnacionalização, Migração e Trabalho, liderado pela Professora Me. Maira Angélica Dal Conte Tonial e Professor Me. Jacson Bacin Vicente, vinculado ao Programa de Mestrado em Direito da Universidade de Passo Fundo (PPGD).

² Acadêmica do 10º semestre do Curso de Direito da Universidade de Passo Fundo - UPF, integrante do Grupo de Pesquisa Direito e Economia e do Grupo de Pesquisa Transnacionalização, Migração e Trabalho, ambos vinculados ao Programa de Mestrado em Direito da UPF (PPGD). E-mail: biancafarenzena@upf.br.

³ Doutoranda em Ciência Jurídica Univalli/UPF. Mestre em Direito pela Unisinos. Especialista em Direito Processual Civil e Processo do Trabalho (2004). Graduada em Direito pela Universidade de Passo Fundo. Docente de Graduação e Pós Graduação na Universidade de Passo Fundo-UPF/RS. Coordenadora Projeto de Extensão Balcão do Trabalhador/Faculdade de Direito/UPF. E-mail: mairatonial@upf.br.

⁴ PYL, Bianca; HASHIZUME, Maurício. **Costureiras são resgatadas de escravidão em ação inédita**. *Repórter Brasil*, 17 de nov. de 2010. Disponível em: <<https://reporterbrasil.org.br/2010/11/costureiras-sao-resgatadas-de-escravidao-em-acao-inedita/>>. Acesso em: 29 de abr. de 2019.

⁵ PORTAL DO TRABALHO DECENTE. **Escravidados produziram coletes de recenseadores**. *Portal Do Trabalho Decente*, 24 de nov. de 2010. Disponível em: <<http://www2.setre.ba.gov.br/trabalhodecente/noticias.asp?id=88>>. Acesso em: 29 de abr. de 2019.

⁶ WROBLESKI, Stefano. **Imigrantes haitianos são escravizados no Brasil**. *Repórter Brasil*, 23 de jan. de 2014. Disponível em: <<https://reporterbrasil.org.br/2014/01/imigrantes-haitianos-sao-escravizados-no-brasil/>>. Acesso em: 29 de abr. de 2019.

como “escravos domésticos” para famílias de classe alta, cumprindo jornadas exaustivas ou mesmo estando a disposição 24 horas⁷.

Santa Catarina, 2017, trabalhadores haitianos foram forçados a carregar funis em altura não permitida legalmente, por até 10 horas diárias⁸. Em Roraima, no ano de 2018, 10 venezuelanos foram resgatados em alojamentos sem água potável, e sem receber pagamento pelo trabalho realizado.⁹

São essas notícias recorrentes nos últimos anos, atingindo o país de norte a sul, atingindo todos que nele vivem. O trabalho em condições análogas a escravidão encontrou no Brasil casa para se proliferar, atingindo os mais vulneráveis: os imigrantes.

Em busca de uma nova vida, com promessas de melhores condições; ou mesmo pela falta de opções para adentrar no mercado de trabalho, os imigrantes que chegam ao país são arrastados para jornadas sem fim de trabalho, por vezes sem receber pagamento algum, e acabam presos em um ciclo sem saída.

Sabe-se que até o ano de 2019 o Brasil já recebeu 1,1 milhão de imigrantes¹⁰, e a tendência é que os números continuem crescendo. O despreparo do país em lidar com tão grande número, culminado com a abolição da escravatura tardia é o caminho para uma contínua exploração do imigrante.

É necessária a busca de ferramentas que auxiliem no combate a escravidão contemporânea (dos imigrantes), e que preparem melhor o país para a chegada de novos trabalhadores.

O instituto de Compliance surgiu inicialmente apenas como meio de combate à corrupção empresarial, mas com sua evolução revelou-se como muito mais, tendo diversos efeitos positivos em áreas diversas. Uma das consequências observadas, ao aplicar a ferramenta em empresas, foi a redução do trabalho escravo.

É importante então entender como é o cenário brasileiro para o imigrante que busca trabalho, o porquê de ele ser arrastado para a condição análoga a de escravo, para perceber o compliance e sua aplicação, como maneira de redução da escravidão contemporânea no Brasil.

1 ESCRAVO CONTEMPORÂNEO: O IMIGRANTE

O Brasil, em 1888, foi o último país a abolir a escravidão na América. Este acontecimento faz com que até hoje o trabalho escravo – ou então análogo ao escravo – siga enraizado no Brasil.

No início do comércio de escravos não existia preocupação com esses nem durante o transporte, nem por parte de seus compradores. A mudança começou quando iniciou-se a discussão de tratar os escravos como

⁷AGÊNCIA BRASIL. **Imigrantes são mantidos em situação análoga à escravidão em SP**. Exame, 01 de ago. de 2017. Disponível em: <<https://exame.abril.com.br/brasil/imigrantes-sao-mantidos-em-situacao-analoga-a-escravidao-em-sp/>>. Acesso em: 29 de abr. de 2019.

⁸LAURETTI, Patrícia. **Estudo revela superexploração de mão de obra de haitianos em Santa Catarina**. Jornal da Unicamp, 16 de mai. de 2017. Disponível em: <<https://www.brasildefato.com.br/2017/05/16/estudo-revela-superexploracao-de-mao-de-obra-de-haitianos-em-santa-catarina/>>. Acesso em: 29 de abr. de 2019.

⁹MARCHAO, Talita. **Salário retido e moradia precária: venezuelanos são resgatados de trabalho escravo em RR**. UOL, 26 de abr. de 2018. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/internacional/ultimas-noticias/2018/04/26/trabalho-escravo-venezuelanos-roraima.htm>. Acesso em: 29 de abr. de 2019.

¹⁰RIBEIRO, Victor. **Brasil já recebeu 1,1 milhão de imigrantes e 7 mil refugiados**. Agência Brasil, 19 de jan. de 2019. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/direitos-humanos/noticia/2019-01/brasil-ja-recebeu-11-milhao-de-imigrantes-e-7-mil-refugiados>>. Acesso em: 29 de abr. de 2019.

as pessoas que de fato eram. Com isso o preço dos escravos aumentou, cuidar dos que ainda possuíam passou a ser necessário, e em sequência veio a Lei Aurea, que oficialmente colocou um fim na escravidão¹¹.

O que deveria ter ficado no passado, mesmo com todo o dano histórico que se observa até hoje, ainda é uma constante.

Apesar de o trabalho escravo parecer ser um acontecimento do passado, calcula-se que milhões de pessoas, incluindo mulheres e crianças, continuam sendo traficadas para diversas partes do mundo, para alimentar a famigerada forma de exploração do homem pelo homem, denominada pelo economista escocês Adam Smith no século XVIII de “aberração”. No entanto, infelizmente, o Brasil é um dos países que mais contribuem com essa monstruosidade.¹²

Em face da triste realidade constatada, revelou-se um novo tipo de escravidão, houve uma mudança na figura do escravo. Antigamente a palavra escravo era remetida ao africano trazido pelos navios negreiros, hoje, o escravo independe de cor, raça ou gênero, é aquele exposto

a jornadas de trabalho excessivas e exaustivas e com salário escasso, isso quando não são pagos com remuneração apenas in natura, segundo a legislação brasileira constante na CLT, no artigo 458 ou quando estão submetidos a servidão por dívida, entre outras modalidades de exploração.¹³

O escravo contemporâneo traduz-se nas pessoas que são mais suscetíveis a serem vítimas do trabalho escravo, aquelas em situação de vulnerabilidade. Com esse perfil, destacam-se os imigrantes que se dirigem ao Brasil em busca de melhores condições de vida, e que para ajudar suas famílias precisam de um emprego para sobreviver.

De 2006 a 2016 a população de imigrantes no Brasil aumentou 160% segundo a Polícia Federal¹⁴, e todos esses imigrantes tentam encontrar seu local no mercado de trabalho. Por xenofobia, racismo ou dificuldade em equivalência de suas qualificações, os imigrantes tem sido excluídos das vagas disponíveis e conduzidos a aceitar propostas que acarretam em um regime de escravidão.

Não só, são elevados os casos de “empresas” que transportam imigrantes prometendo um futuro de ouro, e após trazerem-nos ao Brasil, os submetem a um ciclo de trabalho interminável.

A servidão por dívida ocorre quando as pessoas são forçadas a trabalhar para pagar o transporte, o alojamento, e a comida que recebem. Torna-se praticamente impossível abandonar o local que estão ‘retidos’, sendo ainda comum a retenção de documentos para garantir sua permanência.

É importante destacar que o trabalho em condições análogas às de escravo contraria o Estado Democrático de Direito, a quem incumbe assegurar o exercício dos direitos

¹¹FAQUIM, Danieli Leite; CAMBI, Eduardo. Trabalho escravo, direitos humanos e exclusão social. **Revista Int. Públ. – IP**, Belo Horizonte, ano 19, n. 106, p. 51-65, nov./dez. 2017. Pag. 53.

¹²FAQUIM, Danieli Leite; CAMBI, Eduardo. **Trabalho escravo, direitos humanos e exclusão social**. Pag. 52.

¹³PATRUNI, Anna Paula Cardoso de Paula; VOLPATO, Elaine Cristina Francisco. Democracia, trabalho escravo e lista suja: questão de direito ou de cultura? **Interesse Público – IP**, Belo Horizonte, ano 19, n. 104, jul./ago. 2017. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=248243>>. Acesso em: 22 maio 2019. Pag. 100.

¹⁴VELASCO, Clara; MANTOVANI, Flávia. **Em 10 anos, número de imigrantes aumenta 160% no Brasil, diz PF**. O Globo, 25 de jun. de 2016. Disponível em: <<http://g1.globo.com/mundo/noticia/2016/06/em-10-anos-numero-de-imigrantes-aumenta-160-no-brasil-diz-pf.html>>. Acesso em: 29 de abr. de 2019.

fundamentais e tem o dever de perseguir a inclusão social do trabalhador, conjuntamente com a busca pelo equilíbrio entre as classes detentoras do capital e do trabalho.¹⁵

Não existe uma preparação da população, uma preparação a nível estatal para o crescente de imigração que o país tem recebido. A ideia antiga do imigrante, que deveria ter mudado com o tempo, ainda se encontra muito presente nos dias atuais.

Assim, encontramos um número elevado de estudos sobre migrações e famílias que reproduzem teorias antigas sobre lutas de classe, alienação do capital, exército industrial de reserva, que não encontram respaldo prático nos seus agentes contemporâneos. Isto é, não raro deparamo-nos com pesquisadores que buscam generalizar, por exemplo, todos os imigrantes bolivianos no Brasil como uma “classe proletária” única, ou todos os movimentos anti-imigração como “fascistas”, o que sabidamente é uma inverdade grosseira.¹⁶

Em razão desse despreparo para receber os imigrantes, existe a procura por soluções que mudem esse quadro. Assim, no compliance, encontra-se uma alavanca para impulsionar a mudança e o combate à escravidão contemporânea.

2 COMPLIANCE E SUA APLICAÇÃO

O instituto de compliance surge nos Estados Unidos, em um momento de instabilidade em face da onda de corrupção global ocasionada pelas empresas. Derivada do verbo em inglês *to comply* (que em tradução livre se assemelha a obedecer a algo), a palavra compliance foi a luz encontrada para reduzir a corrupção.

Procurou-se encontrar uma solução capaz de diminuir não só a corrupção já existente, mas que, além disso, trabalhasse com a prevenção de riscos, algo que garantisse a não existência (ou a redução) de futuros escândalos de corrupção.

A ferramenta foi definida oficialmente e internacionalmente como “*an outcome of an organisation meeting its obligations and is made sustainable when embedded in the culture of the organisation and in the behaviour of people working for it.*”¹⁷¹⁸

Complementando a auditoria, que já era utilizada, o compliance deve ser implantado nas empresas através de programas de compliance, que observando as necessidades individuais de cada organização vão modificar a rotina empresarial.

Cria-se um código de conduta/ética, que deve ser seguido por todos, independente da posição hierárquica ocupada (fala-se aqui de gestores a trabalhadores braçais). Esse código estabelece o que deve ser evitado para não se darem atos ilícitos.

¹⁵FAQUIM, Danieli Leite; CAMBI, Eduardo. **Trabalho escravo, direitos humanos e exclusão social**. Pag. 54.

¹⁶UEBEL, Roberto Rodolfo Georg; ABAIDE, Jalusa Prestes. Migrantes e famílias transnacionais na América do Sul: tendências contemporâneas. **Revista de Ciências Sociais**, v.8, n° 1, p.47-74, jan./jun. 2018. Pag. 65.

¹⁷ BANK FOR INTERNATIONAL SETTLEMENTS – BIS. **BIS Compliance Charter**. Suíça, 2005. Disponível em: <<https://www.bis.org/about/compliancecharter.pdf>>. Acesso em: 28 de abr. de 2019.

¹⁸Tradução livre: “o resultado de uma organização que cumpre suas obrigações e se torna sustentável quando incorporada na cultura da organização e no comportamento das pessoas que trabalham para ela.”

Exemplos de preocupações, que vão ter lugar com a prevenção de risco que a ferramenta traz, são a sustentabilidade, a igualdade de gênero, a corrupção e a aqui abordada não utilização de trabalho escravo.

No Brasil foi instituído em 2013 a partir da Lei nº 12.846, objetivando então a redução - se não o fim - da corrupção no país. Importante aqui ressaltar que corrupção não é apenas a ideia comum de suborno, pagamento de propinas e vantagem indevida; a corrupção é também um fato social, uma dimensão ética¹⁹.

Sandel explica que a sociedade mercantil de hoje atribui a tudo um valor, um custo e um lucro, incluindo - erroneamente - o ser humano. A escravidão, desse modo, também é um ato corrupto - a comercialização do ser humano - sendo funcionalmente vencida pelo instituto de compliance²⁰.

O compliance impõe além de a própria empresa não utilizar trabalho escravo, a não contratação com outras empresas ou fornecedores que o utilizem. A adoção de tal conduta contribui em termos financeiros, principalmente em dois aspectos.

Em primeiro plano, não contratar com empresas que utilizem trabalho escravo assegura a não incidência de futuras sanções criminais em decorrência da responsabilidade objetiva, uma vez que a legislação brasileira responsabiliza as condutas corruptas solidariamente.

O artigo quarto da Lei de Compliance brasileira traz que as empresas podem ser “solidariamente responsáveis pela prática dos atos previstos nesta Lei”²¹. Desse modo, ao realizar negócio com uma fornecedora que utilize trabalho escravo, a empresa poderá ser punida por corrupção indireta.

A solidariedade é explicada por Pestana, ao caracterizar a pessoa jurídica com participação indireta, que é aquela que tem parte da responsabilidade no ato corrupto de outra pessoa jurídica²², ou seja, contribui para que o ato se concretize.

O segundo aspecto incide no sentido de que se não existir procura de fornecedoras que ofereçam um preço barato por utilizar trabalho escravo (em função da exigência feita pelo programa de compliance utilizado), essas não irão buscar escravos, uma vez que irá acarretar diretamente na perda de contratos.

Trata-se da questão ética do compliance, que entende a necessidade de manter economia e ética conectadas, não objetivando apenas o lucro. Precisamente no sentido ético da ferramenta, deve-se abordar também a cultura organizacional difundida pelo compliance.

Além das mudanças realizadas em termos de contratos e estrutura, objetiva-se fazer com que todos os colaboradores pratiquem a ética com uma rotina, e não apenas quando necessário.

Ao fazer com que cada um, individualmente, tenha consciência do que é a condição de trabalho análogo a escravidão, que entenda o lado desse imigrante que apenas busca por uma vida digna, mudanças vão acontecer. Reduz-se a compra de produtos de marcas que são conhecidas por casos de trabalho escravo, abrem-se mais portas no mercado de trabalho e cria-se um ambiente de melhor aceitação do outro.

¹⁹ GABRICH, Frederico Andrade; MOSCI, Tiago Lopes. Corrupção, ética e sustentabilidade empresarial. **Revista de Direito Empresarial - RDEmp**, Belo Horizonte, ano 13, n. 03, set./dez. 2016. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=246352>>. Acesso em: 22 maio 2019.

²⁰ SANDEL, Michael J. **O que o dinheiro não compra: os limites morais do mercado**. 6. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2014.

²¹ BRASIL. **Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013**. Brasília, DF, ago. 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/12846.htm>. Acesso em: 09 de fev. de 2019.

²² PESTANA, Marcio. **Lei Anticorrupção: exame sistematizado da Lei nº 12.846/2013**. São Paulo: Manole, 2016.

Em um cenário onde todos possuam essa consciência, não se leriam mais manchetes de resgate de imigrantes sem receber salário, sem água ou comida.

Assim, o compliance se efetiva como uma forma de combate à escravidão contemporânea que tem sido destino de parte dos imigrantes que chegam ao território brasileiro.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Brasil tem sido cada vez mais imigrantes, e os números crescem ano após ano. O problema observado é que não existe mudança no país, não há uma preparação para recebê-los. Não apenas, o país conta com histórico de eliminação tardia do regime de escravidão, o que deixa marcas na sociedade atualmente.

O conjunto dessa situação acarretou na escravidão contemporânea, que é a condição do imigrante de trabalho análogo ao escravo. Aqueles mais vulneráveis não encontram espaço no mercado de trabalho, ou são iludidos com promessa de uma melhor vida, e terminam presos a trabalhar com condições degradantes.

É clara a necessidade de procurar e encontrar soluções que auxiliem no término dessa situação, ferramentas que possibilitem maior conscientização e fiscalização do trabalho escravo, a tão necessária mudança de fato.

Nesse sentido se aplica o compliance, instituto responsável por difundir uma cultura organizacional baseada na ética em empresas, e que se instala encerrando contratos que façam uso da escravidão.

Com uma maior utilização do compliance, a tendência é a redução constante dos índices de imigrantes escravizados, maior é o respeito ao outro, e maior é a dignidade humana.

Compliance é a solução para diminuir a corrupção, melhorar a economia, garantir a sustentabilidade, trabalhar a igualdade de gênero, mas também, e talvez o mais importante: é responsável por salvar a vida dos imigrantes que procuram no Brasil uma nova vida.

REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

AGÊNCIA BRASIL. **Imigrantes são mantidos em situação análoga à escravidão em SP**. Exame, 01 de ago. de 2017. Disponível em: <<https://exame.abril.com.br/brasil/imigrantes-sao-mantidos-em-situacao-analoga-a-escravidao-em-sp/>>. Acesso em: 29 de abr. de 2019.

BANK FOR INTERNATIONAL SETTLEMENTS – BIS. **BIS Compliance Charter**. Suíça, 2005. Disponível em: <<https://www.bis.org/about/compliancecharter.pdf>>. Acesso em: 28 de abr. de 2019.

BRASIL. **Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013**. Brasília, DF, ago. 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm>. Acesso em: 09 de fev. de 2019.

FAQUIM, Danieli Leite; CAMBI, Eduardo. Trabalho escravo, direitos humanos e exclusão social. **Revista Int. Públ. – IP**, Belo Horizonte, ano 19, n. 106, p. 51-65, nov./dez. 2017.

GABRICH, Frederico Andrade; MOSCI, Tiago Lopes. Corrupção, ética e sustentabilidade empresarial. **Revista de Direito Empresarial – RDEmp**, Belo Horizonte, ano 13, n. 03, set./dez. 2016. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=246352>>. Acesso em: 22 maio 2019.

LAURETTI, Patrícia. **Estudo revela superexploração de mão de obra de haitianos em Santa Catarina**. Jornal da Unicamp, 16 de mai. de 2017. Disponível em: <<https://www.brasildefato.com.br/2017/05/16/estudo-revela-superexploracao-de-mao-de-obra-de-haitianos-em-santa-catarina/>>. Acesso em: 29 de abr. de 2019.

MARCHAO, Talita. **Salário retido e moradia precária: venezuelanos são resgatados de trabalho escravo em RR**. UOL, 26 de abr. de 2018. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/internacional/ultimas-noticias/2018/04/26/trabalho-escravo-venezuelanos-roraima.htm>. Acesso em: 29 de abr. de 2019.

PATRUNI, Anna Paula Cardoso de Paula; VOLPATO, Elaine Cristina Francisco. Democracia, trabalho escravo e lista suja: questão de direito ou de cultura?. **Interesse Público – IP**, Belo Horizonte, ano 19, n. 104, jul./ago. 2017. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=248243>>. Acesso em: 22 maio 2019.

PESTANA, Marcio. **Lei Anticorrupção: exame sistematizado da Lei nº 12.846/2013**. São Paulo: Manole, 2016.

PORTAL DO TRABALHO DECENTE. **Escravidados produziram coletes de recenseadores**. Portal Do Trabalho Decente, 24 de nov. de 2010. Disponível em: <<http://www2.setre.ba.gov.br/trabalhodecente/noticias.asp?id=88>>. Acesso em: 29 de abr. de 2019.

PYL, Bianca; HASHIZUME, Maurício. **Costureiras são resgatadas de escravidão em ação inédita**. Repórter Brasil, 17 de nov. de 2010. Disponível em: <<https://reporterbrasil.org.br/2010/11/costureiras-sao-resgatadas-de-escravidao-em-acao-inedita/>>. Acesso em: 29 de abr. de 2019.

RIBEIRO, Victor. **Brasil já recebeu 1,1 milhão de imigrantes e 7 mil refugiados**. Agência Brasil, 19 de jan. de 2019. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/direitos-humanos/noticia/2019-01/brasil-ja-recebeu-1-1-milhao-de-imigrantes-e-7-mil-refugiados>>. Acesso em: 29 de abr. de 2019.

SANDEL, Michael J. **O que o dinheiro não compra: os limites morais do mercado**. 6. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2014.

UEBEL, Roberto Rodolfo Georg; ABAIDE, Jalusa Prestes. Migrantes e famílias transnacionais na América do Sul: tendências contemporâneas. **Revista de Ciências Sociais**, v.8, nº 1, p.47-74, jan./jun. 2018.

VELASCO, Clara; MANTOVANI, Flávia. **Em 10 anos, número de imigrantes aumenta 160% no Brasil, diz PF**. O Globo, 25 de jun. de 2016. Disponível em: <<http://g1.globo.com/mundo/noticia/2016/06/em-10-anos-numero-de-imigrantes-aumenta-160-no-brasil-diz-pf.html>>. Acesso em: 29 de abr. de 2019.

WROBLESKI, Stefano. **Imigrantes haitianos são escravizados no Brasil**. Repórter Brasil, 23 de jan. de 2014. Disponível em: <<https://reporterbrasil.org.br/2014/01/imigrantes-haitianos-sao-escravizados-no-brasil/>>. Acesso em: 29 de abr. de 2019.

A *PUBLIC CHOICE* E A INFLUÊNCIA DOS MEIOS DE COMUNICAÇÃO: UMA ESCOLHA REALMENTE LIVRE?

Bettina Ferreira Goulart¹

RESUMO

A partir da análise da Teoria da *Public Choice*, no que tange aos grupos de interesse que permeiam a sociedade, principalmente os meios de comunicação, questiona-se acerca da liberdade de escolha do cidadão-eleitor. Os grupos de interesse visam influenciar a política para a persecução dos interesses de seu grupo. Ademais, a imprensa, além de grupo de interesse, também possui uma função chave em qualquer democracia que é a de proporcionar a discussão acerca da coisa pública. No entanto, essa discussão será pautada nos seus interesses, e nesse cenário, cabe o questionamento acerca da influência desses interesses no cidadão comum quando da escolha de seus candidatos políticos.

PALAVRAS-CHAVE: Teoria da Escolha Pública, liberdade de escolha, comunicação

ABSTRACT

Based on the analysis of the Public Choice Theory, with regard to the interest groups that permeate society, especially the media, questions about the freedom of choice of citizen-elect. The interest groups aim to influence the politics to pursue the interests of their group. In addition, the press, as well as an interest group, also has a key role in any democracy that is to provide discussion about the public thing. However, this discussion will be based on their interests, and in this scenario, questions about of the influence of these interests on the common citizen when choosing their political candidates.

KEYWORDS: public-choice, freedom of choice, communication

INTRODUÇÃO

Partindo do ponto de vista da Teoria da *Public Choice*, onde, sucintamente, explica-se que as pessoas, dando-se uma ênfase aos agentes públicos, agem na maioria das vezes buscando seus próprios interesses, e não os da coletividade, tem-se que o interesse individual é o principal motivador para as ações humanas. Em uma sociedade, muitos grupos que visam seus próprios interesses acabam utilizando-se da política para conquistar seus objetivos. Um desses grupos é a imprensa, que interfere diretamente no cenário político eleitoral, ao divulgar mais informações positivas sobre o candidato que lhe convém, tanto quanto, muitas vezes difamando o candidato que não lhe interessa que chegue ao poder.

Tendo-se em vista que o cidadão depende diretamente da imprensa para formar suas convicções acerca da maioria dos assuntos, inclusive no que tange à política, cabe a reflexão sobre se as suas decisões como eleitor são realmente livres, pois, é necessário que a informação sobre os candidatos chegue a ele de forma imparcial, sem tomadas de partido.

¹Mestranda do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Passo Fundo – UPF, na Linha de Pesquisa Jurisdição Constitucional e Democracia. E-mail: bettina.ferreira@hotmail.com.

1 A TEORIA DA *PUBLIC CHOICE*

A *Public Choice* é uma teoria econômica que explica o comportamento dos agentes governamentais, partindo da crítica à visão convencional dos processos decisórios nas democracias, em que os agentes políticos são vistos como seres humanos extremamente bondosos, que importam-se com o interesse público e bem comum acima de seus próprios interesses individuais. A teoria econômica explica que

O egoísmo e a busca incessante do lucro [...] constituem a força motriz dos mercados, cujos resultados, num ambiente de concorrência perfeita, seria o equilíbrio e a eficiência geral. A teoria da escolha pública entende que o comportamento dos homens de governo é ditado pelos mesmos princípios utilitários e não pelo altruísmo ou interesse público²

Portanto, essa teoria surge em contraponto à uma visão romantizada dos agentes públicos, explicando mais realisticamente que os comportamentos destes seguem a mesma lógica das motivações que impulsionam o mercado. Dessa forma, a *Public Choice* parte do pressuposto de que todos os indivíduos, sem exceção, trabalham mais com o seu auto interesse do que com o interesse público, e portanto, aquele será o maior motivador de suas ações, mesmo quando este indivíduo vir-se dotado de um cargo público em que, em tese, deveria trabalhar em prol do bem comum de toda a sociedade. Nesse sentido,

em todas as esferas de acção os sujeitos particulares comportam-se da mesma forma que usam no mercado. A consequência imediata deste postulado é que em todas as manifestações políticas os sujeitos pretendem em última análise o seu próprio benefício. Isto faz com que a estatização de qualquer área da economia não seja justificada, já que o resultado final não será o de resolver os problemas do mercado mas antes o seu agravamento. Da mesma forma, o processo eleitoral é governado pelos interesses dos governantes em serem reeleitos e pela tendência dos eleitores a reagirem ao estímulo material³.

Em 1962, os economistas James Buchanan e Gordon Tullock desenvolveram a *Public Choice* de maneira inovadora, sendo ela "uma teoria econômica das constituições, bem como averiguam as regras regulamentadoras das tomadas de decisões do Estado"⁴. Em seu precursor trabalho, refletem sobre a "comercialização de votos, custos econômicos das tomadas de decisões governamentais e, ainda, a criação de uma nova economia de vertente institucional, posto que percebem também a relevância econômica das instituições."⁵

Para Mackaay e Rousseau, a *Public Choice* parte da premissa de que

² BORGES, André. Democracia VS. Eficiência. **A Teoria da Escolha Pública**. Lua Nova: Revista de cultura de política, n 53, 2001, p.161.

³ CORREIA, Carlos Pinto. A Teoria da Escolha Pública: Sentido, limites e implicações. In: **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**, 2000. Disponível em: <<https://digitalis-dsp.uc.pt/jspui/handle/10316.2/24782>> acesso em: 19 jan 2019, p. 548.

⁴ CASTRO, Leila Angélica de Oliveira. A Teoria da Escolha Pública aplicada às políticas públicas de transporte urbano na região metropolitana do Rio de Janeiro. 2015. **Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal Fluminense**, Niterói, 2015, p. 20.

⁵ CASTRO, Leila Angélica de Oliveira. A Teoria da Escolha Pública aplicada às políticas públicas de transporte urbano na região metropolitana do Rio de Janeiro. 2015, p. 20.

os fenômenos coletivos devem ser explicados como composições de ações de atores individuais que, se presume, agem racionalmente e de conformidade com seus próprios interesses. A premissa pode ser justificada pela consideração de que seria espantoso ver pessoas, que escolhem suas ações racionalmente e segundo seus próprios interesses na esfera privada, imbuídas de angelicismos desde que eles entrem na esfera da ordem pública.⁶

Em uma democracia, é importante ressaltar que existem alguns grupos que influenciam na tomada de decisão do Estado, sendo eles: os cidadãos ou eleitores, os eleitos, os membros das administrações, e por fim, os grupos de interesse que buscam influenciar o governo na busca dos objetivos específicos do grupo.⁷

Primeiramente, o cidadão, na condição de eleitor, exerce o direito-dever do voto quando de eleições ou referendos, tendo como interesse próprio votar em um candidato que lhe beneficie de alguma forma. Entretanto, um eleitor sozinho não tem o poder de realizar mudanças estruturais, e quando este se conscientiza deste fato, percebe que “tanto faz” qual candidato vença o pleito eleitoral. Dessa forma, não busca grande informação acerca dos candidatos políticos:

Mesmo se seu candidato preferido ganhar, o ganho que o eleitor auferisse pessoalmente é mínimo, às vezes nenhum. Em consequência, o investimento pessoal e financeiro que, racionalmente, aceitará fazer para se informar sobre os destinos da eleição é nenhum. Tudo que faça em relação à informação é para seu prazer, como atividade de consumo.⁸

Dessa forma, o eleitor, em geral, busca apenas as informações que lhe são fornecidas gratuitamente, que são adquiridas sem grandes esforços. Entretanto, há grupos específicos de eleitores que buscam um candidato também específico: esses acabam buscando outros eleitores com os mesmos interesses e, coletivamente, acabam encontrando em meio à classe política, o candidato ideal para o grupo, que, concomitantemente, tem interesse em informar-se acerca dos interesses do grupo para poder fazer promessas a estes.⁹

A classe política, segundo os autores, por mais que se atente pensar que busque agir em busca do bem comum e de ideais humanísticos, na maioria das vezes age apenas em prol dos seus interesses – ou de interesses do seu grupo de eleitores. Isso se explica

[...]pelo regime eleitoral em democracia representativa. Porque o candidato que desejasse perseguir o interesse geral em política, arriscar-se-ia muito a ser vencido por aquele que promete a seus eleitores programas que lhes sejam pessoalmente vantajosos. Pela lógica darwiniana, o idealista desaparece da cena política em favor daquele que consegue ser reeleito.¹⁰

Isto é, por mais que existam políticos engajados em prol do bem comum e comprometidos em fazer o correto, muitas vezes estes veem-se ofuscados pelos demais, inclusive arriscando-se a perder uma eleição, uma vez que

⁶ MACKAAY, Ejam; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise econômica do direito**. 2ª ed. – São Paulo: Editora Atlas, 2015, p. 161-162.

⁷ MACKAAY, Ejam; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise econômica do direito**. 2015, p. 162.

⁸ MACKAAY, Ejam; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise econômica do direito**. 2015, p. 162.

⁹ MACKAAY, Ejam; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise econômica do direito**. 2015, p.163.

¹⁰ MACKAAY, Ejam; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise econômica do direito**. 2015, p.164.

os demais imbuem-se não de princípios, mas em atingir os interesses da classe (o grupo de interesse) que o perpetua no poder. Isso, pois, em uma democracia representativa, “o político tem papel de árbitro na atribuição de programas procurados por diferentes grupos de clientes-eleitores [...], ele compra os votos com o dinheiro público na forma de programas prometidos ao eleitor”¹¹. Portanto, o político busca agradar os grupos de interesse:

[...] os políticos tendem a criar políticas com vantagens concentradas e custos dispersos. Essa tendência é explicada visto que os eleitores, geralmente, se informam pouco, mas de maneira detalhada, eventualmente por interposto grupo de interesse, sobre os programas que lhes concernem de modo direto e importante. O político é bastante incentivado a criar programas que favoreçam os membros desses grupos¹²

Outro grupo determinante para que os governantes tomem decisões do Estado é a chamada burocracia, ou administração, que é “o conjunto de organizações por meio das quais o Estado executa suas funções”¹³. Estas são exemplo muitas vezes de ineficiência, visto que, não podendo visar o lucro, “a burocracia presta serviços sem contrapartida direta (como há no mercado) ou a preço inferior ao custo”.¹⁴

Segundo estudo realizado pelo economista americano Niskanen em 1994¹⁵ em órgãos burocráticos do governo, conclui-se que o Estado gasta mais com serviços governamentais do que o público de fato necessita, consistindo, portanto, em desperdício de receitas públicas. Isto ocorre simplesmente pois esses órgãos agem de maneira monopolista, não sendo subordinados à concorrência, e portanto, não tendo motivos para melhorar a oferta de seus serviços ou diminuir seus preços, por exemplo.¹⁶

Finalmente, cabe analisar o papel dos grupos de interesse em meio à perspectiva da tomada de decisão dos governos. Esses grupos visam a obtenção de vantagens através da política, e isso se dá por intermédio do apoio a determinados políticos. Para tal, buscam informações sobre quais políticos irão apoiar, sendo que “o apoio pode consistir em contribuições financeiras, diretamente para a caixa eleitoral ou, de maneira mais sigilosa”¹⁷. Quando um grupo de interesse obtém sucesso nessa busca por seus interesses, outras pessoas percebem que podem também se organizar em grupos de interesse. Desta feita, estamos “presos num círculo vicioso que leva a maior intervenção do Estado em certas atividades produtivas”¹⁸. Esse fenômeno é explicado pelos economistas como busca por rendas (*rent seeking*):

A noção reveste grande conjunto de medidas, programas de subvenção ou de gratuidade de serviços, isenções fiscais, regulação da indústria [...], trata-se de vantagens obtidas por via política que não seriam alcançadas no mercado privado ou apenas com custos muito mais altos.¹⁹

¹¹ MACKAAY, Ejam; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise econômica do direito**. 2015, p. 164.

¹² MACKAAY, Ejam; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise econômica do direito**. 2015, p. 166-167.

¹³ MACKAAY, Ejam; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise econômica do direito**. 2015, p.170.

¹⁴ MACKAAY, Ejam; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise econômica do direito**. 2015, p. 170.

¹⁵apud MACKAAY E ROUSSEAU, 2015, p. 174.

¹⁶ MACKAAY, Ejam; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise econômica do direito**. 2015, p. 174.

¹⁷ MACKAAY, Ejam; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise econômica do direito**. 2015, p. 177.

¹⁸ MACKAAY, Ejam; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise econômica do direito**. 2015, p. 178.

¹⁹ MACKAAY, Ejam; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise econômica do direito**. 2015, p. 178.

Dessa forma, surge o problema de uma maior concorrência política, acima da concorrência econômica, entretanto, na política praticamente não há incentivo à inovação, como ocorre no mercado. Isso resulta em uma maior quantidade de pessoas vivendo às custas do Estado, e poucos indivíduos buscando seus interesses através da inovação e iniciativa privada – fator que é prejudicial à economia de um país.

2 OS MEIOS DE COMUNICAÇÃO E A OPINIÃO PÚBLICA

Além dos quatro grupos descritos no capítulo anterior (eleitores, eleitos, membros da administração pública e grupos de interesse), cabe salientar um quinto grupo de extrema relevância para a tomada de decisão por meio do Estado: a imprensa, ou a mídia, de modo geral. Conforme Manuel Castells, todo “o poder está baseado no controle da comunicação e da informação, seja ele o poder macro do Estado e das corporações de mídia, seja o poder micro de todos os tipos de organização”²⁰. Por exemplo, em regimes políticos autocráticos, o poder só é plenamente exercido pelo governante (o ditador) quando há o controle da comunicação. Essa comunicação a que se refere o autor é a chamada “comunicação de massa”, a qual é responsável por levar as informações à sociedade, sendo ela “moldada e administrada por relações de poder, tem raízes nos negócios da mídia e nas políticas do Estado”.²¹

Nesse sentido, a “moldagem de mentalidade” é a mais eficiente maneira de dominar ou subordinar grupos, muito mais do que através da força ou coação²². Por tal motivo que uma comunicação livre mostra-se uma prática extremamente subversiva, pois através dela se “desafia o poder dos relacionamentos incorporados às instituições e organizações da sociedade”.²³ Castells refere que

[...] as relações de poder ao redor do mundo foram, de fato, drasticamente afetadas pelo novo contexto da comunicação digital. [...] A manipulação da informação continua a esconder a verdade dos cidadãos, incluindo questões de guerra e paz, vida e morte. O dinheiro continua a moldar a política, primeiramente através de campanhas midiáticas e políticas informativas, focalizando eleitores a partir de métodos sofisticados de construção de base de dados por meio de roubo à sua própria privacidade. **Os cidadãos têm que encontrar seu próprio meio de pensar através do labirinto da política do espetáculo e de imagens adulteradas que constroem sua percepção.**²⁴

Conforme o autor, a chamada *autocomunicação de massa* surge como uma nova forma de comunicação. Com o advento da internet, quando os receptores da comunicação de massa passaram a poder participar do processo comunicacional, tem-se o surgimento desse novo modo de comunicação, que segundo Castells, é um modo *interativo*, é “a capacidade de enviar mensagens de muitos para muitos”²⁵. O processo de *autocomunicação de massa* se manifesta principalmente através da internet, que se mostra um meio de

²⁰ CASTELLS, Manuel. **O Poder da Comunicação**; Tradução de Vera Lúcia Mello Joscelyne; revisão de tradução de Isabela Machado de Oliveira Fraga. – 2ª ed. – Rio de Janeiro/ São Paulo: Paz e Terra, 2017, p. 21.

²¹ CASTELLS, Manuel. **O Poder da Comunicação**. 2017, p. 21.

²² CASTELLS, Manuel. **O Poder da Comunicação**. 2017, p. 29.

²³ CASTELLS, Manuel. **O Poder da Comunicação**. 2017, p. 31.

²⁴ CASTELLS, Manuel. **O Poder da Comunicação**. 2017, p. 33.

²⁵ CASTELLS, Manuel. **O Poder da Comunicação**. 2017, p. 101.

comunicação interativo, pois “não “assistimos” à internet como assistimos à televisão. Na prática, os usuários de internet (a maioria da população nas sociedades avançadas e uma proporção crescente no Terceiro Mundo) *vivem* com ela”.²⁶ Ademais, a internet é “o tecido de comunicação de nossas vidas, para o trabalho, para a conexão pessoal, para a formação de redes sociais, para informação, para diversão, para serviços públicos, para a política e até para a religião”²⁷ e ainda, por óbvio, para acessar as mídias tradicionais do rádio, televisão e jornais, que encontram na internet o complemento para a veiculação de notícias.

A Internet, apesar de ter se popularizado com um propósito diverso do inicial, proporcionou uma escala inimaginável de liberdade de expressão dos povos, surgindo como um novo espaço de comunicação, o qual mostra-se mais “transparente e universal de resto, levado a profundamente renovar as condições da vida pública no sentido de uma liberdade e de uma responsabilidade acrescidas do cidadão”.²⁸ A rede mundial de computadores surge na forma de um espaço sem barreiras geográficas, denominada por Pierre Lévy como *ciberespaço*, e foi, certamente, o meio de comunicação que mais rapidamente se popularizou à escala mundial²⁹. O nome *ciberespaço* advém da palavra grega *kubernétès*, que significa “o homem do leme”, “piloto” ou “aquele que governa”, ou seja, logicamente nenhum governo existe sem que haja a comunicação³⁰.

Dessa forma, é fundamental o papel dos meios de comunicação para que haja uma plena governação do Estado, sendo que o surgimento da imprensa foi o responsável direto pela evolução dos Estados-nação, primeiramente através da opinião pública deflagrada pelos jornais, rádio, televisão e “mais recentemente, a interligação mundial dos computadores, que integra todos os *media* anteriores num meio de comunicação interactiva original, leva ao nascimento de *um novo espaço público*”³¹.

O ciberespaço é também o responsável pela aquisição de uma maior liberdade do indivíduo, bem como de toda a coletividade, e é devido a esse *novo espaço público* que a própria democracia tem passado por uma mudança muito grande no que tange à participação popular, através do “desenvolvimento do ciberactivismo à escala mundial [...] em ágoras virtuais, governos electrónicos cada vez mais “transparentes””³².

Nesse contexto, interessante ressaltar o modo de produção de conteúdo em sites da internet, expressão da *autocomunicação de massa*. Ao contrário da comunicação unidirecional da mídia tradicional, em que jornalistas passam pelo julgamento de um corpo editorial antes de terem suas matérias publicadas, por exemplo, na internet os conteúdos são gerados pelos próprios usuários e difundidos para uma grande escala de receptores que geralmente também são produtores de conteúdo.³³

A *autocomunicação de massa*, entretanto, apesar dos benefícios da disseminação de conhecimento entre pessoas que antes eram apenas receptores, mas que agora podem participar de modo interativo dessa comunicação, não possui um método para determinar *quais conteúdos* podem ser gerados, e quais seus *efeitos* entre os partícipes da comunicação. Ainda assim, é um importante meio de diversificar e proporcionar a

²⁶ CASTELLS, Manuel. **O Poder da Comunicação**. 2017, p. 111.

²⁷ CASTELLS, Manuel. **O Poder da Comunicação**. 2017, p. 111.

²⁸ LEVY, Pierre. Pela Ciberdemocracia. In: MORAES, Dênis de (org.). **Por uma outra comunicação: Mídia, mundialização cultural e poder** – 2ª ed. – Rio de Janeiro: Record, 2004, p. 11.

²⁹ LEVY, Pierre. **Pela Ciberdemocracia**. 2004, p. 22.

³⁰ LEVY, Pierre. **Pela Ciberdemocracia**. 2004, p. 28.

³¹ LEVY, Pierre. **Pela Ciberdemocracia**. 2004, p. 29.

³² LEVY, Pierre. **Pela Ciberdemocracia**. 2004, p. 30.

³³ CASTELLS, Manuel. **O Poder da Comunicação**. 2017, p. 115.

pluralidade de informações que são difundidas, pois antes eram exteriorizadas apenas as ideias das classes dominantes da mídia.³⁴

Portanto, essa forma de comunicação proporciona uma maior inclusão das pessoas, que interagem em vez de serem apenas receptoras de uma mensagem, e é essa interação que possibilita a compreensão do significado da mensagem. Essa compreensão é variável de pessoa para pessoa, dependendo da forma como se derem essas interações.

As liberdades comunicativas, traduzidas através da liberdade de expressão como um todo, são os mais importantes elementos em um Estado Democrático de Direito, haja vista sua estreita vinculação com uma sociedade politizada, plural e democrática:

Se a liberdade de expressão e informação, nos seus primórdios, estava ligada à dimensão individualista da manifestação livre do pensamento e da opinião, viabilizando a crítica política contra o *ancien régime*, a evolução daquela liberdade operada pelo direito/dever à informação, especialmente com o reconhecimento do direito ao público de estar suficiente e corretamente informado; àquela dimensão individualista liberal foi acrescida uma outra dimensão de natureza coletiva: a de que a liberdade de expressão e informação contribui para a formação da opinião pública pluralista – esta cada vez mais essencial para o fundamento dos regimes democráticos, a despeito dos anátemas eventualmente dirigidos contra a manipulação da opinião pública.³⁵

Salienta-se portanto o duplo fundamento dessa liberdade comunicativa: a esfera necessária para a manutenção da dignidade da pessoa humana e dos direitos individuais, bem como, a esfera que age como garantia para a concretização de um Estado Democrático de Direito, bem como à pluralidade de ideias. A liberdade de expressão engloba “tanto a manifestação de opiniões, quanto de ideias, pontos de vista, convicções, críticas, juízos de valor sobre qualquer matéria ou assunto e mesmo proposições a respeito de fatos”³⁶.

Nesse ensejo, ressalta-se que a informação é um direito do cidadão, para que este possa tomar ciência acerca dos acontecimentos à sua volta, principalmente no que tange a assuntos políticos. Para tal, indissociável se faz o papel de formadora de opinião que a imprensa possui, sendo que a mesma é vista como um bem social, ou seja, existe para o benefício de toda a coletividade.

3 A INTERFERÊNCIA DOS MEIOS DE COMUNICAÇÃO NO CENÁRIO POLÍTICO

Os agentes dos meios de comunicação de massa ou *mass media*, devem proporcionar aos cidadãos o acesso a informações a respeito da coisa pública, de maneira plural e imparcial, para que o cidadão por si próprio possa definir suas opiniões a respeito do assunto. Nesse sentido, quando da divulgação de notícias ou informações sobre eleições políticas, por exemplo, deve a imprensa abordar todas as perspectivas sobre os

³⁴ CASTELLS, Manuel. **O Poder da Comunicação**. 2017, p. 119.

³⁵ FARIAS, Edilson Pereira de. **Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação**. 1996, 134.

³⁶ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel Francisco. Curso de direito constitucional. 3. ed. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2014.p. 457-458.

temas de maneira igualitária, para que todas as ideologias, todos os partidos políticos e todos os candidatos fiquem em pé de igualdade frente ao eleitor que os analisará. Agindo assim, a comunicação social atinge o seu objetivo em prol da democracia³⁷.

Possuem esses veículos também a função de proporcionar a discussão pública, sendo essa a *concepção comunitária da comunicação social*, onde esses meios são vistos como os responsáveis por proporcionar “uma arena pública cuja importância reside na possibilidade de facultar o diálogo democrático, oportunizando o estabelecimento de um racional, franco e vigoroso debate entre os diversos segmentos sociais sobre os assuntos de interesse geral”³⁸.

Como é sabido, a imprensa livre foi o principal fundamento das democracias modernas, tendo em vista o seu papel de formadora da opinião pública. Isso não quer dizer

[...] que todas as novas dominações de um meio de comunicação *determinam automaticamente* o regime político correspondente, mas sim que certas mudanças políticas só se *tornam possíveis* – pensáveis até - pela via da existência de *media* apropriados. [...] O receio que as ditaduras têm pela imprensa livre, pelos *media* audiovisuais planetários difundidos por satélite e pela Internet é perfeitamente justificado³⁹.

Assim, refere-se que a imprensa como um todo, além de tornar possível o Estado Democrático como existe hoje, pelo seu poder de denunciar as arbitrariedades estatais, foi ainda a principal responsável por tornar o mundo em si muito mais transparente do que o era⁴⁰. Todavia, por mais que um Estado mais democrático signifique mais garantias de mais liberdade expressão, bem como, quanto mais liberdade de expressão signifique mais democracia (tanto que a liberdade de expressão é muitas vezes tida como o “termômetro” democrático de uma nação), também pode-se afirmar que a liberdade de expressão desenfreada e sem limites também pode prejudicar a democracia e vice versa.⁴¹ Os meios de comunicação de massa possuem, portanto, uma elevada importância para a política, visto exercerem a fiscalização de organismos estatais e de seus funcionários, bem como levando “aos cidadãos as informações indispensáveis para que possam realizar de forma inteligente as decisões que lhes cumprem numa democracia deliberativa” de forma a possibilitar “um autêntico debate público e influenciando no estabelecimento da agenda política”⁴².

Os meios de comunicação possuem a função de “cão de guarda público”, ou seja, são os responsáveis por fiscalizar o modo de agir do governo e entidades estatais, bem como dos seus agentes, sejam de qual dos três poderes forem. Essa é a função-dever de “informar aos cidadãos tudo o que está acontecendo nos centros de poder, mormente denunciando as irregularidades atinentes ao manejo da coisa pública”⁴³. Entretanto, é necessário para o funcionamento correto dos meios de comunicação que estes também passem por alguma

³⁷ FARIAS, Edilson Pereira de. **Liberdade de expressão e comunicação: Teoria e proteção constitucional**. 2001. 290 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2001, p. 102-103

³⁸ FARIAS, Edilson Pereira de. **Liberdade de expressão e comunicação: Teoria e proteção constitucional**. 2001, p. 103.

³⁹ LEVY, Pierre. **Pela Ciberdemocracia**, 2004, p. 36.

⁴⁰ LEVY, Pierre. **Pela Ciberdemocracia**. 2004, p. 36.

⁴¹ MITIDIERO, Daniel Francisco. **Curso de direito constitucional**. 2014, p. 456-457.

⁴² FARIAS, Edilson Pereira de. **Liberdade de expressão e comunicação: Teoria e proteção constitucional**. 2001, p. 100.

⁴³ FARIAS, Edilson Pereira de. **Liberdade de expressão e comunicação: Teoria e proteção constitucional**. 2001, p. 101.

espécie de fiscalização, de modo que não haja a formação de monopólios ou oligopólios no que tange às empresas do ramo.

É portanto através da mídia, principalmente na forma da imprensa que os cidadãos formam suas opiniões em relação ao governo, e por isso o processo de “criação” de notícias passa por diversas etapas. Primeiramente, os jornalistas buscam dar maior ênfase em situações que mexam com os sentimentos das pessoas. Isso, pois as notícias “podem funcionar como fontes de estímulos equivalentes à experiência vivenciada”⁴⁴, e é por isso que se busca noticiar o que é mais chamativo, ou “polêmico”, como as situações que geram medo ou ódio do público. Essa espécie de sentimento permanece mais tempo na mente humana.

Os meios de comunicação de massa possuem claramente uma função política muito forte, pois têm o poder de fiscalizar, avaliar ou criticar o poder posto, além de também possibilitar ao cidadão a informação e consequente debate acerca de ideias políticas. Os *mass media* vêm possibilitando uma espécie de mediação entre o governo e o cidadão, convertendo portanto os veículos jornalísticos “em atores políticos possuidores de enorme influência sobre a sociedade civil e o Estado, sendo, por essarazão, designados também de quarto poder”⁴⁵.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Tendo em vista a análise da Teoria da *Public Choice*, se extrai que as pessoas buscam a satisfação dos seus próprios interesses, sejam agentes públicos, sejam os grupos de interesse que intervêm na política. Entre os grupos de interesse ressalta-se os meios de comunicação, os quais, possuem claramente uma função política muito forte, pois têm o poder de fiscalizar, avaliar ou criticar o poder posto, além de também possibilitar ao cidadão a informação e consequente debate acerca de ideias políticas. Mas além disso, tem-se o lado negativo desses meios quando da influência na convicção dos eleitores, de onde se extrai o questionamento acerca da escolha dos mesmos: o cidadão é realmente livre nas suas escolhas políticas?

A conclusão a que se chega é que os meios de comunicação de massa interferem diretamente nessa liberdade de escolha, quando divulgam mais informações positivas sobre um determinado candidato, ou através da difamação (ou mesmo a falta de divulgação) acerca do candidato adversário, geralmente o que não lhes prometeu nenhuma benesse. Ademais, é difícil definir a liberdade de escolha do cidadão, visto que a informação acerca de temas políticos (bem como de qualquer outro tema) nem sempre chega de forma neutra e imparcial ao mesmo, de forma que, mesmo o cidadão mais instruído, sofrerá alguma influência externa na formação de suas convicções. Nesse contexto, tem-se uma falta de liberdade de escolha por parte do cidadão, pois mesmo estando inserido no contexto de uma sociedade democrática, sofrerá influência em menor ou maior grau na sua tomada de decisão individual.

⁴⁴ CASTELLS, Manuel. **O Poder da Comunicação**. 2017, p. 209.

⁴⁵ FARIAS, Edilson Pereira de. **Liberdade de expressão e comunicação: Teoria e proteção constitucional**. 2001, p. 101, p. 104.

REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

BORGES, André. Democracia VS. Eficiência. A Teoria da Escolha Pública. **Lua Nova: Revista de cultura de política**, n 53, p 159-179, 2001.

CASTELLS, Manuel. **O Poder da Comunicação**; Tradução de Vera Lúcia Mello Joscelyne; revisão de tradução de Isabela Machado de Oliveira Fraga. – 2ª ed. – Rio de Janeiro/ São Paulo: Paz e Terra, 2017.

CASTRO, Leila Angélica de Oliveira. **A Teoria da Escolha Pública aplicada às políticas públicas de transporte urbano na região metropolitana do Rio de Janeiro**. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal Fluminense, Niterói, 2015.

CORREIA, Carlos Pinto. **A Teoria da Escolha Pública: Sentido, limites e implicações**. In: Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Disponível em: <<https://digitalis-dsp.uc.pt/jspui/handle/10316.2/24782>> acesso em: 19 jan 2019.

FARIAS, Edilsom Pereira de. **Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1996.

FARIAS, Edilsom Pereira de. **Liberdade de expressão e comunicação: Teoria e proteção constitucional**. 2001. 290 f. Orientador: Silvio Dobrowolski. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2001.

LEVY, Pierre. Pela Ciberdemocracia. In: MORAES, Dênis de (org.). **Por uma outra comunicação: Mídia, mundialização cultural e poder** – 2ª ed. – Rio de Janeiro: Record, 2004.

MACKAAY, Ejam; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise econômica do direito**. 2ª ed. – São Paulo: Editora Atlas, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel Francisco. **Curso de direito constitucional**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

ARTIGOS - GT 2 - TENDÊNCIA E PERSPECTIVAS DO NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO

EL MEDIO AMBIENTE EN LA REPARACIÓN DEL TEJIDO SOCIAL, EN COMUNIDADES AFECTADAS POR EL CONFLICTO SOCIAL Y ARMADO EN COLOMBIA

Melissa González Rodríguez ¹

RÉSUMEN

El presente artículo plantea la importancia del medio ambiente y su estrecha relación con el hombre, como elemento esencial para la construcción de una paz estable y duradera frente a un conflicto armado interno, que se vivió en Colombia alrededor de 50 años. Explica particularmente, como el medio ambiente ha sido afectado negativo y positivamente, siendo este un factor decisivo en el desarrollo del conflicto. Por lo tanto, su rol será protagónico y relevante en el proceso de construcción de una paz estable, duradera y sostenible, mediante un proceso de memoria histórica en que la naturaleza se convierta en un eje central para la reconstrucción del tejido social.

PALABRAS CLAVES: Medio ambiente, tejido social, paz, protección, restauración y conservación.

ABSTRACT

This article states the close relationship between the environment and man, as a relevant element for the construction of a stable and lasting peace in face of the internal conflict, which colombian people have lived for around 50 years. It explains how the environment has been positive and negative affected, since it has been decisive factor through the conflict. Therefore environment will have a relevant and prominent role in a lasting and sustainable peace process, that requires a historic record in which nature becomes the principal topic where in the social tissue can be restored.

KEYWORDS: Environment, Social tissue, peace, protection, restauration and conservation.

“Nosso compromisso é aprender a cuidar do planeta”. (Junges, 2006, p32).

INTRODUCCIÓN

La idea central de este artículo es la incidencia y afectación que han tenido los ecosistemas naturales en el marco del desarrollo e intensificación del conflicto armado interno, en los últimos 50 años. Para abordar esta problemática se hace necesario tener una perspectiva multi-actoral porque el mayor grado de responsabilidad recae no solo en cabeza de los grupos armados ilegales, sino que la conducta desplegada por los agentes del Estado y los terceros intervinientes ha sido también determinante en la degradación de la cual ha sido objeto la biodiversidad del país.

Estas conductas se traducen en un daño ambiental en concreto, en su mayoría irreparable y en una vulneración masiva de derechos fundamentales y colectivos de las comunidades, en particular para aquellas que tienen un vínculo especial con el entorno natural como las poblaciones indígenas y campesinas. Esto sin dejar de lado que la preocupación por el manejo ambiental les concierne a todos, debido a que las afectaciones al medio ambiente repercuten directamente en la calidad de vida del ser humano y en la filosofía del buen vivir.

¹ Universidad Libre, seccional Cali –Colombia . Facultad de Derecho & Ciencias Políticas. 2019

La pregunta problema sobre la cual se construirá esta disertación es: ¿Debe ser el medio ambiente un eje transversal para la construcción de la paz y la reconciliación en Colombia? Para responder este interrogante el trabajo se dividirá en tres secciones. La primera, se desarrollará en la enmarcación de la riqueza natural que tiene Colombia, la segunda, en los efectos que el conflicto ha generado en el medio ambiente de manera positiva y negativa antes de la firma del acuerdo de paz y por último, la realidad de los compromisos medio ambientales adquiridos en el posacuerdo y en relación con convenios o tratados internacionales ratificados.

De esta forma, se puede entender la dinámica existente entre la biodiversidad del país y el desarrollo del conflicto armado.

La respuesta conllevó a determinar la importancia de emprender un plan estratégico de restauración del medio ambiente, al tratarse de una entidad viviente compuesta de múltiples formas de vida y en relación al tejido social de quien la habita y experimentan la necesidad de un ambiente sano que facilite la construcción de una paz estable y duradera. De esta forma la sociedad colombiana estaría logrando vivir dignamente, alcanzando así el progreso, felicidad y reconciliación como meta de su existencia.²

1 CARACTERÍSTICAS DE LA BIODIVERSIDAD COLOMBIANA

Para abordar una noción mínima del medio ambiente es necesario tener en cuenta una breve definición, precisándolo como el espacio donde se forma la vida de millones de seres vivos y abióticos que son todos aquellos carentes de vida. También, como el espacio donde se da origen a la sociedad gracias a sus elementos naturales y artificiales que van siendo modificados por la acción humana dotándolo de virtud, historia e intencionalidad. He aquí la vital importancia de la naturaleza para el ser humano ya que es el lugar de relación, existencia, creación, comunicación y subsistencia entre todas sus partes.

Desde tiempos antiguos la concepción de medio ambiente siempre ha tenido una mayor riqueza y sensibilización de las comunidades al desarrollar un vínculo más estrecho de manera espiritual y tradicional con sus recursos. Se tiene como referente a los países de Perú, Colombia, Ecuador, Bolivia y el noreste Argentino quienes han referenciado a la naturaleza en el mito indígena Andino conocido como la pachamama, etimológicamente de la lengua quechua, pacha como “Tierra” y mama como “madre” catalogándola, así como una diosa fértil de la vida y la naturaleza en todo su conjunto, siendo merecedora de total respeto y protección. La madre tierra, siendo la encargada de proteger a las personas y permitiéndoles vivir gracias a sus indispensables aportes como el agua, alimentos, aire y demás emana una responsabilidad inmensa en tanto que se debe cuidar lo mejor posible, y como una manera de agradecimiento y correspondencia a la madre por todo lo que brinda con generosidad. De esta forma, en la sentencia C-632 de 2011 se expuso que: ***la naturaleza no se concibe únicamente como el ambiente y entorno de los seres humanos, sino también como un sujeto con derechos propios, que, como tal, deben ser protegidos y garantizados.***³

Siendo Colombia un gran privilegiado por su ubicación geográfica en el que confluye el océano pacífico con el atlántico, contando con extensos bosques naturales y páramos en cerca del 53% de su territorio que aportan agua al 70% de la población nacional, en los que habitan más de 54.871 especies animales y

² Cardozo, James. **Juremos ser felices**. Cali - Colombia, Norma. 2017.p.17.

³ Corte de Constitucional de Colombia (C.C). **Sentencia C 632 del 2011**. Agosto 24, 2011, M.P. G.E. Mendoza Martelo.

vegetales, existen 341 tipos de ecosistemas diferentes y 32 biomas terrestres como dice Von Humboldt, 2015. Además, está posicionado en quinto lugar entre los diecisiete países más biodiversos del mundo. También ocupa el primer lugar en especies de aves y orquídeas, cuenta con 59 áreas protegidas pertenecientes al Sistema de Parques Nacionales Naturales, que en total suman una superficie 142,682 kilómetros cuadrados, algo así como el tamaño de Nicaragua.⁴

A continuación, cabe resaltar que en los derechos bioculturales reconocidos en el marco del derecho internacional, están todos los derechos colectivos de las comunidades étnicas que se relacionan con su entorno natural y cultural donde desarrollan sus tradiciones y forma de vida, con relación al medio ambiente y la biodiversidad que no pueden comprenderse aisladamente. Así que en relación con nuestra identidad colombiana, los indígenas y campesinos se han relacionado más con la naturaleza, como su hogar sagrado, en un lugar del mundo representado en un territorio, emprendiendo valiosas labores para trabajarla y de igual manera proteger la tierra.

2 EFECTOS DEL CONFLICTO ARMADO Y SU DINÁMICA EN EL MEDIO AMBIENTE ANTES DEL ACUERDO

En esta magnitud la naturaleza colombiana ha convivido paralelamente con un conflicto armado durante cinco décadas, transformada en un perfecto campo de batalla gracias al olvido y abandono del Estado en estas zonas. En las que además, se ha caracterizado por el aprovechamiento desmesurado que se obtiene de estas tierras al explotar sus reservas generando daños irreparables en sus ecosistemas.

El conflicto armado ha tenido una dimensión ambiental desde sus inicios. Debido al manejo de los recursos naturales han suscitado tensiones generadoras de violencia por su control y acaparamiento con el fin de que estos actores armados ilegales puedan sostenerse a través de sus actividades ilícitas.

“Aunque suene cínico”, explica Frederic Massé, profesor de la Universidad Externado, “la guerra ha permitido que muchos ecosistemas permanezcan intactos”.

Muestra de esto un estudio de las Naciones Unidas reveló cómo los cultivos de coca han disminuido en el país, pero han aumentado en los parques. Hoy en 19 de estos resguardos verdes hay 3.379 hectáreas sembradas de coca. Con un problema adicional: que como son parques, no se pueden fumigar. Hace siete años, el entonces presidente Uribe intentó hacerlo, a pesar de que las normas ambientales así lo prohíben.⁵

Durante más de 60 años, la historia fue contada a partir de la violencia y de la pérdida de vidas humanas. En la actualidad, con la firma del acuerdo de paz la sociedad se enfrenta a un nuevo paradigma, que es el proceso de consolidación de una paz estable, duradera y sostenible que exige, entre otras cosas, la

⁴ Juan Camilo Castañeda . Hacemos Memoria. Medellín, Colombia. El ecoturismo en Colombia después de las FARC. 2018. <http://hacemosmemoria.org/2018/03/18/el-ecoturismo-en-colombia-despues-de-las-farc/>

⁵ Semana (2013). **Los parques: de las balas a la paz**. Recuperado de <https://www.semana.com/nacion/articulo/los-parques-de-las-balas-la-paz/358371-3>

construcción de una memoria histórica, que permita comprender cuales fueron las causas que originaron la confrontación.

Es difícil determinar con exactitud cuáles han sido las causas que provocaron el surgimiento, mantenimiento e intensificación de la violencia. Debido a que ha obedecido a diversos factores sociales, políticos, económicos, históricos y escasamente reconocidos los ambientales. Pero es indudable que el conflicto armado interno colombiano desde sus inicios ha tenido una clara dimensión ambiental, la cual ha tenido un papel protagónico en la forma en cómo este se ha desarrollado y los lugares de la geografía nacional que han sufrido con mayor intensidad los rigores de la guerra.

El conflicto armado y el medio ambiente se relacionan de diversas formas debido a que este no solo es una causa y fuente de financiamiento que provoca el surgimiento de dinámicas violentas, suscitadas por el control de la explotación de recursos naturales renovables o no renovables por parte de los grupos armados ilegales, que ven en ellos un factor determinante para la consolidación de su poder criminal, sino que también puede ser una víctima o un beneficiario de la confrontación violenta.⁶

En primer lugar, el Medio ambiente puede ser el escenario de la causa de confrontación, en el caso colombiano, debido al acaparamiento y concentración de la propiedad rural agraria, que junto a un clima generalizado de violencia política durante el siglo XX, fue el motor para la aparición de las guerrillas liberales, que desde la causa subversiva ha sido el embrión de grupos guerrilleros de izquierda como el Ejército de Liberación Nacional (ELN) y las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC EP) entre otros, que tenían como consigna la lucha por la democratización de la tierra.

La violencia armada en Colombia, no obedece a una causalidad singular, es por esta razón que este no puede considerarse como un conflicto por los recursos naturales “Es claro que hay una multiplicidad de causas políticas y sociales que explican en mayor medida el surgimiento del mismo.”⁷ Pero si debe reconocerse que el medio ambiente y las particularidades que ofrece la geografía nacional han sido importantes desde el origen mismo de la confrontación, ya que ha determinado la transformación de la forma en como se ha desarrollado dicho conflicto y sus dinámicas de guerra que han provocado el surgimiento de nuevos grupos armados ilegales.

La complejidad de la geografía, la multiplicidad de ecosistemas y riquezas del entorno natural que han sido instrumentalizadas por los distintos grupos al margen de la ley han encontrado en ellas no solo una fuente de financiamiento para mantener e intensificar la violencia, sino que se han convertido en una frontera natural contra las operaciones militares de las fuerzas armadas del Estado colombiano. En palabras de Echandía⁸ “La geografía de la presencia guerrillera refleja con claridad cómo avanza de manera cada vez más evidente hacia las zonas que le proporcionan ventajas estratégicas en la confrontación”

⁶ Garavito, et al..**La paz ambiental retos y propuestas para el Pos-acuerdo.** s/p.

⁷ Rodríguez Garavito, et al..**La paz ambiental retos y propuestas para el Pos-acuerdo.** p.21.

⁸ Echandía. **El conflicto armado colombiano en los años noventa: cambios en las estrategias y efectos económicos.** Colombia internacional. 2000. p.117. Recuperado de <https://revistas.uniandes.edu.co/doi/pdf/10.7440/colombiaint49-50.2000.06>.

Es indudable entonces, que la guerrilla de las FARC-EP transformó su forma de lucha, de una guerra de focos a una guerra de posiciones, es decir busco hacerse al control de extensas franjas de territorio, convirtiendo en puntos de enclave de su poder la periferia del territorio nacional. Migrando hacia aquellas zonas de especial manejo ambiental que le permitieran una autonomía financiera, esto gracias a la ganadería extensiva, los monocultivos y a las economías extractivistas ilegales como los cultivos ilícitos, la tala ilegal de árboles y la minería ilegal.

La violencia en Colombia ha sido focalizada en ciertas zonas del territorio nacional, lejos de las grandes ciudades del centro del país, los embates de la guerra se han centrado en aquellos departamentos y municipios de las periferias del territorio, donde la ausencia del Estado ha dejado un espacio para el control de los grupos armados ilegales, dichos territorios tienen una característica en común, sus ecosistemas privilegiados y su riqueza natural.

El Departamento Nacional de desarrollo (DNP) en su informe del año 2014 “En buena parte, el escenario geográfico del conflicto armado han sido las regiones que tiene un alto valor ambiental para Colombia”⁹.

Para el año 2013 antes de la firma del acuerdo de paz, la presencia de grupos armados ilegales en los parques naturales se media de la siguiente manera:

Tanto es el impacto de la guerra que hoy se registra presencia de grupos armados en 23 de los 57 parques del país, en 25 hay enterradas minas antipersonales, en 12 minería ilegal, y en 15 es tan álgido el conflicto que los funcionarios de Parques Nacionales tienen muchas dificultades para ir a cuidarlos.¹⁰

Una segunda forma de relación entre el Medio ambiente y el desarrollo del conflicto armado, es que el control de la explotación de recursos naturales se ha convertido en la principal fuente de financiación de los grupos armados ilegales. El programa de las Naciones Unidas para el medio ambiente (PNUMA) señala que *"en los últimos 60 años al menos el 40% de los conflictos interestatales han tenido alguna relación con los recursos naturales y que por lo menos 18 conflictos violentos han tenido su origen en la explotación de los recursos naturales"*¹¹.

Las formas en como los grupos armados al margen de la ley se han financiado es diversa, ya sea mediante economías extractivas ilegales, explotando directamente los recursos naturales o mediante extorsión a personas o grupos empresariales que lo hagan, ya sea mediante un impuesto sobre el peso de los minerales extraídos o por el número de dragas que cada minero utilice. De igual forma, la ganadería y los monocultivos han sido una forma de sostenimiento de dichas empresas criminales.¹²

Una de las principales fuentes de financiamiento de las FARC- EP era la minería ilegal, cuyas cifras ascienden a “Más de 20.000 millones de pesos mensuales recibían dos frentes de las Farc en Guaviare y

⁹ Rodríguez Garavito, et al..**La paz ambiental retos y propuestas para el Pos-acuerdo**. p.25.

¹⁰ Semana (2013). **Los parques: de las balas a la paz**. Recuperado de <https://www.semana.com/nacion/articulo/los-parques-de-las-balas-la-paz/358371-3>

¹¹ Programa de las naciones unidas para el medio ambiente (PNUMA). **Conflictos y recursos**. 2009. Recuperado de <http://www.un.org/es/peacekeeping/issues/environment/resources.shtml>.

¹² Rodríguez Garavito, et al..**La paz ambiental retos y propuestas para el Pos-acuerdo**. s/p.

Guainía por cuenta de la explotación ilegal de oro y coltán extraído de reservas naturales del oriente del país”.¹³ Dicha explotación provocó el desplazamiento de las comunidades indígenas, que se negaron a realizar las actividades mineras en sus territorios ancestrales.

Otra de las principales fuentes de financiamiento de la FARC-EP fue la minería ilegal de oro.

Un ejemplo de esto, es lo que sucedía en el departamento del Tolima: En una sola explotación aurífera tradicional en Ataco, en el Tolima, las Farc tenían ingresos diarios de 120 millones de pesos por mina, según las cifras de la Sexta Brigada del Ejército. Y de acuerdo con una información publicada por la revista Cofradía, los frentes 21 y 25 que operan en el sur del Tolima, reciben tres mil millones de pesos mensuales de los mineros ilegales.¹⁴

La minería ilegal se convirtió en una actividad criminal más lucrativa para los grupos ilegales que el narcotráfico: “Un kilo de clorhidrato de cocaína está en unos \$6 millones y un kilo de oro entre \$130 millones y \$140 millones. Es mucho más rentable y mucho más fácil de producir.” (El espectador, 2018).

Como lo dicen los autores Messe y Camargo El ELN y las Bacrim también se financian con ingresos provenientes de la minería ilegal de oro, en efecto en ocho departamentos el oro ha desplazado a la coca como fuente de financiación de los actores armados citado por Rodríguez Garavito, et al.¹⁵

Otra de las fuentes de financiación de los actores armados que involucran al medio ambiente, es el negocio del narcotráfico, mediante el control de cada una de las etapas de producción hasta su comercialización. Los grupos armados ilegales han convertido las zonas de especial manejo ambiental, como los parques naturales, resguardos indígenas y tierras de comunidades negras en corredores estratégicos para sus actividades criminales y a los ecosistemas en enormes laboratorios para el procesamiento de coca.

Para el año de 1998 los organismos de seguridad calculaban que las Farc ganaban cerca de 136 millones de dólares (272 mil millones de pesos), como producto de sus negocios de la droga. Y unos seis años después, la información de inteligencia indicaba que para 2003, el 76 por ciento de los frentes de las Farc se dedicaba a actividades del narcotráfico.¹⁶

La FARC-EP “antes del desarme controlaban el 79% de cultivos de coca del país” (El tiempo, 2017). Estas cifras evidencian indudablemente que el papel de las economías extractivas ilegales de recursos naturales ha sido trascendental en la perpetuación del conflicto armado en Colombia. Pero estas formas de financiación deben entenderse más allá del simple campo económico, debido a que estas se han convertido en modalidades de victimización del medio ambiente, gracias a la degradación de la cual debe ser objeto la naturaleza para el

¹³ El tiempo. “Las Farc movían \$20.000 millones en minería ilegal” . 2015. Recuperado de <https://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-15735055>.

La silla vacía. De lo que viven las Farc sin el secuestro. 2012 . Recuperado de <https://lasillavacia.com/historia/de-lo-que-viven-las-farc-sin-el-secuestro-31683>

¹⁵ Rodríguez Garavito, et al..La paz ambiental retos y propuestas para el Pos-acuerdo.p.24

¹⁶ La silla vacía. De lo que viven las Farc sin el secuestro. 2012 . Recuperado de <https://lasillavacia.com/historia/de-lo-que-viven-las-farc-sin-el-secuestro-31683>

desarrollo de estas actividades, provocando un daño ecológico irreparable y la afectación masiva de derechos fundamentales de las comunidades, que habitan dichos territorios.



Fotógrafo colombiano: Jesús Abad Colorado

“El color agrede en situaciones de violencia. El blanco y negro le da más carácter de documento, de duelo”.

3 ACUERDO DE PAZ Y COMPROMISOS MEDIO AMBIENTALES

El pasado 26 de Septiembre de 2016 cuando se firmó el acuerdo final de paz, un nuevo intento de cinco ya fracasados sin soluciones, sin lograr el objetivo de finalizar el conflicto armado que ha permanecido por más de 50 años. En este proyecto verosímil que busca la pacificación de la sociedad, se reconoce que la construcción de una paz duradera y estable es una tarea en la que se requiere participación de toda la sociedad colombiana, sin distinción alguna para llevar a cabo la superación del pasado, construir un óptimo presente y así disfrutar de un buen futuro.

Se contó con el acompañamiento de la comunidad internacional de los países de Cuba y Noruega como garantes en este proceso, Chile y Venezuela como acompañantes.

En las etapas próximas del proceso habrá que establecer en el país reformas sobre temas estructurales como una reforma política para un desarrollo agrario integral que sea equitativa para el país, ya que el problema de la tierra es causa histórica de las confrontaciones en Colombia. Permitirle al campesinado y comunidad agraria al acceso y uso de la tierra de forma responsable con el medio ambiente, teniendo en cuenta la participación ciudadana en la toma de decisiones y el empoderamiento de las comunidades, así como, el aprovechamiento de tierras improductivas y la formalización de la propiedad.

Otro factor importante es la participación política en el ejercicio de la oposición política, garantizando sus derechos y la inclusión de nuevos movimientos, mecanismos democráticos de participación ciudadana en los diversos temas. Además de la intervención de la sustitución de cultivos de drogas ilícitas, trabajando de la mano con la comunidad en su diseño, ejecución y evaluación de los programas de sustitución y recuperación

ambiental que por suerte, al igual que en otras situaciones de posconflicto, el país tiene un activo valioso que puede contribuir con el proceso de reconciliación: su medio ambiente único, su biodiversidad lujosa y la necesidad que tiene el país de restaurarla y gestionarla de forma adecuada como se indica Helena Durán (2016).

Los primeros años de implementación del acuerdo serán los cimientos más importantes para una construcción y reconstrucción de políticas sólidas que permitan el avance de la paz, así evitar el regreso a la violencia política que desde una visión transformadora, se convierta en una oportunidad para fortalecer la autonomía de las personas, su capacidad de agencia, su facultad de reconocimiento por el otro. (Sistema de justicia territorial para la paz, 2017, pg14) y trascenderla definitivamente.

4 CONVENIOS DEL ACUERDO DE PAZ A LA LUZ DE TRATADOS INTERNACIONES DEL MEDIO AMBIENTE

A la fecha después de la firma del acuerdo Colombia no ha ratificado convenios internacionales sobre medio ambiente, pero se sigue trabajando bajo los lineamientos anteriores que se han adoptado y cabe resaltar que es deber del Estado desarrollar leyes relativas a la responsabilidad e indemnización a las víctimas de contaminación y otros daños ambientales. Y entre estos toma la Declaración ambiental de Rio de Janeiro que enmarca en el principio 25 como la paz, el desarrollo y la protección del medio ambiente son interdependientes e inseparables.

El programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) manifestó la necesidad de incluir las intervenciones ambientales para el desarrollo del post acuerdo, que se implementen acciones prioritarias tales como la reforma agraria equitativa, un modelo de desarrollo más flexible, la sustitución de los cultivos de coca, desminados, manejo de zonas de reservas forestales. De esta forma se le permitiría a la población emprender actividades que mejoren la competitividad de las regiones, sus condiciones y sobre todo conservar la vocación ambiental además que es obligación del Estado garantizar diferentes oportunidades de vida a la población, el aprovechamiento y goce del tiempo para que logren habituarse a realizar lo que verdaderamente son competentes y aman, adquiriendo así sus talentos¹⁷ siendo oportuno en este momento de post conflicto en el que se busca subsanar heridas y rencor en las víctimas directas e indirectas y en actores de este conflicto.

5 REALIDAD MEDIO AMBIENTAL POST – ACUERDO DE PAZ

La realidad medio ambiental posacuerdo atraviesa una fase muy delicada por el incumplimiento del gobierno ante la ejecución de lo pactado, también, se ha determinado que los daños causados al medio ambiente en tiempos de conflicto siguen afectando a los ecosistemas y los recursos naturales mucho después de terminado el conflicto y a menudo se extiende mucho más allá de los límites de los territorios nacionales y de la generación actual (Res37. ONU, 5 noviembre 2011).

Es por esto que con preocupación se ha observado que los ecosistemas naturales han sido víctimas olvidadas y es por esto que su reconocimiento es crucial en la etapa de construcción de la paz. Debido a que

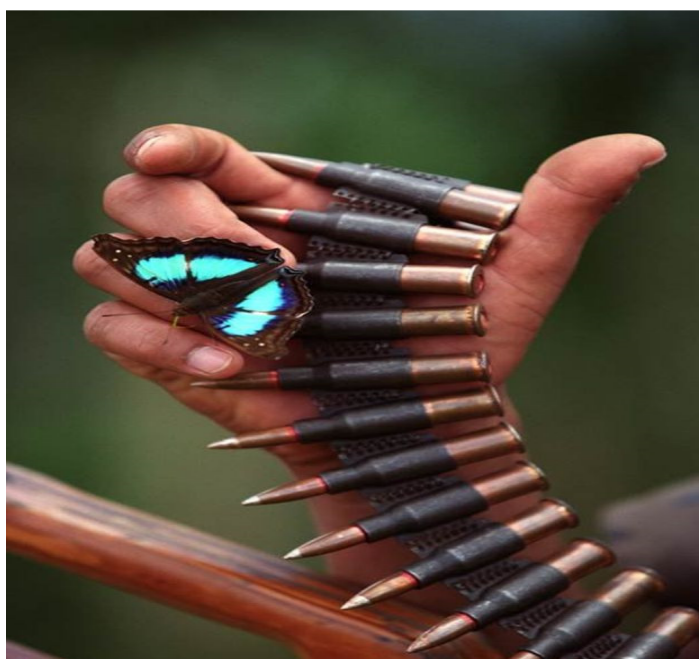
¹⁷ Cardozo, James. **Juremos ser felices**.p.17.

la biodiversidad debe ser un elemento integrador de un proceso colectivo de memoria histórica y de recomposición del tejido social a partir del territorio mismo, de las comunidades más afectadas por la violencia.

Y en la etapa de posconflicto, los ecosistemas naturales que antes estaban vedados para el Estado y las multinacionales ahora quedarán a su disposición. Debido al vacío de poder dejado por las FARC - EP que en muchos lugares de la geografía nacional hizo las veces de autoridad ambiental y control impidiendo el ingreso a estas privilegiadas zonas. Esto es muestra de las tensiones ambientales que genera el proceso de construcción de paz.

En palabras del presidente de Ecopetrol Juan Carlos Echeverry “Con la paz esperaríamos tener la posibilidad de entrar a Caquetá mucho más fuerte, a Putumayo, a Catatumbo, sitios donde antes era difícil acceder. La paz nos debe permitir no solamente a Ecopetrol, sino a todas las petroleras del país, generar desarrollo en las regiones, sacar más petróleo”¹⁸

Ante esta situación se le ha exigido al gobierno el fortalecimiento del sistema de justicia en todos los lugares del país, ya que es eminentemente centralista y no se torna eficaz para la solución de conflictos, legítimo y con énfasis territorial.



Fotógrafo colombiano: Jesús Abad Colorado.

CONSIDERACIONES FINALES

Una vez hecho este análisis de forma general sobre la incidencia medio ambiental en el surgimiento, mantenimiento e intensificación del conflicto armado interno colombiano, es evidente el papel trascendental de los ecosistemas en la guerra, pero su incidencia deberá ser mayor en el proceso de construcción y conservación de la paz estable, duradera y sostenible debido a que la pacificación debe empezar desde los territorios siendo óptimos para la supervivencia y no dar lugar a futuras guerras por la falta de dichos recursos.

¹⁸ El Espectador. “La paz nos va a permitir sacar más petróleo de zonas vedadas por el conflicto”.2016. Recuperado de <https://www.elspectador.com/noticias/economia/paz-nos-va-permitir-sacar-mas-petroleo-de-zonas-vedadas-articulo-627058>

El reconocimiento del medio ambiente como víctima de este conflicto es fundamental ya que implica considerarlo como una entidad titular de derechos y merecedora por sí misma, de justicia, protección y reparación por parte del Estado, entidades de orden privado y el resto de la población, que en trabajo conjunto se pueda alcanzar los ideales de reconstrucción de la cultura, fraternidad y prosperidad de un verdadero Estado de paz y justicia.¹⁹

Es por esto que la búsqueda de la paz, debe ir de la mano de la protección y de la restauración del medio ambiente, con el fin de crear una ética ecológica que impulse la búsqueda de un modelo de desarrollo sostenible y el respeto por la biodiversidad del país.

REFERENCIA A LAS FUENTES CITADAS

Cardozo, James. (2017). **Juremos ser felices**. Cali - Colombia, Norma

Corte de Constitucional de Colombia (C.C), **Sentencia C 632 del 2011**. Agosto 24, 2011, M.P. G.E. Mendoza Martelo, (Colombia).

Dejusticia (2016). **La reconciliación a través del Medio ambiente** recuperado de <https://www.dejusticia.org/column/la-reconciliacion-a-traves-del-medio-ambiente/>

Echandía, C (2000, mayo). **El conflicto armado colombiano en los años noventa: cambios en las estrategias y efectos económicos**. Colombia internacional, 49-50 recuperado de <https://revistas.uniandes.edu.co/doi/pdf/10.7440/colombiaint49-50.2000.06>.

El Espectador (2016). “**La paz nos va a permitir sacar más petróleo de zonas vedadas por el conflicto**”. recuperado de <https://www.elespectador.com/noticias/economia/paz-nos-va-permitir-sacar-mas-petroleo-de-zonas-vedadas-articulo-627058>.

El Espectador (2018). **La minería ilegal del oro le compite al narcotráfico**. recuperado de <https://www.elespectador.com/economia/mineria-ilegal-del-oro-le-compite-al-narcotrafico-articulo-753924>

El tiempo (2015). “**Las Farc movían \$20.000 millones en minería ilegal**” recuperado de <https://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-15735055>.

Juan Camilo Castañeda (2018). **Hacemos Memoria**. Medellín, Colombia. El ecoturismo en Colombia después de las FARC. <http://hacemosmemoria.org/2018/03/18/el-ecoturismo-en-colombia-despues-de-las-farc/>

Junges, J.R. (2006). A proteção do meio ambiente na Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos. **Revista Brasileira de Bioética**, 2(1), 21-38.

La silla vacía (2012) De lo que viven las Farc sin el secuestro recuperado de <https://lasillavacia.com/historia/de-lo-que-viven-las-farc-sin-el-secuestro-31683>

(ONU). **Organización de las Naciones Unidas**.

Panam Post (2017). **Las FARC controlaban casi 80 % de los cultivos de coca en Colombia** según informe. Recuperado de <https://es.panampost.com/felipe-fernandez/2017/09/07/farc-controlaban-cultivos-coca/>

¹⁹ Cardozo, James. **Juremos ser felices**. p.65.

Programa de las naciones unidas para el medio ambiente (PNUMA). (2009). **Conflictos y recursos** recuperado de <http://www.un.org/es/peacekeeping/issues/environment/resources.shtml>.

Rodríguez Garavito, C., rodíguez, D., & duran, H. (2017). **La paz ambiental retos y propuestas para el Pos-acuerdo**. Bogotá, Colombia: ediciones Antrópodos Ltda.

Semana (2013). Los parques: de las balas a la paz recuperado de <https://www.semana.com/nacion/articulo/los-parques-de-las-balas-la-paz/358371-3>

Villadiego, C. y Lalinde, S. (2017). **Sistema de justicia territorial para la paz**. Bogotá, Colombia: Ediciones Antropodos Ltda.

NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO: O BEM VIVER COMO ALTERNATIVA AO DESENVOLVIMENTO

Nadya Regina Gusella Tonial¹

RESUMO

O presente estudo visa analisar a figura do Bem Viver, presente na Constituição do Equador, como alternativa ao desenvolvimento, do modelo capitalista. Objetiva-se compreender o Bem Viver diante do fenômeno da globalização e sua relação com a dominação e a exclusão de origem colonial. Assim, utiliza-se o método hermenêutico e constata-se que o Bem Viver nasceu de um constitucionalismo transformador, que se alicerça na matriz comunitária dos povos que vivem em harmonia com a natureza. O Bem Viver possibilita a construção de um projeto libertador, que se alia a histórias de lutas e propostas de transformação, para promover a defesa da vida contra esquemas de produção, que causam a destruição do Planeta. Assim, o Bem Viver não é uma forma de desenvolvimento, mas uma alternativa ao desenvolvimento e deve ser entendido como uma oportunidade para construir coletivamente um novo modo de vida, no âmbito global.

PALAVRAS-CHAVE: Bem Viver. Capitalismo. Desenvolvimento. Globalização. Novo Constitucionalismo Latino-americano.

ABSTRACT

This study aims to analyze the figure of Well Live, present in the Constitution of Ecuador, as an alternative to the development of the capitalist model. The objective is understand Well Live in the face of globalization phenomenon and the relation with domination and exclusion of colonial origin. Thus, the hermeneutic method is used and it appears that the Well Live was born of a transformative constitutionalism, which is based on the community matrix of peoples who live in harmony with nature. Well Live enables the construction of a liberating project, which allies with stories of struggles and proposals for transformation, to promote the defense of life against production schemes that cause the destruction of the planet. Thus, Well Live is not a form of development but an alternative to development and should be understood as an opportunity to collectively build a new way of life globally.

KEYWORDS: Well Live. Capitalism. Development. Globalization. New Latin American Constitutionalism.

INTRODUÇÃO

O presente estudo visa analisar a figura do Bem Viver como alternativa ao desenvolvimento, em face das consequências da globalização neoliberal. Para tanto, torna-se relevante entender que o modelo econômico do capitalismo é comandado pelas grandes corporações que ampliaram suas ações no âmbito mundial.

Com isso, tem-se um duplo objetivo: compreender o fenômeno da globalização, sua relação com o capitalismo e as consequências que provoca nos âmbitos político, social e econômico. Ainda, analisar a figura do Bem Viver, presente no Novo Constitucionalismo Latino-americano, como alternativa ao desenvolvimento.

Justifica-se a importância do tema pois o capitalismo e a globalização têm impacto direto no meio ambiente, o que coloca em risco a vida no Planeta Terra. Desse modo, urgente uma reflexão sobre alternativas

¹Doutoranda em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí-UNIVALI. Mestre em Direito pela UNISINOS. Professora Titular I da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo - UPF. Advogada. E-mail: nadyatonial@gmail.com.

ao desenvolvimento, em especial, que reconheçam o gênero humano como parte da natureza e promovam a inclusão, o respeito e a solidariedade entre a atual e as futuras gerações.

1 O MODELO CAPITALISTA E O DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO

A partir da Grande Depressão econômica e das atrocidades da Segunda Guerra Mundial, as ideias de “desenvolvimento e direitos humanos alcançaram proeminência na metade do século” passado, representando uma das principais preocupações dos Estados. Em especial, quanto ao desenvolvimento, os países buscaram o crescimento econômico para superar os problemas sociais.² A partir das primeiras décadas do Século XX, o desenvolvimento passou a corresponder ao progresso material, ou seja, ao crescimento econômico.³

Contudo, o capitalismo liberal se revelou hegemônico a partir da frustração do modelo socialista, no final da Guerra Fria, momento que o mercado e as grandes corporações protagonizaram a globalização econômica, por meio da mundialização de suas ações. Desse modo, “a economia de atuação global” enterrou “os fundamentos do Estado e da economia nacional e fez nascer “uma subpolitização de dimensões impensadas e consequências imprevisíveis.” Tal modelo econômico não possui fronteiras e as empresas transnacionais, que atuam no âmbito mundial, possuem o poder de mudar seus investimentos para os Estados que lhes proporcionem melhores condições de lucro, por meio de mais incentivos financeiros, menores tributos e mão de obra com menor custo.⁴

Com isso, vive-se um tempo de crise, mas também de resistência, em que os pontos de conflito são vários, ou seja: os decorrentes das desigualdades sociais que se revelam um problema no âmbito global; a necessidade de consolidar a democracia (que tem mais impacto na América Latina); as políticas sociais (na Europa); envolvendo a luta pela democracia e pela identidade cultural islâmica (no Oriente Médio); e, ainda, a utilização da terra e dos recursos naturais (na América Latina e na África).⁵

Por um lado, o capitalismo demonstrou capacidade produtiva e trouxe avanços tecnológicos substanciais. Todavia, por outro, produziu processos sociais desiguais entre os Estados e dentro dos Estados, visto que cria riqueza e concentra a mesma no controle de algumas pessoas. No capitalismo são poucos que participam da distribuição dos benefícios, o que fomenta a desigualdade social.⁶

Destaca Bauman que “sem meias palavras, o capitalismo é um sistema parasitário. Como todos os parasitas, pode prosperar durante certo período, desde que encontre um organismo ainda não explorado que lhe forneça alimento.” Nesse cenário, não pode atuar “sem prejudicar o hospedeiro, destruindo assim, cedo ou tarde, as condições de sua prosperidade ou mesmo de sua sobrevivência.” Ainda, explica que a força motriz do capitalismo é a capacidade de buscar e descobrir “novas espécies hospedeiras sempre que as espécies

²SACHS, Ignacy. **Caminhos para o desenvolvimento sustentável**. Tradução de José Lins de Albuquerque Filho. 3.ed. Rio de Janeiro: Garamond, 2009. p. 47-48.

³VEIGA, José Eli da. **Para entender o desenvolvimento sustentável**. São Paulo: Editora 34, 2015. p. 32.

⁴BECK, Ulrich. **O que é Globalização? Equívocos do globalismo**: respostas à globalização. p. 15.

⁵ SOUSA SANTOS, Boaventura de. **De las dualidades a las ecologías**. La Paz: Red Boliviana de Mujeres Transformando la Economía REMTE, 2012. p. 16.

⁶ ACOSTA, Alberto. **El buen vivir. Sumak Kawsay, una oportunidad para imaginar otros mundos**. Barcelona: Icaria Editorial, 2013. p. 161.

anteriormente exploradas se tornam escassas ou se extinguem. E também no oportunismo e na rapidez, dignos de um vírus, com que se adapta às idiossincrasias de seus novos pastos.”⁷

Dessa maneira, constata-se que o atual modelo de produção caracteriza-se por ser “industrialista, consumista, perdulário e poluidor” e transformar a economia no principal “eixo articulador e construtor das sociedades”. No mesmo sentido, passou a enfraquecer o Estado-nação, dominar a política e subjugá-la a seus interesses, momento que aniquilou a ética e os valores de ser “honesto, justo e solidário”.⁸

Galeano assevera que o capitalismo “transfigura tudo o que toca”. Refere que “*existe el bosque para que el hacha lo derribe y el desierto para que lo atraviese el tren; el río vale la pena si contiene oro y la montaña si alberga carbón e hierro. Nadie camina. Todos corren, urgentes, urgidos, tras la errante sombra de la riqueza y el poder*”.⁹ Assim, o modelo econômico do capitalismo exacerbou suas características de acumulação ilimitada, de concorrência, de individualismo e priorizou a ganância e a exploração em nome do lucro.

Observa-se que, o capitalismo especulativo se sobrepôs ao capitalismo produtivo, momento em que grupos enriqueceram “saqueando o dinheiro público, as pensões dos operários e devastando globalmente a natureza”. A estratégia de ação é perversa e envolve “salvar o sistema financeiro e não salvar nossa civilização e garantir a vitalidade da Terra.” Essa realidade torna incompatível o “Sistema Terra” e o “Sistema Sociedade”.¹⁰

A especulação e a união de grandes grupos econômicos fizeram com que a riqueza se concentrasse nas mãos de poucos, enquanto muitos são alijados dos bens materiais e vivem em estado de miserabilidade. A par disso as crises recentes do capital financeiro (2008 em diante) agravaram ainda mais a situação e “jogaram milhões na marginalidade e na exclusão”. Com essa situação, “surtiu uma nova classe de gente: os desempregados estruturais e os precarizados”, ou seja, aqueles que realizam trabalhos precários e com baixa remuneração.¹¹

Cumprе ressaltar que as linhas de pensamento crítico apontam três características negativas das economias capitalistas. Em primeiro lugar, que elas produzem desigualdades de recursos e de poder. Em segundo lugar, que as relações competitivas exigidas pelo mercado capitalista criam formas de sociabilidade empobrecidas, baseadas no individualismo (benefício pessoal) e não na solidariedade. Em terceiro lugar, promovem o aumento da exploração dos recursos naturais em todo o mundo colocando em perigo as condições físicas da vida na Terra.¹²

O discurso dominante, e que representa a linguagem oficial, “afoga a realidade e outorga impunidade à sociedade de consumo” para impô-la como modelo de desenvolvimento, com inequívoco intuito de beneficiar as grandes empresas. Tal conduta promove a degradação da terra, a poluição do ar e da água, a desregulação do clima e a dilapidação dos recursos naturais.¹³ O que vale é o lucro e a acumulação.

⁷BAUMAN, Zygmunt. **Capitalismo parasitário**: e outros temas contemporâneos. Tradução de Eliana Aguiar. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2010. p. 8-10.

⁸BOFF, Leonardo. **Sustentabilidade**: o que é: o que não é. Petrópolis, RJ: Vozes, 2016. p. 18.

⁹GALEANO, Eduardo. **Úselo y tírelo**: el mundo visto desde una ecología latino-americana. 7.ed. Buenos Aires: Booket, 2010. p.107.

¹⁰BOFF, Leonardo. **Sustentabilidade**: o que é: o que não é. p. 18-19.

¹¹BOFF, Leonardo. **Sustentabilidade**: o que é: o que não é. p. 19.

¹²SOUSA SANTOS, Boaventura de. **De las dualidades a las ecologías**.p. 40-41.

¹³GALEANO, Eduardo. **Úselo y tírelo**: el mundo visto desde una ecología latino-americana. p.10.

Verifica-se que o crescimento econômico “não se traduziu necessariamente em maior acesso à saúde e à educação.” Dessa forma, as políticas que planejam o desenvolvimento devem se estruturar em outros valores, que não somente os econômicos.¹⁴ Adverte Garcia que não existe desenvolvimento sustentável, visto que “o conceito de desenvolvimento sustentável talvez seja uma das grandes falácias de nossa era que certamente nos passará uma conta de destruição da natureza no futuro.”¹⁵

A economia de atuação global, fundada no modelo capitalista de produzir, de distribuir e de consumir precisa de um “novo começo” por meio de um “pacto social entre os humanos e de uma pacto natural com a natureza e a Mãe Terra”.¹⁶

Portanto, o direito ao desenvolvimento não se confunde com o crescimento econômico, mas sim pertence aos direitos humanos, cujo conteúdo envolve o acesso de todos os seres humanos ao desenvolvimento econômico, social, cultural e político, de modo pleno. Envolve questão de direito transnacional, fundamentado no valor da solidariedade e para que ele se efetive, necessário adotar um modelo econômico que tenha mais equidade com as pessoas(humanidade) e mais equilíbrio com a natureza.

2 A GLOBALIZAÇÃO E SUAS CONSEQUÊNCIAS

A globalização representa o estado atual da mundialização e dá origem, ao mesmo tempo, a diferentes e paradoxais processos culturais, ou seja: a homogeneização e a padronização dos comportamentos à luz dos modelos norte-americanos; a resistência e a manutenção de culturas autônomas; e um processo de miscigenação cultural.¹⁷

A globalização neoliberal revela-se um “processo parasitário e predatório que se alimenta da energia sugada dos corpos dos Estados-nações e de seus sujeitos”. O Estado não consegue mais proteger a sociedade, e as “forças globalizadoras” afastam, ainda mais, o poder e a política, fazendo com que o Estado-nação já enfraquecido, fique cada vez mais subjugado.¹⁸

O processo de mundialização e a consequente globalização pode ser dividido em quatro etapas históricas, que guardam relação com a “globalização da natureza”, são elas: a primeira marcada pelo “Colonialismo e a Implantação da Moderno-colonialidade (do século XV-XVI ao século XVIII... até hoje)”; a segunda representada pelo “Capitalismo Fossilista e o Imperialismo (do século XVIII ao início do século XX...até hoje)”; a terceira implementada pelo “Capitalismo Fossilista Fordista (de 1930 aos anos de 1960-70... até hoje)”; e a quarta etapa envolve a “Globalização Neoliberal ou Período Técnico-científico-informacional (dos anos 1960 até hoje)”.¹⁹

¹⁴VEIGA, José Eli da. **Desenvolvimento sustentável: o desafio do século XXI**. 3.ed. Rio de Janeiro: Garamond, 2008. p.18-19.

¹⁵GARCIA, Marcos Leite. Direitos fundamentais e transnacionalidade: um estudo preliminar. In: CRUZ, Paulo Márcio; STELZER, Joana. **Direito e transnacionalidade**. Curitiba: Juruá, 2009. p. 192.

¹⁶BOFF, Leonardo. **Sustentabilidade: o que é: o que não é**. p. 15.

¹⁷MORIN, Edgar. **La Vía: para el futuro de la humanidad**. p. 20-21.

¹⁸BAUMAN, Zygmunt. **Tempos líquidos**. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2007. p. 31.

¹⁹PORTO-GONÇALVES, Carlos Walter. **A globalização da natureza e a natureza da globalização**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006. p. 23.

Destaca-se que a globalização pretende desenhar uma “sociedade-mundo”, porém, encontra obstáculos, visto que precisa de um território (com intercomunicação, o que acontece de modo pleno) e de uma economia mundializada (que não se efetiva). Então, a globalização representada pela unificação técnico-econômica do planeta encontra-se em crise em virtude das resistências nacionais (étnicas e culturais) ao processo de ocidentalização, bem como ao desmoronamento do mito do progresso do Ocidente. Com isso, provoca várias crises em escala mundial e, também, sofre com essas crises que ela mesma cria.²⁰

Explica Bauman que tal realidade criou uma “nova e desconfortável percepção das coisas fugindo ao controle”, o que levou a articulação do conceito de globalização, que se caracteriza pelo “caráter indeterminado, indisciplinado e de autopropulsão dos assuntos mundiais; a ausência de um centro, de um painel de controle, de uma comissão diretora, de um gabinete administrativo”.²¹

Logo, a globalização pode ser definida como “os processos, em cujo andamento os Estados nacionais veem a sua soberania, sua identidade, suas redes de comunicação, suas chances de poder e suas orientações sofrerem a interferência cruzada de atores transnacionais.”²² Refere Beck que o conceito de globalização é algo “inconstante” e que “buscar para ele uma definição mais parece uma tentativa de pregar um pudim na parede”.²³

Giddens assevera que a globalização pode ser definida conforme a análise do intérprete, ou seja: sob uma ótica cética ou um viés radical. Os céticos argumentam que a globalização não é algo novo, visto que sempre existiu intercâmbio entre os povos, e “sejam quais forem seus benefícios, seus percalços e tribulações, a economia global não é especialmente diferente da que existiu em períodos anteriores”. Por outro lado, os radicais defendem que a globalização é algo “real” e que “suas consequências podem ser sentidas em toda a parte”.²⁴

Ainda, explica Giddens que a globalização “não só é nova, mas também revolucionária” e que os céticos e os radicais apenas analisam o seu âmbito econômico. Contudo, adverte que isso é um lapso, visto que a globalização “é política, tecnológica e cultural, tanto quanto econômica”, e se potencializa pelas tecnologias de comunicação, que permitem a transmissão de informações instantâneas para todo o globo terrestre.²⁵

A globalização envolve várias dimensões e consequências, dentre elas, destacam-se cinco: a econômica, em que os principais agentes “não são os governos que formaram mercados comuns em busca de integração econômica”, mas as empresas transnacionais que dominam a economia; a política, em que os Estados nacionais ainda se apresentam como atores principais da política internacional, contudo “ficam privados da possibilidade de articular uma política autônoma de desenvolvimento”; a social, em que a economia global e a “nova ordem financeira internacional” promovem a exclusão e fomentam a miséria e o empobrecimento da população; a ambiental, em que a produção, seja agrícola ou industrial, e a urbanização

²⁰ MORIN, Edgar. **La Vía para el futuro de la humanidad**. p. 21-22

²¹ BAUMAN, Zygmunt. **Globalização: as consequências humanas**. Tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Zahar, 1999. p. 66-67.

²² BECK, Ulrich. **O que é Globalização? Equívocos do globalismo**: respostas à globalização. Tradução de André Carone. São Paulo: Paz e Terra, 1999. p. 30.

²³ BECK, Ulrich. **O que é Globalização? Equívocos do globalismo**: respostas à globalização. p. 46.

²⁴ GIDDENS, Anthony. **Mundo em descontrole**: o que a globalização está fazendo por nós. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Editora Record, 2003. p. 18-20.

²⁵ GIDDENS, Anthony. **Mundo em descontrole**: o que a globalização está fazendo por nós. p.21.

alteram o meio ambiente de modo predatório e provocam devastação; a cultural, em que a globalização provoca “ao mesmo tempo diferenciação, descentramento, e padronização e segmentação”, ou seja, “o particular e o universal, que se interpenetram, tornando inseparáveis as instâncias local e global”.²⁶

Neste contexto, Santos apresenta três faces da globalização: primeiramente, como fábula retratando “o mundo tal como nos fazem crer”, visto que “a máquina ideológica que sustenta as ações preponderantes da atualidade é feita de peças que se alimentam mutuamente e põem em movimento os elementos essenciais à continuidade do sistema”. A segunda é a globalização como perversidade que revela “o mundo como ele é”, momento que o desemprego, a fome e a pobreza se espalham em todos os continentes, o meio ambiente é devastado e a riqueza se concentra nas mãos de poucos. E na terceira, o mundo como poderia ser “por uma outra globalização”, que venha a reduzir as desigualdades, respeitar as pessoas e estimular a solidariedade social.²⁷

A globalização atinge tanto grupos pequenos, quanto grandes, influencia o aparecimento de “identidades culturais locais em várias partes do mundo”, logo não é “um processo singular, mas um conjunto complexo de processos”. O mundo se transformou em uma “sociedade cosmopolita global”, em que as influências são mútuas e acontecem de “maneira anárquica” e “fortuita”. A globalização “não é firme nem segura, mas repleta de ansiedades bem como marcada por profundas divisões.”²⁸

Portanto, observa-se que a globalização “tanto divide como une; divide enquanto une – e as causas da divisão são idênticas às que promovem a uniformidade do globo”.²⁹ Ela é um processo irreversível que acaba afetando a todos, visto que tudo é colocado em movimento e em constante transformação. Em especial, a globalização econômica promove o controle dos negócios e do comércio do planeta, das finanças e do fluxo de informação, trazendo consequências sociais e ambientais.

3 O NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO: A FIGURA DO BEM VIVER

As consequências da globalização econômica e do capitalismo neoliberal trazem a necessidade de fomentar um “sentimento de interdependência global”, de compreender que todos dependem de todos, pois as pessoas não são sozinhas no universo. Salienta-se que, dessa interdependência decorre uma “responsabilidade universal” em que todos os reflexos dos atos humanos são sentidos por toda a humanidade.³⁰

Desse modo, a sustentabilidade ganhou relevância tanto no âmbito do direito internacional, quanto no direito interno. Observa-se que o constitucionalismo moderno, geralmente, apresenta-se como produto das elites. Todavia, recentemente surgiu o constitucionalismo “de baixo”, caracterizado pela mobilização social dos excluídos (como nos exemplos da Bolívia e do Equador)³¹. Tal noção produziu mudanças de paradigma

²⁶VIEIRA, Liszt. **Cidadania e globalização**. 12. ed. Rio de Janeiro: Record, 2013. p. 80-100.

²⁷SANTOS, Milton. **Por uma outra globalização: do pensamento único à conscientização universal**. 18. ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Record, 2009. p. 9-11.

²⁸GIDDENS, Anthony. **Mundo em descontrole: o que a globalização está fazendo por nós**. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Editora Record, 2003. p. 28-29.

²⁹BAUMAN, Zygmunt. **Globalização: as consequências humanas**. p. 7-8.

³⁰BOFF, Leonardo. **Sustentabilidade: o que é: o que não é**. p. 16.

³¹PASTOR, Roberto Viciano. DALMAU, Rubén Martínez. El nuevo constitucionalismo latinoamericano: fundamentos para una construcción doctrinal. **Revista General de Derecho Público Comparado**. v.9. 2011. p.1-24. Disponível em

nas concepções de Estado e de sociedade, como por exemplos do Estado Plurinacional, do Bem Viver e dos Direitos da Natureza.³²

O Estado Plurinacional pode ser definido como uma nova concepção de organização da sociedade, que resgata a pluralidade de visões étnico-culturais para repensar o Estado. Ainda, valoriza os povos, sua cultura e suas lutas, bem como tem por fundamentos a democracia, a construção da cidadania coletiva, o respeito pela multiculturalidade, pelas liberdades e pelas oportunidades, sem exclusões. Essa construção do Estado Plurinacional abre as portas para um caminho de “contínua democracia”.³³

Verifica-se que os pensamentos de interculturalidade e pós-colonialidade pressupõem a identidade étnica dos grupos, o que revela uma nação étnico-cultural, em oposição à nação cívica, fundada sobre um homogeneizador ideal social. Destacam-se os exemplos da Bolívia e do Equador, em que as transformações surgiram “de fortes mobilizações sociais que adotaram como bandeira de luta um novo processo constituinte e uma nova Constituição e em ambos os países o movimento indígena desempenhou um papel central nessas mobilizações.” Em especial, no caso do Equador, entre as inovações, encontra-se “a consagração do Bem Viver e os direitos da natureza -Pachamama- como princípios de organização econômica e social”.³⁴

Essa ruptura segue na direção do Estado Plurinacional e no horizonte de uma economia do Bem Viver, isto é, implica em um processo de vida que decorre de uma “matriz comunitária dos povos que vivem em harmonia com a natureza”. Representa um relevante passo qualitativo, que perpassa a noção tradicional de desenvolvimento e apresenta um pensamento que visa construir uma sociedade apoiada na diversidade dos seres humanos e na harmonia com a natureza, sempre respeitando os diferentes valores culturais que existem no mundo.³⁵

Cumprir destacar a importância da contribuição das culturas minoritárias e marginalizadas na busca de alternativas à produção capitalista. Elas apresentam um modo diverso de interpretar o mundo, “uma relação radicalmente diferente da capitalista/moderna entre os seres humanos e a natureza, entre produção e consumo, entre trabalho e lazer, entre uso e lucro, e entre desenvolvimento e crescimento.” Assim, é preciso respeitar as diversidades culturais desses povos, e também aprender com eles “a construir um paradigma de conhecimento e ação cosmopolita diferente do que fundamenta a globalização neoliberal.”³⁶

Imprescindível superar os pensamentos simplistas que transformaram a economia no eixo central da sociedade. Nesse viés, o Bem Viver adotado pelo Equador prevê definições constitucionais de que o país tem uma economia social e comunitária, sobre a qual devem ser edificadas as “relações de produção, intercâmbio e cooperação que propiciem a suficiência e a qualidade, fundamentadas na solidariedade.”³⁷

Assim, no Bem Viver as pessoas passam a se organizar para recuperar e assumir o controle de suas próprias vidas, bem como a defesa da vida contra esquemas de organização antropocêntrica da produção, que

https://www.academia.edu/6339900/El_nuevoconstitucionalismo_latinoamericano_fundamentos_para_una_construcci%C3%B3n_doctrinal. Acesso em 10.nov.2018. p. 7.

³² SOUSA SANTOS, Boaventura de. *De las dualidades a las ecologías*. p.19.

³³ ACOSTA, Alberto. *El buen vivir. Sumak Kawsay, una oportunidad para imaginar otros mundos*. p. 116.

³⁴ SOUSA SANTOS, Boaventura de. *De las dualidades a las ecologías*. p. 159-160.

³⁵ ACOSTA, Alberto. *El buen vivir. Sumak Kawsay, una oportunidad para imaginar otros mundos*. p. 15-16.

³⁶ SOUSA SANTOS, Boaventura de. *De las dualidades a las ecologías*. p. 93-94.

³⁷ ACOSTA, Alberto. *El buen vivir. Sumak Kawsay, una oportunidad para imaginar otros mundos*. p. 18.

causam a destruição do Planeta por meio da depredação e da degradação ambientais. O Bem viver é uma filosofia de vida que “abre a porta para a construção de um projeto libertador e tolerante”, um projeto que se alia a histórias “de resistência e propostas de transformação”, usando experiências nacionais e internacionais, “para construir de modo democrático, sociedades democráticas”.³⁸

Sustenta Acosta que em meio ao desastre financeiro internacional, que é uma das facetas da crise civilizatória, imperioso “construir outras formas de vida, que não sejam reguladas pela acumulação de capital. O Bem Viver serve para isso, até por causa de seu valor político transformador e mobilizador.” Como a questão é política, não pode esperar por uma solução “técnica”. Logo, necessário promover um processo de transição pensado e organizado a partir dos Direitos Humanos e dos Direitos da Natureza³⁹, com uma proposta em construção e que permita novas visões de vida.

O atual modelo de desenvolvimento proporciona dominação e exclusão de origem colonial. Para apoiar a atividade econômica, particularmente o mercado, foram abandonados muitos instrumentos não econômicos, essenciais para melhorar as condições de vida das pessoas. Esse “mau desenvolvimento”, decorrente do capitalismo, gerado “desde acima” pelos governos e pelas grandes corporações revela-se complexo e necessita de uma abordagem multidisciplinar. Desse modo, o Bem Viver questiona o conceito eurocêntrico de bem-estar e, como proposta de luta (“descolonização”), enfrenta a colonialidade do poder.⁴⁰ Assim, buscar novas formas de vida importa em reacender a discussão política, ofuscada pela visão economicista sobre fins e meios.⁴¹

Com isso, o crescimento econômico não é a única via que merece prioridade, visto que não pode haver um crescimento infinito em um mundo finito. As pessoas precisam compreender que não existe separação entre o ser humano e a natureza e que “a Terra não é do ser humano, o ser humano é quem pertence à Terra”.⁴² Essa noção perpassa pela construção de uma nova economia e pelo respeito aos Direitos da Natureza.

Assim, vários países latino-americanos promulgaram novas constituições, fenômeno que foi denominado de Novo Constitucionalismo Latino-Americano, em que podem ser apontadas as seguintes novidades:

primeira, nova forma de exercício do Poder Constituinte superando a tradicional de cunho liberal; segunda, nova forma de democracia com ampla participação popular a partir da chamada democracia participativa e da introdução de novos mecanismos políticos de controle do parlamento; terceira, introdução de uma visão pluralista do Direito com a inclusão de outras jurisdições como a indígena; quarta, preocupação com a superação de uma cidadania meramente formal com a introdução de uma verdadeira e substancial democracia social que tem como objetivo diminuir as desigualdades sociais; e por último e em quinto lugar a mudança de paradigma do novo constitucionalismo no que se refere ao tratamento jurídico do meio ambiente no qual também deverá incluir uma jurisdição transnacional.⁴³

³⁸ ACOSTA, Alberto. *El buen vivir. Sumak Kawsay, una oportunidad para imaginar otros mundos*. p. 18-19.

³⁹ ACOSTA, Alberto. *El buen vivir. Sumak Kawsay, una oportunidad para imaginar otros mundos*. p. 19-20.

⁴⁰ SOUSA SANTOS, Boaventura de. *Descolonizar el saber, reinventar el poder*. Montevideo: Ediciones Trilce-Extensión Universitaria. Universidad de la República, 2010. p. 24.

⁴¹ ACOSTA, Alberto. *El buen vivir. Sumak Kawsay, una oportunidad para imaginar otros mundos*. p. 24.

⁴² BASTIDA, José Manuel Gutiérrez. *SUS TENERE. Sostenibilidad vs. Mercado y Tecnología*. Espanha: Bubok Publishing. S.L., 2011. p.173-175.

⁴³ GARCIA, Marcos Leite; MARQUES JÚNIOR, Willian Paiva; PILAU SOBRINHO, Liton Lanes. Aportes do novo constitucionalismo democrático latinoamericano e da UNASUL para os direitos fundamentais: os direitos ambientais como demandas transnacionais e o tratamento prioritário da sustentabilidade. In: *Revista Novos Estudos Jurídicos* - Eletrônica, Vol. 19 - n. 3 - set-dez 2014. p. 959-993. p.967-968.

Nesse contexto de críticas e construções alternativas ao capitalismo, as contribuições dos povos indígenas ganharam destaque, visto que as propostas incluem diversas questões ao desenvolvimento, tanto no plano prático, quanto no conceitual.

Observa-se que no capitalismo, o funcionamento da economia e da sociedade fundamenta-se na premissa de que o melhor nível social é alcançado concedendo liberdade (valor fundamental) para cada indivíduo na busca e realização pessoal (a negação do outro) em um ambiente competitivo (mercado), a partir da defesa da propriedade privada. Esta realidade é baseada no individualismo e na propriedade privada dos meios de produção. Nesse sentido, o resultado foi uma enorme perda de diversidade, momento que o mercado, o Estado e a ciência têm sido os poderes universalizantes. Assim, o desenvolvimento tenta "ocidentalizar" a vida no planeta.⁴⁴

Então, o Bem Viver constitui uma tarefa de “reconstrução/construção” que passa por um processo de modificar o objetivo de todas as sociedades que é o progresso, em seu viés produtivista e o desenvolvimento, como única direção, especialmente, em sua visão mecanicista de crescimento econômico.⁴⁵

Ainda, o Bem Viver busca resgatar diversidades, valores e o respeito ao "outro". Surge como parte de um processo que permitiu empreender e fortalecer a luta pela reivindicação de povos e nacionalidades, em sintonia com as ações de resistência de populações marginalizadas e periféricas. Propõe saídas descolonizantes, em todas as áreas da vida humana, não se baseia em uma ética de progresso ilimitado, de acumulação de bens, de competição entre seres humanos e de devastação social e ambiental. O Bem Viver se fundamenta na ética do suficiente para a comunidade e não apenas para o indivíduo. Sua preocupação central não é acumular e viver melhor, mas sim “viver bem aqui e agora, sem arriscar a vida das futuras gerações”. Isso significa distribuir riqueza e renda, agora, para começar a estabelecer as bases de uma sociedade mais justa e equitativa, isto é, mais livre e igual.⁴⁶

Desse modo, o Bem Viver constitui um importante passo qualitativo do "desenvolvimento" e seus múltiplos sinônimos, propõe uma visão de mundo diferente da ocidental, a partir de raízes comunitárias não capitalistas. Rompe com as lógicas antropocêntricas do capitalismo e apresenta-se como passo revolucionário que impõe a mudança para uma visão biocêntrica, assumindo as consequências políticas econômicas, culturais e sociais envolvidas.⁴⁷

Ressalta-se que, o que o ser humano faz para a natureza, faz para ele mesmo. Tal pensamento representa o ponto central dos direitos da natureza, pois a pessoa não poder viver fora da natureza. Portanto, garantir a sustentabilidade é essencial para garantir a vida humana no planeta. Essa luta começa por reconhecer que o sistema capitalista destrói suas próprias condições biofísicas de existência.⁴⁸

⁴⁴ACOSTA, Alberto. *El buen vivir. Sumak Kawsay, una oportunidad para imaginar otros mundos*. p. 58-59.

⁴⁵ACOSTA, Alberto. *El buen vivir. Sumak Kawsay, una oportunidad para imaginar otros mundos*. p. 49.

⁴⁶ACOSTA, Alberto. *El buen vivir. Sumak Kawsay, una oportunidad para imaginar otros mundos*. p. 61.

⁴⁷ACOSTA, Alberto. *El buen vivir. Sumak Kawsay, una oportunidad para imaginar otros mundos*. p. 71.

⁴⁸ACOSTA, Alberto. *El buen vivir. Sumak Kawsay, una oportunidad para imaginar otros mundos*. p. 95.

Nessa linha, defendem Cruz e Bodnar que há necessidade de “novas estratégias de governança transnacional para que seja possível a construção de um compromisso solidário e global em prol do ambiente para assegurar [...] a melhora contínua das relações entre os seres humanos e a natureza.”⁴⁹

Ao reconhecer a natureza como sujeito de direitos, a Constituição do Equador buscou o equilíbrio entre a natureza e as necessidades dos seres humanos, para superar a tradicional versão constitucional dos direitos a um meio ambiente sadio, presente há muito tempo no constitucionalismo latino-americano. Assim, o Novo Constitucionalismo Latino-Americano eleva a natureza ao centro. Dito de outro modo, estabelece que “a prevalência do bem comum deve ser colocada acima dos interesses do Mercado, pois dela depende o nosso futuro.”⁵⁰

Constata-se que o Bem Viver, como alternativa ao desenvolvimento, requer outra economia, baseada nos princípios do pós-desenvolvimento, em que se destacam a solidariedade, a sustentabilidade, a reciprocidade, a complementaridade, a responsabilidade, a integralidade, a suficiência, a diversidade cultural, a identidade, a equidade e a democracia.⁵¹

Nesse sentido, não é possível intervir em projetos econômicos, sem envolver ativamente a população na concepção, na gestão e no desenvolvimento de suas unidades produtivas. Esses bens devem estar de acordo com as necessidades axiológicas e existenciais dos próprios atores da mudança, a fim de estimular “a aprendizagem direta, a disseminação e o uso pleno das habilidades, a motivação para entender os fenômenos e a criação autônoma”.⁵²

Por fim, constata-se, que o crescimento econômico e o mercado são apenas meios e não fins, e que crescimento econômico não é desenvolvimento. Assim, no Bem Viver o sistema econômico deve reconhecer o ser humano como sujeito e propósito e buscar uma relação dinâmica e equilibrada entre sociedade, Estado e mercado, primando pela harmonia com a natureza.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A atual economia de mercado busca, de modo exacerbado, o lucro e a acumulação. Esse modelo capitalista fundamenta-se no individualismo, é competitivo, produz desigualdades sociais e, também, devasta o meio ambiente, em nome do desenvolvimento econômico.

Nesse contexto, os Estados nacionais tiveram sua soberania relativizada por meio da globalização. Tal fenômeno fez com que os agentes transnacionais realizassem suas ações no âmbito econômico, da informática, da ecologia e outros. Em especial, na economia, as grandes corporações passaram a atuar de modo global, o que fragilizou os Estados, promoveu o controle político dos mesmos e gerou desigualdade social.

⁴⁹CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. **O novo paradigma do direito na pós-modernidade**. p. 80.

⁵⁰PILAU SOBRINHO, Liton Lanes. **Desafios da sustentabilidade na era tecnológica**: (im)probabilidade comunicacional e seus impactos na saúde e meio ambiente. Dados eletrônicos. Itajaí: UNIVALI, 2017, p. 73.

⁵¹ACOSTA, Alberto. **El buen vivir. Sumak Kawsay, una oportunidad para imaginar otros mundos**. p. 130.

⁵²ACOSTA, Alberto. **El buen vivir. Sumak Kawsay, una oportunidad para imaginar otros mundos**. p.135.

Todavia, percebe-se que o desenvolvimento econômico não pode se sobrepor à sustentabilidade, que desponta como novo paradigma do direito na pós-modernidade. Portanto, imperiosa a adoção de um novo modelo econômico, a fim de atender as necessidades da geração atual, sem comprometer as futuras.

Como alternativa para esse desenvolvimento apresenta-se o “Bem Viver” adotado no Equador, que nasceu de um constitucionalismo transformador e consiste em um modo de vida que se alicerça na matriz comunitária dos povos que vivem em harmonia com a natureza. Os fundamentos desse pensamento são um Estado Plurinacional, que respeite a diversidade; uma nova alternativa ao desenvolvimento, acreditando que não pode haver um crescimento infinito em um mundo com recursos finitos; uma economia solidária e plural; e a criação de uma nova dimensão de direitos, denominada de direitos da natureza.

Ressalta-se, que o Bem Viver não é uma forma de desenvolvimento, mas uma alternativa ao desenvolvimento e deve ser entendido como uma oportunidade para construir coletivamente um novo modo de vida, no âmbito global. Contudo, o Bem Viver envolve um debate em marcha, uma modificação de padrões que, ainda, não foi completamente efetivada no Equador.

A implantação do Bem Viver requer uma profunda mudança do sistema econômico de acumulação e uso de bens materiais, que se traduz em crescimento econômico, produção e consumo ilimitado. Por fim, necessárias estratégias de governança baseadas na noção da sustentabilidade, que à luz da cooperação e da solidariedade, venham a promover a vida duradoura no planeta.

REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

ACOSTA, Alberto. **El buen vivir. Sumak Kawsay, una oportunidad para imaginar otros mundos.** Barcelona: Icaria Editorial, 2013.

BASTIDA. José Manuel Gutiérrez. **SUS TENERE. Sostenibilidad vs. Mercado y Tecnología.** Espanha: Bubok Publishing, S.L., 2011.

BAUMAN, Zygmunt. **Globalização: as consequências humanas.** Tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Zahar, 1999.

_____. **Capitalismo parasitário: e outros temas contemporâneos.** Tradução de Eliana Aguiar. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2010.

_____. **Tempos líquidos.** Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2007.

BECK, Ulrich. **O que é Globalização? Equívocos do globalismo: respostas à globalização.** Tradução de André Carone. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

BOFF, Leonardo. **Sustentabilidade: o que é – o que não é.** 5.ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2016.

CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, ZenCeildo. O novo paradigma do direito na pós-modernidade. Porto Alegre – RECHTD/UNISINOS. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**, v. 3, p. 75-83, 2011.

GALEANO, Eduardo. **Úselo y tírelo: el mundo visto desde uma ecologia latino-americana**. 7.ed. Buenos Aires: Booket, 2010.

GARCIA, Marcos Leite. Direitos fundamentais e transnacionalidade: um estudo preliminar. In: CRUZ, Paulo Márcio; STELZER, Joana. **Direito e transnacionalidade**. Curitiba: Juruá, 2009.

GARCIA, Marcos Leite; MARQUES JÚNIOR, Willian Paiva; PILAU SOBRINHO, Liton Lanes. Aportes do novo constitucionalismo democrático latinoamericano e da unasul para os direitos fundamentais: os direitos ambientais como demandas transnacionais e o tratamento prioritário da sustentabilidade. In: **Revista Novos Estudos Jurídicos** - Eletrônica, Vol. 19 - n. 3 - set-dez 2014. p. 959-993.

GIDDENS, Anthony. **Mundo em descontrolo: o que a globalização está fazendo por nós**. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Editora Record, 2003.

MORIN, Edgar. **La Vía para el futuro de la humanidad**. Tradução de Núria Petit Fontseré. Barcelona: Paidós, 2011.

PASTOR, Roberto Viciano. DALMAU, Rubén Martínez. El nuevo constitucionalismo latinoamericano: fundamentos para una construcción doctrinal. **Revista General de Derecho Público Comparado**. v. 9. 2011. p.1-24. Disponível em https://www.academia.edu/6339900/El_nuevo_constitucionalismo_latinoamericano_fundamentos_para_una_construcci%C3%B3n_doctrinal . Acesso em 10.nov.2018.

PORTO-GONÇALVES. Carlos Walter. **A globalização da natureza e a natureza da globalização**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006.

PILAU SOBRINHO, Liton Lanes. **Desafios da sustentabilidade na era tecnológica: (im)probabilidade comunicacional e seus impactos na saúde e meio ambiente**. Dados eletrônicos. Itajaí: UNIVALI, 2017.

SACHS, Ignacy. **Caminhos para o desenvolvimento sustentável**. Tradução de José Lins de Albuquerque Filho. 3.ed. Rio de Janeiro: Garamond, 2009.

SOUSA SANTOS, Boaventura de. **De las dualidades a las ecologías**. La Paz: Red Boliviana de Mujeres Transformando la Economía REMTE, 2012.

_____. **Descolonizar el saber, reinventar el poder**. Montevideo: Ediciones Trilce-Extensión Universitaria. Universidad de la República, 2010.

VIEIRA, Liszt. **Cidadania e globalização**. 12. ed. Rio de Janeiro: Record, 2013.

VEIGA, José Eli da. **Desenvolvimento sustentável**: o desafio do século XXI. 3.ed. Rio de Janeiro: Garamond, 2008.

_____. **Para entender o desenvolvimento sustentável**. São Paulo: Editora 34, 2015.

ARTIGOS - GT 3 - DIREITOS HUMANOS: EFICÁCIA NO PLANO INTERNACIONAL

O DIREITO À MORADIA COMO DIREITO HUMANO FUNDAMENTAL

Silvana de Fátima Machado da Silva¹

Luis Angelo Dallacort²

RESUMO

O presente trabalho aborda o tema moradia como direito humano fundamental, reconhecido á luz do direito internacional, e positivado no rol dos direitos sociais no artigo 6º da Constituição Federal. Sendo um direito social, a sua não efetivação configura a violação de outros direitos e valores que tem como princípio assegurar a dignidade da pessoa humana. Embora o direito fundamental á moradia ocupe destaque no sistema jurídico brasileiro, existem milhões de pessoas no Brasil e ao redor do mundo que se encontram em extrema situação de vulnerabilidade, em condições de risco e de desrespeito aos direitos e a dignidade humana. Assim, o direito a moradia deve ser reconhecido como um direito que está diretamente ligado ao direito á vida, e cabe ao Estado adotar políticas públicas de habitação que assegurem a efetividade desse direito. Para o desenvolvimento desta pesquisa utilizou-se o método dedutivo com pesquisa bibliográfica.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Fundamental. Direitos Humanos. Moradia.

ABSTRACT

This paper addresses the issue of housing as a fundamental human right, recognized in the light of international law, and affirmed in the list of social rights in article 6 of the Federal Constitution. Being a social right, its non-fulfillment configures the violation of other rights and values whose principle is to ensure the dignity of the human person. Although the fundamental right to housing is prominent in the Brazilian legal system, there are millions of people in Brazil and around the world who are in extreme vulnerability, risky conditions and disrespect for human rights and dignity. Thus, the right to housing should be recognized as a right that is directly linked to the right to life, and it is up to the State to adopt public housing policies that ensure the effectiveness of this right. For the development of this research the deductive method with bibliographic research was used.

KEYWORDS: Fundamental Law. Human rights. Home.

INTRODUÇÃO

Ao longo dos anos, o Brasil assumiu compromissos internacionais para garantir o direito à moradia, sendo que o maior avanço foi à introdução deste direito no rol dos direitos sociais expressos no artigo 6º da Constituição Federal³, pela Emenda Constitucional nº 26 de fevereiro de 2000⁴.

¹ Mestranda do Mestrado Stricto Sensu da Universidade de Passo Fundo. Linha de Pesquisa Relações Sociais e Dimensões do Poder. Membro do Grupo de Pesquisa Jurisdição Constitucional e Democracia, inscrito na Plataforma dos Grupos de Pesquisa do CNPq. Especialista em Educação Socioambiental pela Universidade de Passo Fundo. Graduada em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade de Passo Fundo. Graduada em Ciências Habilitação Matemática pela Universidade de Passo Fundo. E-mail: yannasilva@hotmail.com.

² Mestrando do Mestrado Strico Sensu da Universidade de Passo Fundo. Pós-graduado pela Escola da Magistratura do Trabalho do Estado de Santa Catarina-AMATRA 12. Graduado em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade de Passo Fundo. Advogado. E-mail: luisdallacort92@gmail.com.

³ BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 15 jul. 2019.

⁴ BRASIL. **Emenda Constitucional nº 26, de 14 de fevereiro de 2000**. Altera a redação do art. 6o da Constituição Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc26.htm>. Acesso em: 15 jul. 2019.

A importância da moradia adequada é um dos direitos humanos garantidos a todos os indivíduos pela legislação internacional e pela Constituição brasileira⁵. É também reconhecida pelo Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966⁶ e pela Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948⁷. É um direito fundamental e faz parte do rol de direitos elencados do artigo 6º ao 11 da Constituição Federal⁸, juntamente com outros direitos sociais, como, saúde, educação, trabalho, lazer, segurança, entre outros.

Diante deste cenário, o objetivo deste trabalho é perquirir acerca da necessidade da efetivação de políticas públicas que garantam o acesso a uma moradia digna a todas as pessoas. Para o desenvolvimento desta pesquisa será utilizado o método dedutivo com pesquisa bibliográfica. No primeiro capítulo será feita uma abordagem sobre os direitos humanos e sua universalidade, o segundo capítulo tratará sobre o direito a moradia como um direito fundamental social e por fim o terceiro capítulo versará sobre as políticas de moradia no Brasil.

1 DIREITOS HUMANOS E SUA UNIVERSALIDADE

Os direitos intrínsecos aos homens são frutos de uma construção pautada em diversas lutas, as quais tiveram como protagonistas pequenas parcelas da sociedade que lutaram bravamente pelo reconhecimento de seus direitos. Assim, oriundos dessas batalhas, surgiram os primeiros direitos relacionados ao homem.

Prefacialmente, é necessário destacar que a nomenclatura utilizada para designar direitos humanos é muito divergente. Enquanto alguns autores utilizam o termo Direitos Humanos, outros se apoiam na expressão Direitos fundamentais. Conforme ensina Sarlet,⁹ existem diversas denominações para definir esse rol de direitos, tais como; "direitos humanos", "direitos do homem", "direitos subjetivos públicos", "liberdades públicas", "direitos individuais", "liberdades fundamentais" e "direitos humanos fundamentais", entre tantas outras.

Conquanto as nomenclaturas sejam utilizadas corriqueiramente como sinônimos, cumpre fazer uma diferenciação entre os termos, para tanto, adotar-se-á a doutrina de Perez-Luño¹⁰:

Los términos “derechos humanos” y “derechos fundamentales” son utilizados, muchas veces como sinónimos. Sin embargo, no han faltado tentativas doctrinales encaminadas a explicar el respectivo alcance de ambas expresiones. Así se ha hecho hincapié en la propensión doctrinal y normativa a reservar el termino “derechos fundamentales” para designar los derechos positivados a nivel interno, en tanto que la fórmula “derechos humanos” sería la más usual para denominar los derechos naturales positivados en las declaraciones y convenciones internacionales, así como

⁵ BRASIL, 1988.

⁶ BRASIL. **Decreto nº 591, de 6 de julho de 1992**. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Promulgação. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm>. Acesso em: 15 jul. 2019.

⁷ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS - ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**, 1948. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>>. Acesso em: 15 jul. 2019.

⁸ BRASIL, 1988.

⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 35.

¹⁰ LUÑO, Antonio Enrique Pérez. **Los Derechos Fundamentales**. Tecnos: Madrid, 2013. p. 39-40.

a aquellas exigencias basicas relacionadas con la dignidad, libertad e igualdad de la persona que no han alcanzado un estatuto juridico positivo.

Assim, deve-se compreender que no âmbito internacional a nomenclatura mais correta é direitos humanos, uma vez que estes são mais amplos que os chamados “direitos fundamentais” que devem ser utilizados em âmbito interno. Nesta seara, importante destacar que estes últimos, quando inseridos nos ordenamentos jurídicos internos, não possuem um campo de aplicação tão amplo quanto dos direitos humanos.

Outra peculiaridade dos direitos fundamentais, é que nem todos são exercitáveis por todas as pessoas, indistintamente, diferente dos Direitos Humanos que podem ser reivindicados por todos os cidadãos. Talvez por isso, uma parte da doutrina venha optando pelo uso da expressão direitos humanos fundamentais, na busca de uma união material da proteção de matiz constitucional com a salvaguarda de cunho internacional desses direitos.¹¹

Embora exista uma verdadeira divergência sobre a nomenclatura correta para definir esses grupos de direitos, num ponto, os autores convergem quanto a importância deles. Para Ramos¹², estes direitos devem ser entendidos como o “conjunto mínimo de direitos necessários para assegurar uma vida do ser humano baseada na liberdade e na dignidade”.

No mesmo sentido, Dallari¹³ discorre que os "Direitos Humanos representam uma forma abreviada de mencionar os direitos fundamentais da pessoa humana". Para o referido autor, “[...] esses direitos são fundamentais porque sem eles a pessoa humana não consegue existir ou não é capaz de se desenvolver e de participar plenamente da vida”¹⁴.

A sociedade, desde sua concepção, passou por constantes transformações, as quais foram lentamente alterando sua composição. Nestes processos transitórios, foram necessários que certos ordenamentos fossem criados para um melhor convívio social. Com o advento de uma nova mentalidade, impulsionada pelo humanismo e pela reforma Protestante, que teve como principais características o individualismo, o racionalismo e o processo de secularização, e que culminou com o rompimento da unidade eclesial, gerando pluralismo religioso, foi necessário a criação de normas jurídicas, a fim de evitar que ocorressem guerras por motivos religiosos. Assim, surge a tolerância precursora da liberdade religiosa, que seria marcada como primeiro direito fundamental.¹⁵

Neste sentido, os primeiros sinais da positivação dos Direitos Humanos passaram a ser observados no início do século XIV. Nesse período, floresceu a ideia de que a efetivação destes direitos no ordenamento das sociedades era fundamental para o bom funcionamento desta, uma vez que, somente assim, seria possível efetivar diversas garantias indispensáveis para a concretização do homem enquanto um ser de direito.

Nas palavras de Leite¹⁶:

¹¹MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de Direitos Humanos**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2017.

¹²RAMOS, André de Carvalho. **Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 32.

¹³DALLARI, Dalmo de Abreu. **Direitos Humanos e Cidadania**. São Paulo: Moderna, 1987. p. 07.

¹⁴DALLARI. **Direitos Humanos e Cidadania**. p. 07

¹⁵GARCIA, Marcos Leite. As Contribuições de Christian Thomasius ao Processo de Formação do Ideal dos Direitos Fundamentais. **Novos Estudos Jurídicos**. Itajaí, v. 10, n. 2, p. 420-421. Jul/dez 2005.

¹⁶GARCIA, Marcos Leite. **As Contribuições de Christian Thomasius ao Processo de Formação do Ideal dos Direitos Fundamentais**. p 420-421.

O transito a modernidade será um longo período, que se iniciará no século XIV e chegará até o século XVIII, no qual pouco a pouco a sociedade irá se transformando e preparando o terreno para o surgimento dos direitos fundamentais. Com as mudanças que se darão no transito à modernidade, a pessoa reclamará sua liberdade religiosa, intelectual, política e econômica, na passagem progressiva desde uma sociedade teocêntrica e estamental a uma sociedade antropocêntrica e individualista.

Vários outros momentos contribuíram para uma maior abrangência dos Direitos Humanos, assim, diante de diversos fatos históricos, esses direitos passaram a receber maior importância, o que acabou culminando na Declaração Universal dos Direitos Humanos¹⁷, no ano de 1948, a qual passou a ser reconhecida como base de qualquer princípio e direito escrito, uma vez, que buscou construir um pacto mundial na busca pela promoção de uma vida digna a toda a população mundial.

Esses direitos, que são frutos de uma construção histórica, sofreram mutações, e, conforme os problemas sociais evoluíam, necessitava-se novas soluções, deste modo, os direitos humanos passaram a ser flexíveis, bem como, constantemente revisados para se manterem atuais. Nesse sentido leciona Bobbio¹⁸:

[...] os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas.

Para tanto, os direitos humanos passaram por diversas transformações, tanto no que diz respeito ao seu conteúdo, quanto no que tange à sua titularidade, eficácia e efetivação¹⁹. Diante dessas alterações, necessárias para o convívio social e que culminam em sociedades mais igualitárias, surgem as gerações dos direitos humanos.

Assim menciona Mazzuoli²⁰:

Costuma-se normalmente dividir os direitos humanos em “gerações” ou “categorias”, com fundamento no percurso histórico que inspirou a sua criação. De fato, no decorrer dos tempos, os direitos humanos foram alterando suas características e atingindo cada vez mais pessoas ou grupos de pessoas que em momento anterior não eram destinatários de direitos. Houve, assim, mutação na proteção dos direitos humanos com o passar do tempo, levando à teorização das chamadas “gerações” ou “categorias” de direitos.

Para Gorczewski²¹, a primeira geração de direitos se baseia no princípio da liberdade, sendo entendidos como direitos inerentes à individualidade, atributos naturais do homem, portanto, inalienáveis e imprescritíveis. São uma oposição às ações do Estado o qual tem a obrigação de abster-se de atos que possam

¹⁷ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS - ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**.

¹⁸ Bobbio, Norberto. **A Era dos Direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 9.

¹⁹ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 312.

²⁰ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de Direitos Humanos**. p. 52.

²¹ GORCZEWSKI, Clóvis. **Direitos Humanos: dos primórdios da humanidade ao Brasil**. Porto Alegre: Imprensa Livre, 2005. p. 56.

representar a violação de tais direitos, e, portanto, uma limitação ao poder público.

Quanto à segunda geração, Bonavides²² ressalta, que estes são conectados a direitos da igualdade, como os direitos econômicos, sociais e culturais, bem como, os direitos coletivos ou de coletividades. Em consonância aos direitos humanos de terceira geração, estes seriam os que se apoiam sob o princípio da fraternidade. Como exemplo destes, cita-se o direito à paz, ao meio ambiente, à comunicação e ao patrimônio comum da humanidade. O autor também apresenta uma quarta geração de direitos, os quais são caracterizados pela solidariedade, como por exemplo, o direito à democracia, à informação e o pluralismo.

Como já mencionado, os direitos humanos são frutos de uma construção histórica. Estes direitos são oriundos de muitas lutas que em algumas partes do mundo foram mais profundas. Embora hoje sejam aderidos pela maioria das nações, em algumas, essa adesão ocorreu de forma mais precoce, em outras, de forma mais tardia. No Brasil, essa adesão ocorreu de forma relativamente mais tardia se comparada a Europa. Ainda que, algumas Constituições anteriores a de 1988 esboçassem algumas garantias relativas aos Direitos Humanos, foi com o advento da chamada Constituição cidadã que ocorreu a positivação destes direitos, sendo que, um dos principais pilares da Carta Magna de 1988²³ foi o princípio da dignidade da pessoa humana. Neste texto, também foi concretizado o direito a moradia digna como um direito fundamental intrínseco a efetivação da dignidade da pessoa humana.

2 DIREITO À MORADIA COMO UM DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL

O direito à moradia é um direito humano reconhecido na legislação internacional dos direitos humanos, bem como um direito fundamental social ligado ao princípio da dignidade da pessoa humana. É um requisito essencial para uma vida digna. Em âmbito do direito internacional existem diversas declarações, normas, pactos e documentos que dão suporte a esse direito bem como de que forma pode ser assegurado, inclusive, mostrando caminhos a serem percorridos pelos países para a concretização deste importante objetivo social.

Sendo assim, insere-se na categoria dos direitos fundamentais e merece proteção jurídica. Foi somente no ano 2000, com a promulgação da emenda constitucional nº 26²⁴ que o direito a moradia foi inserido no texto da Constituição Federal²⁵, antes deste período era tratado de forma não expressa em outros dispositivos constitucionais.

Sobre o direito a moradia leciona Flávio Pansieri²⁶:

O direito a moradia, consolidado como Direito Fundamental e previsto expressamente como um direito Social no artigo 6º da Constituição Brasileira, em correspondência com os demais dispositivos constitucionais, tem como núcleo básico o viver com segurança, paz e dignidade.

É também, uma necessidade básica do ser humano e vai além do direito a um teto, a um abrigo, a um padrão de vida adequado, é uma condição de subsistência. Esta intimamente ligada ao direito de liberdade que é um dos direitos fundamentais do ser humano, e sendo o indivíduo privado de um lar, automaticamente será

²²BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 516-524.

²³ BRASIL, 1988.

²⁴ BRASIL, 2000.

²⁵ BRASIL, 1988.

²⁶ PANSIERI, Flávio. **Eficácia e Vinculação dos Direitos Sociais**: reflexões a partir do direito à moradia. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 24.

um sujeito sem liberdade, e sua violação é considerada uma agressão ao direito fundamental imponderável e indisponível da dignidade da pessoa humana.

Nesta senda, a Declaração Universal dos Direitos Humanos inclui o direito à moradia digna em seu artigo XXV, n. 01²⁷:

Toda pessoa tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e o direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência fora de seu controle.

Importante destacar, que quando se fala em padrão mínimo para que o ser humano possa ter seus direitos garantidos, existem muitas necessidades que precisam ser preenchidas, existem condições básicas que precisam ser atendidas, e isto inclui o direito a um saneamento básico de qualidade, energia elétrica, segurança e outros aspectos importantes e necessários que venham corroborar com o desenvolvimento de todas as capacidades intelectuais e morais dos indivíduos.

Nas palavras de Flávio Pansieri²⁸:

O direito a uma moradia adequada significa dispor de um lugar onde se possa asilar, caso o deseje, com espaço adequado, segurança, iluminação, ventilação, infraestrutura básica, uma situação adequada em relação ao trabalho e o acesso aos serviços básicos, todos a um custo razoável.

Os seres humanos são frágeis e precisam de abrigo, necessitam de lugares para se manterem seguros e protegidos do frio, do calor excessivo, das chuvas, dos ventos e da neve. Precisam de um lugar onde se mantenham resguardados dos perigos das ruas e da natureza, onde possam colocar seus pensamentos em ordem, sem interrupção para poder descansar depois de um dia exaustivo. O ser humano não é só um corpo físico, o que o torna diferente dos outros seres é sua mente, sua intelectualidade e sua consciência²⁹.

Para Nelson Saule Junior³⁰,

A moradia, como necessidade de toda pessoa humana, é um parâmetro para identificar quando as pessoas vivem com dignidade e tem um padrão de vida adequado. O direito de toda pessoa humana a um padrão de vida adequado somente será plenamente satisfeito com a satisfação do direito a uma moradia adequada.

Neste sentido, a moradia adequada é um dos direitos humanos garantidos a todas as pessoas pela legislação internacional e pela Constituição brasileira³¹. É um direito fundamental reconhecido pela Declaração Universal

²⁷ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS - ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**.

²⁸ PANSIERI, Flávio. Do Conteúdo à Fundamentalidade da Moradia. In: OLIVEIRA NETO, José Rodrigues de (Org.) **Constituição e estado social**: os obstáculos à concretização da Constituição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 112.

²⁹ BRASIL. Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República. **Direito à moradia adequada**. – Brasília: Coordenação Geral de Educação em SDH/PR, Direitos Humanos, Secretaria Nacional de Promoção e Defesa dos Direitos Humanos, 2013. p. 9.

³⁰ SAULE JUNIOR, Nelson. Instrumentos de monitoramento do direito humano à moradia adequada. In: ALFONSIN, Betânia de Moraes; FERNANDES, Edésio. (Orgs.). **Direito Urbanístico**: estudos brasileiros e internacionais. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 217.

³¹ BRASIL, 1988.

dos Direitos Humanos de 1948³², bem como, pelo Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966, que determina em seu artigo 11³³:

Os Estados-parte no presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa a um nível de vida adequado para si e para sua família, inclusive alimentação, vestimenta e moradia adequadas, assim como uma melhoria contínua de suas condições de vida. Os Estados-parte tomarão medidas apropriadas para assegurar a consecução desse direito, reconhecendo, nesse sentido, a importância essencial da cooperação internacional no livre consentimento.

Entretanto, mesmo que o direito fundamental à moradia ocupe destaque no sistema jurídico brasileiro e de ter sido incluída no rol dos direitos fundamentais, não está assegurada de maneira efetiva e concreta, pois existem no Brasil e ao redor do mundo milhões de pessoas que se encontram em extrema situação de vulnerabilidade, em condições de risco, em favelas superlotadas e em outras tantas situações de desrespeito aos direitos e a dignidade humana.

Nesta diapasão:

Alguns grupos ou indivíduos têm dificuldades particulares para exercer seu direito à moradia adequada. Como consequência de quem eles são, por questões de discriminação ou estigma, ou uma combinação desses fatores, alguns seres humanos enfrentam desafios desproporcionais na realização de seus direitos. Dessa forma, para proteger o direito à moradia de forma eficaz, é necessário prestar atenção à situação específica de indivíduos ou grupos, em particular aqueles que vivem em situações vulneráveis.³⁴

Cabe ao Estado implementar políticas públicas efetivas que possam garantir este direito a todos os cidadãos de forma igualitária e não discriminatória desenvolvendo planos de ação específicos, que venham suprir esta necessidade básica. Ressalta-se que a falta de moradia para muitas pessoas não é apenas oriunda da inexistência de políticas públicas, mas por uma política que sempre esteve à frente dos interesses individuais, desconsiderando muitas vezes os tratados internacionais e os direitos sociais garantidos pela Constituição Federal³⁵.

Assim,

O direito a moradia, consagrado como um direito social, deve ser implementado pelo poder público, com a adoção de posturas que concretizem este direito, realizando a justiça social e geral em benefício dos interesses comuns.³⁶

O direito a moradia deve ser uma preocupação do Estado visando à garantia e a efetivação desse direito, pois ele é tão relevante quanto o direito a vida e a saúde, ambos se complementam e refletem

³² ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS - ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**.

³³ BRASIL, 1992.

³⁴ BRASIL. **Direito à moradia adequada**. p. 21.

³⁵ BRASIL, 1988.

³⁶ INÁCIO, Gilson Luiz. **Direito Social à Moradia & a Efetividade do Processo**: Contratos do Sistema Financeiro da Habitação. Curitiba: Juruá, 2002. p. 45.

diretamente na esfera moral e material dos atores envolvidos. É também um pressuposto existencial, e deve estar inserido no rol dos direitos mínimos para que o ser humano possa ter sua dignidade assegurada.³⁷

Assim,

O Estado brasileiro não dispensa a devida atenção à efetividade do direito à moradia; e, por essa negligência, a sociedade, de um modo geral, sofre com a violência urbana decorrente de altos índices de criminalidade e marginalidade, provindas, em sua maior parte, de uma reação social daqueles grupos que foram e estão sendo excluídos de condições de moradia e subsistência dignas. A efetivação do direito à moradia digna sob uma visão abrangente, não individual, mas pensada coletivamente, precisa ser urgentemente executada por uma ação conjunta e coordenada dos entes federados e por meio da cooperação de profissionais especializados, tais como urbanistas, juristas, sociólogos, economistas, ambientalistas, médicos, assistentes sociais, etc³⁸.

Conclui-se, desta forma, que a implementação do direito a moradia precisa ser reconhecida de forma plena e eficaz por parte dos Estados, pois se trata de um direito humano fundamental e deve ser incluído no planejamento urbano e nas políticas habitacionais de cada Estado. Ressalta-se também, que a moradia adequada é um direito reconhecido a todos os cidadãos, pois é neste local que pode realizar o pleno exercício de sua cidadania, liberdade e dignidade.

3 DAS POLÍTICAS DE MORADIA NO BRASIL

A partir da Constituição Federal de 1988³⁹ foi efetivado no plano constitucional, o acesso à moradia adequada, todavia, existe uma deficiência entre o texto positivado e sua eficácia. No Brasil, segundo dados divulgados no ano de 2018⁴⁰, existem mais de 6,9 milhões de famílias sem casa para morar e vivendo em extrema situação de vulnerabilidade social. Cabe ao estado ser promovedor de políticas públicas inclusivas que possibilitem aos cidadãos sua inserção na comunidade.

O direito a moradia é uma dos principais elementos da dignidade Humana, sendo que a não concretização deste direito, configura um obstáculo à conquista da cidadania plena. Neste viés, cabe mencionar que existem muitas situações relativas à falta de moradia no Brasil em sua mais dura vertente, no caso dos moradores de rua, ou na dificuldade de acesso a uma moradia decorrente dos altos valores imobiliários, que são encontrados nas grandes e médias cidades brasileiras.

Neste sentido, leciona Nelson Saule Júnior⁴¹:

[...] a dignidade da pessoa humana como comando constitucional será observado quando os componentes de uma moradia adequada forem reconhecidos pelo Poder Público e pelos agentes privados, responsáveis pela execução de programas e projetos de habitação e interesse social, como elementos necessários à satisfação do direito à moradia.

³⁷ RANGEL, Helano Márcio Vieira. DA SILVA, Jacilene Vieira. **O Direito Fundamental a Moradia como Mínimo Existencial e a sua Efetivação à Luz do Estatuto da Cidade**. Dissertação (Mestrado em Ordem Jurídica Constitucional). Faculdade de Direito. Universidade Federal do Ceará. Ceará, 2011. p. 74.

³⁸ RANGEL, **O Direito Fundamental a Moradia como Mínimo Existencial e a sua Efetivação à Luz do Estatuto da Cidade**. p. 45.

³⁹ BRASIL, 1988.

⁴⁰ ODILLA, Fernanda; PASSARINHO, Nathalia; BARRUCHO, Luís. **Brasil tem 6,9 milhões de famílias sem casa e 6 milhões de imóveis vazios, diz urbanista**. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/brasil-44028774>>. Acesso em: 15 jul. 2019.

⁴¹ SAULE JÚNIOR, Nelson. **Novas Perspectivas do Direito Urbanístico Brasileiro**. Ordenamento constitucional da política urbana. Aplicação e eficácia do plano diretor. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1997. p. 84.

Desse modo, diante da dificuldade do acesso a um lugar para chamar de lar, e frente à inexistência de condições econômicas, bem como de políticas públicas que sejam capazes de superar essa questão, surgem às favelas, os loteamentos e ocupações irregulares que são a única opção a essa parcela da população menos favorecida.⁴²

A questão do direito a moradia é uma das maiores problemáticas do Brasil, uma vez que, embora alguns incentivos do estado aconteçam, estes ainda não são suficientes para solucionar toda a demanda por moradias, inclusive por questões puramente econômicas.

Essa vinculação de dependência das condições econômicas tem sido a principal causa dos problemas da viabilização dos direitos sociais, que não raro, são entendidos como produto de um processo político, sem expressão no terreno da materialidade das políticas sociais. "Constituem-se direitos de prestação de serviços ou de créditos, pois geram obrigações positivas por parte do estado, que detém a responsabilidade de, por meio do planejamento e da consecução de políticas de bem-estar do cidadão, atender às demandas por [...], moradia, [...], dentre outras".⁴³

Garantir habitação as pessoas, antes de mais nada, é lhes conferir o papel de cidadão, é reconhecer o indivíduo como um ser digno de direitos. O direito a moradia é uma dos principais elementos da dignidade Humana, sendo que a não concretização deste direito configura como um obstáculo à conquista da cidadania plena, considerada também, uma das maiores problemáticas do Brasil.

Para Sérgio Iglesias Nunes de Souza, a habitação⁴⁴:

[...] consiste em bem irrenunciável da pessoa natural, indissociável de sua vontade e indisponível, a qual permite a sua fixação em lugar determinado, bem como a de seus interesses naturais na vida cotidiana, estes, sendo exercidos de forma definitiva pelo indivíduo, recaindo o seu exercício em qualquer pouso ou local, desde que objeto de direito juridicamente protegido. O bem da moradia é inerente à pessoa e independente do objeto físico para a sua existência e proteção jurídica. Para nós, moradia é elemento essencial do ser humano e um bem extrapatrimonial.

Contudo, embora o estado tente por vezes criar políticas públicas, estas ainda não são eficientes e não dão conta da demanda do déficit habitacional que existe no país. Como já discorrido, esse fenômeno não é recente e também não são recentes as tentativas dos governantes em encontrar soluções para essa temática.

Entretanto, foi com o advento da Constituição cidadã de 1988⁴⁵ que o Estado passou a ter competência para solucionar problemas intrínsecos a moradia. Para tanto, uma série de projetos com cunho de políticas habitacionais foram criados. Entre estes programas, pode-se destacar os programas do governo federal, Pró-

⁴²MARICATO, Erminia. **O impasse da política urbana no Brasil**. 3 ed. Petrópolis: Vozes, 2014.

⁴³COUTO, Berenice Rojas. **Direito Social e Assistência Social na Sociedade Brasileira**: uma equação possível?. 32. ed. São Paulo: Cortez, 2008. p. 48.

⁴⁴SOUZA, Sérgio Iglesias Nunes de. **Direito à Moradia e de Habitação**: análise comparativa e suas implicações teóricas e práticas com os direitos da personalidade. 2. ed rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 44.

⁴⁵BRASIL, 1988.

Moradia e Habitar-Brasil, os quais foram responsáveis pela construção de aproximadamente 450 mil unidades habitacionais⁴⁶.

Cabe destacar o programa “Minha casa, Minha vida”, instituído pela Lei nº 11.977/2009⁴⁷, que tinha como prioridade suprir o déficit habitacional brasileiro por meio de incentivo do Governo Federal, que oferecia condições de pagamento e taxas de juros diferenciadas conforme a renda da família. O referido programa, ao longo dos anos, foi sofrendo transformações, e hoje atende famílias que recebem até sete mil reais mensais⁴⁸.

Conquanto alguns passos são dados na concretização da efetivação do direito a moradia, faz-se necessário que o estado intensifique essas políticas e busque efetivar o texto constitucional, oferecendo não apenas uma moradia, mas sim, uma moradia digna as parcelas mais excluídas das sociedades. Nesse sentido discorre Roguet e Chohfi⁴⁹:

[...] não basta que o Estado propicie o simples habitar ao cidadão, devendo estruturar uma moradia que possibilite o desenvolvimento dos atos básicos de higiene pessoal, acesso às redes de esgoto e saneamento, área não isoladas e acessíveis com transporte público, contando com escolas e postos de saúde, como forma de garantir o mínimo existencial.

Nesse sentido, por mais que seja complexo concretizar o direito a moradia a todos, deve o Estado fornecer o máximo de condições para que todos, de uma forma ou outra, possam ter acesso à moradia digna e uma qualidade de vida justa, buscando efetivar as condições destes como detentores de direito.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

José Saramago, famoso escritor Português, em uma de suas obras mais famosas, chamada ensaio sobre a cegueira, conta a história de uma sociedade que paulatinamente se tornando cega. Metáforas a parte, existe uma cegueira geral dos órgãos públicos no tocante a existência de problemas tão complexos quanto à crise habitacional.

O problema da moradia no Brasil é um fenômeno que muitas vezes passa sem ser visto pelos órgãos que deveriam encontrar soluções para tais problemas. O processo de gentrificação que vem ocorrendo, principalmente nos grandes centros, aliado à ojeriza as classes mais vulneráveis põe em exposição uma

⁴⁶AZEVEDO, Sérgio. Desafios da habitação popular no Brasil: políticas recentes e tendências. In: CARDOSO, Adauto Lucio. (Org.). **Habitação Social nas Metrópoles Brasileiras**: uma avaliação das políticas habitacionais em Belém, Belo Horizonte, Porto Alegre, Recife, Rio de Janeiro e São Paulo no final do século XX. Porto Alegre: ANTAC, 2007.

⁴⁷ BRASIL. **Lei nº 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/11977.htm>. Acesso em: 15 jul. 2019.

⁴⁸ CAIXA ECONÔMICA FEDERAL. **O que é Minha Casa, Minha vida**. Disponível em: <<http://www.caixa.gov.br/voce/habitacao/minha-casa-minha-vida/urbana/Paginas/default.aspx>>. Acesso em: 20 jul. 2019.

⁴⁹ROGUET, Patrícia; CHOHI, Roberta Dib. Políticas Públicas e Moradia: rumo à concretização do direito à cidade. In: SMANIO, Gianpaolo Poggio; BERTOLIN, Patrícia Tuma Martins. (Orgs.). **O Direito e as Políticas Públicas no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 310.

relevante parcela da população que se encontra necessitada de atenção. Garantir a toda população uma moradia digna vai muito além de conceder o direito a um teto, é reconhecer o indivíduo como participante da sociedade.

No Brasil, solucionar o problema do deficit habitacional não é uma tarefa fácil, uma vez que o país é dotado de peculiaridades, todavia, faz-se necessário a construção de políticas públicas que ultrapassem as barreiras do acesso a propriedade de um imóvel.

Assim, aliando políticas públicas de qualidade que reforcem o acesso a moradia com melhor aproveitamento de imóveis já construídos mas que estão desocupados, bem como, com a construção de abrigos temporários, será possível uma grande mudança no panorama habitacional brasileiro. Contudo seja difícil resolver de vez esse problema, é necessário reduzir-ló o quanto antes possível.

REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

AZEVEDO, Sérgio. Desafios da habitação popular no Brasil: políticas recentes e tendências. In: CARDOSO, Adauto Lucio. (Org.). **Habitação Social nas Metrópoles Brasileiras**: uma avaliação das políticas habitacionais em Belém, Belo Horizonte, Porto Alegre, Recife, Rio de Janeiro e São Paulo no final do século XX. Porto Alegre: ANTAC, 2007.

Bobbio, Norberto. **A Era dos Direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 15 jul. 2019.

BRASIL. **Decreto nº 591, de 6 de julho de 1992**. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Promulgação. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm>. Acesso em: 15 jul. 2019.

BRASIL. **Emenda Constitucional nº 26, de 14 de fevereiro de 2000**. Altera a redação do art. 6º da Constituição Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc26.htm>. Acesso em: 15 jul. 2019.

BRASIL. **Lei nº 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/11977.htm>. Acesso em: 15 jul. 2019.

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

CAIXA ECONÔMICA FEDERAL. **O que é Minha Casa, Minha vida.** Disponível em: <<http://www.caixa.gov.br/voce/habitacao/minha-casa-minha-vida/urbana/Paginas/default.aspx>>. Acesso em: 20 jul. 2019.

COUTO, Berenice Rojas. **Direito Social e Assistência Social na Sociedade Brasileira: uma equação possível?**. 32. ed. São Paulo: Cortez, 2008.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Direitos Humanos e Cidadania.** São Paulo: Moderna, 1987.

GORCZEWSKI, Clóvis. **Direitos Humanos: dos primórdios da humanidade ao Brasil.** Porto Alegre: Imprensa Livre, 2005.

INÁCIO, Gilson Luiz. **Direito Social à Moradia & a Efetividade do Processo: Contratos do Sistema Financeiro da Habitação.** Curitiba: Juruá, 2002.

GARCIA, Marcos Leite. As Contribuições de Christian Thomasius ao Processo de Formação do Ideal dos Direitos Fundamentais. **Novos Estudos Jurídicos.** Itajaí, v. 10, n. 2, p. 417-450. Jul/dez 2005.

LUÑO, Antonio Enrique Pérez. **Los Derechos Fundamentales.** Tecnos: Madrid, 2013.

MARICATO, Erminia. **O impasse da política urbana no Brasil.** 3 ed. Petrópolis: Vozes, 2014.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de Direitos Humanos.** 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2017.

ODILLA, Fernanda; PASSARINHO, Nathalia; BARRUCHO, Luís. **Brasil tem 6,9 milhões de famílias sem casa e 6 milhões de imóveis vazios, diz urbanista.** Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/brasil-44028774>>. Acesso em: 15 jul. 2019.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS - ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos,** 1948. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>>. Acesso em: 15 jul. 2019.

PANSIERI, Flávio. Do Conteúdo à Fundamentalidade da Moradia. In: OLIVEIRA NETO, José Rodrigues de (Org.) **Constituição e estado social: os obstáculos à concretização da Constituição.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

PANSIERI, Flávio. **Eficácia e Vinculação dos Direitos Sociais: reflexões a partir do direito à moradia.** São Paulo: Saraiva, 2012.

RAMOS, André de Carvalho. **Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

RANGEL, Helano Márcio Vieira. DA SILVA, Jacilene Vieira. **O Direito Fundamental a Moradia como Mínimo Existencial e a sua Efetivação à Luz do Estatuto da Cidade**. Dissertação (Mestrado em Ordem Jurídica Constitucional). Faculdade de Direito. Universidade Federal do Ceará. Ceará, 2011.

ROGUET, Patrícia; CHOHLI, Roberta Dib. Políticas Públicas e Moradia: rumo à concretização do direito à cidade. In: SMANIO, Gianpaolo Poggio; BERTOLIN, Patrícia Tuma Martins. (Orgs.). **O Direito e as Políticas Públicas no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SAULE JÚNIOR, Nelson. **Novas Perspectivas do Direito Urbanístico Brasileiro**. Ordenamento constitucional da política urbana. Aplicação e eficácia do plano diretor. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1997.

SAULE JUNIOR. Nelson. Instrumentos de monitoramento do direito humano à moradia adequada. In: ALFONSIN, Betânia de Moraes; FERNANDES, Edésio. (Orgs.). **Direito Urbanístico: estudos brasileiros e internacionais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

SOUZA, Sérgio Iglesias Nunes de. **Direito à Moradia e de Habitação: análise comparativa e suas implicações teóricas e práticas com os direitos da personalidade**. 2. ed rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

O COMPASSO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO BRASILEIRO COM AS POLÍTICAS INTERNACIONAIS DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS

Arnaldo Fabiano Fenner¹
Júlian Marcelino Araújo²

RESUMO

O presente trabalho tem como tema as políticas públicas (inter) nacionais para a promoção do desenvolvimento humano por meio da educação. Propõe-se como delimitação temática a análise do Estado brasileiro diante das atuais políticas que tocam a educação, analisando se as mesmas viabilizam o desenvolvimento humano dos indivíduos. O trabalho pretende traçar uma possível resposta ao seguinte problema: em que medida os preceitos internacionais absorvidos pelo estado brasileiro, em suas políticas para a educação, viabilizam o desenvolvimento humano dos indivíduos? Para responder à pergunta de pesquisa, estabeleceu-se como objetivo geral, pesquisar os preceitos internacionais absorvidos pelo Brasil na elaboração de políticas públicas, a fim de perquirir se as mesmas oferecem condições de desenvolvimento humano através da educação. A pesquisa é de cunho teórico, com um tratamento de forma qualitativa, que serão coletados por meio de documentação indireta, com pesquisa bibliográfica e documental, utilizando-se do método de abordagem hipotético-dedutivo e dos métodos de procedimentais histórico e comparativo. A partir das discussões traçadas, concluiu-se que o Brasil, adota políticas orientadas pelas organizações internacionais desenvolvendo políticas voltadas a garantir o acesso à educação formal. Porém, a pesquisa aqui realizada não permite dizer que a educação promovida, a partir de tais paradigmas seja instrução de qualidade, que viabilize desenvolvimento humano como condição de possibilidade à autonomia e transformação do indivíduo.

PALAVRAS-CHAVE: Estado Democrático de Direito; políticas públicas; Estado constitucional cooperativo; desenvolvimento humano.

ABSTRACT

This dissertation has as its theme (inter)national public policies for promoting human development through education. It takes as its thematic delimitation an analysis of the Brazilian state in the face of the current policies related to education, analyzing whether they enable the human development of individuals. The paper aims to outline a possible answer to the following problem: to what extent do international precepts absorbed by the Brazilian government in its educational policies enable individual human development? To answer this question, a general objective was established of researching international precepts absorbed by Brazil in the elaboration of public policies, in order to investigate whether they offer conditions for human development through education. The research is of a theoretical nature, and data is treated qualitatively. The data will be gathered through indirect documentation, with bibliographical and documentary research, using the method of hypothetical-deductive approach and historical and comparative procedural methods. From the discussions outlined, it was concluded that Brazil adopts policies under the guidance of international organizations, developing policies aimed at ensuring access to formal education. However, the research conducted herein does not allow one to say that education promoted on the basis of such paradigms is high-quality instruction that facilitates human development as a condition necessary for the autonomy and transformation of the individual.

KEYWORDS: Democratic State of Law; public policies; cooperative constitutional state; human development.

¹Mestrando em Direito na Universidade do Extremo Sul Catarinense (Unesc) Criciúma. Santa Catarina. Brasil Estudante Bolsista no Mestrado em Direito arnaldofenner@gmail.com

² Mestranda em Direito na Universidade do Extremo Sul Catarinense (Unesc) Tubarão. Santa Catarina. Brasil Advogadajulianaraujo@gmail.com

INTRODUÇÃO

A melhor compreensão do modelo contemporâneo estatal denominado de Estado Democrático de Direito, passa pelo conhecimento evolutivo apresentado nesse Trabalho de Conclusão de Curso, sendo, portanto observado, o modelo de Estado Liberal, Estado Social para então de forma branda adentrar no modelo vigente. O Estado Democrático de Direito, funda-se através de uma mutação que contempla peculiaridades dos modelos passados que carrega consigo paradigmas liberais, sociais e de direito.

O atual modelo de Estado encontra sua positivação expressa nas cartas constitucionais, sendo no caso brasileiro na forma democrática de Direito, a partir do ano de 1988. A chamada Constituição cidadã, tem os direitos fundamentais permeando seu texto, evidenciados em forma de cláusulas pétreas. Tais direitos visam, além da proteção do cidadão frente ao poder estatal, garantias sociais com a intenção de promover o indivíduo, assegurando-lhe a atuação do Estado para a busca da concretização de desenvolvimento humano.

O Estado Democrático de Direito visa a transformar a realidade social do cidadão, promovendo o desenvolvimento de suas capacidades e assegurando constitucionalmente estes direitos como sendo fundamentais ao indivíduo, mas como promover esta transformação do *status quo* do cidadão?

Pode-se citar como um importante mecanismo, a promoção de políticas públicas que atuem em conformidade com os preceitos constitucionais para assegurar de forma prestacional a promoção do desenvolvimento humano e da plena capacidade como cidadão.

Além dos direitos fundamentais afirmados, tem-se a recepção constitucional do direito internacional dos direitos humanos, que torna visível a abertura legislativa para as possibilidades positivadas (inter)nacionalmente que viabilizam a proteção dos direitos humanos e o desenvolvimento do cidadão na esfera globalizada de garantias ao indivíduo.

A cooperação internacional para a realização de direitos, que conjuga esforços dos Estados e da comunidade internacional, apresenta um Estado constitucional cooperativo, situando o Estado contemporâneo no contexto atual da produção de direitos e garantias ao cidadão de forma globalizada.

Ao interligarem questões fundamentais estatais com as pautas internacionais, foi demonstrando-se a interdependência e a necessidade de dinâmicas conexas para a elaboração de políticas públicas dentro dos Estados.

Agregando elementos nesta concepção de Estado Constitucional cooperativo, visualizam-se as políticas públicas que não estão restritas aos espaços nacionais dos Estados. Há uma relevante atuação das organizações internacionais na regulação/recomendação de condutas estatais a serem desenvolvidas de acordo com padrões universais.

Nesse cenário, a busca pelo desenvolvimento humano nos (e dos) Estados, tem-se a educação exercendo papel fundamental para evidenciar o princípio da igualdade (norte do atual modelo de Estado). Nesse sentido, as políticas internacionais elaboradas pela Organização das Nações Unidas, notadamente por suas agências especializadas, orientam o Estado brasileiro na busca pela concretização plena dos direitos humanos, bem como a promoção da cidadania por meio da educação.

1 O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E A PROMOÇÃO DE DIREITOS PELAS POLÍTICAS PÚBLICAS

A atual contextualização de Estado democrático de direito exige, para sua melhor compreensão, reportar-se o olhar para a construção histórica do Estado Moderno. Na concepção Moderna de Estado de Direito, o mesmo passou por diferentes fases, elencadas na doutrina como: Estado Liberal, Estado Social e Estado Democrático. O Estado será limitado, e delineado, em cada momento histórico por uma geração de direitos fundamentais, que determinará as atuações do mesmo³.

O não intervencionismo deixa a economia à solta no paradigma Liberal burguês, oferece a cena para o surgimento do Estado Social, que busca materializar os direitos *prometidos*, promovendo políticas sociais para moderar as péssimas condições de vida da população mais afetada. O que se verifica, entretanto, é uma política setorial, paliativa e tardia, pois se dava “a reboque” dos fatos sociais. Não se tratava de uma política social para transformar as estruturas estatais⁴.

A partir da segunda metade do Século XX, o Estado Social começa a ser questionado. As crises de legitimação pelas quais passa esse modelo, na década de 70 começam a se demonstrar em todas as suas dimensões. Surge, assim, um novo conceito: o *Estado Democrático de Direito*, representando uma metamorfose no Estado de Direito, por um lado, e no Estado Social, de outro. “Resumidamente, pode-se dizer que, ao mesmo tempo em que se tem a permanência em voga da já tradicional questão social, há como que a sua qualificação pela questão da igualdade.”⁵

O Estado Democrático de Direito, funda-se sobre os princípios da constitucionalidade, democracia, sistema de direitos fundamentais individuais e coletivos, justiça social, igualdade, divisão de poderes, legalidade e segurança jurídica. “Quando assume o feitiço democrático, o Estado de Direito tem como objetivo a igualdade e, assim, não lhe basta limitação ou a promoção da atuação estatal, mas referenda a pretensão à transformação do *status quo*.”⁶

Historicamente, as desigualdades sociais, econômicas e culturais é expressão de característica marcante de parte dos Estados do mundo. Os desenvolvimentos dos modelos de Estado passam pelas evoluções solicitadas em tempos distintos. A história das instituições políticas faz enfrentar as dificuldades marcadas entre o resguardo das conquistas modernas, sua insuficiência ante o “novo” e a necessidade de construir instrumentos que permitam e assegurem a continuidade de um projeto civilizatório, corrigindo rumos, nunca retrocedendo⁷.

O atual modelo de Estado de Direito, oriundo desta mutação histórica dos modelos de estado: Estado Liberal, Social e de Direito, sustenta a ideia de desenvolvimento da plena cidadania através de mecanismos

³PÉREZ LUÑO, Antônio Enrique. **Perspectivas e Tendências Atuais do Estado Constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p.09.

⁴ (GARCÍA-PELAYO, 2009, p. 09).

⁵BOLZAN DE MORAIS, José Luis. **As Crises do Estado e da Constituição e a Transformação Espacial dos Direitos Humanos**. Col. Estado e Constituição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.p.38.

⁶ STRECK, Lênio Luiz; BOLZAN DE MORAIS, José Luis. **Ciência Política e Teoria do Estado**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.p.94.

⁷ BOLZAN DE MORAIS, José Luis. Separata de **Constituição e Estado Social: os obstáculos à concretização da Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. p.192.

que promulguem a igualdade entre os cidadãos, para que assim o *status quo* do indivíduo sofra profunda transformação.

Na seara da evolução dos paradigmas de Estado, o Estado Democrático de Direito, que traz consigo o ideal de igualdade entre cidadãos. As políticas públicas, enquanto mecanismos para a concretização de direitos pelo Estado tornam-se importantes meios para potencializar a igualdade.

É patente que as sociedades contemporâneas se tornam cada vez mais desiguais, apesar das conquistas constitucionais, das políticas públicas, das ações e das articulações sociais [...]. A questão que se coloca é como construir estruturas e movimentos que avancem na direção da igualização social ou, pelo menos, de uma mais efetiva redução dos padrões de desigualdade⁸.

Considerando que a autonomia é um fundamento da dignidade humana ao cidadão e tendo em vista a situação da sociedade brasileira, na qual os indivíduos são quase que inteiramente determinados socialmente e vivem num contexto não favorável à escolha. Salutar o ensinamento de Costa e Reis, indicando que “A cidadania, apesar das transformações que sofreu ao longo da história, que, ainda carece de efetividade plena, mantém-se como indispensável à consolidação do modelo de Estado democrático que se pretende.”⁹

O Estado democrático de direito é um conceito que designa qualquer Estado que se aplica a garantir o respeito das liberdades civis, ou seja, o respeito pelos direitos humanos e pelas garantias fundamentais fundase na ideia de justiça social através do estabelecimento de uma proteção jurídica.

O Estado constitucional, enquanto Estado de direito de terceira geração, delimitará normativamente o meio espacial e temporal de paulatino reconhecimento dos direitos de terceira geração. Caberia mencionar que as mudanças geracionais dos direitos fundamentais foram mudanças de paradigma. Esta possibilidade estabelece uma conexão entre as liberdades de terceira geração e os direitos e liberdades próprios do modelo “Estado constitucional”.¹⁰

O Estado de Direito nos dias atuais tem um significado de fundamental importância no desenvolvimento das sociedades, após um amplo processo de afirmação dos direitos humanos, sendo um dos fundamentos essenciais de organização das sociedades políticas do mundo moderno. “O Estado constitucional de Direito, abre, assim, uma nova etapa na evolução do próprio Estado de Direito, do modelo de organização jurídica que lhe é inerente e das elaborações teóricas da própria Ciência do Direito.”¹¹

Mesmo assim continuamos no Século XXI com o objetivo de buscar mecanismos de aperfeiçoamentos para o modelo do Estado para que o mesmo atinja o quanto antes o equilíbrio entre a liberdade e igualdade dos seres humanos e possa proporcionar o ideal de oportunidades de desenvolvimento com saúde, segurança, habitações dignas, educação para todos.

Dessa maneira, a constituição assume um papel absolutamente decisivo nas

⁸ BOLZAN DE MORAIS; NASCIMENTO, 2010, p. 56.

⁹ COSTA, Marli Marlene M. da; REIS, Suzéte da Silva. Espaço Local: o espaço do cidadão e da cidadania In: HERMANY, Ricardo. **Gestão Local e Políticas Públicas**. Santa Cruz do Sul: Editora da IPR, 2010, p.115.

¹⁰ PÉREZ LUÑO, Antônio Enrique. **Perspectivas e Tendências Atuais do Estado Constitucional**. p.10.

¹¹ JULIOS-CAMPUZANO, Alfonso de. **Constitucionalismo em Tempos de Globalização**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p.45.

complexas, heterogêneas e plurais sociedades contemporâneas, dado que a diversidade de interesses em conflito transborda para o próprio ordenamento jurídico e, com ele, a lei como principal fonte de proteção jurídica no Estado de Direito. Seu lugar é ocupado agora pela Constituição, como paradigma de uma produção jurídica flexível e plural cuja convergência somente pode resultar possível através dos princípios e valores estabelecidos na norma fundamental.¹²

É fundamental discutir-se acerca da construção de estruturas e movimentos que avancem na direção da igualização social ou, pelo menos, de uma mais efetiva redução dos padrões de desigualdade. Para a efetiva concretização desses direitos, os mecanismos utilizados pelos Estados são as políticas públicas que deverão ser implementadas a fim de garantirem a universalização dos direitos a todos os cidadãos brasileiros, tornando vivos e concretos os direitos declarados nos documentos legais.

As políticas públicas estão direcionadas a responder à demanda principalmente dos atores sociais desfavorecidos, que se encontram em maior grau de vulnerabilidade social e serão determinadas de acordo com os objetivos do Estado e com o momento histórico da preponderância de dado modelo.

O direito dos tempos atuais se vê desafiado pela ausência de um sistema amplo de garantias, sem os quais a eficácia das normas é dizimada ao se chocar com imperativos do tipo técnico ou econômico que se opõe à força normativa dos preceitos jurídicos. A ausência de garantias não afeta a positividade dos direitos, mas somente seus mecanismos de proteção, de cuja inexistência ou insuficiência somente pode derivar-se a necessidade de implementar uma forma de proteção efetiva.¹³

A Constituição brasileira consagra tais ideais no rol de seus direitos fundamentais, com redação clara que ratifica os princípios promulgados pelo Estado Democrático de Direito, tornando nosso país signatário desta concepção jurídico-social moderna de Estado. Assim, exige-se do Estado Democrático de Direito brasileiro,

[...] prestações positivas, neste caso, por meio da criação e da implementação de leis e de políticas públicas que garantam condições mínimas de existência atendendo ao princípio da isonomia material e aos objetivos do Estado brasileiro que são, entre outros, a erradicação da pobreza e a diminuição das desigualdades sociais.¹⁴

Por isso, se o Estado não é capaz de desenvolver um sistema de garantias será preciso, então, transcender mais além dos estreitos confins da estatalidade, para conseguir espaços de cooperação e desenvolvimento mais amplo aos preceitos constitucionais.¹⁵

Dessa forma, os estados tendem a assumir posturas cooperativas para a concretização de direitos, criando normativa nacional (especialmente constitucional) e internacional que viabilizem tal processo. Faz-se necessário observar os mecanismos para a referida concretização. Podem-se elencar inúmeros meios, porém avançar-se-á sobre o campo das políticas públicas desenvolvidas pelo Estado, com o incentivo/pressão da comunidade internacional, especialmente aquelas relativas à educação com fins de desenvolvimento humano

¹² JULIOS-CAMPUZANO, Alfonso de. **Constitucionalismo em Tempos de Globalização**. p.45.

¹³ JULIOS-CAMPUZANO, Alfonso de. **Constitucionalismo em Tempos de Globalização**. p.62.

¹⁴ ANGELIN, Rosângela. A Dignidade da Pessoa Humana e sua Promoção: Um Desafio do Estado Democrático de Direito e da Sociedade in revista Direito e Sociedade. In: **Revista Direito e Sociedade: reflexões contemporâneas**, 2010, p.67.

¹⁵ JULIOS-CAMPUZANO, Alfonso de. **Constitucionalismo em Tempos de Globalização**. p.64.

no Brasil.

2 ESTADO, COOPERAÇÃO E EDUCAÇÃO: OS CAMINHOS PARA O DESENVOLVIMENTO HUMANO

O atual contexto de globalização da econômica, e seus inúmeros reflexos sociais, e da mundialização do direito, e a disseminação de normativas de direitos humanos e fundamentais, alteram a construção legislativa e as atuações dos Estados constitucionais contemporâneos para a concretização dos seus objetivos e dos direitos, bem como para a promoção da cidadania de seus indivíduos.

Nesse contexto, a existência do constitucionalismo e, consequentemente, do Estado constitucional, enquanto compromisso axiológico substantivo, diante das investidas do capitalismo global clama por empenhos supranacionais¹⁶.

A ideia de Estado Cooperativo (ou Estado constitucional cooperativo) foi apresentada por Peter Häberle, situando o Estado contemporâneo no contexto da dinâmica atual da produção de direitos. Por isso, essa subseção abordará as construções teóricas do Estado cooperativo no objetivo de melhor compreender os fenômenos estatais e da concretização de direitos, em um cenário de cooperação e interconexão constante entre os Estados e da atuação crescente dos organismos internacionais.¹⁷

Häberle desenvolve o conceito de Estado constitucional cooperativo, verificando que o Estado encontra a sua identidade também no direito internacional, no entrelaçamento das relações internacionais e supranacionais, na percepção da cooperação e responsabilidade internacionais, segundo Ribeiro (2018)¹⁸. Dessa forma,

O Estado Constitucional cooperativo trata, ativamente, da questão de outros Estados, de instituições internacionais e supranacionais e dos cidadãos “estrangeiros”: sua “abertura ao meio” é uma “abertura ao mundo” (cf. art. 4º da Constituição do Jura). A cooperação realiza-se política e juridicamente. Ela é, sobretudo, um momento de configuração. O Estado Constitucional Cooperativo corresponde a desenvolvimento de um “Direito Internacional cooperativo”.¹⁹

Os objetivos e os fundamentos dos Estados constitucionais contemporâneos interligam-se com as questões fundamentais das pautas internacionais, demonstrando-se interdependentes e com dinâmicas conexas. Nesse sentido, Häberle indica que a concepção estatal contemporânea pode ser considerada imutável, que nesta quadra da história o aspecto ideal-moral deve ser compreendido conjuntamente com o aspecto sociológico-econômico.

O aspecto *ideal-moral* (expresso por meio de disposições constitucionais como

¹⁶JULIOS-CAMPUZANO, Alfonso de. **Constitucionalismo em Tempos de Globalização**. p.64.

¹⁷PES, João Hélio Ferreira; PIRES, Nara Suzana Stainr. **O Direito Internacional dos Direitos Humanos como Condicionante para a Consolidação de um Estado Constitucional Cooperativo Brasileiro**. s/d. Disponível em: <https://publicadireito.com.br>. Acesso em: 10 de out. de 2014.

¹⁸“Há uma percepção de que o Estado Constitucional do *Direito Internacional* entrou em uma nova fase: o entrelaçamento das relações internacionais, objeto do Simpósio de Direito Constitucional na Basiléia em 1977, ganhou intensidade, extensão e profundidade, de forma que o Estado Constitucional ocidental precisa reagir adequadamente. Nesse sentido é proposto o conceito de *Estado Constitucional Cooperativo*.” (HÄBERLE, 2007, p.2).

¹⁹HÄBERLE, Peter. **Estado Constitucional Cooperativo**. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2007.p.6.

“cooperação internacional” ou “responsabilidade”, “paz no mundo”, “Direitos Fundamentais como fundamento de toda sociedade humana”, Art. 1º, § 2º GG, Declaração Universal (!) dos Direitos Humanos etc.), que deve ser compreendido juntamente com o aspecto *sociológico-econômico*, de forma “teórico-estatal”, vincula-se a muitos outros aspectos: o fundo dos mares como “bem comum da humanidade”, a escassez dos substratos econômicos (matéria-prima, energia, gêneros alimentícios), dos recursos e a situação social das pessoas dos países em desenvolvimento, obrigam os Estados a uma *responsabilidade comum*. O Estado Constitucional se depara com ela, “interna como externamente”, com uma crescente cooperação que se amplia e se intensifica.²⁰

O Estado constitucional cooperativo toma face como sendo a resposta interna do Estado constitucional ocidental democrático à mudança nos paradigmas do direito internacional e ao seu desafio que levou a formas de cooperação²¹.

O Estado Constitucional Cooperativo é a resposta *interna* do Estado Constitucional ocidental livre e democrático à *mudança* no Direito Internacional e ao seu desafio que levou a formas de cooperação. Ele constituiria uma mudança constitucional “de fora”, se essa ideia não fosse duvidosa em razão de seu esquema interno/externo. Estados Constitucionais e Direito Internacional ou relações internacionais influenciam-se hoje, também, mutuamente, em suas mudanças – a doutrina dos “dois mundos” ou dos “dois reinos” tornara-se questionável – e ambos são, simultaneamente, sujeito e objeto dessa mudança. O Estado Constitucional aberto somente pode existir, em longo prazo, como Estado cooperativo, ou não é um Estado “Constitucional”! Abertura para fora se chama cooperação.²²

O Direito comum de cooperação é percebido entre os Estados constitucionais, o panorama tipológico demonstra a afirmação. Normas, processos e competências, objetivos e conteúdos típicos afeitos ao Direito Internacional são percebidos neste momento, amplamente, e de forma considerável: verificamos algo “comum” em formas e normas de Direito cooperativo que a comparação constitucional especifica.²³

Realização cooperativa dos direitos fundamentais é a tarefa do Estado constitucional (cooperativo) nas suas relações “externas” de criar, na comunidade jurídica internacional, cooperação que se alimenta de forma econômica, social, humanitária, colaborando assim há necessidade de desenvolvimento estatal com contornos internacionais para o desenvolvimento do cidadão²⁴.

O processo de internacionalização dos direitos humanos demonstrou-se fundamental para o estabelecimento dos contornos do Estado Constitucional Cooperativo, tendo em vista as construções normativas e institucionais, demandando a cooperação entre Estados e entre Estados e Organizações Internacionais, subscrevendo o dever de cooperação entre os mesmos.

Dessa forma, o atual contexto do Estado Democrático de Direito está para além dos espaços nacionais. É um Estado cooperativo que deve articular (e articular-se) o seu direito interno com o direito internacional. Assim, como as políticas de cooperação, no cenário das Organizações Internacionais, notadamente as especializadas da Organização das Nações Unidas (ONU). A educação permeia a Declaração Universal dos

²⁰ HÄBERLE, Peter. **Estado Constitucional Cooperativo**.p.3

²¹ HÄBERLE, Peter. **Estado Constitucional Cooperativo**.

²² HÄBERLE, Peter. **Estado Constitucional Cooperativo**. p.10-11.

²³ HÄBERLE, Peter. **Estado Constitucional Cooperativo**.p.63.

²⁴ HÄBERLE, Peter. **Estado Constitucional Cooperativo**. p.66.

Direitos Humanos em seu artigo XXVI elenca que

Toda pessoa tem direito à instrução. A instrução será gratuita, pelo menos nos graus elementares e fundamentais. A instrução elementar será obrigatória. A instrução técnico-profissional será acessível a todos, bem como a instrução superior, esta baseada no mérito. A instrução será orientada no sentido do pleno desenvolvimento da personalidade humana e do fortalecimento do respeito pelos direitos humanos e pelas liberdades fundamentais. A instrução promoverá a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações e grupos raciais ou religiosos, e coadjuvará as atividades das Nações Unidas em prol da manutenção da paz. Os pais têm prioridade de direito na escolha do gênero de instrução que será ministrada a seus filhos.²⁵

Na construção do desenvolvimento humano por meio da educação, evidencia-se o princípio da igualdade, norte do atual modelo de Estado, quando do seu conceito podemos retirar a perspectiva de ampliação de escolhas, bem como o avanço na qualidade de vida de uma população. Para maior análise da matéria constitucional que orienta a construção de políticas públicas que promovam a educação e no Estado brasileiro, veja-se o artigo 205 da Constituição Federal:

A educação, 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.²⁶

Nesse sentido, as políticas internacionais elaboradas pela Organização das Nações Unidas (ONU), notadamente por suas agências especializadas, como a Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO) bem como as recomendações do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), visam orientar o Brasil na busca da concretização plena dos direitos humanos bem como promover a cidadania através da educação.

A ONU é uma organização internacional cujo objetivo é facilitar a cooperação em matéria de direito internacional, segurança internacional, desenvolvimento econômico, progresso social, direitos humanos e a paz mundial. Suas funções são a manutenção da paz e segurança, dar assistência a quem precisa e apoiar o desenvolvimento social e econômico.

Pode-se numerar cerca de 70% de todo o trabalho do sistema organizacional da ONU destina-se ao cumprimento destes ideais. Todo este empenho orienta-se pela ideia de que a erradicação da pobreza e a melhora no bem-estar dos indivíduos em todo o mundo são etapas cruciais para a construção de uma paz duradoura²⁷.

A ONU possui enorme importância na promoção do desenvolvimento humano por meio de suas orientações frente aos organismos estatais/Estados. Constata-se que “[...] sua presença é global, e seu

²⁵ ONU. Organização das Nações Unidas. **Declaração Universal Dos Direitos Humanos de 1948**. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/onu-no-brasil/>>. Acesso em: 02 de out. 2013.

²⁶ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 1988. Senado Federal. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/legislacao/>>. Acesso em 10 de set. 2013.

²⁷ UNIC. **Centro de informações das Nações Unidas no Rio de Janeiro**. 2014. Disponível em: <http://unicrio.org.br/a-onu-em-acao/a-onu-e-o-desenvolvimento/>>. Acesso em: 02 de out. 2013.

abrangente mandato responde a necessidades sociais, econômicas e de emergência.”²⁸.

Ao longo dos anos foram sendo criadas diversas organizações e agências que desenvolvem sua área de atuação em questões específicas, as organizações especializadas nascem de um acordo pactuado entre Estados. “Merecem amplas e reconhecidas atribuições nos assuntos relacionados em seu tratado constitutivo e vinculam-se às Nações Unidas através de um acordo específico”²⁹.

Na temática aqui abordada, reportamos nosso olhar para com as diretrizes e os planos de ação da UNESCO (Organização das Nações Unidas para a educação, a ciência, e a cultura) conjuntamente das ações do Estado brasileiro para programar políticas concretas na busca pelo desenvolvimento humano, através do acesso à educação.

A Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO) fundou-se em 16 de Novembro de 1945 com o objetivo de contribuir para a paz e segurança no mundo mediante a educação, a ciência, a cultura e as comunicações. Em seu artigo primeiro, a Convenção geral que cria a UNESCO define seus objetivos: “[...] contribuir para a paz através da educação, ciência e cultura”, fazendo com que uma estreita colaboração internacional venha a fazer respeitar “[...] a justiça, a lei, os direitos humanos e as liberdades fundamentais sem distinção de raça, sexo, ou idioma.”³⁰.

A primeira tentativa de criar uma estrutura internacional dedicada às questões educacionais foi feita, em 1913, pelo governo da Holanda. A guerra, no entanto, impediu sua concretização. Após 1919, criou-se, no âmbito da Liga das Nações, uma comissão de Cooperação Intelectual, e, em 1942, foi redigido um projeto de estatuto para a cooperação intelectual e científica. Finalmente, em 1945, surgiu a Organização das Nações Unidas para Educação, Ciência e Cultura (UNESCO), resultado da conferência de Londres dos ministros de 44 Estados.³¹

No que tange à Educação, a principal diretriz da UNESCO direciona-se no auxílio dos países membros a alcançar as metas de Educação para Todos, promovendo o acesso e a qualidade da educação em todos os níveis e modalidades.

A Organização desenvolve ações direcionadas a potencialização das capacidades nacionais, além de prover acompanhamento técnico e apoio à implementação de políticas nacionais de educação, tendo sempre como foco a relevância da educação como valor estratégico para o desenvolvimento social e econômico dos Estados.³²

A UNESCO alerta que o Brasil encontra-se entre os 53 Estados que ainda não atingiram, e encontram-se distantes de atingir, os objetivos de Educação para Todos até 2015, mesmo apresentando relevantes avanços no campo da educação ao longo das duas últimas décadas. O Brasil apresentou os seguintes índices nas últimas duas décadas:

²⁸ ONU. **Organização das Nações Unidas**.2014. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/onu-no-brasil/>>. Acesso em: 02 de out. 2013.

²⁹ SEITENFUS, Ricardo; VENTURA, Deisy. **Direito Internacional Público**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.p.112.

³⁰ SEITENFUS, Ricardo. **Manual das Organizações Internacionais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.p.236.

³¹ SEITENFUS, Ricardo. **Manual das Organizações Internacionais**. 2008.p.232.

³² UNESCO. Organização das Nações Unidas para a Educação a Ciência e a Cultura. 2013.

Acesso ao ensino fundamental está quase universalizado, com 94,4% da população de 7 a 14 anos incluídos nesse nível de ensino. A proporção de jovens na idade própria que se encontram no ensino médio é mais que o dobro da existente em 1995, mostrando expressivo avanço no acesso à educação secundária. Redução das taxas de analfabetismo entre jovens e adultos. Aumento no acesso ao ensino superior.³³

Falar-se em desenvolvimento humano, necessariamente remete à temática da educação, pois condição fundamental à sua realização. Afinal, a função da educação sobre o indivíduo indica que “A educação desempenha papel essencial para a construção e para o efetivo exercício da cidadania, notadamente por ter, entre seus objetivos, a formação plena do indivíduo.”.³⁴

No que tange à política de Educação Inclusiva regulamentada pela UNESCO, enfrenta-se uma mazela profunda de nosso Estado, sendo que as desigualdades sociais historicamente afetam o acesso à educação.

São percebidas desigualdades nas condições de acesso à educação e nos resultados educacionais das crianças, dos jovens e dos adultos brasileiros, penalizando especialmente alguns grupos étnicorraciais, a população mais pobre e do campo, os jovens e adultos que não concluíram a educação compulsória na idade adequada. (UNESCO, 2013).

O relevante papel da educação para o desenvolvimento humano pode ser a síntese caracterizadora da sociedade contemporânea, uma vez que o conhecimento é fator indispensável para a efetivação de mecanismos potencializadores das políticas públicas que promovam a igualdade entre indivíduos.

Educação e cidadania são conceitos que estão interligados[...]. Para tanto, a educação desempenha papel fundamental, porque é a partir dela que os indivíduos desenvolvem aptidões necessárias e se apropriam dos conhecimentos indispensáveis para participarem da construção de uma nova sociedade.³⁵

Promovendo, assim, o desenvolvimento humano de cada cidadão, sendo um direito social típico em que o Estado tem o dever de prestar, em sentido estrito as devidas ações para a sua efetivação³⁶.

Na construção do desenvolvimento humano através da educação, evidencia-se o princípio da igualdade, norte do atual modelo de Estado, quando do seu conceito podemos retirar a perspectiva de ampliação de escolhas, bem como o avanço na qualidade de vida de uma população.

O conceito de desenvolvimento humano originariamente foi definido como um processo de ampliação das escolhas das pessoas para que tenham capacidade e oportunidades para ser aquilo que desejam ser. Segundo o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD),

O conceito de Desenvolvimento Humano também parte do pressuposto de que para aferir o avanço na qualidade de vida de uma população é preciso ir além do viés puramente econômico e considerar outras características sociais, culturais e políticas

³³ UNESCO. Organização das Nações Unidas para a Educação a Ciência e a Cultura. 2013.

³⁴ COSTA, Marli Marlene M. da; REIS, Suzéte da Silva. **Gestão Local e Políticas Públicas**, p.13.

³⁵ COSTA, Marli Marlene M. da; REIS, Suzéte da Silva. **Gestão Local e Políticas Públicas**, p.14.

³⁶ COSTA, Marli Marlene M. da. A Educação como um Direito Fundamental para o Pleno Exercício da Cidadania. In: REIS, Jorge Renato dos; LEAL, Rogério Gesta. **Direitos Sociais e Políticas Públicas, Desafios Contemporâneos**. Tomo 6. Santa Cruz do Sul: Editora da UNISC, 2006, p.1706.

que influenciam a qualidade de vida humana.³⁷

O direito ao desenvolvimento³⁸ passa não somente pelos aspectos do desenvolvimento econômico estatal, mas contempla a sua conjugação com o desenvolvimento social e humano. O desenvolvimento humano deve ser um processo global cujo sujeito principal é o indivíduo. Deve-se ter por finalidade a plena realização deste em todos os aspectos dentro das comunidades locais, nacionais e internacionais.

Assim, para que se possa viabilizar o processo de desenvolvimento humano, enquanto um “processo de ampliação das escolhas das pessoas para que elas tenham capacidades e oportunidades para ser em aquilo que desejam ser.”³⁹, é fundamental a relação entre a educação e desenvolvimento humano, assim, possibilitando potencializar as suas capacidades e oportunidades para qualificar a sua igualdade.

A promoção de políticas públicas que tenham como objeto a educação no Brasil, parte, portanto, da conjugação de políticas nacionais e de políticas internacionais, que estimulam, recomendam ou obrigam os Estados. A promoção e a garantia do direito à educação e, conseqüentemente, do desenvolvimento humano no território nacional, serão articuladas com mecanismos estatais e internacionais, demonstrando as suas intersecções na elaboração e implementação de políticas públicas e da concretização de direitos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Estado Democrático de direito brasileiro, oriundo da mutação ocorrida ao longo de séculos, dos variados modelos de Estado (Absolutista, Liberal e Social), apresenta como fundamentos a democracia, o constitucionalismo, os direitos e garantias fundamentais e a pretensão de promover o desenvolvimento social e econômico dos indivíduos, ideário afirmado na sua Carta constitucional, promulgada em 1988.

A Constituição cidadã demonstra profundo interesse nas garantias sociais que visam a elevar a qualidade de vida do cidadão brasileiro, através de mecanismos que fomentem a pretensão igualitária de seu desenvolvimento.

Nesse cenário discute-se a implementação de formas para concretizar os direitos fundamentais de forma material, ultrapassando a simples garantia formal e assegurando ao cidadão a realização efetiva dos preceitos que orientam o Estado democrático brasileiro. Nesse sentido, as políticas públicas demonstram-se imprescindíveis a tais objetivos. A sua elaboração e implementação demonstram-se condição de possibilidade para a alteração do *status quo* do cidadão.

As políticas públicas, portanto, desempenham um importante papel no cenário institucionalizado do atual modelo de Estado. As positivações das garantias sociais chamam a necessidade de mecanismos de efetivação para a fim de aplicar a ação de forma material com vistas a proteção do cidadão.

A carta constitucional brasileira, adaptada aos preceitos do Estado Constitucional Contemporâneo,

³⁷ PNUD BRASIL. **Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento**. 2013. Disponível em: <<https://www.pnud.org.br>>. Acesso em: 24 ago. 2014.

³⁸ O direito ao desenvolvimento é um ramo do direito internacional público, que estão ligados aos chamados direitos da terceira geração dos direitos humanos, também conhecidos como direitos de fraternidade ou solidariedade, são os relacionados ao desenvolvimento ou progresso, ao meio ambiente, à autodeterminação dos povos, bem como ao direito de propriedades sobre o patrimônio comum da humanidade e ao direito de comunicação. (SEITENFUS, VENTURA, 2006, p. 191-192).

³⁹ PNUD BRASIL. **Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento**.

com a previsão de cláusulas abertas, recebe o direito internacional e suas orientações. Além disso, a atuação conexa com as organizações internacionais impulsionam (ou pressionam) as atuações estatais no sentido de assegurarem os direitos humanos, com medidas para estimular o desenvolvimento humano dos cidadãos.

Dessa forma, a ideia de um Estado constitucional cooperativo apresentada neste trabalho, demonstra a internacionalização de preceitos fundamentais que estão presentes nos textos normativos e nas políticas públicas do Estado brasileiro. Essa abertura insere e afirma o Estado no contexto vigente de interconexão globalizada de direitos.

Pode-se citar a Organização das Nações Unidas (ONU) e suas agências reguladoras, tendo a organização das Nações Unidas para a Educação, Ciência e Cultura (UNESCO) e o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), como principais agentes na produção dessas orientações e incentivadores de tais políticas. Tratou-se aqui especialmente das políticas públicas voltadas à educação, pela sua relevância na concretização do ideário do Estado democrático

As questões das políticas públicas estatais, que visam à promoção do desenvolvimento humano e à garantia da plena cidadania dos indivíduos através da educação, se articulam com políticas internacionais desenvolvidas pelas organizações internacionais, assentadas no direito internacional, para o combate a erradicação do analfabetismo e promoção de igualdade.

O tema mostra-se complexo, no momento em que se verifica a devida adequação dessa orientação internacional ao cenário local, observando os atores pertencentes a esse meio, suas peculiaridades e anseios. Neste sentido, a atuação do Estado para promover políticas eficazes precisa respeitar a diversidade e as singularidades dos espaços de aplicação.

Na esteira da evolução destas políticas e possibilidades de desenvolvimento humano, nota-se que na seara de educação de ensino superior o Brasil adotou políticas que favorecem a quantificação numérica de acesso aos bancos escolares por cidadãos que antes não detinham possibilidade financeira de estar no referido ambiente. Porém, é salutar relatar que esse fato também não permite afirmar que os números daí gerados condizem em mesma proporcionalidade com uma educação de fato instrutiva.

Contudo, os pareceres e relatos de órgãos internacionais, indicam no que tange à educação básica, que o Estado brasileiro, apesar de relevante evolução, está distante de atingir números satisfatórios aos desígnios internacionais. O Índice de Desenvolvimento Humano (IDH) calcula os números indicadores do desenvolvimento dos indivíduos? É possível medir-se dessa forma os aspectos que tocam o desenvolvimento humano?

Acredita-se que o tabelamento dos dados, meramente formais, das organizações internacionais (e mesmo não governamentais) possibilitam mascarar as questões fundamentais do desenvolvimento humano. Contudo, pode representar os primeiros esforços (e pressões) para a elaboração e implementação de políticas públicas por parte dos Estados (sobretudo os em via de desenvolvimento).

Os objetivos que possam também não estar evidenciados implicam em críticas e discussões importantes. Entretanto, a relevância de tais políticas, bem como possibilidade de criação de um ambiente mais equânime nas sociedades nacionais e entre os Estados, não pode ser afastada.

REFERENCIA DAS FONTES CITADAS

ANGELIN, Rosângela; MADERS, Angelita Maria. **Direitos Humanos e Sociais, à luz da Teoria da Complexidade de Edgar Morin**. Volume 2. Santo Ângelo: FURI. Editora da URI, 2012.

ANGELIN, Rosângela. A Dignidade da Pessoa Humana e sua Promoção: Um Desafio do Estado Democrático de Direito e da Sociedade in revista Direito e Sociedade. In: **Revista Direito e Sociedade: reflexões contemporâneas**, 2010.

BOLZAN DE MORAIS, José Luis. **As Crises do Estado e da Constituição e a Transformação Espacial dos Direitos Humanos**. Col. Estado e Constituição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

BOLZAN DE MORAIS, José Luis. Separata de **Constituição e Estado Social**: os obstáculos à concretização da Constituição. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Senado Federal. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/legislacao/>>. Acesso em 10 de set. 2013.

CAETANO RIBEIRO, Felipe Neves. **Normas Constitucionais Programáticas**: limites e possibilidades para a consolidação de Estados constitucionais cooperativos na integração latino-americana. 2012. Disponível em: <http://rebela.emnuvens.com.br/pc/article/viewFile/95/190>. Acesso em: 25 de ago.de 2014.

COSTA, Marli Marlene M. da. A Educação como um Direito Fundamental para o Pleno Exercício da Cidadania. In: REIS, Jorge Renato dos; LEAL, Rogério Gesta. **Direitos Sociais e Políticas Públicas, Desafios Contemporâneos**. Tomo 6. Santa Cruz do Sul: Editora da UNISC, 2006.

COSTA, Marli Marlene M. da; REIS, Suzéte da Silva. Espaço Local: o espaço do cidadão e da cidadania In: HERMANY, Ricardo. **Gestão Local e Políticas Públicas**. Santa Cruz do Sul: Editora da IPR, 2010.

DA COSTA, Fernando Nogueira. **Fundamentos e Limites do Princípio do “Laissez-Faire” ou da Não-Interferência Governamental**. 2013. Disponível em: <http://fernandonogueiracosta.wordpress.com/2013/11/13/fundamentos-e-limites-do-principio-do-laissez-faire-ou-da-nao-interferencia-governamental/>. Acesso em: 10 de fev. de 2014.

DIEHL, Bianca Tams. Por uma Educação Multicultural, In: Revista Direito e Sociedade. In: **Revista Direito e Sociedade: reflexões contemporâneas**, Fema, Santa Rosa, 2010.

GARCÍA-PELAYO, Manuel. **As Transformações do Estado Contemporâneo**. Trad. Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

HÄBERLE, Peter. **Estado Constitucional Cooperativo**. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2007.

JULIOS-CAMPUZANO, Alfonso de. **Constitucionalismo em Tempos de Globalização**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

ONU. Organização das Nações Unidas. **Declaração Universal Dos Direitos Humanos de 1948**. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/onu-no-brasil />>. Acesso em: 02 de out. 2013.

ONU. Organização das Nações Unidas. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/onu-no-brasil />>. Acesso em: 02 de out. 2013.

PES, João Hélio Ferreira; PIRES, Nara Suzana Stainr. **O Direito Internacional dos Direitos Humanos como Condicionante para a Consolidação de um Estado Constitucional Cooperativo Brasileiro**. s/d. Disponível em: <https://publicadireito.com.br>. Acesso em: 10 de out. de 2014.

PÉREZ LUÑO, Antônio Enrique. **Perspectivas e Tendências Atuais do Estado Constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

PNUD BRASIL. **Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento**. Disponível em: <<https://www.pnud.org.br>>. Acesso em: 24 ago. 2014.

SEITENFUS, Ricardo. **Manual das Organizações Internacionais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SEITENFUS, Ricardo; VENTURA, Deisy. **Direito Internacional Público**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

STRECK, Lênio Luiz. O papel do Direito Diante da Desigualdade, da Violência e da Pobreza em Países Periféricos In: HERMANY, Ricardo. **Gestão Local e Políticas Públicas**. Santa Cruz do Sul: Editora da IPR, 2010.

STRECK, Lênio Luiz; BOLZAN DE MORAIS, José Luis. **Ciência Política e Teoria do Estado**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

STRECK, Lênio Luiz; BOLZAN DE MORAIS, José Luis. **Ciência Política e Teoria do Estado**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

STURZA, Janaína Machado; RICHTER, Daniela. Movimentos Sociais e Democracia: uma releitura necessária para a busca de políticas públicas e exercício da cidadania In: COSTA, Marli Marlene Moraes da; PORTO, Rosane Teresinha Carvalho; REIS, Suzéte da Silva. **Direito, Cidadania e Políticas Públicas**. Vol. IV. Curitiba: Editora Multideia, 2010.

UNESCO. **Organização das Nações Unidas para a Educação a Ciência e a Cultura**. Disponível em: <<http://www.unesco.org/new/pt/brasil/education/education-for-all/>>. Acesso em: 02 de out. 2013.

UNIC. **Centro de informações das Nações Unidas no Rio de Janeiro**. Disponível em: <http://unicrio.org.br/a->

onu-em-acao/a-onu-e-o-desenvolvimento/➤ Acesso em: 02 de out. 2013.

COMPLIANCE COMO DESENVOLVIMENTO HUMANO ATRAVÉS DE BASES ÉTICAS NA ECONOMIA

Bianca Coronetti Farenzena¹²

Karen Beltrame Becker Fritz³

RESUMO

O instituto de compliance surge como ferramenta de combate à corrupção empresarial, porém, com a evolução desse recurso, outros resultados foram observados. A linha condutora do compliance é a ética, e bases éticas em uma empresa são de extrema relevância para o mercado e economia, afetando positivamente o desenvolvimento humano. Considerando-se a economia como liberdade e a economia do bem-estar, propostas por Amartya Sen, é possível a compreensão da ferramenta de compliance como auxiliar do desenvolvimento humano quando observadas bases éticas na economia.

PALAVRAS-CHAVE: Compliance – Desenvolvimento Humano- Economia – Ética

ABSTRACT

The compliance institute emerges as a tool to combat business corruption, however, with the evolution of this resource, others results were observed. The guiding line for compliance is ethics, and ethical bases in a company are extremely relevant to the market and economy, positively affecting human development. Considering the economy as freedom and the welfare economy proposed by Amartya Sen, it is possible to understand the compliance tool as an aid to human development when observing ethical bases in the economy.

KEYWORDS: Compliance – Economy - Human development– Ethic

INTRODUÇÃO

O início do século XX foi marcado por uma onda de corrupção por parte de empresas, fazendo da economia casa de atos ilícitos e não éticos. Mediante a necessidade de reduzir o problema, começou-se a busca por soluções, e uma das respostas encontradas foi a utilização de controle interno (também chamado de autocontrole).

A evolução desse autocontrole resultou na criação de programas de compliance empresarial. O instituto de compliance é um conjunto de regras e normas internas que objetivam garantir a conformidade da empresa com a legislação do país em que essa se encontra, eliminando assim condutas corruptas. As normas criadas sempre devem ser adaptadas às necessidades individuais de cada negócio, porém sempre tendo como princípio condutor a ética.

¹Este trabalho foi desenvolvido no âmbito do Grupo de Pesquisa Direito e Economia, liderado pela Professora Dra. Karen Beltrame Becker Fritz, vinculado ao Programa de Mestrado em Direito da Universidade de Passo Fundo (PPGD).

²Acadêmica do 10º semestre do Curso de Direito da Universidade de Passo Fundo - UPF, integrante do Grupo de Pesquisa Direito e Economia e do Grupo de Pesquisa Transnacionalização, Migração e Trabalho, ambos vinculados ao Programa de Mestrado em Direito da UPF (PPGD). E-mail: biancafarenzena@upf.br.

³Pós Doutora em Direito pela Universidad de Sevilla, Espanha (2018). Graduada em Ciências Econômicas pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS) em 1997 e mestre em Economia Rural pela UFRGS (2000). Doutora em Desenvolvimento Rural, pelo Programa de Pós-Graduação em Desenvolvimento Rural da Faculdade de Ciências Econômicas da UFRGS (2009). Atualmente é Professora Titular I da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo e faz parte do corpo docente permanente do Programa de Pós-Graduação Mestrado em Direito. E-mail: karenfritz@upf.br.

A ética é trazida pelo compliance em forma de alicerce primordial por ser percebida como fundamental nas decisões da empresa, vez que afeta diretamente a economia. Na história são diversos os casos que mostraram na prática tal conexão.

A Crise do Subprime, crise do mercado imobiliário dos Estados Unidos, em 2008 causou impacto econômico a nível global, arrastando “várias instituições financeiras americanas para a situação de insolvência”, e não só, “recessão e desemprego são fantasmas da crise que estão presentes até hoje em nosso cotidiano”⁴. Essa crise pode ser atribuída justamente a falta de ética nas relações empresariais.⁵

Em menor escala, o escândalo da Enron Corporation – companhia americana de gás natural e produção de energia – é também demonstração do impacto da ética na economia. Mais de quatro mil empregados foram demitidos sem receber fundo de pensão, e houve uma perda de 68 bilhões de dólares.⁶

O colapso deu-se em razão de decisões dos empresários chefes, situação que constantemente é motivo de consequências negativas na economia.

Fazer o certo ou errado sem dar muita atenção para os resultados sociais e ambientais está intimamente ligado a moral da companhia e de seus gerentes e, principalmente, à pressão que os executivos recebem para obter retornos econômicos-financeiros a qualquer custo.⁷

A ligação ético-econômica aqui exposta está diretamente relacionada com o desenvolvimento humano, o que pode ser observado através da análise de Amartya Sen da economia como liberdade, bem como no estudo da economia do bem-estar.

Assim, para melhor compreender a função do compliance como auxiliar do desenvolvimento humano é importante perceber como o instituto de compliance exerce seu papel em garantir a ética, e depois como a economia ética é parte do desenvolvimento humano.

1 ÉTICA E COMPLIANCE

Derivada do verbo em inglês *to comply* (que pode ser traduzido livremente como obedecer a algo), a palavra compliance surge nos Estados Unidos como solução para reduzir a corrupção.

Percebeu-se que o controle interno seria o caminho para que as empresas amarassem as “pontas soltas” em todos seus setores, terminando com atos ilícitos. Solidificou-se então o compliance, como um complemento a já existente auditoria.

Destaca-se desde já o caráter econômico do compliance, uma vez que o objetivo de sua criação foi reduzir e evitar futuros casos de corrupção, o que estava a afetar os cofres públicos – e consequentemente a economia.

⁴REIS, Tiago. Crise do Subprime: **Entenda o que foi e como afetou a economia mundial**. SunoResearch, 24 de jul. de 2018. Disponível em: <<https://www.sunoresearch.com.br/artigos/crise-do-subprime/>>. Acesso em: 01 de ago. de 2019.

⁵ANTONIK, Luis Roberto. **Compliance, ética, responsabilidade social e empresarial: uma visão prática**. Rio de Janeiro: Alta Books, 2016.

⁶SIBILLE, Daniel. **Grandes Fraudes da História – O Caso Enron**. Blog do Marcos Assi. 05 de jan. de 2013. Disponível em: <<https://www.marcosassi.com.br/grandes-fraudes-da-historia-o-caso-enron>>. Acesso em: 01 de ago. de 2019.

⁷ANTONIK, Luis Roberto. **Compliance, ética, responsabilidade social e empresarial: uma visão prática**. Pag. 91.

O instituto de compliance foi oficialmente definido como sendo o “resultado de uma organização que cumpre suas obrigações e se torna sustentável quando incorporada na cultura da organização e no comportamento das pessoas que trabalham para ela”.⁸

Visto por outra perspectiva, pode-se também entender que “formado por leis, decretos, resoluções, normas, atos e portarias o compliance é todo o arcabouço regulatório aplicado pelas agências que controlam e regulam o setor no qual a empresa está inserida.”⁹

Evoluindo ao longo dos anos, a ferramenta ganhou várias formas de aplicação nas empresas. Autores apresentam diversas formas de construir um programa de compliance adequado as necessidades individuais de cada organização, porém se observa sempre um modo de estruturar o compliance.

O modo encontrada para atingir os resultados esperados se da precisamente pela utilização de bases éticas na conduta de todos os colaboradores de uma organização, desde o CEO ao funcionário da limpeza.

Visando sempre o maior lucro, muitas vezes esses colaboradores esquecem sua obrigação de afetar positivamente a sociedade (a responsabilidade social).

Os executivos devem conter seus instintos, e ter em mente que o excesso de ambição e a visão do lucro imediatista prejudicam a empresa em longo prazo. Além de produzir resultados, um gerente socialmente responsável, precisa manter a responsabilidade fiduciária não só com os acionistas, mas também com fornecedores e clientes, e principalmente com o governo. É este conceito que torna a tarefa do gestor um desafio: não basta obter lucro, ele precisa ser limpo.¹⁰

Seja causando demissões equivocadas, aumentando os índices de corrupção, não atuando de maneira sustentável, a falta de ética afeta a todos. Desse modo, as atividades empresariais não podem, nem devem, ser separadas da ética. Uma empresa ética é a empresa que:

Não explora seus fornecedores, nem paga algum tipo de propina para os compradores dos seus produtos. Respeita os colaboradores e os fornecedores e não comete crimes contra o meio ambiente. Essas condutas, associadas ao lucro, são características de companhia socialmente responsáveis.¹¹

O elemento principal de um programa de compliance é um código de conduta, que vêm a ser um conjunto das normas esperadas dos agentes de uma empresa. Sempre de acordo com a legislação, essas regras buscam garantir que as condutas praticadas não venham a ocasionar nenhum prejuízo à própria empresa, ao governo e a cada cidadão como ser individual.

Distintamente da ética por si só, que é de adesão voluntária; o compliance quando aplicado traz uma imposição legal, obrigatória, da ética dentro da empresa. Compliance “é cumprir regras e regulamentos, é trabalhar e agir dentro da lei.”¹²

⁸ BANK FOR INTERNATIONAL SETTLEMENTS – BIS.BIS Compliance Charter. Suíça, 2005. Disponível em: <<https://www.bis.org/about/compliancecharter.pdf>>. Acesso em: 28 de abr. de 2019.

⁹ ANTONIK, Luis Roberto. **Compliance, ética, responsabilidade social e empresarial: uma visão prática**. Pag. 47.

¹⁰ ANTONIK, Luis Roberto. **Compliance, ética, responsabilidade social e empresarial: uma visão prática**. Pag. 46.

¹¹ ANTONIK, Luis Roberto. **Compliance, ética, responsabilidade social e empresarial: uma visão prática**. Pag. 46.

¹² ANTONIK, Luis Roberto. **Compliance, ética, responsabilidade social e empresarial: uma visão prática**. Pag. 47

A prática da ética pela empresa também está relacionada a responsabilidade social dessa. Existe a corrente tradicional que defende a única responsabilidade empresarial como sendo a maximização de lucros, porém, como mencionado, a ética empresarial é necessária.

A responsabilidade social é a manifestação da ética, e traz que “as empresas, além de meramente cumprirem as leis, devem agir no sentido de tentar satisfazer as novas demandas da sociedade.”¹³

Importante ressaltar aqui que condutas não éticas não são apenas as práticas ilícitas (que ferem a legislação), trata-se também do certo e do errado, do pensar no próximo e agir corretamente: “gerenciar uma firma significa seguir regras, muitas das quais não estão sequer escritas.”¹⁴

Outro aspecto relevante é que no mundo empresarial atual, se não for por uma iniciativa moralmente correta, a ética vai se estabelecer por pressão, uma vez que a reputação de uma empresa é de extrema importância para suas finanças. Questões como sustentabilidade, trabalho escravo, igualdade de gênero, entre outras, são relevantes para clientes.

Quando se menciona sustentabilidade, é importante mencionar que o instituto de compliance é extremamente eficaz na sua efetivação. Como compliance trabalha com prevenção de riscos, inclui-se nesse meio a precaução em não gerar futuras multas por crimes ambientais.

Juntamente com a questão moral e ética de preservar o ambiente, essa prevenção deve garantir que as empresas pratiquem suas atividades com o menor impacto ambiental possível.

Para garantir que se pratique a ética precisam ser observados dois principais pontos. Primeiramente têm-se o ciclo do compliance: prevenir, detectar e corrigir¹⁵. Estruturando-se corretamente as três fases, garante-se que há prevenção de condutas inadequadas, a constante monitoração para localizar as falhas que existem e a correção dessas é efetuada.

Por segundo, é necessária uma incisiva difusão da cultura organizacional, o hábito de praticar a ética como regra e não como dever.

Empresas são organismos vivos, e com o passar do tempo, especialmente com ajuda de consultores, constroem uma cultura organizacional que incentive o aprendizado, ou que pelo menos não o iniba. Para aprender, é preciso que a mente do gerente esteja aberta a mudanças e apta a adaptar o dia a dia empresarial nos novos tempos. É indispensável estar aberto aos erros, e em especial, flexível ao aprendizado que esses mesmos erros podem trazer ao ambiente.¹⁶

Tornar a ética rotina é uma tarefa acirrada, principalmente pelo fato de implantar a ferramenta de compliance significar também um maior controle sobre os trabalhadores. Condutas éticas ocasionam um retorno positivo para o próprio colaborador da empresa, e também para a sociedade em geral. Se disseminada essa ideia, é possível que a cultura organizacional tome lugar.

¹³TOMEI, Patrícia. Responsabilidade social de empresas: análise qualitativa da opinião do empresariado nacional. **Revista de Administração de empresas**, São Paulo, vol. 24, nº 4, out./dez. 1984. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-75901984000400029>. Acesso em: 01 de ago. de 2019.

¹⁴ANTONIK, Luis Roberto. **Compliance, ética, responsabilidade social e empresarial: uma visão prática**. Pág. 46.

¹⁵FERREIRA, Fábila Duarte. A prática do compliance como um instrumento empresarial anticorrupção para preservação das empresas. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**, São Paulo, vol. 81/2018, p. 161 – 178, jul/set de 2019.

¹⁶ANTONIK, Luis Roberto. **Compliance, ética, responsabilidade social e empresarial: uma visão prática**. p. 40.

Há que se aplicar uma gestão que “favoreça a ampliação da consciência do indivíduo, pois, sem isso, o trabalho se torna superficial e as mudanças necessárias para a implementação das ações organizacionais não acontecem.”¹⁷

São três os principais benefícios da ética social empresarial: a conscientização de um maior número de pessoas sobre qual sua missão e obrigação social; o código de ética criado pode ser utilizado como “debate permanente sobre as práticas da empresa” e incentivar que cada colaborador conheça as consequências de suas ações.¹⁸

Assim o instituto de compliance se concretiza e se afirma como a ponte entre ética e empresa afetando, como mencionado, a sociedade. Seguindo essa lógica, o impacto positivo causado nos indivíduos é motivo de aprimoramento do desenvolvimento humano, pelo que se deve analisar a relação da economia ética com o desenvolvimento humano.

2 ECONOMIA ÉTICA COMO DESENVOLVIMENTO HUMANO

Tradicionalmente o desenvolvimento humano é observado e medido através do Produto Interno Bruto, do aumento de rendas pessoais, industrialização, avanços tecnológicos, modernização social...¹⁹ Tem-se, em contrapartida, a visão de desenvolvimento humano de Amartya Sen, que aborda liberdades como condição de desenvolvimento humano, e entra essas liberdades encontra-se a economia.

A economia é abordada por Sen como sendo responsável pelo desenvolvimento humano dentro de diversos pontos, como oportunidades, renda, desigualdade, capacidade e mercados.²⁰ Todas essas vertentes carregam dentro de si a ética.

Economia e ética historicamente sempre estiveram lado a lado, seja como complemento ou como motivo de controvérsia. Essa controvérsia existe em razão de que a maximização dos lucros, por si só, deixa de fora a perspectiva moral. A separação entre elas ocasiona danos sociais, em diversos aspectos do desenvolvimento humano.

Investir em responsabilidade social – ou seja, em ética -traz custos para a empresa, porém, quando mostrada a relação proporcional entre políticas econômicas e desenvolvimento humano, é inegável a obrigatoriedade de incluir ética na economia.

Sentraz uma estreita relação entre capacidade de sobreviver (parte do desenvolvimento humano) e crescimento econômico, e essa relação não se dá como geralmente se espera, entre renda per capita e longevidade. A peça chave entre capacidade de sobreviver e o crescimento econômico está em como se dá o crescimento econômico, principalmente em relação a investimento em saúde e em redução dos níveis de pobreza.²¹ Saúde e igualdade são questões éticas, envolvem decisões morais referentes à economia.

¹⁷ NEGRÃO, Célia Lima; PONTELO, Juliana de Fátima. **Compliance, controles internos e riscos: a importância da área de gestão de pessoas**. Brasília: Senac, 2014. Pag. 63.

¹⁸ ANTONIK, Luis Roberto. **Compliance, ética, responsabilidade social e empresarial: uma visão prática**. Pág. 103.

¹⁹ SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

²⁰ SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**.

²¹ SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**.

A partir do momento em que uma empresa opta por decisões corruptas, que prejudiquem orçamento público e por consequência os cidadãos, a falta da ética afeta a economia. Alguns problemas éticos podem inclusive encerrar relações econômicas²², e as políticas econômicas são exatamente o caminho para o desenvolvimento humano.

Apesar dos avanços teóricos propostos pela Economia Neoclássica, paralelamente surgiu como já demonstrado, “um crescente distanciamento entre a ética e a economia”, e Sen atribui tal acontecimento principalmente a “inadequação dos critérios avaliatórios empregados, em especial na moderna Economia do Bem-Estar.”²³

A economia do bem-estar busca “avaliar a “desejabilidade” social de distribuições alternativas de recursos”²⁴ atingindo, através do indivíduo, o coletivo. Sen defende a necessidade de trabalhar as relações éticas na economia do bem-estar, vez que essa afeta diretamente o comportamento pessoal.

o comportamento real dos seres humanos é afetado por considerações éticas (e influenciar a conduta humana é, afinal de contas, um aspecto essencial da ética), então claramente se deve permitir que considerações da economia do bem-estar tenham algum impacto sobre o comportamento real...²⁵

Há que se fazer aqui uma ponte com a cultura organizacional incentivada pelo compliance, que também trabalha com o comportamento humano (dentro das empresas).

Cultura organizacional trata-se de padrões de comportamento e pressupostos coletivos; não existem individualmente, mas como o conjunto de pessoas que tem uma maneira de pensar, sentir e perceber o ambiente que compartilham. A cultura organizacional diz respeito à maneira como os grupos interagem uns com os outros, com os clientes internos e externos e com as demais partes que constituem o ambiente da organização, inclusive no campo da ética comportamental.²⁶

Nesse sentido a ética deve ser estudada na economia com o objetivo de “entender, explicar e prever o comportamento humano de modo que as relações econômicas possam ser proveitosamente estudadas e usadas para adscrição, a predição e as políticas econômicas.”²⁷

Outra dimensão da economia ética como desenvolvimento humano a ser observado, é a preocupação com sustentabilidade (modalidade que a ferramenta de compliance também abrange). Os recursos naturais são vistos tradicionalmente como apenas fonte de lucro para a economia, não se pensando que a extinção desses, ou mesmo a falta, significa atraso no desenvolvimento humano.

²²SEN, Amartya. **Sobre ética e economia**. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

²³SEN, Amartya. **Sobre ética e economia**.

²⁴GIACOMELLI, Giana Silva. A Teoria Tradicional do Bem-Estar: da origem às críticas. **Revista de Desenvolvimento Econômico – RDE**, Salvador, vol. 3, nº 38, p. 6 -27, dez. de 2017.

²⁵SEN, Amartya. **Sobre ética e economia**.

²⁶ANTONIK, Luis Roberto. **Compliance, ética, responsabilidade social e empresarial: uma visão prática**. Pág. 144.

²⁷SEN, Amartya. **Sobre ética e economia**.

Novamente a ética é deixada de lado e “os fatores fora dos cálculos econômicos seriam os custos sociais, que envolvem perdas diretas ou indiretas sofridas por algumas pessoas ou pela coletividade em decorrência da prática de atividades econômicas privadas.”²⁸

A principal consequência dessas externalidades é que a sociedade tem sofrido com a perda da qualidade ambiental e da qualidade de vida, enquanto os atores econômicos se beneficiam da degradação e do uso irrestrito dos bens ambientais.²⁹

Assim, se utilizada a ética na economia, é possível sempre se ter em mente a questão ambiental não apenas como lucro, mas como uma questão social – o que é favorável ao desenvolvimento humano.

Prova das consequências de minimizar a ética em face da economia, são medidas que cada vez mais são utilizadas pelo governos, que importunam desenvolvimento humano e ainda ferem direitos humanos. São algumas “a redução das despesas públicas, a privatização, a flexibilização das relações de trabalho, a disciplina fiscal para a eliminação do déficit público, a reforma tributária e a abertura do mercado ao comércio exterior”.³⁰

É obrigatório se falar em ética quando se fala em economia, e também é obrigatório se considerar a economia como desenvolvimento humano. Não existe como as separar sem efeitos negativos.

Nas palavras de Amartya Sen “é correto afirmar que um contato mais próximo entre ética e economia pode ser benéfico não apenas para a economia mas até mesmo para a ética.”³¹ Mais benéfica ainda, é essa relação para o desenvolvimento humano.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Objetivando-se o desenvolvimento humano, é clara a necessidade de entender a ética como parte da economia, uma vez que a conexão entre essas possibilita as políticas econômicas. Essas devem ser feitas sempre observando princípios éticos, para que as consequências sejam positivas.

Seja observada de um aspecto geral, como a necessidade dos estados em proteger seus orçamentos, ou vista pelo indivíduo para atingir o coletivo, a economia incide no desenvolvimento humano. Não só incide, mas também é desenvolvimento humano, quando vista como liberdade e observada a partir da análise da economia de bem-estar de Amartya Sen.

Empresas tem participação na economia e em políticas públicas, não só no que concerne ao lucro, mas sim por sua responsabilidade social. O próprio ato de não praticar atos corruptos é um ato econômico. Por essa razão, espera-se e necessita-se que as empresas operem com bases éticas.

²⁸NETO, Pery Saraiva; DINNEBIER, Flávia França. Sustentabilidade como princípio constitucional: sua estrutura e as implicações na ordem econômica. **Revista de Direito Ambiental**, vol. 85/2017, p. 63 - 84, jan./mar. de 2017. Pag. 65.

²⁹NETO, Pery Saraiva; DINNEBIER, Flávia França. **Sustentabilidade como princípio constitucional: sua estrutura e as implicações na ordem econômica**. Pag. 66.

³⁰PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos, democracia e integração regional: os desafios da globalização. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, vol. 37/2001, p. 109 – 128, out./dez. de 2001. Pag. 116.

³¹SEN, Amartya. **Sobre ética e economia**.

Para que isso ocorra, uma das formas mais efetivas é o uso da ferramenta de compliance, que por meio de programas de compliance desenvolvidos especialmente para cada empresa, garantem diversos aspectos do crescimento do desenvolvimento humano.

Um programa de compliance é mais que um código de conduta, é um programa que busca, através da comunicação e treinamentos, instaurar uma cultura organizacional, tornando cada colaborador consciente da necessidade e das consequências de uma conduta ética, estimula a responsabilidade social da empresa.

Se estruturado e executado de forma correta, o plano de compliance irá incidir em questões éticas que são parte do desenvolvimento humano: maior sustentabilidade, não utilização de trabalho análogo ao escravo, igualdade de gênero, acesso ao mercado, redução da corrupção e consequente melhorias no orçamento público, entre outras.

Assim, restou evidente que o instituto de compliance é uma ferramenta efetiva para impulsionar o desenvolvimento humano, através da efetivação de bases éticas na economia.

REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

ANTONIK, Luis Roberto. **Compliance, ética, responsabilidade social e empresarial: uma visão prática**. Rio de Janeiro: Alta Books, 2016.

BANK FOR INTERNATIONAL SETTLEMENTS – BIS. **BIS Compliance Charter**. Suíça, 2005. Disponível em: <<https://www.bis.org/about/compliancecharter.pdf>>. Acesso em: 28 de abr. de 2019.

FERREIRA, Fábila Duarte. A prática do compliance como um instrumento empresarial anticorrupção para preservação das empresas. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**, São Paulo, vol. 81/2018, p. 161 – 178, jul/set de 2018.

GIACOMELLI, Giana Silva. A Teoria Tradicional do Bem-Estar: da origem às críticas. **Revista de Desenvolvimento Econômico – RDE**, Salvador, vol. 3, nº 38, p. 6 -27, dez. de 2017.

NEGRÃO, Célia Lima; PONTELO, Juliana de Fátima. **Compliance, controles internos e riscos: a importância da área de gestão de pessoas**. Brasília: Senac, 2014. Pag. 63.

NETO, Pery Saraiva; DINNEBIER, Flávia França. Sustentabilidade como princípio constitucional: sua estrutura e as implicações na ordem econômica. **Revista de Direito Ambiental**, vol. 85/2017, p. 63 - 84 , jan./mar. de 2017.

PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos, democracia e integração regional: os desafios da globalização. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, vol. 37/2001, p. 109 – 128, out./dez. de 2001. Pag. 116.

REIS, Tiago. **Crise do Subprime: Entenda o que foi e como afetou a economia mundial**. SunoResearch, 24 de jul. de 2018. Disponível em: <<https://www.sunoresearch.com.br/artigos/crise-do-subprime/>>. Acesso em: 01 de ag. de 2019.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

_____. **Sobre ética e economia**. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

SIBILLE, Daniel. **Grandes Fraudes da História – O Caso Enron**. Blog do Marcos Assi. 05 de jan. de 2013.

Disponível em: <<https://www.marcosassi.com.br/grandes-fraudes-da-historia-o-caso-enron>>. Acesso em: 01 de ago. de 2019.

TOMEI, Patrícia. Responsabilidade social de empresas: análise qualitativa da opinião do empresariado nacional. **Revista de Administração de empresas**, São Paulo, vol. 24, nº 4, out./dez. 1984. Disponível em:

<http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-75901984000400029>. Acesso em: 01 de ago. de 2019.

DIREITOS HUMANOS E GLOBALIZAÇÃO: A RELATIVIZAÇÃO DA SOBERANIA ESTATAL FRENTE À ATUAÇÃO DOS NOVOS ATORES INTERNACIONAIS

Aline Michele Pedron Leves¹
André Giovane de Castro²

RESUMO

No atual contexto da sociedade globalizada, multicêntrica e interdependente, faz-se necessário aprofundar as perspectivas históricas e políticas a fim de compreender as dinâmicas internacionais que influenciam diretamente na temática dos direitos inerentes a toda humanidade. Nesse sentido, o presente artigo problematiza a forma pela qual se torna possível ultrapassar os desafios que dificultam e, até mesmo, que impedem a proteção universal dos direitos humanos. Desse modo, mediante a utilização do método hipotético-dedutivo, da técnica de pesquisa exploratória e do procedimento bibliográfico, objetiva-se analisar a atuação dos novos atores internacionais, os quais contestam a perspectiva soberanista e territorial das nações e contribuem para a consolidação de um mundo mais transponível, pacífico e solidário. Portanto, em um cenário pós-guerra, onde a soberania passa a ser relativizada, conclui-se que os demais organismos internacionais conseguem limitar a autonomia irrefreada dos Estados, os quais já não são suficientemente hábeis para solucionar, sozinhos, as conflituosidades sociais.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos Humanos. Direito Internacional. Globalização. Novos Atores Internacionais. Soberania Estatal.

ABSTRACT

In the present context of globalized, multicenter and interdependent society, it is necessary to deepen historical and political perspectives in order to understand the international dynamics that directly influence in the thematic of rights inherent to all humanity. In this sense, this article problematizes how it becomes possible to overcome the challenges that hinder and, even, prevent the universal protection of human rights. Thus, through the use of the hypothetical-deductive method, of the exploratory research technique and of the bibliographic procedure, the objective is to analyze the acting of the new international actors, which contest the sovereign and territorial perspective of nations and contribute to the consolidation of a most transposable, peaceful and supportive world. Therefore, in a post-war scenario, where sovereignty becomes relativized, is concluded that the other international organizations can limit the unrestricted autonomy of States, who are no longer skilled enough to resolve, alone, the social conflicts.

KEYWORDS: Human Rights. International Law. Globalization. New International Actors. State Sovereignty.

INTRODUÇÃO

O panorama da nova ordem mundial, a partir da intensificação dos processos da globalização econômica, política, social e cultural, traz à tona uma série de paradoxos que modificam os sistemas de referência e passam a exigir respostas aos dilemas da humanidade. Desse modo, os fatores internos e externos das nações se confundem e transcendem as fronteiras territoriais, redefinindo as concepções espaço-temporais e corroborando para o crescimento exponencial da complexidade da vida em sociedade.

¹ Mestra pelo Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito - Curso de Mestrado em Direitos Humanos da Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul - UNIJUÍ. Bacharela em Direito pela UNIJUÍ. Integrante do Grupo de Pesquisa do CNPq: Direitos Humanos, Governança e Democracia. Advogada. Ijuí, Rio Grande do Sul, Brasil. E-mail: alineleves@hotmail.com

² Mestrando pelo Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito - Curso de Mestrado em Direitos Humanos da Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul - UNIJUÍ. Bolsista da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - CAPES. Bacharel em Direito pela UNIJUÍ. Integrante do Grupo de Pesquisa do CNPq: Biopolítica & Direitos Humanos. Ijuí, Rio Grande do Sul, Brasil. E-mail: andre_castro500@hotmail.com

Com efeito, o caminhar rumo à concretização dos direitos humanos perpassou por uma série de fatos históricos que deixaram um forte legado para toda a humanidade. As transformações das últimas décadas no âmbito geopolítico global, sobretudo no contexto pós Segunda Guerra Mundial (1945) com a emergência e contínua atuação dos novos atores internacionais – Organizações Internacionais (OI), Organizações Não-Governamentais (ONGs) e Empresas Transnacionais (ETNs) –, tornaram verdadeiramente anacrônica a perspectiva moderna e westfaliana de delimitação das fronteiras territoriais, as quais dividiram o mundo em Estados soberanos.

Frente a essa temática, em um contexto progressivamente mais célere, efêmero e dotado de liquidez, evidencia-se que o problema central da presente pesquisa reside no questionamento de como se torna possível superar os inúmeros desafios que ameaçam a proteção dos direitos humanos na atual conjuntura globalizada, já que os Estados nacionais são demasiadamente pequenos para lidar, sozinhos, com os impasses sociais. Nesse sentido, por meio da utilização do método hipotético-dedutivo, aliado à técnica de pesquisa exploratória e ao procedimento bibliográfico, objetiva-se analisar a atuação dos novos atores internacionais para a construção de uma sociedade que priorize a eficácia dos direitos humanos e a convivência pacífica entre os povos.

A pesquisa emerge da hipótese, ao fim corroborada, de que as transformações mundiais conduziram o deslocamento do velho sistema anárquico da modernidade para uma estrutura muito mais complexa, assentada em uma sociedade multicêntrica e interdependente, ao mesmo tempo que a vida humana passou a ser mundializada e a necessitar, portanto, de um arcabouço jurídico integrado com a atuação dos novos atores internacionais. De fato, o mundo adquiriu uma conformação inédita, repleta de ambiguidades, e a noção de soberania passou a ser relativizada em razão da limitação estabelecida pelos direitos humanos, como um mínimo ético a ser observado universalmente pelas estruturas estatais, bem como pelos demais entes atuantes na sociedade internacional.

Dessa forma, é evidente que a transponibilidade das fronteiras territoriais e as relações de mútua interação entre os povos se tornam irreversíveis e, por conseguinte, se instituiu uma nova organização no âmbito internacional, mais institucionalizada e integrada. Portanto, pode-se afirmar que essa realidade permite a ampliação dos horizontes de possibilidades para as mais distintas civilizações e, ao mesmo tempo, indica a emergência de desafios inovadores que provocam novos conflitos e, inclusive, ampliam os riscos que dificultam a universalização dos direitos humanos.

1 DA CONSOLIDAÇÃO DO ESTADO À RELATIVIZAÇÃO DA SOBERANIA NO ATUAL CONTEXTO DA SOCIEDADE GLOBALIZADA

A sociedade internacional moderna ou clássica tem início no ano de 1648, com a assinatura da Paz de Westfália – que encerrou a Guerra dos 30 anos. Os Tratados Westfalianos configuram-se como um verdadeiro divisor de águas da idade média para a moderna. Nesse contexto, consolida-se a figura do Estado como um ente absolutamente soberano. Ou seja, o Estado nacional passa a se situar no centro das relações como o único ator da sociedade internacional. Isto significa dizer que inexistiam outros organismos, em esfera mundial,

capazes de interceder pacificamente nos conflitos interestatais. Portanto, esse período da história civilizacional se configura como anárquico.³

A lógica moderna de Westfália, assentada sobre os pressupostos da soberania absoluta e indivisível dos Estados independentes que se consolidavam livres de qualquer subordinação, não conferia igualdade aos povos e, conseqüentemente, guiava-se por um conjunto de normas de mútua abstenção do Direito Internacional, formalizadas em 1648, as quais se pautavam nas razões de Estado e no sistema de equilíbrio ou balança de poder. Nessa conjuntura, os interesses estatais deveriam sempre prevalecer em relação àqueles de outras entidades políticas ou grupos, sendo o emprego da violência um recurso legítimo para assegurá-los.

Então, enquanto os Estados se afirmavam como unidades políticas centrais da sociedade internacional, as disputas interestatais passaram a ser resolvidas através do uso da força, isso porque inexistia um poder soberano superior comum capaz de solucionar ou mediar as relações anárquicas e conflituosas inerentes da modernidade.⁴ É justamente por isso que esse momento histórico se configurou como uma espécie de selva, onde todos os entes estatais detinham plena liberdade para fazer exatamente aquilo que julgavam ser mais favorável aos seus próprios interesses.⁵

Desse modo, pode-se afirmar que os Estados se configuravam, como diria Thomas Hobbes, como um mar de *Leviatãs*, permanentemente predispostos a “uma guerra de todos contra todos”⁶. Essa conjuntura pautada na liberdade anárquica e conflituosa do estado de natureza impulsionou, em um primeiro momento, as disputas imperialistas pelas conquistas de territórios e, em seguida, acabou resultando – e nem poderia ser diferente – na deflagração das duas grandes guerras que assolaram o mundo na primeira metade do século XX. Dessa forma, o período da sociedade internacional moderna compreende de 1648 (com a assinatura da Paz de Westfália) a 1945 (com o término da Segunda Guerra Mundial).

Esse modelo de organização da sociedade internacional, centrado no poder absoluto dos Estados, apenas entrou em declínio em razão das profundas transformações e consequências humanas geradas pela Segunda Guerra Mundial. Tal acontecimento bélico-político foi, com toda certeza, um marco histórico de vasta importância para a construção da atual conjuntura globalizada, mais interdependente e complexa. Nesse sentido, é possível verificar que, com o término da maior guerra da história humana, em 1945, e com o amadurecimento das reflexões acerca das suas causas, se tornou imprescindível a produção de um verdadeiro rearranjo das relações internacionais, com a progressiva relativização do conceito de soberania e com a adoção de novas formas para a solução dos conflitos.

Após o maior conflito bélico da história humana, o mundo precisava se reconstruir. À vista disso, constata-se a necessidade de fortalecimento dos vínculos institucionais coletivos e a ampliação das iniciativas multilaterais, ainda embrionárias. Foi justamente por esse motivo que se fortaleceram, no pós-1945, as várias ações voltadas para a solução pacífica dos conflitos. A partir desse momento, ocorre a passagem da sociedade

³ BEDIN, Gilmar Antonio. **A sociedade internacional e o século XXI**: em busca da construção de uma ordem mundial justa e solidária. Ijuí: Unijuí, 2001. p. 159-162.; MENEZES, Wagner. **Ordem global e transnormatividade**. Ijuí: Unijuí, 2005. p. 38.

⁴ BEDIN, Gilmar Antonio. **A sociedade internacional clássica**: aspectos históricos e teóricos. Ijuí: Unijuí, 2011. p. 57.

⁵ LAFER, Celso. Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948). In: MAGNOLI, Demétrio. **História da Paz**: os tratados que desenharam o planeta. São Paulo: Contexto, 2012. p. 247.

⁶ HOBBS, Thomas. **Leviatã**: ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil. Tradução de Rosina D'Angina. São Paulo: Martin Claret, 2017. p. 138.

internacional moderna – centrada no modelo de Estados soberanos – para a contemporânea – menos anárquica e conflituosa –, globalizada, multicêntrica, interdependente e repleta de sólidos vínculos institucionais que originaram espaços para a conformação de alternativas mais dinâmicas e integradas.

Dito isso, o que ocorre no contexto da segunda metade do século XX, com o célere desenvolvimento da economia mundo – que abre e reabre as fronteiras nacionais devido à intensificação de diversos fluxos –, é a emergência de uma configuração inovadora para a sociedade internacional que, conforme o entendimento de Octavio Ianni, se denomina de “global, globalizante ou globalizada”⁷. Ou seja, trata-se de uma realidade socioespacial na qual a globalização se constitui como o mais relevante evento político, econômico e cultural de âmbito transnacional, que “oportunizou uma maior inter-relação entre as nações [do mundo]”⁸.

Desse modo, o breve retorno secular às transformações ocorridas mundialmente comprova que o fenômeno da globalização foi um verdadeiro marco simbólico-referencial da emergência de uma nova era dotada de complexidades, caracterizando-se como um acontecimento intenso e com dimensões bastante abrangentes no que se refere “à redução das distâncias, à aceleração do tempo, à quebra das identidades nacionais, à ruptura das fronteiras e à conformação de novas relações políticas”⁹. Nesse cenário em que o mundo passou a ser compreendido a partir do viés da interdependência e dos novos processos que se configuraram com a intensificação dos efeitos da globalização, os ideais isolacionistas, que prezavam apenas pelos interesses estatais, sofreram severas restrições.

Necessário se fez, então, repensar a ordem internacional, visto que as fronteiras se evidenciavam gradualmente mais transponíveis na medida em que ocorria uma significativa relativização do poder estatal, ou seja, de acordo com Liszt Vieira, esses fatores desafiavam “as fundações e os princípios políticos do Estado da ordem de Westfália”¹⁰, afetando o papel da soberania de uma maneira irremediável. No mesmo sentido, Michael Hardt e Antonio Negri sustentam que a revolucionária configuração mundial estabelecida pelo incremento do fenômeno da globalização acarretou a ruptura do sistema soberanista estatal¹¹, isso em razão de que, “na era da interdependência global, seria anacrônico apostar ainda no modelo de Westfália para garantir a [nova] ordem mundial [que se estabelece]”¹².

No entanto, as transformações que se sucedem não são capazes de decretar o fim do Estado nacional, pois, conforme assevera Raimundo Batista dos Santos Junior, as relações internacionais “nunca foram estáticas, pelo contrário, sempre se caracterizaram pelo seu alto dinamismo, mas nem por isso desaparecem de um dia para o outro, principalmente quando se encontram solidificadas”¹³. Isso significa dizer que Estado não desaparece das relações internacionais, mesmo com a emergência de outros atores e com a permeabilidade das fronteiras territoriais impostas pela sociedade global, mas apresenta uma significativa relativização no tocante

⁷IANNI, Octavio. **A era do globalismo**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2014. p. 188.

⁸MENEZES, Wagner. **Ordem global e transnormatividade**. p. 104.

⁹BEDIN, Gilmar Antonio. **A sociedade internacional clássica: aspectos históricos e teóricos**. p. 130.

¹⁰VIEIRA, Liszt. Morrer pela Pátria? Notas sobre identidade nacional e globalização. In: VIEIRA, Liszt (Org.). **Identidade e globalização**. Rio de Janeiro: Record, 2009. p. 78.

¹¹HARDT, Michael; NEGRI, Antonio. **Multidão: guerra e democracia na era do Império**. Tradução de Clóvis Marques. São Paulo: Record, 2005. p. 10.

¹²ZOLO, Danilo. **Rumo ao Ocaso Global? Os direitos humanos, o medo, a guerra**. Organização de Maria Luiza A. Feitosa e Giuseppe Tosi. São Paulo: Conceito Editorial, 2011. p. 32.

¹³SANTOS JUNIOR, Raimundo Batista dos. **A globalização ou o mito do fim do Estado**. Ijuí: Unijuí, 2007. p. 16.

à soberania externa. Portanto, a essência estatal que reside no conceito de soberania vem sendo drasticamente redefinida no jogo das relações, dos processos e das estruturas que se configuram na nova era contemporânea.¹⁴

A grande discussão que se impõe nesse momento incide-se no fato de compreender se o incremento do fenômeno da globalização significa ou não o aniquilamento do Sistema de Westfália, no qual o Estado constituía-se no principal, senão o único, ator da política mundial. Para Otfried Höffe, “a progressiva globalização cria uma necessidade de atuação que os Estados individualmente não conseguem superar por si mesmos”¹⁵. Cabe observar que a rigidez das limitações geográficas das nações, consubstancialmente determinadas pela concepção de soberania, se esboroa em razão das relações de interdependência e de aproximação travadas para além das fronteiras estatais que pareciam, até então, cristalizadas.¹⁶

Nesse ínterim, o modelo moderno dos Estados soberanos é colocado em xeque e ampliam-se as complexidades do entorno que delinea a sociedade em busca de respostas globais para uma infinidade de dramas e dilemas humanos. Portanto, configura-se uma ordem mundial inédita e que se caracteriza pelo surgimento dos novos atores internacionais, pelo delineamento de um conjunto de possibilidades mais prósperas e pela formulação de paradigmas diversos que visam à manutenção da paz e à universalização da proteção dos direitos inerentes à humanidade como um todo.

2 OS NOVOS ATORES INTERNACIONAIS E A PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

A época mais mortífera da história humana foi o século XX. O motivo de tal fato é que esse período histórico foi praticamente um momento de guerras ininterruptas, as quais foram incrementadas ao ponto de transformar e destruir o planeta. Sobre isso, Eric Hobsbawm lembra sabiamente que “o mundo como um todo não teve paz desde 1914”, visto que foi “dominado por guerras mundiais, ou seja, guerras entre Estados territoriais ou alianças [estatais]”¹⁷. No entanto, as questões acerca da guerra e da paz passaram a ser rediscutidas a partir de uma análise do passado e do futuro do Estado nacional, do multilateralismo emergente dos novos atores internacionais e da urgência pela proteção universal dos direitos humanos.

O caminhar rumo à concretização dos direitos inerentes a toda humanidade perpassou por uma série de fatos sociais, os quais deixaram um forte legado para os povos no sentido de que as atrocidades cometidas durante as duas grandes guerras mundiais não poderiam, em hipótese alguma, acontecer novamente¹⁸. Diante disso, evidencia-se a necessidade de fortalecimento das instituições de caráter coletivo e a ampliação das iniciativas multilateralistas. Foi então que, a partir de um conjunto de reflexões, surgiu a ideia da constituição de uma ampla organização internacional com o objetivo de promover a paz entre as nações e a segurança

¹⁴MATIAS, Eduardo Felipe Pérez. **A humanidade e suas fronteiras**: do Estado soberano à sociedade global. São Paulo: Paz e Terra, 2014. p. 203.; SANTOS JUNIOR, Raimundo Batista dos. **A globalização ou o mito do fim do Estado**. p. 85.

¹⁵HÖFFE, Otfried. Estados nacionais e direitos humanos na era da globalização. In: MERLE, Jean-Christophe; MOREIRA, Luiz. **Direito e legitimidade**. São Paulo: Landy, 2003. p. 309.

¹⁶IANNI, Octavio. **A era do globalismo**. p. 167.

¹⁷HOBBSAWM, Eric. **Globalização, democracia e terrorismo**. Tradução de José Viegas. São Paulo: Companhia das Letras, 2007. p. 21-22.

¹⁸PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. São Paulo: Saraiva, 2016.

coletiva da humanidade. A criação da Organização das Nações Unidas (ONU) cumpriu essa tarefa e passou a funcionar regularmente no ano de 1945.¹⁹

Desde sua fundação, a ONU tem se constituído no mais complexo foro de diálogo permanente nas relações entre os Estados e na lápide basilar para a instauração de uma nova ordem política na sociedade mundial. Nesse quadro também resta evidente a importância da internacionalização da proteção dos direitos humanos, como uma categoria universal e indivisível, que possui a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH)²⁰, promulgada em 1948, como o seu grande marco inicial²¹. Nesse momento, uma série de transformações contribuiu com a crise estrutural da soberania estatal e colocou em xeque o Direito Internacional Clássico (ou Moderno), passando a exigir um conjunto de novos instrumentos jurídicos, cada vez mais hábeis para a resolução pacífica das controvérsias contemporâneas, seja entre Estados, organismos internacionais ou indivíduos.²²

Desse modo, a própria dinâmica da evolução que impulsiona a trajetória das civilizações faz com que o surgimento de relações internacionais voltadas para a manutenção da paz e proteção dos direitos humanos não percam a relevância, tendo em vista a complexidade da sociedade mundial. Com isso, passou-se a desenvolver o Direito Internacional dos Direitos Humanos, o qual contribuiu para o progresso do sistema normativo global de proteção aos aludidos direitos, consubstanciados em instrumentos jurídicos e na Carta da ONU²³. Além do mais, é importante destacar que a tutela dos indivíduos passou a ser percebida como um tema de legítimo interesse internacional, o qual transcende as fronteiras territoriais e políticas estatais.

Daí é que derivaram as duas consequências que reestruturaram a nova configuração da sociedade internacional contemporânea. A primeira diz respeito à relativização ou enfraquecimento da noção tradicional do modelo de soberania absoluta dos Estados, os quais se submetem a um processo limitador a fim de que seja reconhecida e observada a proteção efetiva e universal dos direitos humanos, independentemente de qualquer condição, tal como o pertencimento à determinada nação. A segunda consequência, por sua vez, fixa a ideia de que todos os indivíduos devem ter os seus direitos protegidos no âmbito da sociedade internacional.

Assim, se anteriormente à Declaração Universal de 1948 o Direito Internacional preocupava-se tão somente com as questões relativas à paz, à guerra e à manutenção da segurança mundial, atualmente, o seu foco de atenção também se estende à proteção dos direitos humanos, que decorrem dos ideais de cooperação e solidariedade entre os povos. Nesse novo cenário, possui um papel importante, também, o surgimento dos chamados novos atores internacionais. Entre estes, destacam-se as Organizações Internacionais (OI), as Organizações Não-Governamentais (ONGs) e as Empresas Transnacionais (ETNs). Os novos atores reforçam os espaços de diálogo entre os Estados e levam a fixação de princípios típicos de “uma sociedade plural [e

¹⁹ GONÇALVES, Williams. **Relações Internacionais**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2002. p. 17.

²⁰ NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948)**. Rio de Janeiro: Nações Unidas (ONU-BR) - UNIC, 2009.

²¹ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 41.

²² BEDIN, Gilmar Antonio. **A sociedade internacional e o século XXI: em busca da construção de uma ordem mundial justa e solidária**. p. 269.

²³ NAÇÕES UNIDAS. **Carta das Nações Unidas (1945)**. Rio de Janeiro: Nações Unidas (ONU-BR) - UNIC, 2017.

interdependente], voltada para o respeito aos direitos humanos e à cooperação para o desenvolvimento e paz da humanidade”²⁴.

Dentre esses novos atores, as Organizações Internacionais (ou Organizações Intergovernamentais) apresentam uma trajetória mais longa e de maior reconhecimento no âmbito da sociedade internacional. Tais entidades, regidas por normas do Direito Internacional, são constituídas a partir de acordos ou tratados consensuais firmados em associações livres e voluntárias entre Estados nacionais, os quais possuem interesses comuns. De um modo geral, as Organizações Internacionais (OI) – dotadas de personalidade jurídica, órgãos e institutos próprios – objetivam estabelecer os ideais de cooperação a partir da criação de espaços dialógicos de aproximação formal e da melhoria de condições dos seus países membros²⁵. Além disso, consoante o entendimento de Antonio Augusto Cançado Trindade, “a crescente atuação das organizações internacionais tem sido um dos fatores mais marcantes na evolução do Direito Internacional Contemporâneo”²⁶.

Relativamente às Organizações Não-Governamentais (ONGs), destaca-se a notória importância empregada a estas entidades nas últimas três décadas do século XX. Esses dinâmicos atores de limites imprecisos nas relações internacionais são criados pela sociedade civil, mediante a associação livre e espontânea de pessoas (privadas ou públicas, físicas ou jurídicas). Isso significa que as ONGs não se constituem como estruturas intergovernamentais amparadas pelos Estados, mas surgem, justamente, na falha da estrutura estatal – ou das Organizações Internacionais – para suprir as inúmeras lacunas deficitárias que não são sanadas pelos governos nacionais. Além disso, as Organizações Não-Governamentais não têm fins lucrativos e estão intimamente relacionadas ao grau de participação dos cidadãos na sociedade civil, por meio da iniciativa privada ou mista, para solucionar questões morais, ideológicas, religiosas e culturais de interesse público.²⁷

Por sua vez, as Empresas Transnacionais (ETNs) assumiram uma vasta relevância e o verdadeiro *status* de atores internacionais após a Segunda Guerra Mundial em razão da necessidade do restabelecimento das relações econômicas e comerciais. Esses atores se caracterizam pela sua essência privada em sentido estrito – submetidos a uma ou mais ordens jurídicas nacionais – e pela intensa busca de fins lucrativos, até porque as Empresas Transnacionais não atuam apenas no país onde se localiza a matriz (base nacional), mas espalham as suas atividades em outros Estados, mediante a instalação de filiais. Através dessa estrutura hierarquicamente centralizada, origina-se uma verdadeira rede de relações interdependentes e de fluxos contínuos integrados entre as mais diversas nações, o que constitui o complexo sistema de economia-mundo que transpõe os limites das fronteiras territoriais e elimina as barreiras alfandegárias.²⁸

²⁴MENEZES, Wagner. **Ordem global e transnormatividade**. p. 40.

²⁵BEDIN, Gilmar Antonio. **A sociedade internacional e o século XXI**: em busca da construção de uma ordem mundial justa e solidária. p. 271.; SEITENFUS, Ricardo Antônio Silva. **Manual das organizações internacionais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 15.

²⁶CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. **Direito das organizações internacionais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2014. p. 23.

²⁷VIEIRA, Carlos Alberto Adi. A face oculta da globalização: o trabalho mundial das ONGs. In: OLIVEIRA, Odete Maria de (Coord.). **Relações internacionais e globalização**: grandes desafios. Ijuí: Unijuí, 1999. p. 163.; CARVALHO, Nanci Valadares de. **Autogestão**: o nascimento das ONGs. São Paulo: Brasiliense, 1995. p. 13.

²⁸BEDIN, Gilmar Antonio. **A sociedade internacional e o século XXI**: em busca da construção de uma ordem mundial justa e solidária. p. 312-319; MATIAS, Eduardo Felipe Pérez. **A humanidade e suas fronteiras**: do Estado soberano à sociedade global. p. 126; OLIVEIRA, Odete Maria de. **Relações internacionais**: estudos de introdução. Curitiba: Juruá, 2001. p. 252.

Com efeito, a contemporaneidade inaugurou vínculos inéditos de interdependência em virtude da conformação de diversos centros de referência, os quais intensificaram a complexidade das relações internacionais. Desse modo, é importante lembrar que cada um dos novos atores – Organizações Internacionais, Organizações Não-Governamentais e Empresas Transnacionais – passou a contribuir com a articulação de políticas de cooperação entre os Estados nacionais e em situações típicas da sociedade civil, de tal modo que os acordos se constituíram de forma mais eficaz e organizada para evitar novos conflitos de magnitude global. Então, os desafios lançados por um conjunto de atividades dinâmicas exercidas pelos distintos atores internacionais trazem à tona a necessidade de revisão do papel desempenhado pelos Estados soberanos e do revolvimento de problemas tão díspares em relação à proteção universal dos direitos humanos.

De fato, as grandes guerras acarretaram uma profunda reflexão na sociedade internacional, que passou a se questionar acerca da legitimidade de determinadas ações estatais para o estabelecimento de uma paz duradoura e de normas protetoras de direitos humanos. Ainda que a universalização desses direitos como regras basilares dos Estados não tenha sido uma invenção contemporânea, visto que já eram previstos pelas declarações oitocentistas de matriz jusnaturalista, bem como pelo iluminismo kantiano, Douglas Cesar Lucas observa que o “reconhecimento formal, universal e expresso de tais direitos no pós-segunda guerra inaugurou uma nova etapa para as relações internacionais e para a afirmação de limites substanciais às soberanias nacionais”²⁹.

Isso significa que a efetiva universalidade dos direitos humanos foi motivada apenas no ano de 1945, como já foi referido, em razão da criação da Organização das Nações Unidas (ONU) – que assumiu a responsabilidade de ser um foro de diálogo entre as nações –, e sedimentou-se, posteriormente, em 1948, com a promulgação da Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), quando os países ocidentais definiram “os direitos humanos como ponto de partida para a construção de um padrão moral e ético que deveria ser observado e respeitado [por todos]”³⁰. Frente a isso, esses marcos históricos de caráter universal foram cruciais para a mudança paradigmática das relações internacionais, tendo visivelmente definidos os objetivos de manter a paz e garantir a tutela dos direitos que se reconhecem a toda pessoa.

De acordo com Flávia Piovesan, em virtude das reivindicações morais do pós-Guerra, os “direitos humanos nascem quando devem e podem nascer”³¹, seguindo a concepção arendtiana³², em que os referidos direitos não se constituem como algo socialmente posto, mas como uma invenção humana que se encontra em um constante processo de (re)construção. Ou seja, os direitos humanos refletem uma construção axiológica a partir de lutas e ações sociais que figuram em um espaço considerado como simbólico. Logo, no panorama após a perpetuação de terríveis violências contra a humanidade, se vislumbra um significativo esforço reflexivo para a reconstrução dos direitos humanos, na condição de paradigma ou de fundamento ético capaz de restabelecer a lógica do razoável e de orientar a nova ordem mundial.³³

²⁹LUCAS, Douglas Cesar. **Direitos humanos e interculturalidade**: um diálogo entre a igualdade e a diferença. Ijuí: Unijuí, 2013. p. 138.

³⁰MENEZES, Wagner. **Ordem global e transnormatividade**. p. 77.

³¹PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e justiça internacional**: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano. p. 7.

³²ARENDT, Hannah. **Origens do totalitarismo**. Tradução de Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 2017.

³³LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos**: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 1988. p. 381.

É evidente que os movimentos de internacionalização dos direitos humanos não aconteceram por acaso. Ao contrário, eles surgem das necessidades de redefinição de um conjunto de princípios capazes de reconstruir os moldes ideológicos entre os Estados e os indivíduos em uma sociedade mundial dilacerada pelas guerras. Seguindo este raciocínio, Piovesan assevera que os processos de universalização configuram um verdadeiro esforço voltado para a reestruturação e o reconhecimento da tutela dos direitos inerentes aos seres humanos, “como paradigma e referencial ético a orientar a ordem internacional contemporânea. Se a Segunda Guerra significou a ruptura com os direitos humanos, o pós-guerra deveria significar a reconstrução”³⁴, na medida em que a noção anacrônica do conceito de soberania estatal deixa de ser o centro de referência absoluta das preocupações político-jurídicas internacionais.

Dessa forma, com a alteração da clássica lógica westfaliana, que se baseava nas relações de coexistência conflituosa entre os Estados soberanos, sobreveio o fundamento dos direitos humanos em virtude da ampla interdependência entre as nações do globo. Consoante Sidney Guerra, os referidos direitos “não se apresentam como um ‘produto’ acabado. Ao contrário, eles sofrem muitas mudanças ao longo dos séculos”³⁵. Assim sendo, faz-se necessário pensar novas instituições ou conceitos que permitam com que os direitos humanos sejam encarados, de fato, como universais, isso porque, desde a Paz de Westfália, as relações internacionais, pautadas na centralidade da soberania estatal, têm dificultado a universalidade dos projetos humanistas emergentes no panorama mundial³⁶.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente investigação científica propôs-se a aprofundar a atuação dos novos atores internacionais para a construção de uma sociabilidade global pautada, essencialmente, na proteção dos direitos humanos e na convivência pacífica entre os povos. Nesse sentido, procedeu-se à análise de perspectivas históricas e políticas desde a consolidação do Estado e, por conseguinte, da moderna noção de soberania, até a relativização do paradigma westfaliano no contexto da atual sociedade globalizada, multicêntrica e interdependente. Com efeito, as retrógradas estruturas sociais da modernidade são postas de lado ao passo em que se configuram os ideais de uma nova ordem mundial.

Diante do exposto, nota-se que o sólido pilar do conceito de soberania do Estado foi fragilizado e que a sociedade internacional passou por uma grande transformação, agora ressignificada, marcada por intensas relações de interdependência e por um novo padrão jurídico fundamental: o padrão dos direitos humanos. É bem verdade que a universalização, a partir desse momento inicial, ainda terá um longo percurso para se tornar uma realidade mais contundente. Mas, o avanço alcançado, mormente após os acontecimentos da Segunda Guerra Mundial, é algo inegável.

De qualquer forma, o importante é perceber que as transformações referidas foram muito profundas e sinalizaram a conformação de um mundo caracterizado pela globalização da política, da economia, da ciência,

³⁴PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. p. 202.

³⁵ GUERRA, Sidney. **Direito internacional dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 27.

³⁶LUCAS, Douglas Cesar. **Direitos humanos e interculturalidade: um diálogo entre a igualdade e a diferença**. p. 160-161.; PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. p. 242.

da tecnologia e da cultura, bem como pelo surgimento de vários outros centros de poder, os quais ultrapassam as fronteiras dos Estados e desterritorializam uma série de acontecimentos sociais. Daí, portanto, consolida-se a sociedade internacional contemporânea, que possibilita a inauguração de uma nova etapa da história das civilizações, mais efêmera, revolucionária e preocupada com a manutenção da paz e com a proteção dos direitos humanos.

Então, os novos atores internacionais – a exemplo das Organizações Internacionais, Organizações Não-Governamentais e Empresas Transnacionais – contestam a perspectiva soberanista e territorial das nações e contribuem para a consolidação de um mundo mais transponível, pacífico e solidário. Por fim, conclui-se que a atuação destes atores no âmbito das sociedades nacionais consegue, em certa medida, refrear efetivamente a atuação dos Estados, os quais não são mais detentores de uma soberania absoluta e ilimitada, bem como a aplicação de medidas estatais que, muitas vezes, podem possuir um caráter excludente e violador de direitos e garantias fundamentais.

REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

ARENDT, Hannah. **Origens do totalitarismo**. Tradução de Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 2017.

BEDIN, Gilmar Antonio. **A sociedade internacional e o século XXI**: em busca da construção de uma ordem mundial justa e solidária. Ijuí: Unijuí, 2001.

BEDIN, Gilmar Antonio. **A sociedade internacional clássica**: aspectos históricos e teóricos. Ijuí: Unijuí, 2011.

CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. **Direito das organizações internacionais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2014.

CARVALHO, Nanci Valadares de. **Autogestão**: o nascimento das ONGs. São Paulo: Brasiliense, 1995.

GONÇALVES, Williams. **Relações internacionais**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2002.

GUERRA, Sidney. **Direito internacional dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2015.

HARDT, Michael; NEGRI, Antonio. **Multidão**: guerra e democracia na era do Império. Tradução de Clóvis Marques. São Paulo: Record, 2005.

HOBBS, Thomas. **Leviatã**: ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil. Tradução de Rosina D'Angina. São Paulo: Martin Claret, 2017.

HOBSBAWM, Eric. **Globalização, democracia e terrorismo**. Tradução de José Viegas. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

HÖFFE, Otfried. Estados nacionais e direitos humanos na era da globalização. In: MERLE, Jean-Christophe; MOREIRA, Luiz (Orgs.). **Direito e legitimidade**. São Paulo: Landy, 2003.

IANNI, Octavio. **A era do globalismo**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2014.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos**: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

LAFER, Celso. Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948). In: MAGNOLI, Demétrio (Org.). **História da Paz: os tratados que desenharam o planeta**. São Paulo: Contexto, 2012. p. 247-274.

LUCAS, Douglas Cesar. **Direitos humanos e interculturalidade: um diálogo entre a igualdade e a diferença**. Ijuí: Unijuí, 2013.

MATIAS, Eduardo Felipe Pérez. **A humanidade e suas fronteiras: do Estado soberano à sociedade global**. São Paulo: Paz e Terra, 2014.

MENEZES, Wagner. **Ordem global e transnormatividade**. Ijuí: Unijuí, 2005.

NAÇÕES UNIDAS. **Carta das Nações Unidas (1945)**. Rio de Janeiro: Nações Unidas (ONU-BR) - UNIC, 2017. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2017/11/A-Carta-das-Na%C3%A7%C3%B5es-Unidas.pdf>. Acesso em: 11 ago. 2019.

NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948)**. Rio de Janeiro: Nações Unidas (ONU-BR) - UNIC, 2009. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>. Acesso em: 10 ago. 2019.

OLIVEIRA, Odete Maria de. **Relações internacionais: estudos de introdução**. Curitiba: Juruá, 2001.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano**. São Paulo: Saraiva, 2014.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. São Paulo: Saraiva, 2016.

SANTOS JUNIOR, Raimundo Batista dos. **A globalização ou o mito do fim do Estado**. Ijuí: Unijuí, 2007.

SEITENFUS, Ricardo Antônio Silva. **Manual das organizações internacionais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

VIEIRA, Carlos Alberto Adi. A face oculta da globalização: o trabalho mundial das ONGs. In: OLIVEIRA, Odete Maria de (Coord.). **Relações internacionais e globalização: grandes desafios**. Ijuí: Unijuí, 1999. p. 151-174.

VIEIRA, Liszt. Morrer pela Pátria? Notas sobre identidade nacional e globalização. In: VIEIRA, Liszt (org.). **Identidade e globalização**. Rio de Janeiro: Record, 2009. p. 61-86.

ZOLO, Danilo. **Rumo ao Ocaso Global? Os direitos humanos, o medo, a guerra**. Organização de Maria Luiza A. Feitosa e Giuseppe Tosi. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

LEI DE MIGRAÇÃO: A IMPLEMENTAÇÃO DO ASPECTO HUMANO EM ALTERAÇÃO A SEGURANÇA NACIONAL

Carime Tagliari Estacia ¹

Isabela Bohnen ²

RESUMO

O artigo tem por objetivo analisar a Lei 13.445/2017 – Lei de Migração em contraponto ao Estatuto do Estrangeiro, uma vez que, a nova legislação quebrou o paradigma estabelecido pela antiga regra, a qual representava o momento histórico de sua elaboração: a ditadura militar. O novo regulamento tem por desígnio abraçar os fundamentos da universalidade de direitos e do direito à vida, vedando a discriminação, a xenofobia e o autoritarismo, perfazendo tanto uma necessidade atual, quando instituindo um aspecto mais humano a recepção do imigrante ao estado brasileiro. A compreensão final do artigo confirma a implementação do aspecto humano à Lei de Migração, quando da observância dos seus princípios e também diante dos aspectos fáticos. Em relação a metodologia adotada, a escolha foi pelo método dedutivo, partindo da análise das leis e do contexto ao qual foram idealizadas, para explicar os predicados da legislação em vigor.

PALAVRAS-CHAVE: Lei de Migração; Estatuto do Imigrante; direitos humanos.

ABSTRACT

The article aims to analyze the Law 13.445 / 2017 - Migration Law in contrast to the Foreigner Statute, since the new legislation broke the paradigm established by the old rule, which represented the historical moment of its elaboration: the military dictatorship. The purpose of the new regulation is to embrace the fundamentals of the universality of rights and the right to life, prohibiting discrimination, xenophobia and authoritarianism, making both a current need and establishing a more human aspect the reception of the immigrant to the Brazilian state. The final understanding of the article confirms the implementation of the human aspect to the Migration Law, when observing its principles and also regarding the factual aspects. Regarding the methodology adopted, the choice was made by the deductive method, starting from the analysis of the laws and the context in which they were designed, to explain the predicates of the legislation in force.

KEYWORDS: Law of Migration; Statute of the Immigrant; human rights;

INTRODUÇÃO

Os movimentos migratórios sempre estiveram presentes nos mais diversos momentos da história. Hoje viemos em um mundo tecnológico e globalizado, em que termos como tempo e espaço tornaram-se relativos. Todavia, atualmente, o conceito de fronteira passa a ser cada vez mais enfatizado diante dos diversos movimentos migratórios de larga escala que presenciamos.

Em busca de melhores condições de vida, cidadãos deixam suas casas em caminho a um lugar que possa lhe oferecer esperança e oportunidade. Contudo, países que são destinos em potencial tem fechado suas

¹ Mestranda em Direito na Universidade de Passo Fundo. Pós-graduada em Direito Civil e Processo Civil pelo Complexo de Ensino Superior Meridional – IMED. Graduação pela Universidade de Passo Fundo/RS. Advogada. Endereço eletrônico: carimetestacia@gmail.com.

² Mestranda em direito pela Universidade de Passo Fundo. Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade de Passo Fundo (2019). Endereço eletrônico: 142261@upf.br.

fronteiras sob argumento de proteção da segurança e sustento da economia e dos direitos dos seus cidadãos natos.

Nesse contexto, o Brasil em 2017 aprovou a Lei de Migração, visando quebrar o paradigma estabelecido pelo Estatuto do Estrangeiro: uma legislação elaborada durante o regime militar (1964-1985) com foco na segurança nacional. A nova legislação tem por objetivo coadunar com os valores e princípios elencados na Constituição de 1988, bem como trazer um aspecto humano para milhares de pessoas que pretendem transitar ou integrar nosso país.

O objeto da análise é de grande interesse na contemporaneidade, uma vez que a Lei de Migração entrou em vigor há pouco tempo com o propósito de remodelar o paradigma estabelecido pelo Estatuto do Estrangeiro. A legislação que passa a vigorar desde 2017 visa concretizar valores e fundamentos que antes eram suprimidos dos migrantes. Dessa forma, justifica-se a pesquisa para compreender se o protótipo anteriormente estabelecido foi modificado diante dos novos modelos de mobilidade e transitoriedade de migrantes. Além do que, diante da conjuntura de mundo que diariamente presenciamos, onde discursos de ódio e a xenofobia ganham força é manifesta a reafirmação dos direitos humanos e sociais, considerando principalmente, o cenário vivenciado pelo Brasil em âmbito nacional.

A Lei de Migração compatibiliza/harmoniza com os ideais propostos pela lei maior, uma vez que, por meio dela houve um grande avanço para o estado brasileiro, e principalmente, para aqueles que realmente necessitam da acolhida quando se deslocam ao Brasil. Por conseguinte, foi possível afastar a chamada ideia de globalização negativa, em busca dos aspectos positivos da integração entre povos.

A legislação de nº 13.445/2017 quebrou o paradigma da segurança nacional institucionalizado pelo Estatuto do Estrangeiro, reconhecendo como novo alicerce a proteção da dignidade da pessoa humana, absorvendo os princípios fundamentais, em especial o da dignidade da pessoa humana, elencado como um dos fundamentos da Constituição Federal de 1988.

1 MIGRAÇÕES E O ESTADO BRASILEIRO

Presenciamos atualmente diversos movimentos migratórios no mundo. Inúmeras pessoas da África Subsaariana se arriscam diariamente cruzando o Mar Mediterrâneo em barcos clandestinos em busca de melhores condições de vida. Acompanhamos a caravana de migrantes, na sua maioria hondurenhos, que cruzam o México na tentativa de chegar à fronteira dos Estados Unidos. Em nosso país, presenciamos o drama dos venezuelanos que buscam refúgio no Brasil em razão da crise política, econômica e social que assola seu país.

Em consequência desse contexto de mobilidade migratória, os países de destino dessas populações em trânsito têm fechado suas fronteiras, restringindo o ingresso de migrantes, fundamentados na conservação da estabilidade econômica, social, sanitária e, principalmente em decorrência da segurança dos seus cidadãos natos.

Apesar de ser cada dia mais difícil sustentar a ideia de fronteira, uma vez que a humanidade vivencia a globalização, temas que aparentemente já teriam sido absorvidos pelos seres humanos, tais como, a dignidade da pessoa humana, valores sociais, o respeito ao outro voltaram a ser debatidos com ênfase.

Nessa perspectiva, é palpável que reflexões quanto aos direitos humanos passaram a ter grande expressão diante dos movimentos migratórios³, e acabaram por criar uma polarização na opinião mundial em relação a direitos fundamentais e a sua aplicação. A globalização passa a ter um viés negativo, uma vez que fecham-se fronteiras para proteção de alguns, esquecendo-se de valores universais, e daqueles mais triviais, como possibilidade de uma vida digna.

Ao longo da história, o movimento dinâmico de migrantes fez com que relações internacionais fossem gradualmente potencializadas, ou seja, o tratamento dado aos direitos humanos, que se limitava a uma proteção estatal, passou ao domínio mundial, voltado a proteção do ser em si, como pessoa humana, independente do Estado.⁴

Trazendo essa lógica ao estado brasileiro, importante entender o contexto histórico: entre os anos de 1964 a 1985 o Brasil estava sobre o comando do Regime Militar, onde o aparelho estatal era dominado pelas Forças Armadas Nacionais. Em 1980 foi então elaborado o Estatuto do Estrangeiro.

Como consequência do momento histórico, a legislação era totalmente voltada à segurança nacional⁵ e a interesses internos, reconhecendo os imigrantes como uma ameaça, implementada uma grande burocracia para o ingresso no país, forçando com que grande parte permanecessem na ilegalidade. O Estatuto tratava o imigrante como “estrangeiro”, uma expressão vaga e que abrangia diversas interpretações, dando margem ao poder autoritário de agir conforme o interesse estatal.

Apesar da redemocratização ocorrida no ano de 1986, o Estatuto do Estrangeiro permaneceu em vigor. Claramente existiam normas incompatíveis com a Carta Magna de 1988, o que sempre gerou certos questionamentos, no entanto, a lei jamais foi considerada inconstitucional.

Contudo, ocorreu um amadurecimento dos direitos humanos em ceara mundial, o ser humano passou a ser compreendido como titular de proteção pelo simples fato de ser. Dessa forma, os direitos humanos passaram a transcender a soberania estatal, adentrando nas legislações de plano interno,⁶ por meio de Tratados Internacionais e por previsão própria da legislação dos países.

Adotando essa nova concepção, a Constituição de 1988 e os Tratados Internacionais ratificados pelo Brasil alteravam a visão míope anteriormente instituída, prevendo expressamente no art. 5º, como direitos e garantias fundamentais 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 (...)”⁷.

³ BUSNELLO, Priscila de Castro. **Globalização e a reafirmação dos direitos fundamentais**. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/globaliza%C3%A7%C3%A3o-e-reafirma%C3%A7%C3%A3o-dos-direitos-fundamentais>>. Acesso em: 25 de outubro de 2018.

⁴ BUSNELLO, Priscila de Castro. **Globalização e a reafirmação dos direitos fundamentais**, 2018.

⁵ Art. 2º, Lei 6.815/1980: Na aplicação desta Lei atender-se-á precipuamente à segurança nacional, à organização institucional, aos interesses políticos, sócio-econômicos e culturais do Brasil, bem assim à defesa do trabalhador nacional.

⁶ BUSNELLO, Priscila de Castro. **Globalização e a reafirmação dos direitos fundamentais** 2018.

⁷ Art. 5º, caput, Constituição Federal de 1988.

Diante dessa inversão de valores, o Estatuto do Estrangeiro, ainda em vigor no Brasil, deixou de contemplar a realidade apresentada pelo fluxo humano cada vez mais fluido. Alguns artigos foram como declarados inconstitucionais, como o art. 107 do Estatuto⁸, mas pouco se alterou na integralidade.

Assim, em meados de 2013, o deputado federal Aloysio Nunes, que posteriormente foi ministro das Relações Exteriores, propôs a Lei de Migração para substituir o Estatuto do Estrangeiro e seu Decreto Regulamentar. O projeto foi aprovado sob algumas emendas da Câmara dos Deputados, e o Presidente da República Michel Temer, sancionou a lei em maio de 2017, sob 20 vetos⁹.

A Lei de Migração passa a vigorar em território nacional em 21/11/2017 e procura abraçar fundamentos de igualdade, liberdade, do direito à vida, vedando a discriminação, a xenofobia e o autoritarismo¹⁰. Pouco tempo depois, também entrou em vigor o Decreto nº 9.199/2018, o qual regulava a lei e seus procedimentos. Contudo, apesar de podermos afirmar os avanços efetivos da nova legislação, cabe explorar algumas determinações de cunho bastante interessante do decreto regulamentador.

2 A LEI DE MIGRAÇÃO E O PRINCÍPIO DO NÃO RETROCESSO

A nova Lei de Migração diligenciou sobre inúmeros valores e princípios, tais como a acolhida humanitária¹¹, a proteção integral e atenção ao superior interesse da criança e do adolescente migrante¹², buscou simplificar a emissão de vistos¹³, bem como, impediu que migrantes sejam barrados ao ingressar no Brasil por motivo de raça, religião, nacionalidade, pertinência a grupo social ou opinião política¹⁴.

Com o propósito de verificar as razões pelas quais ainda há dificuldade em implementar essas ideias na legislação, passamos a analisar alguns artigos e princípios, os quais demonstram que o Brasil assumido efetivamente seu compromisso com a Constituição da República e com os Tratados Internacionais de Direitos Humanos ratificados, pois é notável o avanço na legislação.

Nada obstante, devemos ter em mente que o homem atua, na maioria das vezes, em função de finalidades pré-determinadas, voltadas para o futuro e somente quando se compreende a finalidade, é que se pode entender o seu sentido¹⁵. Por esse ângulo, talvez seja possível assimilar, com o passar do tempo, a lógica entre a Lei de Imigração, os vetos presidenciais e a situação atual de mobilidade humana.

Nesse sentido, como visto, a nova lei procura abarcar fundamentos de igualdade, liberdade, do direito à vida, vedando a discriminação, a xenofobia e o autoritarismo. Dessa forma, evidencia-se a busca de medidas

⁸ Art. 107, Lei 6.815/80: O estrangeiro admitido no território nacional não pode exercer atividade de natureza política, nem se imiscuir, direta ou indiretamente, nos negócios públicos do Brasil, sendo-lhe especialmente vedado: (...).

⁹ CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Projeto de Lei 2616/2015**. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=1594910>>. Acesso em 04 de novembro de 2018.

¹⁰ RAMOS, André de Carvalho. **Direitos humanos são eixo central da nova Lei de Migração**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-mai-26/andre-ramos-direitos-humanos-sao-eixo-central-lei-migracao>>. Acesso em: 01 de novembro de 2018.

¹¹ Art. 3º, VI, Lei 13.445/2017: A política migratória brasileira rege-se pelos seguintes princípios e diretrizes: VI - acolhida humanitária;

¹² Art. 3º, VI, Lei 13.445/2017: A política migratória brasileira rege-se pelos seguintes princípios e diretrizes: Art. 3º, XVII, Lei 13.445/2017: A política migratória brasileira rege-se pelos seguintes princípios e diretrizes: XVII - proteção integral e atenção ao superior interesse da criança e do adolescente migrante;

¹³ Art. 9º, parágrafo único, Lei 13.445/2017: A simplificação e a dispensa recíproca de visto ou de cobrança de taxas e emolumentos consulares por seu processamento poderão ser definidas por comunicação diplomática.

¹⁴ Art. 45, parágrafo único, Lei 13.445/2017: Ninguém será impedido de ingressar no País por motivo de raça, religião, nacionalidade, pertinência a grupo social ou opinião política.

¹⁵ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier Editora Ltda, 2004. p. 48.

que garantam a proteção dos imigrantes, por meio da acolhida humanitária, a simplificação de vistos ou cobranças de taxas, entre outros.

Ressalta-se alguns dos principais pontos objeto de sanção da Lei de Migração pelo Presidente da República: a regulação da entrada e estada no Brasil dos migrantes e visitantes, estabelecendo diretrizes para as políticas públicas voltadas para esse público; a previsão de que os princípios da política migratória brasileira serão pautados pelos direitos humanos, repúdio à xenofobia, ao racismo e à não criminalização da imigração e o estabelecimento de que as políticas deverão levar em conta a igualdade com os nacionais e o acesso aos serviços públicos de saúde, de assistência e de Previdência Social.

Além disso, atualiza a legislação brasileira em relação ao asilo e prevê medidas de proteção à pessoa apátrida. Por fim, o imigrante que tiver em situação grave, poderá ter um prazo menor para apresentar a defesa, garantindo, assim, de forma mais rápida, a regularização.

Salienta-se a relevante evolução legislativa de proteção proveniente da Lei de Migração, a qual trouxe institutos de proteção inéditos ora não contemplados pelo revogado Estatuto do Estrangeiro. No entanto, sabe-se que apesar da evolução, há muito para se conquistar quando se trata de direitos, ademais no que se refere ao plano internacional.

Dessa forma, apesar de a Lei de Migração ter mantida a sua essência, garantindo, entre outros, direitos e liberdades civis, culturais e econômicas, além do acesso a serviços públicos de saúde, assistência e Previdência Social, foram sancionados 20 vetos pelo Presidente da República, Michel Temer, resultando na supressão de determinadas garantias já conquistadas.

Nesse tocante, um dos dispositivos vetados mais controvertidos foi o artigo 118, o qual suprimiu o direito à anistia a imigrantes que entraram no Brasil até 6 de julho de 2016 e que fizeram o pedido até um ano após o início de vigência da lei, independentemente da situação migratória anterior.¹⁶

A justificativa do veto foi no sentido de que “o dispositivo concederia anistia indiscriminada a todos os imigrantes, retirando a autoridade do Brasil de selecionar como será o acolhimento dos estrangeiros, tendo sido acrescentado pelo Presidente, ademais, que não há como definir a data exata da entrada do imigrante no país.”¹⁷

Não obstante, o próprio conceito de migrante foi alterado pela nova lei, que vetou o inciso I do § 1º do art. 1º, o qual dispunha ser migrante a pessoa “que se desloca de país ou região geográfica ao território de outro país ou região geográfica, incluindo o imigrante, o emigrante, o residente fronteiriço e o apátrida.” As razões do veto se fundaram nos seguintes termos:

O dispositivo estabelece conceito demasiadamente amplo de migrante, abrangendo inclusive o estrangeiro com residência em país fronteiriço, o que estende a todo e qualquer estrangeiro, qualquer que seja sua condição migratória, a igualdade com os nacionais, violando a Constituição em seu artigo 5º, que estabelece que aquela igualdade é limitada e tem como critério para sua efetividade a residência do estrangeiro no território nacional.¹⁸

¹⁶ Disponível em: <<http://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?jornal=1&pagina=1&data=25/05/2017>>. Acesso em: 06/08/2019.

¹⁷ Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2017/05/25/nova-lei-de-migracao-e-sancionada-com-vetos>>. Acesso em: 07/08/2019.

¹⁸ Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2017/lei-13445-24-maio-2017-784925-veto-152813-pl.html>> Acesso em: 08/08/2019.

Também foi alvo de veto o dispositivo que previa o direito ao exercício de cargo, emprego e função pública pelo imigrante, ou até mesmo entrar no país em função de aprovação em concurso público, sendo direitos reservados aos brasileiros natos. Isso porque, segundo Temer, o exercício de cargo público por estrangeiro, seria uma “afronta à Constituição e ao interesse nacional”.¹⁹

Outro relevante dispositivo objeto de veto foi o artigo 116 que previa a revogação de expulsões decretadas antes da Constituição de 1988. A justificativa se deu no sentido de que os atos materiais de expulsão e, conseqüentemente, de sua revogação, consubstanciam efetivo exercício de soberania nacional e que, portanto, constituem competência material privativa do Presidente da República. Ademais, “no mérito, o dispositivo poderia representar um passivo indenizatório à União, com efeitos negativos nas contas públicas e insegurança jurídica às decisões de instituições brasileiras a expulsões.”²⁰

Por fim, foi eliminada a previsão do acesso a serviços de saúde ao visitante, por meio do veto ao § 4º do artigo 4º da Lei de Migração. Tal dispositivo foi vetado tendo em vista o entendimento de que estender aos visitantes o direito de acesso a serviços públicos de saúde e de assistência social e à previdência social representa pressões fiscais adicionais à União e aos demais entes nacionais, o que prejudica a adequação das despesas públicas ao limite de gastos constitucionalmente previsto.²¹

Percebe-se, portanto, uma tendência do Estado Brasileiro em promover o alargamento da proteção dos direitos de migração, desde que não afete diretamente à União, isto é, sem que se verifique demasiado dispêndio para a concretização dos mesmos.

Porém, apesar dos vetos, mostra-se inegável os avanços propostos pela Lei de Migração, a qual deve ser vislumbrada muito mais pelos seus pontos positivos, haja vista ser composta de 125 artigos regulamentadores da proteção dos direitos migratórios- número esse bastante superior ao de dispositivos vetados.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

É sabido que atuação arbitrária e a burocratização migratória não reduz a migração, somente degradam e desperdiçam ser humanos que, na sua maioria, buscam trabalho e melhores condições de vida²². Isso porque, não podemos esquecer que a migração em massa não é um fenômeno recente e, ainda, pelas circunstâncias que se apresentam hoje, apenas das tentativas de frustrá-la e da engenhosidade dos Estados de impedida, a migração não será interrompida.²³ Ao contrário, é um fenômeno que tende a crescer e tomar proporções épicas, pois as pessoas buscam por uma vida digna a disparidade de renda pende a aumentar.

¹⁹ Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2017/05/25/nova-lei-de-migracao-e-sancionada-com-vetos>>. Acesso em: 07/08/2019.

²⁰ Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2017/lei-13445-24-maio-2017-784925-veto-152813-pl.html>> Acesso em: 08/08/2019.

²¹ Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2017/lei-13445-24-maio-2017-784925-veto-152813-pl.html>> Acesso em: 08/08/2019.

²² RAMOS, André de Carvalho. **Direitos humanos são eixo central da nova Lei de Migração**. 2018.

²³ BAUMAN, Zygmunt. **Estranhos à nossa porta**. Rio de Janeiro: Zahar, 2017, p. 9 a 13.

Por isso, cabe reforçar enfaticamente a importância dos direitos humanos, para que, além de concretizados nas legislações, deve estar presente também entre as pessoas que passaram a conviver em um mesmo ambiente. Aqueles que conhecem a história e a política conhecem o papel relevante que a violência sempre desempenhou nos negócios humanos²⁴, e ante um mundo vez mais miscigenado, cabe a todos impedir que essa brutalidade seja propagada.

Naturalmente, o espanto e a angústia são sentimentos que vem a tona quando da chegada dos migrantes em larga escala. Os cidadãos do estado escolhido como “refúgio” tendem a não ser amistoso, dado que esses estranhos são vistos como uma ameaça à segurança e a economia, impulsionando a xenofobia e o racismo, pois a tentativa é de repelir aquilo que é estranho ao convencional.

Esses sentimentos, que acabam se tornando ações e propiciando um cenário propagador de discursos de ódio, são nutridos também pela concepção individualista que persiste hoje, fomentadora da desunião e da discórdia que custa a abrir caminho para empatia e para solidariedade.²⁵

O indivíduo age por raiva, medo, interesse e pela defesa própria, e o Estado não pode ser colocar nesse mesmo plano, uma vez que age de forma racional e mediata.²⁶ As leis, como no Brasil, a Lei de Migração, têm por ônus romper esse paradigma e fazer com ideais humanos prevaleçam nesse contexto social que se apresenta.

A perplexidade do que acontece é bastante profundo: vivemos em um mundo com alto fluxo humano que combina a anulação dos vistos de entrada em alguns países com o aumento intenso dos controles de imigração²⁷. Essa composição se dá porque a conexão de mundo, de economias e de informação é localizada, provocando o enriquecimento de uns e o empobrecimento de outros.

A grande massa de pessoa que se desloca, traz migrantes, imigrantes e refugiados frutos da miséria e da ignomínia que vivem a margem desse avanço²⁸. A chegada em um país que possa oferecer oportunidade, é a brecha que permite recuperar a autoestima e restaurar a dignidade, e por isso “é improvável que essa migração em massa venha a se interromper”²⁹.

Essa dinâmica chegou ao Brasil: a Lei de Migração visa alterar um panorama autoritário e assentado na segurança nacional, propondo a compatibilização com a Constituição Federal e com Tratados Internacionais de Direito Humanos, e sincronicamente vivemos a chegada de inúmeros imigrantes no país. Nesse cenário, o princípio da proibição do retrocesso é potencializado, uma vez que a reafirmação dos direitos humanos torna-se cada vez mais presente.

Como refere Bobbio: “O reconhecimento e a proteção dos direitos do homem são a base das constituições democráticas.”³⁰ E essas movimentações de nível mundial servem para que um olhar seja lançado ao futuro, a fim de que com engajamento, comprometimento e cooperação seja instrumento realizador de mudanças sociais e culturais capazes de humanizar.

²⁴ ARENT, Hannah. **Sobre a violência**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011. p. 23.

²⁵ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. p. 56.

²⁶ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. p.161.

²⁷ BAUMAN, Zygmunt. **Globalização: as consequências humanas**. Rio de Janeiro: Zahar, 1999. p. 95.

²⁸ BAUMAN, Zygmunt. **Estranhos à nossa porta**. p. 17.

²⁹ BAUMAN, Zygmunt. **Estranhos à nossa porta**. p. 10.

³⁰ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**.p. 203.

REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

ARENT, Hannah. **Sobre a violência**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011.

BAUMAN, Zygmunt. **A riqueza de poucos beneficia todos nós?** Rio de Janeiro: Zahar, 2015.

BAUMAN, Zygmunt. **Estranhos à nossa porta**. Rio de Janeiro: Zahar, 2017.

BAUMAN, Zygmunt. **Globalização: as consequências humanas**. Rio de Janeiro: Zahar, 1999.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier Editora Ltda, 2004.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 1 de novembro de 2018.

_____. **Estatuto do Estrangeiro**. 1980. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6815.htm>. Acesso em 02 de novembro de 2018.

_____. **Lei de Migração**. 2017. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13445.htm >. Acesso em 02 de novembro de 2018.

BUSNELLO, Priscila de Castro. **Globalização e a reafirmação dos direitos fundamentais**. Osasco, São Paulo. Revista Acadêmica Direitos Fundamentais, ano 4, n. 4, p. 213/228, 2010. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/globaliza%C3%A7%C3%A3o-e-reafirma%C3%A7%C3%A3o-dos-direitos-fundamentais>>. Acesso em: 25 de outubro de 2018.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Projeto de Lei 2616/2015**. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=1594910> >. Acesso em 04 de novembro de 2018.

CÂMARA LEGISLATIVA. **Legislação Informatizada - LEI Nº 13.445, DE 24 DE MAIO DE 2017 – Veto**. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2017/lei-13445-24-maio-2017784925-veto-152813-pl.html>> Acesso em: 08/08/2019.

<http://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?jornal=1&pagina=1&data=25/05/2017>>. Acesso em: 06/08/2019.

RAMOS, André de Carvalho. **Direitos humanos são eixo central da nova Lei de Migração**. Consultor Jurídico. 2017. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2017-mai-26/andre-ramos-direitos-humanos-sao-eixo-central-lei-migracao>>. Acesso em: 01 de novembro de 2018.

SENADO FEDERAL: Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2017/05/25/nova-lei-demigracao-e-sancionada-com-vetos>>. Acesso em: 07/08/2019.

REFUGIADOS E A SUBMERSÃO AO ABANDONO: UMA ANÁLISE DA VULNERABILIDADE POR MEIO DOS DIREITOS HUMANOS E DA PROTEÇÃO INTERNACIONAL

Carla Lerin¹
Patrícia Grazziotin Noschang²

RESUMO

Na realidade vivenciada atualmente percebe-se que o refúgio tem a capacidade de vulnerabilizar quem dele necessita, pois, a migração, mesmo que forçada, não é aceita de forma agradável por muitos Estados, o que, prejudica as garantias oferecidas por meio dos direitos fundamentais. Justifica-se a escolha deste tema, visto que, esta pesquisa é dotada de extrema importância, uma vez que o deslocamento forçado tem tomado grandes proporções e com ele os direitos humanos tornaram-se constantemente alvos de descumprimento. Para esta pesquisa, foram utilizados os métodos de pesquisa bibliográfica e documental pelos quais, observa-se os mecanismos internacionais de proteção e a forma como estes atuam para amenizar a situação de vulnerabilidade vivida pelos refugiados durante a busca pela efetivação dos direitos humanos.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos Humanos; Refúgio; Vulnerabilidade.

ABSTRACT

In the reality experienced today it is perceived that the refuge has the ability to make vulnerable those who need it, because migration, even if forced, is not pleasantly accepted by many states, which damages the guarantees offered through fundamental rights. The choice of this theme is justified, whereas this research is extremely important, since forced displacement has taken great proportions and with it human rights have constantly become targets of non-compliance. For this research, the bibliographic and documentary research methods were used, by which, was observed the international mechanisms of protection and how they act to alleviate the situation of vulnerability experienced by the refugees during the search for the realization of human rights.

KEYWORDS: Human Rights; Refuge; Vulnerability.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa analisar a situação de vulnerabilidade na qual os refugiados se encontram tendo por base as garantias fundamentais de forma a desvelar como se desenvolve a proteção legal, jurídica e social das pessoas em situação de refúgio em meio a comunidade internacional e quais as possíveis soluções para amenizar as violações de direitos humanos.

Justifica-se o presente tema tendo em vista que atualmente é demasiada a busca por refúgio e uma vida segura, digna e resguardada pelos direitos humanos. Neste contexto, muitas destas pessoas são forçadas a migrar em busca de refúgio, devido as perseguições, medo e ameaças constantes que sofrem em seus países de origem.

Nesse sentido, o direito de deslocar-se está assegurado às pessoas, por meio do direito internacional na Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, e também no Pacto Internacional dos Direitos Civis

¹ Acadêmica do Curso de Direito na Universidade de Passo Fundo. E-mail: carla_lerin@hotmail.com

² Doutora em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Professora na Faculdade de Direito e no Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado) da Universidade de Passo Fundo (UPF). E-mail: patriciagn@upf.br

e Políticos, de 1966. Entretanto, a recepção dada pelos países destinatários nem sempre é da forma prevista nas legislações citadas, já que muitos Estados possuem políticas de trancamento de fronteiras.

Em consequência disso, as pessoas em situação de refúgio estão vulneráveis em frente as circunstâncias a que são forçados a se submeter, já que não possuem mais a proteção de seus países de origem. Neste viés, será tratado acerca da vulnerabilidade dos refugiados, por meio da análise dos mecanismos internacionais de proteção agregado aos direitos humanos e ao direito de soberania dos Estados

Para esta pesquisa, foram utilizados os métodos de procedimento bibliográfico e documental. Neste contexto, parece improvável que ainda existem grupos de seres humanos vulneráveis a ponto de não possuir mais qualquer dos direitos elencados acima e consequentemente, nenhum outro, tornando-se invisíveis à sociedade o que torna a situação ainda pior.

De fato, a migração em massa é cada vez menos abordada e gera cada vez menos abalo, o grande deslocamento em busca de refúgio nem sempre é analisado como sendo o direito à liberdade tomando forma. Pelo contrário, é visto como se pedir abrigo em outro país fosse algo extremamente errado.

Todavia, o direito internacional, juntamente com algumas organizações possui cada vez mais mecanismos que buscam garantir os direitos aos que chegam. Porém, para uma melhor compreensão faz-se necessário vislumbrar quais são os mecanismos existentes, como e em que condições vivem os refugiados e quais são as justificativas dos países que os recebem.

1 OS MECANISMOS INTERNACIONAIS E NACIONAIS DE PROTEÇÃO

Conforme dados do relatório da UNHCR (sigla em inglês para Agência das Nações Unidas para os Refugiados), até o final do ano de 2016, foram contabilizados 65,6 milhões de pessoas forçadas ao deslocamento em âmbito mundial. Dentre estas, 22,5 milhões são considerados refugiados, devido as mais diversas formas de violação de seus direitos³. No novo relatório da UNHCR, com dados referentes ao ano de 2017, pode-se perceber um grande aumento nos números de deslocados mundiais contabilizado em 68,5 milhões de pessoas. Ademais destes 68,5 milhões, 25,4 milhões possuem a condição de refugiados⁴. Por consequência, há alguns acordos internacionais e disposições de lei nacionais que disciplinam sobre o tema.

De acordo com a Convenção das Nações Unidas relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951⁵, conhecida também como Convenção de Genebra, em seu artigo 1º, §1º, alínea C⁶, refugiado é aquele que por fundado temor de perseguição, em razão de raça, religião, nacionalidade, pertencimento à grupo social ou

³UNHCR. United Nations High Commissioner for Refugees. **Global trends, forced displacement in 2016. Banco de dados.** Disponível em: < http://www.unhcr.org/5943e8a34.pdf#_ga=2.203446032.1433617302.1526495126-670865846.1522778840> Acesso em: 09 abr. 2018. p. 02.

⁴UNHCR. United Nations High Commissioner for Refugees. **Global trends, forced displacement in 2017.** Banco de dados. Disponível em: <<http://www.unhcr.org/5b27be547.pdf>> Acesso em: 09 nov. 2018. p. 02.

⁵ ACNUR, Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados. **Convenção sobre o Estatuto dos Refugiados de 1951.** Disponível em: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Convencao_relativa_ao_Estatuto_dos_Refugiados.pdf> Acesso em: 10 de nov. 2018.

⁶ Convenção das Nações Unidas relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951- Art. 1º - Definição do termo "refugiado":

§1. Para os fins da presente Convenção, o termo "refugiado" se aplicará a qualquer pessoa:

c) Que, em consequência dos acontecimentos ocorridos antes de 1º de janeiro de 1951 e temendo ser perseguida por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas, se encontra fora do país de sua nacionalidade e que não pode ou, em virtude desse temor, não quer valer-se da proteção desse país, ou que, se não tem nacionalidade e se encontra fora do país no qual tinha sua residência habitual em consequência de tais acontecimentos, não pode ou, devido ao referido temor, não quer voltar a ele.

opinião política, não quer ou não pode se valer da proteção de seu país de origem. Ademais, a Convenção de 1951, prevê em seu artigo 33⁷, o princípio de *non-refoulement*, o qual exterioriza que os refugiados não devem ser banidos ou reconduzidos para circunstâncias que violem seus direitos fundamentais. Este princípio deve ser primeiramente assegurado pelos próprios Estados que lhes concedem abrigo. Em contrapartida, estes Estados possuem apoio de organismos internacionais como a ONU⁸.

Além disso, em 1979 o ACNUR dispõe por meio do “Manual de Procedimentos e Critérios a Aplicar para Determinar a Condição de Refugiado – de acordo com a Convenção de 1951 e o Protocolo de 1967 relativos ao Estatuto dos Refugiados” sobre o que efetivamente significa o termo “perseguição” encontrado na Convenção de 1951 e no Protocolo de 1967 relativos ao Estatuto dos Refugiados. Sendo considerado, portanto, quando há “[...] ameaça à vida ou à liberdade, devendo ser auferida tanto por critérios objetivos como por critérios subjetivos”⁹. Apesar desta definição ter sido proferida por um órgão da ONU, ainda é insuficiente pois deixa margens para diferentes interpretações¹⁰.

Sendo assim, no ano de 1984, com o advento da Declaração de Cartagena, os países Latino Americanos, receberam recomendações sobre quem poderia ser considerado refugiado¹¹. Esta declaração prevê que qualquer pessoa que tenha escapado de seu país devido a ameaças de vida, segurança e liberdade, causadas pela disseminação de violência, contendas internas, hostilidade estrangeira, desrespeito aos direitos humanos e desordem pública encaixa-se na definição de refugiado¹².

Além disso tudo, vale ressaltar que países em desenvolvimento, recebem a maior parte dos refugiados, sendo esta de aproximadamente 85% no período de 2017, o que acaba por dificultar o desenvolvimento, criando obstáculos ainda maiores para manter a evolução ao despender recursos suficientes para abarcar a demanda de refugiados¹³. Nesse mesmo contexto, encontra-se o Brasil, o qual conforme dados do Comitê Nacional para os Refugiados (CONARE) divulgado em 2017, o país possui 10.145 refugiados reconhecidos e 86.007 solicitações de reconhecimento em trâmite¹⁴.

Entretanto, os Estados são apoiados pela Assembleia Geral da ONU, que por sua vez, busca a certificação da proteção internacional aos refugiados a fim de que sejam encontradas soluções definitivas para as violações constantes à que são submetidos. À vista disso, a ONU auferiu a Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR), por meio de resoluções, a responsabilidade pelas pessoas abrangidas na

⁷ Convenção das Nações Unidas relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951-Art. 33- Proibição de expulsar ou repelir

§1. Nenhum dos Estados Membros expulsará ou rechaçará, de maneira alguma, um refugiado para as fronteiras dos territórios em que a sua vida ou a sua liberdade seja ameaçada em virtude da sua raça, da sua religião, da sua nacionalidade, do grupo social a que pertence ou das suas opiniões políticas

⁸JUBILUT, Liliana Lyra. **Direito internacional dos refugiados e sua aplicação no orçamento jurídico brasileiro**. São Paulo: Editora Método, 2007. p. 86-87.

⁹JUBILUT, Liliana Lyra. **Direito internacional dos refugiados e sua aplicação no orçamento jurídico brasileiro**. p. 43.

¹⁰JUBILUT, Liliana Lyra. **Direito internacional dos refugiados e sua aplicação no orçamento jurídico brasileiro**. p. 43.

¹¹ ACNUR, Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados. **Declaração de Cartagena**. 1984. Disponível em: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BD_Legal/Instrumentos_Internacionais/Declaracao_de_Cartagena.pdf>. Acesso em: 10 de nov. 2019.

¹²JUBILUT, Liliana Lyra; APOLINARIO, Silvia Menicucci Oliveira Selmi. A necessidade de proteção internacional no âmbito da migração. **Revista direito GV**, São Paulo, v. 6, n. 1, p. 275-294, Junho 2010. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322010000100013&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 16 abr. 2018.

¹³UNHCR. United Nations High Commissioner for Refugees. **Global trends, forced displacement in 2017**. p.13.

¹⁴SNJ, Secretaria Nacional de Justiça. **Refúgio em Números**. 3 ed. 2018. Disponível em: <https://www.acnur.org/portugues/wp-content/uploads/2018/04/refugio-em-numeros_1104.pdf> Acesso em: 09 nov. 2018.

categoria de refugiados prevista pela convenção de 1951 e protocolo de 1967 e também os considerados refugiados, pela Convenção Africana e a Declaração de Cartagena, as quais auferem requisitos mais flexíveis para a concessão de refúgio¹⁵.

Tendo em vista a mobilização da comunidade internacional e em consequência do grande número de deslocados no mundo, no ano de 1997 o Brasil aprovou com a lei nº 9.474¹⁶, o Estatuto dos Refugiados que dispõe sobre a proteção das pessoas em situação de refúgio. Esta lei preconiza quais os procedimentos para conceder refúgio no âmbito nacional, a pontuar assim, o que deve ser observado para a concessão, os direitos e deveres das pessoas na condição de refugiados, além de todo o trâmite administrativo para o reconhecimento destas pessoas¹⁷.

Sendo assim, a lei 9.474/97 é a base para a concessão de proteção aos refugiados no Brasil. Porém, esta lei ainda carece de conhecimento quanto aos seus aspectos técnicos, o que somado ao grande número de deslocados (dentre estes os refugiados), a migração frenética ao Brasil, e a disputa brasileira de efetivação dos direitos humanos fundamentais a toda a população, em especial os vulneráveis, torna-se ainda mais dificultoso ao Estado brasileiro aplicar efetivamente a concessão de refúgio com a devida proteção aos refugiados¹⁸.

Além desta lei, a Constituição Federal de 1988¹⁹, já previa princípios fundamentais que asseguravam a todos direitos e deveres, a fim de se ter uma vida digna. Desta maneira pode ser citado o artigo 1º, inciso III²⁰, pelo qual a dignidade torna-se uma garantia que guiará todos os demais direitos no sistema brasileiro, ainda o artigo 4º²¹ que preceitua sobre os objetivos centrais do Brasil de forma a guiar à todos ao alcance destes. E soma-se ainda, o artigo 5º caput²², que coloca em cheque o princípio da igualdade, sem qualquer exceção²³.

Além disso no ano de 2016, por meio da Declaração de Nova York para Refugiados e Migrantes, os países, membros das Nações Unidas, decidiram pela necessidade de conferir proteção a todos que foram obrigados a abandonar seus países de origem e também dar apoio aos Estados que concedem abrigo, de forma a distribuir as responsabilidades entre a comunidade internacional. Ainda, a declaração atribuiu ao ACNUR a

¹⁵JUBILUT, Liliana Lyra; APOLINARIO, Silvia Menicucci Oliveira Selmi. **A necessidade de proteção internacional no âmbito da migração**.

¹⁶BRASIL. **Lei nº 9.474 de 22 de julho de 1997**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19474.htm>. Acesso em: 12 nov. 2019.

¹⁷ONU BR. Organização das Nações Unidas, Brasil. **Avanços e Desafios da Proteção aos Refugiados no Brasil**. Brasília, 2014. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2016/01/UN-Position-Paper-Protection-of-Refugees.pdf>> Acesso em: 09 nov. 2018.

¹⁸JUBILUT, Liliana Lyra; GODOY, Gabriel Gualano de. (Orgs.) **Refúgio no Brasil: Comentários à Lei 9.474/97**. São Paulo: QuartierLatin/ACNUR, 2017. p. 09.

¹⁹BRASIL. **Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 29 out. 2018.

²⁰Constituição Federal de 1988 - 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.

²¹Constituição Federal de 1988 - Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: I - independência nacional; II - prevalência dos direitos humanos; III - autodeterminação dos povos; IV - não-intervenção; V - igualdade entre os Estados; VI - defesa da paz; VII - solução pacífica dos conflitos; VIII - repúdio ao terrorismo e ao racismo; IX - cooperação entre os povos para o progresso da humanidade; X - concessão de asilo político. Parágrafo único. A República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações.

²²Constituição Federal de 1988 - 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:

²³JUBILUT, Liliana Lyra. **Direito internacional dos refugiados e sua aplicação no orçamento jurídico brasileiro**. São Paulo: Editora Método, 2007. p. 181-182.

competência para criar um “Pacto Global sobre Refugiados”, que possa fortalecer a ajuda oferecida às grandes massas pessoas em situação de refúgio²⁴. Este pacto conserva alguns objetivos, quais sendo:

- 1) aliviar as pressões sobre os países que recebem e acolhem refugiados; 2) construir autossuficiência e autonomia entre as pessoas em situação de refúgio; 3) expandir o acesso ao reassentamento em países terceiros e prover outros caminhos legais para a proteção e soluções duradouras; e 4) fomentar condições que permitam aos refugiados voltarem voluntariamente para seus países de origem de forma digna e segura²⁵

Estes objetivos devem ser trabalhados de forma conjunta com a divisão de responsabilidades para gerar resultados eficazes.

Contudo, os mecanismos analisados ainda não restam suficientes para uma aplicação efetiva dos direitos humanos. Pois, além da falta de proteção por parte de alguns estados que concedem abrigo, ainda é encontrado preconceito e exclusão dentro da sociedade quando da convivência com as demais pessoas. O que aumenta a vulnerabilidade e a supressão social dos refugiados, reiterando assim, a violação de seus direitos fundamentais desde seu país de origem até o novo país em que é abrigado.

2 DA EXCLUSÃO SOCIAL: UMA ABORDAGEM EM FACE DOS DIREITOS HUMANOS INTERNACIONAIS

Tem-se que o processo de migração em massa não é algo atual, este acompanha o modo de vida moderno, o qual, o progresso econômico torna várias pessoas desnecessárias a economia do Estado e os conflitos consideram várias destas pessoas intransigíveis na luta por poder²⁶. Em consequência disso, atualmente estas migrações em massa em busca de refúgio surgem desde conflitos étnicos-religiosos até crises políticas e econômicas fazendo com que estas pessoas, tenham suas vidas abaladas e sejam humilhadas a ponto de ferir seus direitos humanos fundamentais obrigando-as, assim, a refugiarem-se em países desconhecidos²⁷.

De fato, em um atual período de globalização e avanços tecnológicos, “o processo de reestruturação econômica levou o mundo em desenvolvimento à fome, grandes parcelas da população ao empobrecimento. A nova ordem financeira internacional parece nutrir-se de exclusão social e degradação ambiental”²⁸. Em verdade, em meio a globalização atual a opinião pública, juntamente com a mídia focam cada vez menos no sofrimento desumano pelo qual os refugiados passam na busca de uma segurança mínima²⁹.

²⁴ACNUR, Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados. **Protegendo Refugiados no Brasil e no Mundo**. 2018a. Disponível em: <https://www.acnur.org/portugues/wp-content/uploads/2018/02/Protegendo-Refugiados-no-Brasil-e-no-Mundo_ACNUR-2018.pdf> Acesso em: 09 nov. 2018. p. 14.

²⁵ACNUR, Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados. **Protegendo Refugiados no Brasil e no Mundo**. p. 14.

²⁶BAUMAN, Zygmunt. **Estranhos à nossa porta**. Tradução de Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2017. p. 09.

²⁷ARAUJO, YasaRochelle Santos. BEGA, Patricia Fernandes. As políticas públicas de apoio aos refugiados no Brasil: reflexões e desafios. In. ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI – UFS, 24, 2015, Aracaju, SE, **Anais... Aracaju, Sergipe**: ISBN: 978-85-5505-043-5. p. 187-215. 2015. Disponível em: <<https://www.conpedi.org.br/publicacoes/c178h0tg/phc1kv31/SM8bNNipOE1ol5KE.pdf>> Acesso em: 03 mai. 2018. p. 188.

²⁸VIEIRA, Liszt. **Cidadania e globalização**. 12 ed. Rio de Janeiro: Record, 2013.

²⁹BAUMAN, Zygmunt. **Estranhos à nossa porta**. p.07.

Mesmo nos dias atuais, o reconhecimento do status de refugiado é dificultoso, pois, todos os requisitos para requerer o refúgio giram em torno do “fundado temor de perseguição em razão da raça, nacionalidade, religião, pertencimento a grupo social ou opinião política” previsto no protocolo de 1967³⁰ relativo ao estatuto dos refugiados de 1951³¹. Este requisito é advindo da Segunda Guerra Mundial, mas, alguns países o seguem de maneira literal, não comportando o grande fluxo de deslocados mundiais³².

De fato a Convenção de 1951 tem seu ponto negativo quando classifica como refugiados somente as pessoas que fugiram de seus países em razão de violação civil e política de seus direitos, não contemplando desta forma os direitos econômicos, sociais e culturais³³. Dessa maneira o fundamento do refúgio baseia-se em um conceito limitado de vida como forma de controlar as pessoas deslocadas. Mediante os requisitos de diferenciação entre refugiados e imigrantes os direitos tornam-se insuficientes para a manutenção de uma vida digna³⁴.

De acordo com o Manual de Procedimentos e Critérios para a Determinação da Condição de Refugiado³⁵ dificilmente as pessoas saem de seus países de origem sem um importante fundamento, porém, só o “fundado temor de perseguição” é relevante para a atribuição do status de refugiado. Portanto, não ficam abrangidas as pessoas que saíram de seus países por fome, desastres naturais ou devido as providências econômicas tomadas pelo governo do país de origem.

Nesse sentido, alguns dos motivos que levam a migração e a solicitação de refúgio são demonstrados pelas pesquisas, como sendo em devido a muitos conflitos internos, que se alastram desde 1991, e acontecem principalmente nos países em desenvolvimento. Dessa forma, a atual crise dos refugiados conhecida como uma crise que afeta principalmente a Europa, na verdade, vê-se que são os países menos desenvolvidos que acabam por suportar a grande demanda pelo refúgio, mesmo sendo econômica e socialmente despreparados³⁶.

Diante da dificuldade desumana que os refugiados encontram, desde seus países de origem onde seus direitos são violados dia após dia, até o ser acolhidos por um país que respeite seus direitos, adultos e crianças morrem, e tem seus direitos violados indiscriminadamente. De acordo com a ONU, no ano de 2018 mais de 1,6 mil pessoas morreram ou desapareceram no oceano durante a viagem à Europa, sendo que as mortes aumentaram mesmo com a diminuição do fluxo de refugiados. Logo, um aumento considerável de óbitos foi

³⁰ ACNUR, Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados. **Protocolo de 1967 Relativo ao Estatuto dos Refugiados**. Disponível em: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Protocolo_de_1967_Relativo_ao_Estatuto_dos_Refugiados.pdf> Acesso em: 10 de nov. 2018.

³¹ ACNUR, Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados. **Convenção sobre o Estatuto dos Refugiados de 1951**.

³² TSURUDA, Juliana Melo. O direito internacional dos refugiados, os direitos humanos e a negação de direitos econômicos, sociais e culturais. In. CONGRESSO NACIONAL DA FEPODI. 4, 2015, São Paulo – SP. **Anais... São Paulo – SP**: ISBN: 978-85-5505-143-2. p. 101-111. 2015. Disponível em <<https://www.conpedi.org.br/publicacoes/z3071234/v7jjwf4y/1V207oe6d41w2OTO.pdf>>. Acesso em: 04 mar. 2019. p. 103-104.

³³ JUBILUT, Liliانا Lyra. **Direito internacional dos refugiados e sua aplicação no orçamento jurídico brasileiro**. p. 85.

³⁴ SOUZA, Fabrício Toledo. **A crise do refúgio e o refugiado como crise**. 2016. Tese (Doutorado em Direito). Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro. 2016. Disponível em: <<https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/29858/29858.PDF>> Acesso em: 05 mar. 2019. p. 13.

³⁵ ACNUR, Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados. **Manual de procedimentos e critérios para a determinação da condição de refugiado: De acordo com a convenção de 1951 e o protocolo de 1967 relativos ao estatuto dos refugiados**. Divisão de Proteção Internacional Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados. Genebra. Dezembro 2011. Disponível em: <https://www.acnur.org/portugues/wp-content/uploads/2018/02/Manual_de_procedimentos_e_crit%C3%A9rios_para_a_determina%C3%A7%C3%A3o_da_condi%C3%A7%C3%A3o_de_refugiado.pdf>. Acesso em: 08 mar. 2019. p. 12-16.

³⁶ SOUZA, Fabrício Toledo. **A crise do refúgio e o refugiado como crise**. p. 24-25.

atingido se comparado ao ano de 2017, visto que em 2017 a taxa era de uma pessoa morta a cada 42 e hoje a taxa é de uma pessoa morta a cada 18³⁷.

Neste sentido,

Mesmo países mais preeminentes e ativos no que se refere a proteger as desoladas vítimas de contrabandistas criminosos que tentam lucrar com a tragédia humana reagem a estas tragédias *depois* de elas acontecerem, sem se esforçar para evitar que elas ocorram: Atualmente, a UE oferece aos sírios a expectativa de um refúgio (viver na Alemanha), mas apenas se antes disso pagarem a um bandido e arriscarem suas vidas. Apenas 2% sucumbem a esta tentação, mas, no processo, inevitavelmente, milhares se afundam. Essa política é tão irresponsável que está moralmente mais próxima da insensatez de uma carnificina que da virtude do resgate. Ela despeja uma fortuna sobre uns poucos, mata milhares e ignora milhões.³⁸

No entanto, os refugiados que alcançam terra firme com vida passam, a partir do instante em que chegam, lutar para não perder a dignidade que lhes resta, ao passo que cultiva seus sonhos humanos de ter seus direitos humanos reconhecidos e efetivados e a partir disso reconstruir a vida com segurança.

Assim, quando os países recebem os refugiados devem despende um tratamento igualitário entre estes e os seus nacionais, possibilitando uma melhor integração destes no país de acolhida, dando-lhes a proteção que perderam de seus países de origem³⁹. Mas, o que ocorre na verdade é que a política migratória nem sempre possibilita este procedimento, pois, quando o status de refugiado é assumido, significa que a ligação com o Estado de origem é rompida, no sentido que este não lhe oferece mais proteção e sim perseguição. Assim, assumir este papel é assumir a própria vulnerabilidade e é por essa razão que estas pessoas são abrigadas nos campos de refúgio, para ser excluído da sua própria vida⁴⁰.

Em consequência disso, para Michel Agier,⁴¹ a “política migratória” serve para separar o mundo em duas esferas, uma “limpa, saudável e visível” e a outra “dos ‘remanescentes’ residuais, sombrio, doente e invisível” sendo que se nada mudar os campos de acolhida terão o objetivo de controlar os indesejáveis, de forma a mantê-los distantes da parte boa do mundo e não mais acolher os refugiados e lutar por suas vidas.

Em meio esta dificuldade de abrangência na proteção, estão seres humanos, que pouco a pouco vão sofrendo com a desumanização, de forma a desencadear a retirada da condição de seres humanos, impedindo-os de terem acesso a direitos e atribuindo-lhes a culpa pela insegurança, desordem e criminalidade⁴². Entretanto, o que ocorre de fato, é o oposto, quem sofre com o medo, a desordem e a criminalidade são os próprios refugiados, que passam por ataques e humilhações raciais⁴³.

³⁷ONU, Organização das Nações Unidas. **Mortes no Mediterrâneo atingem proporção inédita, aponta agência da ONU para refugiados**, 2018. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/mortes-no-mediterraneo-atingem-proporcao-inedita-aponta-agencia-da-onu-para-refugiados/>>. Acesso em: 20 mar. 2019.

³⁸BAUMAN, Zygmunt. **Estranhos à nossa porta**. p.95-96.

³⁹COSTA, Rosa da. Legal and protection policy research series. Rights of Refugees in the Context of Integration: Legal Standards and Recommendations. Geneva - Switzerland: **Protection Operations and Legal Advice Section (POLAS), Division of International Protection Services, United Nations High Commissioner for Refugees**. 2006. Disponível em: <<https://www.unhcr.org/44bb90882.pdf>>. Acesso em: 08 mar. 2019. p. 19-20.

⁴⁰SOUZA, Fabrício Toledo. **A crise do refúgio e o refugiado como crise**. p. 54.

⁴¹AGIER, Michel. **Managing the Undesirables: Refugee Camps and Humanitarian Government**. Polity, 2011. p. 04.

⁴²BAUMAN, Zygmunt. **Estranhos à nossa porta**. p.84.

⁴³SOUZA, Fabrício Toledo. **A crise do refúgio e o refugiado como crise**. p. 193.

Dessa forma, resta evidente que as pessoas refugiadas, possuem uma grande vulnerabilidade na medida em que precisam se aventurar no mundo para tentar preservar suas vidas e a dignidade que ainda lhes resta⁴⁴. É nesse sentido que compreende-se que as pessoas refugiadas são controladas, porque não tem mais forças para lutar por mais, elas precisam sobreviver, elas não tem mais direitos, proteção e cidadania⁴⁵.

Porém, os países e seus cidadãos buscam fundamentar a forma rudimentar como tratam os refugiados, relacionando-os ao terrorismo e a criminalidade. Não obstante, sabe-se que a manutenção da identidade cultural do povo Europeu também pesa na recepção dos refugiados. Por conseguinte, desenvolve-se a Xenofobia, juntamente com o sentimento nacionalista e radical, que por sua vez agravam toda a situação⁴⁶.

Nesta perspectiva o Caderno de Debates do ACNUR⁴⁷, constata que a xenofobia não é algo que deva ser aceito, do contrário a dignidade será cruelmente violada. E assim, traz, a partir do entendimento de Vieira de Mello, a imprescindibilidade de tornar os imigrantes e refugiados como partes principais da luta pelo direito à liberdade e incluir a solidariedade como política para que a cidadania destas pessoas seja restituída.

Em suma, percebe-se o quanto é penoso para o status de refugiado ser reconhecido, e mesmo quando reconhecido, estas pessoas são levadas a viver em campos de refúgio, lutando uma eternidade por seus direitos, que por inúmeras vezes não são efetivados. Por sua vez, isto faz com que as pessoas refugiadas, homens e mulheres de todas as idades, vivam em constante violação de seus direitos humanos de maneira a estarem à beira de perder a própria humanidade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em síntese, os refugiados estão envoltos em uma vulnerabilidade social agravada pela escassez de políticas voltadas especificamente para esta. Pois, Apesar da existência de uma convenção internacional direcionada a proteções específicas que os refugiados devem receber, esta ainda não se faz suficiente para abarcar o grande fluxo de refugiados no mundo. Uma vez que, possui várias limitações objetivas e subjetivas que impedem a concessão de refúgio a muitos deslocados forçados.

Além disso, a Organização das Nações Unidas possui um órgão especial para auxiliar na efetivação e garantia dos direitos humanos dos refugiados denominado Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR), que presta ajuda humanitária e busca diminuir o sentimento de abandono que invade os moradores dos campos de refúgio. Ademais, existem diferentes políticas e legislações internas de cada Estado que disciplinam sobre o tema, sendo elas de contenção ou de receptividade dos fluxos migratórios.

Todavia, os mecanismos existentes não abarcam todas as necessidades que os refugiados e refugiadas possuem. Pois, os mantem em situações degradantes, sem a garantia de aplicação efetiva de direitos humanos,

⁴⁴AGUADO, Juventino de Castro. LEHFELD, Lucas de Souza. A crise dos imigrantes-refugiados no contexto juspolítico e social internacional. In. ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI, - COSTA RICA, 6, 2017, São José, CRC, **Anais... São José, Costa Rica**: ISBN: 978-85-5505-391-7. p. 337-361. 2017. Disponível em: <<https://www.conpedi.org.br/publicacoes/c7yrg601/89g24bgo/U9095125X4WSPt8c.pdf>> Acesso em: 11 abr. 2018. p. 344.

⁴⁵SOUZA, Fabrício Toledo. **A crise do refúgio e o refugiado como crise**. p. 17.

⁴⁶AGUADO, Juventino de Castro. LEHFELD, Lucas de Souza. **A crise dos imigrantes-refugiados no contexto juspolítico e social internacional**. p. 346.

⁴⁷ACNUR, Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados. **Caderno de Debates 8: Refúgio, Migrações e Cidadania**. Brasília. Dezembro 2013. Disponível em: <https://www.acnur.org/portugues/wp-content/uploads/2018/02/Caderno-de-Debates-08_Ref%C3%BAgio-Migra%C3%A7%C3%B5es-e-Cidadania.pdf> Acesso em: 20 mar. 2019. p. 09.

sendo que perante a sociedade estes migrantes forçados são vistos como invasores, perturbadores e não como seres humanos exercendo seu direito de liberdade, em busca de proteção, cidadania e dignidade.

Neste sentido, os países se fundamentam em seu direito de soberania para sustentar políticas restritivas de imigração, negando apoio e acolhida a milhares e milhares de migrantes. Mas, no caso do refúgio, os países não possuem este direito visto que vigora o princípio do *non-refoulement*, pelo qual nenhum refugiado poderá ser devolvido, devendo ser acolhido. Porém, nem sempre os países cumprem com estes tratados o que acarreta a exclusão social dos refugiados e favorece a perda da cidadania e com ela todos os demais direitos fundamentais.

Em suma, percebe-se o quanto é penoso para o status de refugiado ser reconhecido, e mesmo quando reconhecido, estas pessoas são levadas a viver em campos de refúgio, lutando uma eternidade por seus direitos, que por inúmeras vezes não são efetivados. Por sua vez, isto faz com que as pessoas refugiadas, homens e mulheres de todas as idades, vivam em constante violação de seus direitos humanos de maneira a estarem à beira de perder a própria humanidade.

REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

ACNUR, Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados. **Caderno de Debates 8: Refúgio, Migrações e Cidadania**. Brasília. Dezembro 2013. Disponível em: <https://www.acnur.org/portugues/wp-content/uploads/2018/02/Caderno-de-Debates-08_Ref%C3%BAgio-Migra%C3%A7%C3%B5es-e-Cidadania.pdf> Acesso em: 20 mar. 2019.

_____, Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados. **Convenção sobre o Estatuto dos Refugiados de 1951**. Disponível em: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Convencao_relativa_ao_Estatuto_dos_Refugiados.pdf> Acesso em: 10 de nov. 2018.

_____, Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados. **Declaração de Cartagena**. 1984. Disponível em: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BD_Legal/Instrumentos_Internacionais/Declaracao_de_Cartagena.pdf>. Acesso em: 10 de nov. 2019.

_____, Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados. *Manual de procedimentos e critérios para a determinação da condição de refugiado*: De acordo com a convenção de 1951 e o protocolo de 1967 relativos ao estatuto dos refugiados. **Divisão de Proteção Internacional Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados**. Genebra. Dezembro 2011. Disponível em: < https://www.acnur.org/portugues/wp-content/uploads/2018/02/Manual_de_procedimentos_e_crit%C3%A9rios_para_a_determina%C3%A7%C3%A3o_da_condi%C3%A7%C3%A3o_de_refugiado.pdf>. Acesso em: 08 mar. 2019.

_____, Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados. **Protegendo Refugiados no Brasil e no Mundo**. 2018a. Disponível em: <https://www.acnur.org/portugues/wp-content/uploads/2018/02/Protegendo-Refugiados-no-Brasil-e-no-Mundo_ACNUR-2018.pdf> Acesso em: 09 nov. 2018.

_____, Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados. **Protocolo de 1967 Relativo ao Estatuto dos Refugiados**. Disponível em: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Protocolo_de_1967_Relativo_ao_Estatuto_dos_Refugiados.pdf> Acesso em: 10 de nov. 2018.

AGIER, Michel. **Managing the Undesirables: Refugee Camps and Humanitarian Government**. Polity, 2011.

AGUADO, Juventino de Castro. LEHFELD, Lucas de Souza. A crise dos imigrantes-refugiados no contexto juspolítico e social internacional. In. ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI, - COSTA RICA, 6, 2017, São José, CRC, *Anais...* São José, Costa Rica: ISBN: 978-85-5505-391-7. p. 337-361. 2017. Disponível em: < <https://www.conpedi.org.br/publicacoes/c7yrg601/89g24bgo/U9095125X4WSPT8c.pdf>> Acesso em: 11 abr. 2018.

ARAUJO, Yasa Rochelle Santos. BEGA, Patricia Fernandes. As políticas públicas de apoio aos refugiados no brasil: reflexões e desafios. In. ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI – UFS, 24, 2015, Aracaju, SE, *Anais...* Aracaju, Sergipe: ISBN: 978-85-5505-043-5. p. 187-215. 2015. Disponível em: <<https://www.conpedi.org.br/publicacoes/c178h0tg/phc1kv31/SM8bNNipOE1o15KE.pdf>> Acesso em: 03 mai. 2018.

BAUMAN, Zygmunt. **Estranhos à nossa porta**. Tradução de Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2017.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição **da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 29 out. 2018.

_____. Lei nº 9.474 de 22 de julho de 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19474.htm>. Acesso em: 12 nov. 2019.

COSTA, Rosa da. *LEGAL AND PROTECTION POLICY RESEARCH SERIES. Rights of Refugees in the Context of Integration: Legal Standards and Recommendations*. Geneva - Switzerland: **Protection Operations and Legal Advice Section (POLAS), Division of International Protection Services, United Nations High Commissioner for Refugees**. 2006. Disponível em: <<https://www.unhcr.org/44bb90882.pdf>>. Acesso em: 08 mar. 2019.

JUBILUT, Liliana Lyra; APOLINARIO, Silvia Menicucci Oliveira Selmi. A necessidade de proteção internacional no âmbito da migração. **Rev. direito GV**, São Paulo, v. 6, n. 1, p. 275-294, Junho 2010. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322010000100013&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 16 abr. 2018.

_____, Liliana Lyra. **Direito internacional dos refugiados e sua aplicação no orçamento jurídico brasileiro**. São Paulo: Método, 2007.

_____, Liliana Lyra; GODOY; Gabriel Gualano de. (Orgs.) **Refúgio no Brasil: Comentários à Lei 9.474/97**. São Paulo: Quartier Latin/ACNUR, 2017.

ONU, Organização das Nações Unidas. **Mortes no Mediterrâneo atingem proporção inédita, aponta agência da ONU para refugiados**, 2018b. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/mortes-no-mediterraneo-atingem-proporcao-inedita-aponta-agencia-da-onu-para-refugiados/>>. Acesso em: 20 mar. 2019.

ONU BR. Organização das Nações Unidas, Brasil. **Avanços e Desafios da Proteção aos Refugiados no Brasil**. Brasília, 2014. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2016/01/UN-Position-Paper-Protection-of-Refugees.pdf>> Acesso em: 09 nov. 2018.

SNJ, Secretaria Nacional de Justiça. **Refúgio em Números**. 3 ed. 2018. Disponível em: <https://www.acnur.org/portugues/wp-content/uploads/2018/04/refugio-em-numeros_1104.pdf> Acesso em: 09 nov. 2018.

SOUZA, Fabrício Toledo. **A crise do refúgio e o refugiado como crise**. 2016. Tese (Doutorado em Direito). Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro. 2016. Disponível em: <<https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/29858/29858.PDF>> Acesso em: 05 mar. 2019.

TSURUDA, Juliana Melo. O direito internacional dos refugiados, os direitos humanos e a negação de direitos econômicos, sociais e culturais. In. CONGRESSO NACIONAL DA FEPODI. 4, 2015, São Paulo – SP. *Anais...* São Paulo – SP: ISBN: 978-85-5505-143-2. p. 101-111. 2015. Disponível em <<https://www.conpedi.org.br/publicacoes/z3071234/v7jjwf4y/1V207oe6d41w2OTO.pdf>>. Acesso em: 04 mar. 2019.

UNHCR. **United Nations High Commissioner for Refugees**. *Global trends, forced displacement in 2016*. Banco de dados. Disponível em: <http://www.unhcr.org/5943e8a34.pdf#_ga=2.203446032.1433617302.1526495126-670865846.1522778840> Acesso em: 09 abr. 2018.

_____. **United Nations High Commissioner for Refugees**. *Global trends, forced displacement in 2017*. Banco de dados. Disponível em: <<http://www.unhcr.org/5b27be547.pdf>> Acesso em: 09 nov. 2018.

VIEIRA, Liszt. **Cidadania e globalização**. 12 ed. Rio de Janeiro: Record, 2013.

A NECESSIDADE DE RECONHECIMENTO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS TRANSNACIONAIS NA MODERNIDADE

Jamila Wisóski Moysés Etchezar¹
Laís Franciele de Assumpção Wagner²

RESUMO

A globalização trouxe diversos avanços tecnológicos e é considerada um dos maiores fenômenos da modernidade. O Estado moderno avançou muito no âmbito econômico nas últimas décadas, trazendo também, entre outros benefícios, a aproximação cultural e as novas tecnologias. Com efeito, analisando as legislações modernas, houve uma significativa mudança no que se refere a positivação de direitos fundamentais, reconhecidos, após importantes lutas em prol das garantias. Entre elas têm-se os direitos fundamentais considerados de terceira geração, os quais levam em consideração fatores como o desenvolvimento humano, a paz, o meio ambiente, a sustentabilidade, entre outros. Nesse sentido, considerando a existência de diversas ordens jurídicas complexas, plurais e de cunho transnacional, é que a presente pesquisa tem por objetivo trabalhar a concepção de um direito transnacional como instrumento de efetividade à tutela jurídica dos direitos fundamentais de terceira geração na era da globalização. Entender a necessidade de um direito transnacional, a partir do princípio da solidariedade, se torna essencial na busca de salvaguardar uma administração equilibrada dos recursos naturais, a fim de garantir, na prática, a efetividade dos direitos fundamentais a nível global. A metodologia utilizada será instruída pelo método hipotético-dedutivo, onde será analisado bibliografia a respeito do tema, objetivando, por fim, verificar se a transnacionalidade é instrumento válido para a efetivação destas garantias.

PALAVRAS-CHAVES: Direitos fundamentais; direito transnacional; globalização.

ABSTRACT

Globalization has brought several technological advances and is considered one of the greatest phenomena of modernity. The modern state has advanced a lot in the economic sphere in the last decades, also bringing, among other benefits, the cultural approach and the new technologies. In fact, by analyzing modern legislation, there has been a significant change in the recognition of fundamental rights, recognized after important struggles for guarantees. These include the fundamental rights considered third generation, which take into account factors such as human development, peace, the environment, sustainability, among others. In this sense, considering the existence of several complex, plural and transnational legal orders, this research aims at working towards the conception of a transnational right as an instrument of effectiveness to the legal protection of third generation fundamental rights in the era of globalization. Understanding the need for transnational law, based on the principle of solidarity, becomes essential in the quest to safeguard a balanced management of natural resources in order to ensure, in practice, the effectiveness of fundamental rights at the global level. The methodology used will be instructed by the hypothetical-deductive method, where a bibliography will be analyzed regarding the subject, aiming, finally, to verify if the transnationality is valid instrument for the realization of these guarantees.

KEYWORDS: Fundamental rights; transnational law; globalization.

¹ Mestranda em Direito pela Faculdade Meridional – IMED, Passo Fundo (2018). Especialização em Direito do Trabalho, Processo do Trabalho e Previdenciário pela Unisc – Santa Cruz do Sul (2017). Mestrado em Direito Ambiental pela Università Ca' Foscari di Veneza, Itália (2011). Graduação em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade de Passo Fundo (2007). Professora de Direito na Faculdade João Paulo II em Passo Fundo, RS.

² Advogada. Mestranda e bolsista vinculada ao PPG Direito da Universidade de Passo Fundo – UPF (2019). Especializanda em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – PUC Minas (2019). Especialista em Direito Tributário e Empresarial pela Faculdade Meridional – IMED (2012). Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade de Passo Fundo – UPF (2012).

INTRODUÇÃO

O avanço da modernidade, das tecnologias e da própria economia faz parte de um novo mundo globalizado e com ele também surgem novas questões e direitos que muitas vezes ultrapassam o senso e a esfera nacional, podendo se instalar num âmbito muito maior, o transnacional.

Alguns aspectos bons do avanço tecnológico e da globalização se podem citar como exemplos as tecnologias no ramo industrial, empresarial e também na esfera da saúde, utilizados em laboratórios. Enquanto estas novas ideias e tecnologia auxiliam no aumento e facilitação da produção, um ponto desfavorável é que este avanço muitas vezes deixa de lado o próprio desenvolvimento humano, pois objetiva como regra o desenvolvimento econômico.

A era da Constitucionalização trouxe significativas mudanças, principalmente no reconhecimento de direitos fundamentais, não apenas atinentes ao de primeiras e segundas gerações, mas em muitos ordenamentos também foram incluídos os chamados novos direitos fundamentais, difusos, considerados de terceira geração.

Conjuntamente com ela, cresce questões relativas aos direitos fundamentais nas relações entre as diversas Nações as quais aderiram à positivação destes direitos, embora se tenha uma ideia pricipua de ser uma questão internacional por envolver variados Estados, não são matérias próprias do direito internacional, transcendem as nacionalidades, surgindo o que atualmente é definido como direito transnacional.

Com este cenário, apresenta-se a seguinte problemática: diante de todos estes avanços sociais e tecnológicos, advindos da globalização, nas relações internacionais e do aumento das multiculturas, é possível desenvolver a ideia de um direito transnacional passível de assegurar direitos fundamentais constitucionais para além das fronteiras de seu país de origem?

Assim, através das pesquisas com referências bibliográficas, utilizando-se do método hipotético-dedutivo, se buscará aprofundar o presente assunto, a fim de que se possa chegar a uma conclusão plausível para a resolução da problemática apresentada.

1 O FUNDAMENTO DA TRANSNACIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Com o passar da modernidade muitas questões foram objetos de novos questionamentos e novas análises em âmbito mundial, pois o estudo e a resolução destes problemas estavam além da internacionalidade ou do próprio direito internacional, passando a serem reconhecidos como direitos transnacionais.

Para o professor Marcos Leite Garcia³, quando se fala em transnacionalização de direitos fundamentais, dos direitos difusos, passa a se ter um compromisso com toda a comunidade transnacional, ou seja, não pertencendo àquela questão apenas a seu povo, isso se torna importante ao passo que a transnacionalização dos direitos fundamentais atua como uma forma de acabar com as falsas constitucionalizações destes, em outras palavras, a transnacionalidade poderia ser um meio de acabar com a constitucionalização destes direitos apenas no papel, sem, contudo, serem efetivas.

³ GARCIA, Marcos Leite. Reflexões sobre o fenômeno dos “novos” direitos fundamentais e as demandas transnacionais. *In Revista do Direito UNISC*, Santa Cruz do Sul, nº 33, jan-jun, 2010, p. 118.

Mas é necessário ter em mente que os direitos fundamentais nem sempre foram reconhecidos ou estavam devidamente positivados, o avanço dos direitos humanos adveio com a preocupação de diversos países de se ter uma base estatuída de direitos supedâneos. Como referido pelo Papa João Paulo II, no ano de 1985, a Declaração dos Direitos do Homem “é um verdadeiro marco no caminho do progresso mundial para a humanidade”.⁴

Nesse sentido, é a partir das reivindicações aos direitos fundamentais de primeira, segunda e terceira geração que se obteve reconhecimento como a liberdade e a igualdade, que em relação aos de segunda geração buscaram se relacionarem no quesito social, econômico e também cultural, já os direitos de terceira geração vem da concepção contemporânea da solidariedade e da fraternidade⁵.

Para o professor Enrique Perez Luño os direitos fundamentais correspondem aos direitos humanos que foram positivados através das Constituições, e são considerados a partir das exigências filosóficas dos direitos do homem, com sua força normativa através do direito positivo.⁶

O professor de Sevilla Davi Sanchez Rubio, também coaduna com os demais no sentido de que graças à burguesia que se manifestou na

[...] luta pela liberdade e igualdade contra um sistema que lhe era adverso, há que se projetar outras práticas sociais e outros coletivos em esquemas análogos ou diferentes de luta por direitos que considere os novos contextos e os distintos princípios reivindicados. Daí a importância que possui uma concepção de direitos humanos que traga em si sua rica complexidade. É necessário ser estabelecida sua relação com os múltiplos processos dinâmicos de confrontação de interesses que desejam ver reconhecidas suas propostas partindo de diferentes posições de poder e distintos horizontes de sentido. Não há que abstrair nem os conflitos nem as circunstâncias espaço-temporais. Além de que, os direitos humanos compreendidos como práticas sociais, como expressões axiológica, normativa e institucional que em cada contexto abre e consolida espaços de luta por expressões múltiplas de dignidade humana, não se reduzem a um único momento histórico e uma única dimensão jurídico procedimental e formal⁷.

Nesse sentido depreende-se a importância e toda a abrangência que os direitos fundamentais estão inseridos dentro de um contexto histórico-jurídico, eis que impossível extraí-los apenas de um único fato

⁴ MONSALVE, Juan David Velásquez. El derecho natural en la Declaración Universal de los Derechos Humanos. In **Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas**. Vol. 43, No. 119 / p. 735-772. Medellín - Colombia. Enero-Junio de 2013, p. 740.

No original: “El camino para llegar a la Declaración Universal de los Derechos Humanos ciertamente no fue fácil. Quizá el recuerdo fresco de los innumerables horrores de la Segunda Guerra Mundial resultó ser la motivación última para que en muchos creciera la convicción de que una Declaración de este tipo se imponía como urgencia muy necesaria. No cabe la menor duda de que fue un triunfo para la humanidad que los gobernantes de tantos países del mundo descubrieran la premura de tipificar un elenco básico de derechos humanos. Como dijera el Papa Juan Pablo II (1985), este documento es “un verdadero hito en el camino del progreso mundial de la humanidad”.

⁵ GARCIA, Marcos Leite. **Reflexões sobre o fenômeno dos “novos” direitos fundamentais e as demandas transnacionais**. p. 116.

⁶ LUÑO, Antonio Enrique Pérez. **Perspectivas e Tendências Atuais do Estado Constitucional**. Traduzido por Jose Luis Bolzan de Moraes e Valéria Ribas do Nascimento. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 33.

No original: “Gran parte de la doctrina entiende que los derechos fundamentales son aquellos derechos humanos positivizados en las constituciones estatales. Es más, para algún autor los derechos fundamentales serían aquellos principios que resumen la concepción del mundo y que informan la ideología política de cada ordenamiento jurídico. [...] se los considera como la resultante de las exigencias de la filosofía de los derechos humanos con su plasmación normativa en derecho positivo”.

⁷ RUBIO, David Sánchez. **Encantos e desencantos dos direitos humanos**: de emancipações, libertações e dominações. Livraria do Advogado Ed., 2014, p. 97-98.

marcante na história, mas de toda a complexidade de situações que ocorreram ao longo dos anos que os direitos fundamentais foram evoluindo.

Neste ponto, Joaquín Herrera Flores remete a uma crítica essencial, pois há mais de cinquenta anos existe uma Declaração Universal que anuncia os direitos básicos do homem, sem, contudo, ser efetiva e por mais que existam filosofias idealistas que frisam este prisma, iusglobalizante, encobrem fatalmente a realidade, da qual ainda há situações constantes de injustiça, desigualdades e opressão que se proliferam em diversos contextos reais, que muitas pessoas são submetidas a viver.⁸

Partindo-se da crítica feita por Joaquín Herrera Flores, conjuntamente com a ideia da necessidade de efetividade dos direitos fundamentais, não apenas a sua positivação, se torna visível o fato de que a constitucionalização dos direitos humanos – embora representem um avanço considerável – sem medidas substanciais para efetivá-las, se tornariam direitos inócuos, daí que, como salientado anteriormente pelo professor Marcos Leite Garcia, a transnacionalização vem no sentido de transcender ao plano interno ou até internacional destes direitos, fazendo com que seja possível ir à busca de sua plena efetivação.

Pois é imprescindível não apenas reconhece-los, mas encontrar meios de protegê-los através de uma democracia integral, contra as vias do império mercantil que se desenvolve fora das instituições democráticas sacrificando princípios fundamentais, tais como a igualdade, o qual deve ser repensado e colocado ao centro das atenções que se desejam perseguir⁹.

Isso porque estas novas tecnologias de rede acabam criando novos tipos de atividades transfronteiriças entre atores extraestatais e fortalecem as existentes, facilitam a conformação de uma condição distintiva e somente parcialmente digital, conhecida como a sociedade civil global, o espaço público global e o domínio público global¹⁰.

Considerando, ainda, que a inovação científica e tecnológica percorre todo o território do planeta descobrindo lugares antes nunca vistos, o movimento dos povos, as transformações sociais, o relacionamento entre as culturas, tudo isso põe a prova e ao mesmo tempo reclama a existência de garantias e proteção aos direitos fundamentais, porque do mesmo modo que a tecnologia e a ciência percorrem o mundo o direito também não tem mais limites¹¹.

Assim, estas novas fontes de direito, estes novos sujeitos que vão surgindo entre várias escalas, seja local, regional, nacional ou, ainda, global, acabam desafiando a hegemonia do estatal, pois na sua interiorização são insuficientes, daí que a melhor maneira é partir para uma ideia global de visualização destes direitos, pois como bem lembra Davi Sanchez Rubio a melhor forma de se visualizar os direitos fundamentais é através de um novo ângulo normativo com um novo paradigma do pluralismo jurídico.¹²

Nesse sentido que muitos doutrinadores programaram a ideia de um direito transnacional, o qual se se extrai do vocábulo latino *trans* a ideia de que algo vai “além de” ou “para além de”, no intento de superar um

⁸HERRERA FLORES. Joaquín. **Los derechos humanos como productos culturales. Crítica del humanismo abstracto**. Madrid: Catarata, 2005, p. 21.

⁹RODOTÀ, Stefano. **Il diritto di avere diritti**. Roma-Bari: Laterza, 2012, p. 08.

¹⁰SASSEN, Saskia. **Territorio, autoridad y derechos**. De los ensamblajes medievales a los ensamblajes globales. Buenos Aires: Katz, 2015, p. 471.

¹¹RODOTÀ, Stefano. **Il diritto di avere diritti**. p. 70.

¹²RUBIO, David Sánchez. **Encantos e desencantos dos direitos humanos**: de emancipações, libertações e dominações. p. 40-41.

locus que seria pré-determinado e que viesse a indicar que aquelas situações são perpassadas de diversas categorias unitárias, num constante fenômeno de desconstrução e construção de significados¹³.

No entanto, se juntar o prefixo *trans* com o conceito de Nação Jurídica, é possível compreender por transnacional o que corresponder a novos espaços públicos, aceitando em seu bojo a pluralidade como uma de suas premissas que tornam possíveis o exercício do poder partindo-se de uma pauta axiológica consensual a qual é destinada a viabilizar a proposição de um novo pacto de civilização¹⁴.

E, isso se torna necessário, porque resta evidente uma discrepância entre a positivação dos direitos fundamentais e a realidade social, é um abismo que leva em conta muitos fatores¹⁵, e cuja transnacionalidade corresponde a uma alternativa eficaz à resolução dos conflitos de ordem difusos que vão além da fronteira, como as questões dos direitos fundamentais de terceira geração:

As demandas transnacionais se justificam a partir da necessidade de criação de espaços públicos para tratar de questões referentes a fenômenos novos que serão ineficazes se tratados somente dentro do espaço do tradicional Estado nacional. Estes fenômenos novos se identificam com os chamados “novos” direitos ou “novos” direitos fundamentais. Para evitar equívocos de fundo meramente ideológico, certamente que se faz necessário afirmar que as demandas transnacionais não tratam somente de questões relacionadas com a globalização econômica como alguns autores pretendem, e sim com fundamentais questões de direitos relacionadas com a sobrevivência do ser humano no planeta. A globalização econômica pode estar na base de algumas questões transnacionais, mas não é sua principal fonte e fundamentação, a principal justificativa da necessidade de transnacionalização do direito é a necessidade de proteção do ser humano e dentro dessa perspectiva também se encontra a proteção de seu entorno natural¹⁶.

Veja-se que, conforme salientado pelo professor Marcos Leite Garcia, a globalização é uma das questões de cunho transnacional, no entanto não é a que necessariamente a fundamenta, isso porque o argumento fundante desta ideia está no próprio ser humano, que como bem lembra Immanuel Kant¹⁷, o homem deve ser visto como um fim em si mesmo. E isto se justifica porque os direitos fundamentais são princípios basilares à própria humanidade e seu desenvolvimento como um todo.

Para o professor Gregório Peces-Barba¹⁸, trabalhar o direito aos direitos fundamentais é fazer com que tais direitos sejam englobados a uma norma jurídica que possa ter força obrigacional para torna-los efetivos, pois passam a ser suscetíveis de garantias e proteção judicial, isto é, o direito a ter direitos.

¹³ CRUZ, Paulo Márcio. BODNAR, Zenildo. A transnacionalidade e a emergência do Estado e do direito transnacionais. In **Revista Eletrônica do CEJUR**, V. I., n. 04, 2009, p. 05.

¹⁴ *Ibidem*, p. 10.

¹⁵ GARCIA, Marcos Leite. Efetividade dos direitos fundamentais: notas a partir da visão integral do conceito segundo Gregório Peces-Barba. In: VALLE, Juliano Keller do; MARCELINO JR., Julio Cesar, **Reflexões da Pós-Modernidade: Estado, Direito e Constituição**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008, p. 191.

¹⁶ GARCIA, Marcos Leite. **Reflexões sobre o fenômeno dos “novos” direitos fundamentais e as demandas transnacionais**. p. 104.

¹⁷ KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Tradução de Paulo Quintela. Lisboa, Portugal: Edições 70 Ltda, 2007, p. 68.

¹⁸ PECES-BARBA, Gregório. **Curso de Derechos Fundamentales: teoría general**. Madrid: Universidad Carlos III, 1995, p. 109-110.

Trazendo esta ideia à realidade brasileira, a título exemplificativo, basta analisar a Constituição Federal demonstrando preocupação com direitos de terceira geração, a qual consagrou o direito ao meio ambiente equilibrado, pelo que se depreende das palavras de Sarlet e Fensterseifer:

Ajustada a evolução no âmbito do direito constitucional comparado registrada na última quadra do Século XX, especialmente por força da influência do ordenamento internacional (onde se consolidou todo um conjunto de convenções e declarações em matéria de proteção ambiental), a Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988 (doravante CF88), consagrou, em capítulo próprio (art. 225), o direito ao ambiente ecologicamente equilibrado como direito (e dever!) fundamental da pessoa humana e estabeleceu um conjunto de princípios e regras em matéria de tutela ambiental, reconhecendo o caráter vital da qualidade (e segurança) ambiental para o desenvolvimento humano em níveis compatíveis com a sua dignidade, no sentido da garantia e promoção de um completo *bem estar existencial*.¹⁹

As previsões constitucionais não apenas na Carta Magna brasileira, demonstram uma verdadeira preocupação com os direitos de terceira geração, os quais detêm como objetivos principais a manutenção de uma vida e bem-estar socioambiental, no intuito de garantir os benefícios de uma vida digna a todos e para as gerações futuras.

Esta era da constitucionalização de fato representa um dos maiores avanços em termos de direito, pois passam a positivar direitos fundamentais básicos à humanidade. No entanto as dificuldades encontradas na prática conduzem ao entendimento de que a mera previsão legal não é suficiente para a efetivação destes direitos fundamentais.

E é por esta razão que, situando a problemática da efetivação destes direitos dentro de um mundo globalizado, a objetivação destas garantias se tornam cada vez mais difíceis e burocráticas, considerando as relações com diversas nacionalidades, cujo problema pode se expandir.

2 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS TRANSNACIONAIS

Numa sociedade moderna a integração entre pessoas de diversas nacionalidades e culturas vem sendo cada vez mais frequentes. No entanto, em que pese este seja um fator importante ao desenvolvimento cultural, há outros que importam na esfera jurídica, eis que esta também deve acompanhar os avanços tecnológicos da modernidade.

E, isso se dá porque nos direitos fundamentais de terceira geração se dá através da solidariedade e se justifica pela ligação entre os termos “solidariedade” e “fraternidade”, o qual corresponde ao terceiro item do lema da Revolução Francesa. Assim resta oportuno mencionar que a teoria tem identificado cinco direitos oriundos da fraternidade, conhecidos como de terceira geração, sendo eles o direito ao desenvolvimento, à paz,

¹⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. FENSTERSEIFER, Tiago. **O Papel do Poder Judiciário Brasileiro na Tutela e Efectivação dos Direitos (e Deveres) Sócio Ambientais**. In *Direito Público Sem Fronteiras*. Lisboa, Portugal: Instituto de Ciências Jurídico-Político, 2011, p. 12-13.

ao meio ambiente, o direito de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e, por fim, o direito de comunicação²⁰.

De fato, houve uma grande transição dos direitos nacionais para os transnacionais, muito mais abrangentes, incorporados não apenas nas legislações estatais, mas em tratados internacionais, sendo que estes direitos inicialmente individuais ganham amplitude de referência social, sendo reconhecidos como direitos dentro de um patamar fechado e também a-histórico, passando-se a ter esta concepção aberta às necessidades do homem²¹.

A grande evolução dos direitos fundamentais pode-se dizer que nasceu após as declarações americanas e, atualmente, com mais precisão após o nascimento da era do constitucionalismo moderno, como lembra Luño:

“Com as declarações americanas, abre-se uma nova etapa no processo de promoção dos direitos fundamentais. [...] Declarações modernas de direitos estão intimamente ligadas ao desenvolvimento do constitucionalismo. A constitucionalização dos direitos fundamentais supõe uma importante mutação em relação aos personagens que conotam seu processo de positividade na Idade Média.”²²

Um exemplo de prática jurídica transnacional que se encaixa perfeitamente ao ora trabalhado, é possível citar a ECO/92 a qual trabalha na proteção ambiental e é visto mundialmente como um dos mais completos e abrangentes instrumentos que é destinado à proteção de um bem jurídico transnacional – o meio ambiente.²³

Em se tratando de meio ambiente, alguns relatórios indicam a necessidade de se limitar a exploração desenfreada dos recursos naturais, ainda em meados de 1968, sendo considerado o primeiro movimento ambientalista. Nos movimentos estudantis da época, entre outros, se buscou o reconhecimento de “uma vida melhor” em contrapartida do “ter mais” e houve várias reivindicações com protestos contra a poluição do ar, águas marítimas e fluviais, entre outros. E por esta razão que em 1970 foi declarado “Ano Europeu da Conservação da Natureza”.²⁴

A preocupação ambiental e com o desenvolvimento humano não ocorreu de inopino, caminhou por um longo caminho até que chegasse à conscientização governamental e no reconhecimento mundial. O principal marco histórico do direito ambiental ocorreu em Estocolmo em 1972, onde houve a Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano do qual restou promulgada a Declaração de Estocolmo.

Da declaração chama a atenção alguns princípios estatuídos, em especial a declaração “atenta à necessidade de um critério e de princípios comuns que ofereçam aos povos do mundo inspiração e guia para

²⁰ ROSSO, Paulo Sergio. **Solidariedade e direitos fundamentais na Constituição Brasileira de 1988**. In Revista Eletrônica do CEJUR, Curitiba-PR, a. 2, v. 1, n. 2, ago./dez. 2007, p. 210.

²¹ FROSINI, Vittorio. Los derechos humanos en la era tecnológica. In PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Derechos humanos y constitucionalismo ante el tercer milenio**. Madrid: Marcial Pons, 1996, p. 94-95.

²² LUÑO, Antonio Enrique Pérez. **Perspectivas e Tendências Atuais do Estado Constitucional**. p. 117.

No original: “Con las declaraciones americanas se abre una nueva etapa en el proceso de positivación de los derechos fundamentales. [...] las modernas declaraciones de derechos se hallan estrechamente vinculadas al desarrollo del constitucionalismo. La constitucionalización de los derechos fundamentales supone una importante mutación respecto a los caracteres que connotan su proceso de positivación en el Medievo”.

²³ CRUZ, Paulo Márcio. BODNAR, Zenildo. **A transnacionalidade e a emergência do Estado e do direito transnacionais**. p. 07.

²⁴ LUÑO, Antonio Enrique Pérez. **Perspectivas e Tendências Atuais do Estado Constitucional**. p. 493-494.

preservar e melhorar o meio ambiente humano”, além de declarar que a “proteção e o melhoramento do meio ambiente humano é uma questão fundamental que afeta o bem-estar dos povos e o desenvolvimento econômico do mundo inteiro, um desejo urgente dos povos de todo o mundo e um dever de todos os governos.”²⁵

Nesta perspectiva se denota a preocupação da Organização das Nações Unidas em reconhecer a proteção do meio ambiente como um direito fundamental ao ser humano, buscando garantir, através de um ambiente equilibrado, o bem estar dos povos.

Mas os direitos fundamentais de terceira geração transnacionais não são apenas os relativos à proteção do meio ambiente, mas há outro tão importante quanto, como por exemplo, o direito ao desenvolvimento dos povos e o direito à paz, embora esta última não seja pacífica entre os estudiosos da matéria, como por exemplo, o professor Gregório Peces-Barba o qual entende que a paz não faz parte dos direitos fundamentais²⁶.

É importante refletir acerca de a paz ser ou não um direito fundamental e, entre aqueles que a defende, o fazem com o argumento de que este tema deve ser devidamente aprofundado, pois, mesmo que

[...] no pós-guerra chegamos ao absurdo da proliferação das armas nucleares com as quais podemos simplesmente fazer com que todo o planeta seja destituído ou que se transforme em um imenso cemitério. Dita questão, conjuntamente com o uso dos direitos humanos contra os direitos humanos, nos leva ao que o professor Pérez Luño ensina sobre a avançada tecnologia faz como o giro 211 opérmico nas relações inter-humanas também com relação ao direito à paz, uma vez que a potencialidade das modernas tecnologias da informação permitem, pela primeira vez, estabelecer formas de comunicação a escala planetária. Segue o professor de Sevilha: “Isso possibilitou que se adquirirá uma consciência universal dos perigos mais imediatos e terríveis que ameaçam a sobrevivência da espécie humana”. Daí que a temática da paz tenha adquirido um inquestionável protagonismo no sistema de necessidades insatisfeitas dos homens e dos povos dos anos de nossa era, e que a temática entranhe uma imediata projeção como direitos fundamentais.²⁷

Constata-se que entre aqueles que justificam a paz como um direito fundamental, o faz considerando a repercussão que a guerra detém para toda a humanidade, pois não atinge necessariamente àqueles envolvidos com a guerra, mas envolvem pessoas inocentes, envolve direitos à vida daqueles que não coadunam com estas lutas, e, estas pessoas detém o direito fundamenta à paz.

É claro que a pacificidade constante e a extinção das armas é utópico, mas aqueles que aderem a esta teoria, creem num mundo melhor em que a utilização das armas apenas será considerada como última hipótese.

Já, a terceira hipótese defendida por Marcos Leite Garcia²⁸, quanto aos direitos fundamentais transnacionais, encontra o direito ao desenvolvimento dos povos, este último na visão do referido professor é pouco explorado pela doutrina, embora se trate de um tema fundamental para o futuro da humanidade e do planeta e está intimamente relacionado com os dois primeiros já analisados acima.

Para o professor:

²⁵ ONU, *Declaração de Estocolmo sobre o ambiente humano*, 1972.

²⁶ GARCIA, Marcos Leite. *Reflexões sobre o fenômeno dos “novos” direitos fundamentais e as demandas transnacionais*. p. 111.

²⁷ GARCIA, Marcos Leite. *Reflexões sobre o fenômeno dos “novos” direitos fundamentais e as demandas transnacionais*, p. 112-113.

²⁸ GARCIA, Marcos Leite. *Reflexões sobre o fenômeno dos “novos” direitos fundamentais e as demandas transnacionais*, p. 114.

A definição dos interesses coletivos a serem considerados como objetos a serem protegidos exige, sem nenhuma dúvida, certas condições que permitam que sua aceção seja verdadeiramente racional e fundamentada e por isso confiável. Necessariamente deve tratar-se de temas universalizáveis, evidentemente de interesse de toda a humanidade, pelo tal devem estar excluídos interesses privados de uma classe privilegiada ou a imposição de simples interesses estratégicos das mesmas que por definição não podem ser universalizáveis por se apresentarem incompatíveis com a questão da igualdade perante a lei. Deve ser superado o esquema público/privado e, ainda que a primeira vista pareça contraditório, deve-se dar a imposição incondicionada do indivíduo sobre a comunidade e do interesse público sobre o privado (princípio republicano).²⁹

A contribuição de Amartya Sen ao esclarecimento de uma visão mais ampliada do desenvolvimento humano, pois refere que devemos ir além do crescimento econômico para compreender todas as exigências completas em busca do bem-estar social, devendo priorizar a democracia e os direitos políticos e civis os quais tendem a reforçar as liberdades de outros tipos, pois o êxito da democracia é essencial para a prevenção das fomes coletivas, na promoção da segurança humana, entre outros.³⁰

Quando se está diante da expressão “desenvolvimento” na maior parte das vezes se subentende de plano a ideia do sentido econômico. Todavia o desenvolvimento vai muito além do que o mero desenvolvimento econômico e se torna imprescindível se trabalhar a concepção de um desenvolvimento humano para que seja possível evoluir às demais esferas de um desenvolvimento dentro de um Estado.

Afirma-se isto, pois de nada adianta um Estado crescer economicamente, se a maior parte de seu povo não se desenvolve na mesma proporcionalidade. Aí a importância em se trabalhar mais abertamente a ideia de um desenvolvimento sustentável. Para que um Estado possa ser considerado como um Estado de bem-estar social é imprescindível que os “desenvolvimentos” caminhem juntos na mesma direção.

Percebe-se que o processo de formulação positiva dos direitos humanos excedeu o escopo do direito interno e passa a ser visto de uma nova forma, transnacional. Enrique Perez Luño³¹ expõe que é somente quando se ultrapassa a possibilidade da comunidade internacional e seus órgãos é que se torna possível compreender todas as questões que afetam não apenas os direitos dos Estados, mas principalmente os seus membros, se não fosse a transnacionalidade de certos direitos fundamentais, caso houvesse a absoluta soberania do Estado, sem sombra de dúvidas acarretaria possíveis violações dos direitos humanos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Partindo-se da ideia de um mundo globalizado, cuja comunicação e as relações internacionais estão cada vez mais presentes no nosso dia-a-dia, como em relações privadas ou públicas, nada mais justo e necessário que meios de efetivação de direitos fundamentais também caminhem na mesma forma evolutiva que as demais temáticas.

²⁹GARCIA, Marcos Leite. **Reflexões sobre o fenômeno dos “novos” direitos fundamentais e as demandas transnacionais**. p. 115-116.

³⁰SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. Edição eletrônica. São Paulo: Editora Schwarcz Ltda, 2009, p. 286.

³¹LUÑO, Antonio Enrique Pérez. **Perspectivas e Tendências Atuais do Estado Constitucional**. p. 127.

O direito transnacional surge como forma de acompanhar estas evoluções e é considerado de extrema importância para o mundo globalizado, mormente para a efetivação da tutela dos direitos fundamentais de terceira geração.

O direito transnacional é considerado o instrumento basilar à efetivação das garantias fundamentais de terceira geração, pois é baseado num outro princípio de grande relevância jurídica, a solidariedade.

É preciso compreender que a colaboração e a solidariedade entre as Nações são imprescindíveis para que na prática o direito transnacional traga soluções adequadas a efetividade das garantias. Construir uma ideia de solidariedade e colaboração para um direito transnacional deve servir como um paradigma para que haja cada vez mais e aproximação, não apenas entre as Nações, mas também entre seus povos.

Assim, o direito transnacional, a partir do princípio da solidariedade, torna-se essencial na busca de salvaguardar uma administração equilibrada dos recursos naturais, a fim de garantir, na prática, a efetividade destes direitos fundamentais a nível global.

Diante disso, constata-se que o direito transnacional é a dimensão jurídica para a efetivação destas garantias, através dele é possível sentir uma esperança maior no tocante a concretização do tão almejado conceito da sustentabilidade, para que seja usufruído na sua totalidade.

REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

CRUZ, Paulo Márcio. BODNAR, Zenildo. A transnacionalidade e a emergência do Estado e do direito transnacionais. In **Revista Eletrônica do CEJUR**, V. I., n. 04, 2009.

FROSINI, Vittorio. Los derechos humanos en la era tecnológica. In PÉREZ LUÑO, Antonio Henrique. **Derechos humanos y constitucionalismo ante el tercer milenio**. Madrid: Marcial Pons, 1996.

GARCIA, Marcos Leite. Efetividade dos direitos fundamentais: notas a partir da visão integral do conceito segundo Gregório Peces-Barba. In: VALLE, Juliano Keller do; MARCELINO JR., Julio Cesar, **Reflexões da Pós-Modernidade: Estado, Direito e Constituição**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008, p. 189-209.

GARCIA, Marcos Leite. Reflexões sobre o fenômeno dos “novos” direitos fundamentais e as demandas transnacionais. In **Revista do Direito UNISC**, Santa Cruz do Sul, nº 33, jan-jun, 2010.

HERRERA FLORES. Joaquín. *Los derechos humanos como productos culturales. Crítica del humanismo abstracto*. Madrid: Catarata, 2005.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Tradução de Paulo Quintela. Lisboa, Portugal: Edições 70 Ltda, 2007.

LUÑO, Antonio Enrique Pérez. **Perspectivas e Tendências Atuais do Estado Constitucional**. Traduzido por Jose Luis Bolzan de Moraes e Valéria Ribas do Nascimento. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

MONSALVE, Juan David Velásquez. El derecho natural en la Declaración Universal de los Derechos Humanos. In **Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas**. Vol. 43, No. 119 / p. 735-772. Medellín - Colombia. Enero-Junio de 2013.

ONU, *Declaração de Estocolmo sobre o ambiente humano*. 1972. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br>> Acesso em abril/2019.

PECES-BARBA, Gregório. **Curso de Derechos Fundamentales:** teoría general. Madrid: Universidad Carlos III, 1995.

RODOTÀ, Stefano. **Il diritto di avere diritti.** Roma-Bari: Laterza, 2012, p. 8.

ROSSO, Paulo Sergio. **Solidariedade e direitos fundamentais na Constituição Brasileira de 1988.** *In* Revista Eletrônica do CEJUR, Curitiba-PR, a. 2, v. 1, n. 2, ago./dez. 2007.

RUBIO, David Sánchez. **Encantos e desencantos dos direitos humanos:** de emancipações, libertações e dominações. Livraria do Advogado Ed., 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. FENSTERSEIFER, Tiago. **O Papel do Poder Judiciário Brasileiro na Tutela e Efectivação dos Direitos (e Deveres) Sócio Ambientais.** *In* Direito Público Sem Fronteiras. Lisboa, Portugal: Instituto de Ciências Jurídico-Político, 2011, p. 12-13.

SASSEN, Saskia. **Territorio, autoridad y derechos.** De los ensamblajes medievales a los ensamblajes globales. Buenos Aires: Katz, 2015.

DA PROTEÇÃO DE DIREITOS HUMANOS E A ESTEREOTIPIZAÇÃO DO IMIGRANTE COMO AMEAÇA NO QUE TANGE À SAÚDE: A PRIMEIRA SUSPEITA DE EBOLA NO BRASIL¹

Raquel Ceolin²
Valéria Ribas do Nascimento³

RESUMO

O presente artigo tem como objetivo abordar a questão da imigração em tempos de globalização, em que surgem novos desafios acerca da proteção e garantia dos direitos humanos para além das fronteiras. Assim, fala-se na saúde global como fundamento para que se possa ter uma vida digna, bem como, sobre os impactos da saúde global na vida dos imigrantes, que são vistos como uma ameaça perante à sociedade. O questionamento pertinente a este trabalho é o seguinte: De que forma a questão da saúde sob uma perspectiva global influi nos fluxos migratórios de toda sociedade-mundo? Para tanto, utiliza-se do método de abordagem dedutivo, partindo de uma premissa analítica quanto aos direitos humanos e a imigração, para chegar ao caso específico da saúde global e suas consequências à mobilidade humana, tendo como exemplo o caso do vírus do Ebola.

PALAVRAS-CHAVE: Globalização; Imigração; Saúde Global; Xenofobia.

ABSTRACT

This article aims to address the issue of immigration in times of globalization, in which new challenges arise regarding the protection and guarantee of human rights across borders. Thus, we talk about global health as a foundation for a decent life, as well as the impacts of global health on the lives of immigrants, who are seen as a threat to society. The pertinent question to this paper is: How does the issue of health from a global perspective influence the migratory flows of the whole society-world? To this end, we use the deductive approach method, based on an analytical premise on human rights and immigration, to reach the specific case of global health and its consequences for human mobility, such as the Ebola virus.

KEYWORDS: Globalization; Immigration; Global health; Xenophobia.

INTRODUÇÃO

Em tempos de globalização e com o constante aumento nos fluxos migratórios, faz-se necessário refletir acerca da tutela de Direitos Humanos para além das fronteiras do Estado-nação, bem como, sobre a proteção de Direitos de imigrantes, sendo que se constata violações tanto no deslocamento, quanto no

¹Pesquisa financiada pela Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES).

²Mestranda do Programa de Pós - Graduação em Direito (PPGD) da Universidade Federal de Santa Maria (UFSM/Brasil). Possui Especialização em Direito Civil e Processo Civil pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI, Campus de Santiago. Pesquisadora do Grupo de Pesquisa Núcleo de Direito Constitucional (NDC) vinculado ao PPGD/UFSM. Graduada em Direito pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI, Campus de Santiago. E-mail: raquelfceolin@gmail.com

³ Doutora em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), com período de pesquisa na "Universidad de Sevilla" (US); Pós-doutora pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS); Mestre em Direito Público pela Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC); Graduada em Direito pela Universidade Federal de Santa Maria (UFSM); Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFSM; Professora Adjunta do Departamento de Direito da UFSM. Já lecionou, também, na Faculdade de Direito de Santa Maria (FADISMA); Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI) - Santo Ângelo; Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul (UNIJUÍ) e Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Atua principalmente com os seguintes temas: Teoria do Estado, Direito Constitucional, Direito Administrativo e Direito Internacional. Membro do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI) e da Associação Brasileira do Ensino do Direito (ABEDI). Coordenadora do Núcleo do Direito Constitucional (NDC) da Universidade Federal de Santa Maria (UFSM), com bolsa de fomento do CNPQ/CAPES Edital Chamada MCTI/CNPq/MEC/CAPES n.º 07/2011. E-mail: valribas@terra.com.br

momento em que os mesmos chegam ao país receptor. Diante de todos os desafios que surgem em relação a mobilidade humana, tem-se a questão do tratamento que os imigrantes recebem perante a sociedade, em que muitas vezes são vistos como uma potencial ameaça – no que tange à saúde, como alguém que veio para trazer doenças que antes não haviam.

Assim, busca-se com este artigo analisar a questão dos fluxos migratórios internacionais, considerando as mudanças que tem ocorrido na sociedade, as quais fazem com que surjam novos desafios acerca da aplicação dos direitos humanos em todos os territórios e para além deles. Nesse sentido, primeiramente aborda-se, de modo geral, os direitos humanos ligados à imigração, bem como, a forma como a sociedade vê o imigrante que chega, construindo muros ao invés de criar laços de humanidade e comunicação.

Após, parte-se para a análise da saúde global, conceituando e tratando dos impactos que a mesma traz aos fluxos migratórios e assim, à vida daqueles que ao invés de serem vistos como seres humanos dignos de direitos como todos, são vistos apenas como “o Outro”, um ser estranho à sociedade, que causa medo e ameaça quando chega, inclusive no que tange a saúde/doenças.

Dessa forma, o artigo se divide em dois itens temáticos, no primeiro intitulado “migração e direitos humanos em tempos de globalização” será abordada a questão da imigração e dos direitos humanos dos imigrantes na era da globalização. No segundo, denominado “saúde global e os impactos nos fluxos migratórios”, dissertar-se-á acerca da saúde global e suas consequências à mobilidade humana, exemplificando a partir do caso da epidemia do vírus do Ebola no Brasil.

1 MIGRAÇÃO E DIREITOS HUMANOS EM TEMPOS DE GLOBALIZAÇÃO

Vive-se em meio a uma coletividade em que cada membro age e pensa de forma diversa, dessa forma, deve haver ordem e respeito, para que se tenha o mínimo de condições dignas de vida. Em meio a toda essa diversidade, também há intolerância e violência, surgindo, então, a necessidade de uma proteção aos Direitos Humanos, que são violados diariamente, ao mesmo tempo em que deveriam ser garantidos para todos.

A partir de novos parâmetros de organização social, gestados nesse caldo de mudanças provocado por acontecimentos que marcam a rearticulação do mundo em novas estruturas, a sociedade como concebida modernamente, presa aos delineamentos territoriais de determinado Estado-Nação, se encontra borrada por uma intensificação dos contatos e inter-relações humanas.

Assim, com as constantes mudanças na sociedade, que não encontra mais limites irrestritos pelas fronteiras em tempos de globalização, há uma preocupação com a questão da defesa e proteção dos direitos humanos tanto local quanto globalmente.

Nessa linha, pode-se entender “Direitos Humanos” como um conjunto de valores históricos, básicos e fundamentais, que dizem respeito à vida digna jurídico-político-psíquico-econômico-física de todos os cidadãos, e que surgem sempre como condição essencial da vida, conferindo aos agentes político-jurídico-

sociais, a tarefa de agirem no sentido de permitir que a todos seja consignada a possibilidade de usufruí-los tanto em benefício próprio como em benefício comum⁴.

Dessa maneira, os direitos humanos passaram a ser previstos em diversos mecanismos internacionais, a fim de se coibir práticas nacionais que possam violar direitos ligados a dignidade humana, fazendo, assim, com que tais direitos sejam protegidos precipuamente, independente de raça, cor, religião, nacionalidade, ou seja, são direitos inerentes à todas as pessoas, onde quer que se encontrem.

Por conseguinte, na contemporaneidade vive-se uma fase marcada por novos desafios ligados à migração e a globalização, sendo que com os constantes fluxos migratórios os Estados não têm conseguido resolver as problemáticas que surgem, como ocorre com os imigrantes que deixam seu país de origem e se vêm à mercê da vulnerabilidade, sem acolhimento e tratamento humanitário, com seus direitos humanos violados diariamente.

Ocorre que a situação em que os imigrantes se encontram quando necessitam deixar seu país de origem e partem para o país receptor, é inaceitável, visto que trata-se de um momento em que encontram diversos obstáculos e violação de direitos humanos, num contexto de constante fechamento e abertura do Estado, do Direito e dos Direitos Humanos, que devem ser garantidos a todos os imigrantes.

Nesse sentido, entende-se que a migração sempre fez parte da humanidade, moldando a sociedade, assim, com o constante fluxo migratório que tem se observado nos últimos anos, seja devido às guerras, desastres ambientais, entre outros motivos que levam as pessoas a abandonar sua vida na esperança de encontrar melhorias em outro lugar, é essencial que se discuta acerca do tratamento que é dado aos imigrantes quando saem do seu país de origem e chegam ao país “receptor”, a fim de que seus direitos não sejam violados como tem se visto na realidade.

Nos últimos anos observou-se um grande salto no número de refugiados buscando asilo em outros países. Tal salto foi causado devido ao número de Estados afundando, alguns já submersos, ou, ainda, de territórios sem Estado, e assim, sem leis, palcos de constantes guerras, assassinatos e violência em massa, sendo um verdadeiro banditismo do tipo “salve-se quem puder”⁵.

Consequências da globalização e da migração constante, muros e cercas de arame farpado erguidos com o intuito de afastar àqueles considerados indesejáveis, crianças afogadas nas rotas durante a “fuga”, campos de concentração superlotados e competindo entre si para escapar – por pouco – dos perigos no caminho em busca da segurança, são fatos que tem ocorrido cada vez mais, enquanto aparecem cada vez menos nos meios midiáticos.⁶

Nesse sentido, pode-se verificar que há uma constante e corriqueira violação de direitos humanos dos imigrantes, tanto no país de origem, quanto no caminho e quando chegam ao país de acolhida. Tal fato dá-se, por um lado, por falta de interesse e de ação dos Estados em agir na defesa dos direitos dessas pessoas, e por outro, por parte da sociedade que ainda vê o imigrante/refugiado como uma ameaça, como alguém que chega

⁴BOLZAN DE MORAIS, José Luis. **As Crises do Estado e da Constituição e a Transformação Espaço-Temporal dos Direitos Humanos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. Passim.

⁵BAUMAN, Zygmunt. **Estranhos à nossa porta**. Tradução: Carlos Alberto Medeiros. 1. Ed. – Rio de Janeiro: Zahar, 2017. p. 93.

⁶BAUMAN, Zygmunt. **Estranhos à nossa porta**. p. 94.

e permanece causando medo por ser desconhecido, ao passo em que se esquece que são seres humanos, iguais em dignidade e direitos em relação aos nacionais e toda sociedade-mundo.

Ainda, nos países desenvolvidos, em que há tanto refugiados quanto imigrantes econômicos buscando asilo, os interesses empresariais se sobressaem, desejando o influxo de mão de obra barata com habilidades promissoras e lucrativas⁷, abrindo, dessa forma, às fronteiras com interesses claramente econômicos e seletivos.

Nesse viés, ao se observar as políticas que vem sendo utilizadas em relação aos fluxos migratórios, percebe-se que ainda predomina a defesa pela separação mútua, o desejo de manter distância daqueles considerados estranhos, o que vem sendo feito através da construção de muros, ao invés de se buscar construir pontes e linhas diretas para uma comunicação. Tais políticas, a curto prazo, podem parecer reconfortantes, visto que colocam o desafio longe dos olhos, entretanto, as mesmas apenas armazenam explosivos para uma denotação futura – dessa forma o problema está longe de ser resolvido^{8,9}.

Conforme se observa, as maiores preocupações em âmbito Estatal, dizem respeito ao controle do fluxo de migração pelos países receptores, principalmente quanto à entrada de imigrantes pobres em seus territórios, e nos últimos tempos, essas preocupações se concretizaram por meio de medidas políticas e jurídicas fortemente repressivas.¹⁰

Dessa forma, dos constantes fluxos migratórios que tem ocorrido, é sabido que a classe de imigrantes que acaba sofrendo mais são aqueles oriundos de países pobres e em decadência, o que acaba influenciando também na questão da saúde.

Quando há alguma epidemia de doenças, uma das preocupações dos Estados e da própria sociedade local é de fechar as fronteiras, sendo que o imigrante é visto como aquele que vem para trazer doenças que antes não haviam, e dessa forma, o objetivo passa a ser evitar que a doença – o imigrante (pobre) – chegue e prejudique os nacionais.

Nada mais do que o preconceito e a xenofobia escancarados, sendo que tal pensamento não se baseia em estudos e conhecimento, mas sim, no egoísmo e na predominância do “eu” perante os demais, do nacionalismo em detrimento dos direitos humanos. Assim, sofrem principalmente os imigrantes pobres e negros, que são vítimas da hostilidade.

Por conseguinte, aclarando a forma como os imigrantes são vistos perante à sociedade e aos novos desafios que surgem, fala-se na questão da saúde sob uma perspectiva global, sendo outra área que causa impactos nos fluxos migratórios e que demonstra a xenofobia ao se ter o imigrante visto como uma ameaça à população.

⁷ BAUMAN, Zygmunt. **Estranhos à nossa porta**. p. 90.

⁸ BAUMAN, Zygmunt. **Estranhos à nossa porta**. p. 91.

⁹ E assim, uma conclusão também precisa ficar clara: a única forma de escapar dos atuais desconfortos e sofrimentos futuros passa por rejeitar as traiçoeiras tentações da separação. Em vez de nos recusarmos a encarar as realidades dos desafios de nossa época, sintetizados na expressão “Um planeta, uma humanidade”, lavando as mãos e nos isolando das irritantes diferenças, dessemelhanças e estranhamentos autoimpostos, devemos procurar oportunidades de entrar num contato estreito e cada vez mais íntimo com eles – resultando, ao que se espera, numa fusão de horizontes, e não numa fissão induzida e planejada. (BAUMAN, Zygmunt. **Estranhos à nossa porta**. p. 23).

¹⁰ SANTOS, André Leonardo Copetti. Controle social das migrações e gestão da diversidade. In JULIOS-CAMPUZANO, Alfonso de; LUCAS, Douglas Cesar; SANTOS, André Leonardo Copetti. **Direitos humanos, imigração e diversidade: Dilemas da vida em movimento na sociedade contemporânea**. Ijuí, RS: Unijuí, 2016. Passim.

2 SAÚDE GLOBAL E OS IMPACTOS NOS FLUXOS MIGRATÓRIOS

Com a globalização e as consequentes mudanças sociais, é fundamental tratar da questão da saúde em consonância com o global. Para tanto, frisa-se, primeiramente, que a saúde é uma necessidade para que todo indivíduo possa ter uma vida digna, independente de raça, cor, religião, enfim, respeitadas todas as diferenças e particularidades de cada ser humano.

Nesse sentido, com o intenso fluxo da mobilidade humana, seja por turismo, seja por questões econômicas ou de refúgio, um dos assuntos que mais chama a atenção quando há surtos de doenças, principalmente contra aqueles migrantes mais vulneráveis, é a forma como essas pessoas que migram são tratadas e vistas perante a sociedade e a mídia.

Dessa forma, considerando a mundialização e o fluxo de pessoas que se desloca mundialmente, se pretende abordar a questão da saúde vista sob uma perspectiva global, com reflexos na mobilidade humana, e, assim, em diversos lugares.

Nesse sentido, fala-se na saúde global como uma questão que normativamente extrapola os limites dos *locus* clássicos de produção e aplicação do direito. A saúde vista como uma problemática global implica uma série de atores internacionais públicos e privados, estatais ou não, que se colocam no campo de debate, produção e aplicação do direito, muitas vezes, impactando no âmbito local. Com efeito:

Surgida nos anos 1990, a expressão “saúde global” mobiliza um diversificado leque de atores, como a Organização Mundial da Saúde (OMS), o Banco Mundial, a Fundação Bill e Melinda Gates, os Estados, a indústria farmacêutica, as universidades e as mais diversas organizações não governamentais, hoje munidos de recursos financeiros e tecnológicos sem precedentes.¹¹

Como precedentes, a saúde global tem a saúde internacional, com a qual compartilha a questão da saúde para além das fronteiras, e a saúde pública, a qual tem como foco a saúde da coletividade, bem como ações de prevenção, promoção e recuperação da saúde.¹²

Dessa forma, vê-se a amplitude e, para além disso, a interdisciplinaridade da saúde global. “O reconhecimento do regional e do local, das diferenças políticas, econômicas, sociais e culturais entre os países e as internas, assim como as consequências e respostas diferenciadas a eventos globais¹³”, é o que acaba diferenciando a saúde global das formas clássicas de saúde internacional.

Assim, considera-se a saúde um bem público e global que deve abarcar toda coletividade, ou seja, entende-se que ninguém deve ser excluído do “consumo” e do direito à saúde, e dessa forma, seus benefícios devem estar disponíveis a todos (em todos os lugares)¹⁴.

¹¹ VENTURA, Deisy. **Mobilidade Humana e Saúde Global**. Revista USP - São Paulo, n. 107, 2015 p. 55-64.

¹² FORTES, Paulo Antônio de Carvalho; RIBEIRO, Helena. **Saúde Global em tempos de Globalização**. Saúde Soc. São Paulo, v.23, n.2, 2014 p.366-375.

¹³ FORTES, Paulo Antônio de Carvalho; RIBEIRO, Helena. **Saúde Global em tempos de Globalização**. p. 370.

¹⁴ FORTES, Paulo Antônio de Carvalho; RIBEIRO, Helena. **Saúde Global em tempos de Globalização**. p. 371.

Portanto, vê-se a relevância de se considerar a questão da saúde a nível global, de forma que englobe todos os indivíduos, e que se trate tal questão com a importância que a mesma tem, considerando as problemáticas que envolvem o processo de globalização e os reflexos da saúde para além das fronteiras.

Nesse sentido, em 2008 a Assembleia Mundial da Saúde por meio de uma resolução, determinou que a Organização Mundial de Saúde (OMS) desse maior relevância ao tema da saúde dos migrantes em relação a questões da ação sanitária internacional.

Em alguns países, como os Brics (Brasil, Rússia, Índia, China e África do Sul), a facilidade de atravessar as fronteiras é sucedida de um grande problema na hora de conseguir a regularização migratória, dessa forma, a situação irregular acaba tornando a pessoa mais suscetível à condição de vulnerabilidade, precariedade, aumentando o risco de deterioração da saúde, dificultando também a inclusão social e econômica dos imigrantes¹⁵.

Dessa forma, percebe-se que os países tem se preocupado mais em fechar as fronteiras, vendo os migrantes como ameaça, e não como sujeitos de direitos (humano-fundamentais). Então, as políticas que visam à restrição da entrada de migrantes nas fronteiras, são incompatíveis com a promoção da saúde dos mesmos, pois até mesmo no campo da saúde, os migrantes e a mobilidade humana em si, são vistos como uma ameaça ou risco que devem ser controlados globalmente.

Nesse viés, o que se tem percebido na realidade, é a degradação da saúde dos migrantes após sua chegada e permanência nos países de acolhida, em consequência à violação e privação de direitos que esses sujeitos sofrem.¹⁶ Quanto a crise sanitária causada pela epidemia do vírus do Ebola na África Ocidental, consolidou-se a securitização¹⁷ da resposta internacional às emergências, sendo que, nesse caso, institui-se o Ebola como um problema de segurança. Assim, tal securitização representa um risco para os direitos humanos e a democracia, pois ao mesmo tempo em que se definiu o Ebola como uma ameaça para a saúde e segurança internacional, e acabou contribuindo para o aumento de ajuda material para os Estados mais atingidos, também acabou instaurando uma lógica de guerra em escala global, sob o fundamento do binômio ameaça-defesa¹⁸.

Nesse sentido, um exemplo de restrição de direitos humanos devido à crise sanitária e o vírus Ebola se verificou no Brasil, com um solicitante de refúgio, que foi considerado o primeiro caso suspeito de Ebola no país, acontecimento que teve grande repercussão nacional evidenciando o impacto que as emergências sanitárias a nível internacional têm sobre os direitos humanos¹⁹.

Destaca-se que, mesmo antes de ocorrer a primeira suspeita de Ebola no Brasil, tal possibilidade já acarretava uma rotulação aos imigrantes e refugiados que tentavam ingressar no país, exemplo claro dessa estigmatização pode-se verificar pelo fato de que integrantes da polícia federal, da receita federal e do

¹⁵ VENTURA, Deisy. **Mobilidade Humana e Saúde Global**. p. 58.

¹⁶ VENTURA, Deisy. **Mobilidade Humana e Saúde Global**. p. 58.

¹⁷ Entre os efeitos negativos da securitização, constatou-se o risco de disseminação de pânico pelos veículos de comunicação, o que, em vez de fortalecer, dificulta o combate à epidemia, além de estigmatizar profissionais da saúde e a população dos locais mais atingidos. Nos Estados Unidos, na Espanha e no Reino Unido, profissionais que atuaram na África Ocidental alegam ter sofrido, quando de seu repatriamento, restrições abusivas de direitos e discriminação. Austrália e Canadá recusaram a entrada em seu território aos provenientes da África Ocidental, em evidente desrespeito à recomendação da OMS de não restringir o tráfego de pessoas. (VENTURA, Deisy. **Do Ebola ao Zika: as emergências internacionais e a securitização da saúde global**. Cad. Saúde Pública, Rio de Janeiro, 2016, p. 2).

¹⁸ VENTURA, Deisy. **Do Ebola ao Zika: as emergências internacionais e a securitização da saúde global**. p. 2).

¹⁹ HOLZHACKER, Vivian; VENTURA, Deisy. **Saúde global e direitos humanos: o primeiro caso suspeito de Ebola no Brasil**. Lua Nova, São Paulo, 2016, p. 3.

ministério público do trabalho e emprego, estavam cogitando entrar em greve e paralisação para não entrar em contato com imigrantes negros que chegavam à região norte do país²⁰.

No referido caso, um solicitante de refúgio vivenciou uma grave violação aos direitos humanos, pois acabou se tornando o primeiro caso suspeito de Ebola no Brasil. Dessa forma, foi tratado de maneira um tanto repudiável, visto que, por não conhecer a língua portuguesa e não entender o que estava acontecendo quando foi solicitar ajuda (por outro motivo) em um hospital, acabou sendo transferido para outro local sem ao menos saber do que se tratava, sem ter o mínimo de informações acerca da sua vida e saúde, sem ser ouvido e considerado, constantemente exposto pela mídia à sociedade, tendo assim seus direitos individuais violados²¹.

Ressalta-se ainda que o suspeito do caso de Ebola mencionado anteriormente não era portador do vírus, como se confirmou por meio de exames, e inclusive não possuía os sintomas da doença²², sendo assim, acabou sendo vítima de preconceito simplesmente por ser um imigrante negro, alvo de parte de uma sociedade que não sabe ver o outro “a olhos nus”, sem os rótulos criados por medo do desconhecido.

Nesse sentido, resta claro que é necessário tratar da questão dos direitos humanos no que tange aos fenômenos migratórios e à saúde global, para evitar abusos e violação de direitos fundamentais, como o direito à informação e preservação da imagem, e assim, preservar não somente suspeito da doença, como exposto, mas também todos os outros imigrantes que vivem no país e após os alvoroços midiáticos acabam sendo alvos de preconceito por parte da sociedade que é manipulada pela mídia.²³

Em relação à saúde, fica claro que os fluxos migratórios e os imigrantes por si só estão longe de serem o motivo de propagação de doenças, como pensam os adeptos ao senso comum imposto pela sociedade e pela mídia. Por fim, pode-se verificar a constante exposição que os imigrantes sofrem perante à sociedade, sendo pré-julgados principalmente por sua nacionalidade, condição econômica e cor, e assim, além de sofrer as dificuldades do deslocamento, acabam sofrendo as consequências de uma sociedade xenofóbica.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pelo exposto, com o constante fluxo migratório que tem se observado na contemporaneidade, entende-se necessário que se discuta acerca do tratamento que é dado aos imigrantes quando saem do seu país e chegam ao país “receptor”, a fim de que o tratamento desigual que essas pessoas recebem, não seja mais a realidade. Assim, conforme se observa, os imigrantes são tratados com preconceito e xenofobia, ao se verificar na sociedade o medo do outro, daquele ser estranho e indesejável que vem para interferir, de alguma forma negativa, na vida dos nacionais. Aquele que não é conhecido, é imprevisível e assim, causa espanto naqueles

²⁰ HOLZHACKER, Vivian; VENTURA, Deisy. **Saúde global e direitos humanos**: o primeiro caso suspeito de Ebola no Brasil. p. 2.

²¹ HOLZHACKER, Vivian; VENTURA, Deisy. **Saúde global e direitos humanos**: o primeiro caso suspeito de Ebola no Brasil. p. 2.

²² HOLZHACKER, Vivian; VENTURA, Deisy. **Saúde global e direitos humanos**: o primeiro caso suspeito de Ebola no Brasil. p. 2.

²³ No entanto, a norma que deveria ser um “escudo” de proteção dos direitos pode transformar-se em “arma” contra eles, pois o acesso ao tratamento tende a se converter em fonte de violação dos direitos individuais se não houver uma regulação capaz de oferecer salvaguardas quando da adoção de medidas coercitivas pela autoridade sanitária. Logo, é preciso que a legislação epidemiológica e os planos de contingência passem a contemplar mecanismos de proteção aos direitos humanos. O desafio de conciliar a saúde pública e as liberdades individuais é complexo, mas deixar de enfrentá-lo aumenta a possibilidade de que a escalada do pânico nos momentos de crise sanitária enseje violações evitáveis, porém graves e de efeitos duradouros. (HOLZHACKER, Vivian; VENTURA, Deisy. **Saúde global e direitos humanos**: o primeiro caso suspeito de Ebola no Brasil. p. 134).

que estão cegos pelos preconceitos já impostos, inclusive pelas repercussões midiáticas que, também, são feitas tanto com falta de humanismo quanto falta de conhecimento especializado no assunto.

No que tange à saúde global, vê-se a importância de considerá-la a nível global, de forma que englobe todos os indivíduos, e que se trate tal questão com a importância que a mesma tem, considerando as problemáticas que envolvem o processo de globalização e os reflexos da saúde para além das fronteiras, evitando a violação de direitos humanos como ocorreu no exemplo acima exposto devido ao caso do vírus do Ebola no Brasil.

Nesse viés, é necessário se (re)pensar a questão dos movimentos migratórios sob uma ótica humanitária a fim de que o imigrante não seja vítima da xenofobia, como ocorre inclusive no que tange a saúde, onde a sociedade, no geral, vê o imigrante com repúdio. Busca-se, sobretudo, a proteção de Direitos Humanos para todos, onde quer que se encontrem e, independente de nacionalidade, predominando a construção de laços de humanidade, ao invés da proteção de viés extremamente nacionalista que acarreta na constante violação de Direitos, como aconteceu no referido caso no Brasil, e acontece com aqueles que, por vezes, são invisíveis aos olhos da sociedade.

Por fim, entende-se necessário que diversos atores políticos e sociais atuem em conjunto na defesa dos direitos humanos, bem como, nas questões relacionadas à saúde global. Deste modo, a saúde sob uma perspectiva global deve ser assegurada a todas as pessoas, de forma universal e gratuita, independente do lugar em que se encontrem, inclusive aos refugiados e imigrantes, estejam regulares ou não – como sujeitos de direitos humanos.

REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

BAUMAN, Zygmunt. **Estranhos à nossa porta**. Tradução: Carlos Alberto Medeiros. 1. Ed. – Rio de Janeiro: Zahar, 2017.

BOLZAN DE MORAIS, José Luis. **As Crises do Estado e da Constituição e a Transformação Espaço-Temporal dos Direitos Humanos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

FORTES, Paulo Antônio de Carvalho; RIBEIRO, Helena. **Saúde Global em tempos de Globalização**. Saúde Soc. São Paulo, v.23, n.2, p.366-375, 2014; Disponível em: < <http://www.scielo.br/pdf/sausoc/v23n2/0104-1290-sausoc-23-2-0366.pdf>> Acesso em: 08/06/2019;

HOLZHACKER, Vivian; VENTURA, Deisy. **Saúde global e direitos humanos**: o primeiro caso suspeito de Ebola no Brasil. Lua Nova, São Paulo, 107-140, 2016; Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ln/n98/1807-0175-ln-98-00107.pdf>> Acesso em: 07/06/2019;

SANTOS, André Leonardo Copetti. Controle social das migrações e gestão da diversidade. In JULIOS-CAMPUZANO, Alfonso de; LUCAS, Douglas Cesar; SANTOS, André Leonardo Copetti. **Direitos humanos, imigração e diversidade**: Dilemas da vida em movimento na sociedade contemporânea. Ijuí, RS: Unijuí, 2016;

VENTURA, Deisy. **Mobilidade Humana e Saúde Global**. Revista USP - São Paulo, n. 107, p. 55-64, 2015. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/revusp/article/view/115113>> Acesso em: 07/06/2019;

VENTURA, Deisy. **Do Ebola ao Zika**: as emergências internacionais e a securitização da saúde global. Cad. Saúde Pública, Rio de Janeiro, 2016. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/csp/v32n4/1678-4464-csp-32-04-e00033316.pdf>> Acesso em: 10/06/2019.

DIREITOS HUMANOS E SUA EFICÁCIA NO PLANO INTERNACIONAL FRENTE À DIVERSIDADE CULTURAL

Giana Pante¹
Lucas Hahn Spalding²

RESUMO

A evolução dos direitos humanos tem contribuído para o crescimento, fortalecimento e afirmação do homem como sujeito de direitos no plano internacional. Com isso, há intensificação do debate realizado pela doutrina e pelos organismos internacionais acerca da proteção dos direitos humanos, sobre um núcleo rígido e imutável que tais direitos encetariam ou não, bem como acerca do respeito ao diferente. Todavia, surge a questão de que esses direitos seriam uma ideia implantada pelos países do Ocidente, e, dessa forma, como ficariam as questões culturais que devem ser observadas frente as particularidades de cada povo, especialmente os países do Oriente? Há um núcleo rígido e inviolável de direitos humanos? Poderiam os Estados que se auto intitulam respeitadores dos direitos humanos impor sua forma de pensar e interpretar tais direitos sobre outras culturas? São as indagações que se propõe a discutir através do presente trabalho, também dando enfoque a transnacionalização desses direitos frente a sociedade globalizada que hoje vivemos, e, em razão disso, uma possível perda de soberania por parte do Estado.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos Humanos; Eficácia; Diversidades Culturais; Transnacionalização.

ABSTRACT

The evolution of the human rights has led to the increase, strengthening and statement of the man as the subject of rights in the international plan. By these means, there's intensification of the debate held by the doctrine and by the international organizations regarding the protection of human rights. However, the question arises that these rights would be an idea implanted by the countries of the West, and thus, what would be the cultural questions that must be observed in view of the particularities of each people, especially the countries of the East? Is there a rigid and inviolable core of human rights? Could states that call themselves respectful of human rights impose their way of thinking and interpreting such rights on other cultures? These are the questions that we propose to discuss through the present work, also focusing on the transnationalization of these rights in the face of the globalized society we live today, and, as a result, a possible loss of sovereignty on the part of the state.

KEYWORDS: Human rights; Efficiency, Cultural Diversity, Transnationalization.

INTRODUÇÃO

Os direitos humanos são tidos como garantias fundamentais inerentes a qualquer homem pelo simples fato de existir, ou seja, direitos inatos pertencentes a qualquer ser humano. Eles são aplicáveis de forma universal e indivisível, ou seja, a homens, mulheres, crianças, idosos, sem qualquer tipo de distinção de classe, credo, raça ou sexo.

Os direitos humanos incluem o direito à vida e à liberdade, à liberdade de opinião e de expressão, o direito ao trabalho e à educação, entre e muitos outros direitos civis e sociais.

¹Mestranda pela Universidade de Passo Fundo – UPF. Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Anhanguera Uniderp –. Bacharel em Direito pela Universidade de Passo Fundo – UPF. Endereço Eletrônico: gipante@hotmail.com

²Mestrando pela Universidade de Passo Fundo- UPF. Bacharel em Direito pela Universidade de Passo Fundo – UPF. Endereço Eletrônico: 79347@upf.br

Todos o ser humano é dotado desses direitos que devem ser aplicados de forma *erga omnes*, sendo dever do Estado através da ascensão de tratados internacionais garantir a sua efetiva aplicação. Por serem direitos inatos, entende-se que devem ser aplicados de forma universal e indivisível, princípios norteadores dos direitos humanos.

Nesse sentido, ao discorrer sobre a questão, enfatiza-se que³:

Os Direitos Humanos são tidos, atualmente, como aqueles pertencentes a todos os seres humanos do planeta, de modo que não se pode negar a ninguém nenhum destes direitos. É o chamado princípio da indivisibilidade dos direitos humanos que define que todos eles devem ser garantidos. Junto com o princípio da universalidade, entende-se que todos os direitos devem ser garantidos a todas as pessoas.

1 O SURGIMENTO DOS DIREITOS HUMANOS

Muito fala-se do surgimento desses direitos, que teve alguns sinais em séculos antes de Cristo, quando surgiram as primeiras relações negociais, porém, de fato, os direitos humanos em si, sua implementação e proteção ganharam destaques no século XX, quando foram positivados, especificamente, em 1948, por meio de trinta artigos constantes no documento denominado Declaração Universal dos Direitos Humanos.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos teve seu surgimento no pós-guerra. As barbáries vividas na Segunda Guerra Mundial demonstraram o quanto ser humano pode ser perverso, com potenciais intelectuais e científicos jamais vistos na história. Logo, com o término da Segunda Guerra, a Organização das Nações Unidas formada, à época, por 51 (cinquenta e um) países, dentre eles o Brasil, lançou, em dezembro de 1948, a Declaração Universal dos Direitos Humanos. Tal declaração tentou sintetizar todos os anseios pós-guerra (Segunda Guerra Mundial), em um mundo onde todos os seres humanos pudessem coexistir livremente, independentemente de religião, raça, etnia e sexo, ou seja, tal documento constitui uma importante ferramenta de tutela aos direitos mais básicos de todo ser humano.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos afirma, em seu artigo 1º: "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". Nessa perspectiva, a declaração deixa claro que a tarefa de garantia desses direitos básicos cabe não só aos Estados, como também a cada indivíduo para com o seu semelhante.

Como se vê, os fatos históricos da humanidade são elementos basilares para o entendimento da origem dos Direitos Humanos não como um ato legislativo unilateral, desenvolvido de forma técnica, mas como um processo de desenvolvimento da história da humanidade, iniciando-se em tempos remotos e, estando ainda hoje, em contínua evolução.

É nessa ótica de evolução que os direitos humanos tem contribuído para o crescimento, fortalecimento e afirmação do homem como sujeito de direitos no plano internacional. Com isso, há intensificação do debate

³ALESSI, Eduardo. **O Conflito entre a proteção universal dos direitos humanos e o respeito à diversidade cultural. Quando querer salvar o mundo pode prejudicar o mundo.** Revista Jusbrasil, 2015 Disponível em <https://eduardoalessi.jusbrasil.com.br/artigos/154099192/o-conflito-entre-a-protecao-universal-dos-direitos-humanos-e-o-respeito-a-diversidade-cultural>. Acesso em: 01 de ago. 2019, p.01.

realizado pela doutrina e pelos organismos internacionais acerca da proteção dos direitos humanos e a sua possível relativização frente à diversidade de culturas de alguns países, especialmente os do Oriente.

2 A EFICÁCIA DOS DIREITOS HUMANOS FRENTE À DIVERSIDADE CULTURAL

Hoje, provavelmente, um dos maiores desafios da aplicabilidade dos Direitos Humanos nos quatro cantos do planeta Terra, esbarra em alguns países, especialmente os do Oriente. A grande questão está no fato de que os Direitos Humanos são criação dos países do Ocidente, ou seja, direitos criados com base na percepção das culturas e costumes destes países e sobre o que eles entendem por uma vida digna e ideal.

Sobre o fato de querer impor um modelo ideal de vida, discorre adoutrina⁴:

[...]quando esta imposição de formas de pensar e agir colide frontalmente com valores locais, surge a lide. Por isso surgiu o relativismo, que defende, basicamente, que a cultura é uma construção histórica de cada povo, sendo que suas peculiaridades devem ser respeitadas e, por isso, a “imposição” dos direitos humanos viola o princípio da autodeterminação dos povos (tabula rasa de John Locke), pois, se cada povo constrói seus costumes e crenças através do tempo, possivelmente, seu estatuto moral é diferente daquele das outras culturas e outros povos.

Diante desta dicotomia está a dificuldade de estabelecer-se ampla aplicação dos direitos humanos, pois este atua de forma a positivar garantias fundamentais para povos com culturas, hábitos, costumes, religião, completamente distintos. E em uma sociedade em que há tamanhas diferenças culturais e morais o que se percebe, muitas vezes, é a impossibilidade de aplicação dos direitos humanos de forma universal.

Para Eduardo Alessi⁵, o principal obstáculo de efetivação dos direitos humanos é a diferença cultural:

[...] a diversidade cultural é o principal obstáculo enfrentado pelos chamados “universalistas” – os defensores da aplicação global dos direitos humanos – já que, dependendo da região do planeta, os preceitos morais, religiosos, e até políticos, não correspondem com aqueles que a ONU (ocidente) espera que sejam seguidos, a fim de se obter a tão sonhada “paz mundial”.

Diante dessa diferença cultural e moral, por vezes acabamos nos depararmos com situações consideradas abomináveis do ponto de vista Ocidental. Como, por exemplo, o caso de mutilação da genitália feminina como ocorre em alguns países da África e do Oriente Médio. Ou, até mesmo, nas tribos indígenas, o que dizer sobre a crença de enterrar viva uma criança deficiente pois, segundo acreditam o seu povo, sua sobrevivência é um motivo para mau agouro em toda a tribo? E os direitos humanos dos refugiados de guerras? O que dizer?

Ao enfrentar o tema, há quem defenda a ideia de que direitos humanos pertencem a qualquer indivíduo simplesmente por ser humano, independentemente da cultura ou do país de origem, é a ideia de universalidade, entretanto, os debates e discussões concernentes à universalidade desses direitos vão de encontro com a

⁴ALESSI, Eduardo, **O Conflito entre a proteção universal dos direitos humanos e o respeito à diversidade cultural. Quando querer salvar o mundo pode prejudicar o mundo**, p.07

⁵ALESSI, Eduardo, **O Conflito entre a proteção universal dos direitos humanos e o respeito à diversidade cultural. Quando querer salvar o mundo pode prejudicar o mundo**, p.01

problemática, como dito, do multiculturalismo, pois a universalidade é elucidada como um conjunto de valores que buscam encontrar espaço para a proteção da pessoa humana, independentemente de qualquer condição econômica, social e/ou cultural.

Nesse sentido, em importante esclarecimento, Amartya Sen⁶:

O conceito de direitos humanos é uma pedra angular da nossa humanidade. Tais direitos não são concedidos porque se é cidadão de um país ou se pertence a uma nação, mas pertencem por direito a toda a humanidade. Isso diferencia-os, em consequência, dos direitos criados constitucionalmente, garantidos a pessoas determinadas (por exemplo, os cidadãos americanos ou franceses). Desse modo, o direito de não ser torturado afirma-se independentemente do país de que se é cidadão e também do que o governo desse país — ou de outro — pretende. Um governo pode naturalmente contestar o direito legal de uma pessoa não ser torturada, mas isso não pode pôr em causa o que é considerado o direito humano de não ser torturado. Discordâncias aparentes e contrastes culturais.

Para os universalistas, os direitos humanos decorrem da dignidade humana, enquanto valor intrínseco à condição humana, ao passo que para os relativistas a noção de direitos humanos está estritamente relacionada ao sistema político, econômico, cultural, social e moral vigente em determinada sociedade.⁷

Ao discorrer sobre o Princípio da universalidade, Amartya Sen, acrescenta que⁸

O conceito de direitos humanos universais oferece bastantes atrativos para o senso comum e para a boa compreensão da nossa humanidade comum. Esta ideia unificadora tem sido objeto de críticas virulentas, por parte de separatistas culturais e de porta-vozes de governos autoritários. Esta ideia universalista tem sido frequentemente utilizada de forma manipuladora pelo chauvinismo intelectual ocidental, pretendendo arrogar-se como o lugar único da tolerância, da liberdade e dos direitos humanos em todos os tempos. Tais críticas e reivindicações são, não raras vezes, profundamente a-históricas. É verdade que há dissensões no mundo, mas as linhas de divergência não coincidem com as fronteiras nacionais, nem com a grande dicotomia entre o Oriente e o Ocidente. Isto aplica-se tanto às tradições do passado quanto às prioridades e às aspirações atuais.

Para alguns adeptos ao relativismo cultural, a pretensão universalista é, antes de tudo, uma forma de “imperialismo ocidental”, tendente a impor seus valores e padrões éticos a todo o mundo. A tese da universalidade dos direitos humanos foi adotada pela ONU através da Declaração Universal dos Direitos Humanos em 1948, sendo posteriormente reafirmada através da Declaração de Viena, de 1993.

A questão da universalidade dos direitos humanos foi discutida na Conferência Mundial sobre Direitos Humanos (1993). A Declaração de Viena, adotada por consenso pela Conferência Mundial, reafirmou a universalidade dos direitos humanos e rejeitou a noção de relativismo cultural. No entanto, apesar de reconhecer todos os direitos humanos como universais, indivisíveis, interdependentes e inter-relacionados (art.

⁶ SEN, Amartya. **Direitos Humanos e diversidade cultural**. Revista Dhnet, disponível em http://www.dhnet.org.br/direitos/indicadores/amartyasen/amartya_sem_dh_div_cultural.pdf. Acesso em: 01 de ago. 2019, p.01

⁷ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos: desafios da ordem internacional contemporânea**. In: PIOVESAN, Flávia (Coord.). **Direitos humanos**. Curitiba: Juruá Editora, 2006. Vol. 1. p.22

⁸ SEN, Amartya. **Direitos Humanos e diversidade cultural**, p. 05

5º), firmou o entendimento de que as particularidades nacionais e regionais devam ser levadas em consideração, assim como todos os diversos contextos históricos, culturais e religiosos, sendo dever dos Estados promover e proteger todos os direitos humanos e liberdades fundamentais, sejam quais forem seus sistemas políticos, econômicos e culturais.

Portanto, ao rejeitar o relativismo cultural e ao reconhecer, ao mesmo tempo, a importância das especificidades culturais, a Conferência de Viena intensificou a discussão sobre as relações entre os valores culturais e os direitos humanos. A existência de diferenças culturais não deve levar à rejeição de nenhuma parcela dos direitos humanos universais.

Dessa forma, a Conferência não só confirmou a universalidade como teoria global, como consagrou ainda a indivisibilidade. As particularidades nacionais e regionais não podem justificar violação ou diminuição de qualquer direito humano. O discurso universalista entende que o contexto cultural existe, e é fundamental para a configuração da identidade individual, porém este contexto não está acima da identidade primária de todos os homens, que comungam da mesma natureza, que é a humana.

É nessa seara, em tempos atuais, com o fenômeno da globalização, ganhou espaço a ideia de transnacionalização dos direitos humanos, ou seja, além-fronteiras dos Estados, colocando em destaque, até mesmo, a Soberania dos países.

3 TRANSNACIONALISMO COMO FORMA DE EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

Hoje, com o fenômeno da globalização, onde há troca dinâmica de informações, bens e serviços, a universalização dos direitos humanos funcionou como consequência, o que, a princípio, para os criadores destes ideais de direitos, é algo excelente, sendo que cada Estado, dentro da sua soberania, ficaria responsável para a consecução desses direitos fundamentais.

Esse processo possui características positivas, na medida em que transforma e constrói estilos de vida, permite a aproximação entre os seres humanos e realça a busca por soluções e alternativas para o desenvolvimento das sociedades e por um mundo mais livre e multicultural. Entretanto, por mais irreversível e fundamental que esse processo de globalização pareça ser, a comunidade internacional ainda se depara com questões relativas à coexistência de diferenças que inevitavelmente surgem no mundo globalizado, e que ocasionalmente levam a choques culturais e a intensos debates, inclusive na questão dos direitos humanos e no âmbito da sua proteção.

Segundo entendimento sobre o tema⁹:

O ideal surgido na França, incorporado por outros países europeus, transpassou fronteiras e continentes e, hoje, como a maioria das coisas, está em toda parte, orientando visões e ações. A universalização dos direitos humanos, portanto, é mais uma consequência da globalização, o que, a princípio, para os criadores destes ideais, é algo excelente, já que combina com sua forma de viver, sua cultura e seus costumes.

⁹ALESSEI, Eduardo, **O Conflito entre a proteção universal dos direitos humanos e o respeito à diversidade cultural. Quando querer salvar o mundo pode prejudicar o mundo**, p.04

É nessa perspectiva de globalização que surge a transnacionalização dos direitos humanos, que tem o fito de garantir direitos de liberdade e igualdade a qualquer pessoa, independentemente de condição social, racial, política ou qualquer outra. É um desafio a ser seguido que reside na interpretação sistêmica dos direitos humanos, formulando-se um espaço transnacional de Estados onde se reorganiza a distribuição de competências decorrentes da soberania de cada território.

A fenomenologia da transnacionalização tem sua intensificação, assim como a globalização, a partir do pós-guerra, quando há a expansão do capital, a desterritorialização e, principalmente, o surgimento de operações oriundas do novo caráter mundial no âmbito econômico-comercial. A nova natureza mercantil, agora internacionalizada, acarreta distintas mudanças na sociedade, que passa a influenciar não somente na tomada de decisão do seu Estado, mas, também, da coletividade deste.

É nesse contexto da globalização que o termo transnacionalidade ganha força e se expressa em vários campos do conhecimento. Registros dão conta que o primeiro autor a tratar da transnacionalização do direito foi Philip Jessup, em 1965, em sua já referida obra *Transnational Law*, na Universidade de Yale. Para esse pesquisador, o uso do direito transnacional forneceria uma fonte mais abundante de normas com que se guiar. Consequentemente, os direitos internacionais público e privado começam a perder espaço e importância diante dessa nova seara do direito que começa a ser descortinada. A ocorrência desse fenômeno justifica-se pelo fato de o direito transnacional incluir “todas as normas que regulam atos ou fatos que transcendem fronteiras nacionais”.¹⁰

A relevância da conceituação de direito transnacional e sua diferenciação de direito internacional devem-se ao fato de que, a partir do entendimento dessas concepções, se pode analisar uma problemática sob a ótica de um ramo do direito ou do outro. As situações que são abarcadas pelo direito transnacional compreendem aquelas em que há o envolvimento de indivíduos, pessoas jurídicas de direito público e de direito privado, ou seja, uma vasta variedade de situações transnacionais. Nesse sentido, Jessup demonstra a importância do termo apropriado a ser utilizado em cada contexto: “Parte da dificuldade em analisar os problemas da comunidade mundial e o direito que os regula consiste na falta de uma palavra apropriada para designar as normas em discussão”.¹¹

Constitui-se, pois, a transnacionalização fenômeno reflexivo da globalização que favorece a desterritorialização das relações político-sociais, fortalecidas pelo sistema econômico capitalista, que articula o ordenamento jurídico mundial à margem das soberanias dos Estados. Os termos se distinguem no sentido de que, enquanto a globalização exprime a ideia de conjunto, de globo, mundo sintetizado como único, a transnacionalização alinha-se à concepção de Estado permeável, fato este que põe o ente estatal em relativa suscetibilidade. Para esta mesma autora, “enquanto a globalização é o fenômeno envolvente, a transnacionalidade é a nascente de um terceiro espaço, inconfundível com o espaço nacional ou internacional”.¹²

¹⁰JESSUP, Philip C. **Direito Transnacional**. Tradução de Carlos Ramires Pinheiro da Silva. São Paulo: Fundo de Cultura, 1965, p.12

¹¹JESSUP, Philip C. **Direito Transnacional**, p.11

¹²STELZER, Joana. **O fenômeno da transnacionalização da dimensão jurídica. Direito e transnacionalidade**, 2011, p.21

É válido ressaltar, entretanto, que o Estado não desaparece com a transnacionalidade ou mesmo com as influências da economia no direito em tempos de mercados globais, mas, inegavelmente, constata-se uma relativa fragilização, de maneira que não se reconhece mais o ente político-jurídico construído sobre as suas premissas clássicas. Nesse diapasão, o Estado Moderno passa a contestar a sua invencibilidade soberana de outrora e a sua capacidade exclusiva de ordenamento dos relacionamentos entre os sujeitos que o cercam.¹³

Norberto Bobbio¹⁴, ao se referir ao poder estatal, anuncia que:

Estando este supremo poder de Direito em via de extinção, faz-se necessário agora, mediante uma leitura atenta dos fenômenos políticos que estão ocorrendo, proceder a uma nova síntese político-jurídica capaz de racionalizar e disciplinar juridicamente as novas formas de poder, as novas “autoridades que estão surgindo”.

O conceito de soberania estaria em avançado estágio de desgaste conceitual e prático. Em contraposição, observa-se a intensificação das relações sociais caracterizadas não mais por uma relação direta (inter) ou via Estado (inter-nacional), mas pelo transpasse estatal (transnacional). É nesse cenário que emerge a transnacionalização, desnudando a já referida desterritorialização dos relacionamentos político-sociais que articulam o ordenamento jurídico mundial à margem das soberanias dos Estados.¹⁵

Nesse sentido, Jessup¹⁶ alerta que é preciso evitar refletir sobre o direito transnacional unicamente em termos de um dado foro particular, pois, reconhecidamente, há tribunais que não seguem os seus próprios regimentos, as leis locais, as leis nacionais e muitas vezes sequer se encontra prevista no ordenamento jurídico a solução para o impasse.

Transnacionalização é um fenômeno que atinge o Estado Constitucional Moderno. Ao compreender a transnacionalidade do direito como capaz de envolver toda a regulação de ações ou eventos que ultrapassam fronteiras nacionais, questiona-se sobre a fragilização da soberania nacional.

Logo, o Estado Constitucional Moderno deve acompanhar as mudanças sociais e as novas relações que são frutos da transnacionalidade, visto que se propõe a resguardar os anseios e necessidades sociais; somado a isso, ao sistema jurídico é incumbida a solução de lides. Dessa forma, a transnacionalização não deve ser vista como um fenômeno negativo, mas como uma consequência da atual conjuntura global, social e política.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conclui-se, pois, gradativamente está se tornando cada vez mais imprescindível se tratar de direitos transfronteiriços, como o direito à paz, à liberdade, à igualdade, direito a um meio ambiente saudável, direito à segurança no consumo de bens através de uma economia globalizada, entre outros. Com a globalização ocorreu o efeito reflexivo da transnacionalização, que acaba por mitigar as relações políticas-sociais entre os

¹³STELZER, Joana, **O fenômeno da transnacionalização da dimensão jurídica. Direito e transnacionalidade**, p.21

¹⁴BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. Tradução de João Ferreira, Carmen Varriale et al. Brasília: UnB, 1986, p.187-188

¹⁵STELZER, **O fenômeno da transnacionalização da dimensão jurídica. Direito e transnacionalidade**, p.21

¹⁶JESSUP, Phillip C. **Direito transnacional**, p.12

Estados, ocorrendo troca de informações que podem ser vistas com muito bons olhos sob o ponto de vista dos direitos humanos. Para muitos, a transnacionalização desses direitos terá papel fundamental no futuro da humanidade, na medida que a soberania estatal estará mitigada como consequência da evolução dos tempos e, como resultado, haverá aplicação e efetivação dos direitos humanos.

REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

ALESSI, Eduardo. **O Conflito entre a proteção universal dos direitos humanos e o respeito à diversidade cultural. Quando querer salvar o mundo pode prejudicar o mundo.** Revista Jusbrasil, 2015 Disponível em <https://eduardoalessi.jusbrasil.com.br/artigos/154099192/o-conflito-entre-a-protecao-universal-dos-direitos-humanos-e-o-respeito-a-diversidade-cultural>. Acesso em: 01 de ago. 2019.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política.** Tradução de João Ferreira, Carmen Varriale *et al.* Brasília: UnB, 1986.

JESSUP, Philip C. **Direito Transnacional.** Tradução de Carlos Ramires Pinheiro da Silva. São Paulo: Fundo de Cultura, 1965.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos: desafios da ordem internacional contemporânea.** In: PIOVESAN, Flávia (Coord.). Direitos humanos. Curitiba: Juruá Editora, 2006. Vol. 1. pp. 15-37.

SEN, Amartya. **Direitos Humanos e diversidade cultural.** Revista Dhnet, Disponível em http://www.dhnet.org.br/direitos/indicadores/amartyasen/amartya_sem_dh_div_cultural.pdf. Acesso em: 01 de ago. 2019.

STELZER, Joana. **O fenômeno da transnacionalização da dimensão jurídica.** Direito etransnacionalidade, Curitiba: Juruá, 2011.

ONU. **Organização das Nações Unidas.** Carta das Nações Unidas, 1945.

O FLUXO MIGRATÓRIO VENEZUELANO AO BRASIL: CONSIDERAÇÕES SOBRE COSMOPOLITISMO E DIREITOS HUMANOS

Mariana Chini¹

Ariane Faverzani da Luz²

RESUMO

O artigo objetiva analisar os reflexos do fluxo migratório venezuelano ao Brasil, através de uma pesquisa de cunho bibliográfico, com lógica operacional hipotético-dedutiva, que visa analisar a problemática sobre qual a situação dos refugiados venezuelanos no Brasil em relação aos Direitos Humanos constantes na Constituição Federal e nas leis infraconstitucionais. Através do mesmo pode-se considerar que o conceito de cidadania nos contextos migratórios tem tido papel restritivo em relação à operacionalidade dos Direitos Humanos. Além disso, denota-se a necessidade de atuação conjunta das instituições públicas locais, do governo federal e da sociedade civil na implementação de políticas que promovam a inclusão dos imigrantes e dos refugiados venezuelanos na sociedade brasileira, bem como que possibilitem o acesso eficaz aos seus direitos econômicos, sociais e culturais.

PALAVRAS-CHAVE: Cidadania. Direitos Humanos. Migração. Venezuelanos.

ABSTRACT

The article aims to analyze the reflexes of the Venezuelan migratory flow to Brazil, through a bibliographical research, with hypothetical-deductive operational logic, which aims to answer the problem about the situation of Venezuelan refugees in Brazil in relation to the Human Rights contained in the Federal Constitution and in infra-constitutional laws. Through this, it can be considered that the concept of citizenship in migratory contexts has had a restrictive role in relation to the operability of Human Rights. In addition, there is a need for joint action by local public institutions, the federal government and civil society in the implementation of policies that promote the inclusion of immigrants and Venezuelans refugees in Brazilian society, as well as enabling effective access to their economic, social and cultural rights.

KEYWORDS: Citizenship. Human rights. Migration. Venezuelans.

INTRODUÇÃO

O presente artigo objetiva analisar a problemática: Qual a atual situação dos refugiados venezuelanos no Brasil, levando-se em consideração os direitos humanos assegurados na Constituição Federal e nos princípios e garantias dispostos na Lei nº 13.445/2017? Para tanto, seguir-se-á a lógica operacional hipotético-dedutiva, utilizando-se de pesquisa bibliográfica, calcada em livros, artigos e legislação.

O artigo será dividido em dois capítulos: *Cosmopolitismo para quem? O papel da cidadania na conquista/restrição dos direitos humanos em relação aos imigrantes* e *A atuação do Estado brasileiro ante a migração venezuelana*. O primeiro capítulo objetiva abordar o impacto dos direitos humanos quando vinculados ao estatuto de “cidadão” - o qual é estritamente ligado à composição de Estados-nação soberanos, levando-se em consideração o papel dos direitos humanos na formulação e manutenção de tal status jurídico-

¹ Mestranda em Direito na Universidade de Passo Fundo (UPF). Bolsista CAPES (Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal em Nível Superior). Especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho (UNINTER). Especialista em Teologia (UNESA). Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais (UPF). Bacharel em Filosofia (UNISUL). Integrante do Projeto de Pesquisa “Estado de Direito, Sistemas de Justiça e crítica jurídica: horizontes de uma ‘nova política’” (UPF-RS). E-mail: mar.chini@hotmail.com.

² Mestranda em Direito pela Universidade de Passo Fundo (UPF), com auxílio CAPES. Pós-graduanda em Ciências Criminais pela Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul (FMP-RS). Pós-graduanda em Direito Civil e Processo Civil pela Faculdade Meridional (IMED). Graduada em Direito pela Faculdade Meridional (IMED). Advogada. Integrante do Projeto de Pesquisa “Estado de Direito, Sistemas de Justiça e crítica jurídica: horizontes de uma ‘nova política’” (UPF-RS). E-mail: arianefaverzani@outlook.com.

moderno em relação aos imigrantes que caminham por um mundo chamado “cosmopolita”, mas que nem sempre abre as portas ao cosmopolitismo (no sentido kantiano do termo).

Já o segundo capítulo tratará sobre a atual situação em que se encontram os refugiados venezuelanos no Brasil, privilegiando os aspectos sociais, econômicos e culturais. Além disso, abará a atuação do estado brasileiro diante do êxodo venezuelano sob a perspectiva dos direitos humanos e considerando os direitos fundamentais previstos na Constituição Federal, bem como as determinações atinentes aos imigrantes e refugiados constantes nas legislações infraconstitucionais.

1 COSMOPOLITISMO PARA QUEM? O PAPEL DA CIDADANIA NA CONQUISTA/RESTRIÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS EM RELAÇÃO AOS IMIGRANTES

Este capítulo tem por escopo central, verificar “se” e “como” o conceito de cidadão enquanto membro de Estados-nação soberanos pode impactar na formulação e na manutenção dos direitos humanos enquanto status-jurídico moderno de um mundo autodenominado cosmopolita (termo aqui trazido na perspectiva kantiana³), quando utilizado nos contextos migratórios.

A escolha pela abordagem acima mencionada para esse capítulo não tem por objetivo forçar uma crítica desgastada aos países receptores de imigrantes, mas aprofundar o estudo situacional levando em consideração a inabrangência dos direitos humanos em muitos aspectos da vida em um mundo que atualmente costuma se autoproclamar cosmopolita.

Desde há muito tempo a cidadania é sinônimo de segurança. Não raro se utiliza dessa argumentação para exemplificar os horrores dos regimes fascistas e nazistas responsáveis pela perseguição de apátridas em todo o mundo.

O problema central é, justamente, o fato de que aqueles que não se encontram abarcados por tal escopo jurídico serem considerados - ou “não considerados” para qualquer fim jurídico-político - como indivíduos sem proteção das legislações vigentes nos territórios em que se encontram.

Ao entender que a legislação deve abraçar os indivíduos nascidos (ou que adquirem a cidadania por laços consanguíneos ou de moradia) em seu território de abrangência, a dimensão jurídico-política deixa de fora muitos daqueles indivíduos que sem possibilidades jurídicas de se tornarem cidadãos, habitam determinado local e nele colocam suas impressões, suas marcas, sua cultura, seu trabalho e sua vida.

É nesse sentido que um dos questionamentos mais prementes da política e da teoria do direito se apresenta, qual seja, a problemática acerca do universalismo (ou não) dos direitos humanos. Recorre-se à pergunta sobre se os direitos humanos são uma “[...] categoria ético-jurídica com abrangência universal [...]”,

³Pode-se perceber a posição de Kant quanto ao Cosmopolitismo em sua obra “A paz perpétua”, conforme segue: “*Ora, como se avançou tanto no estabelecimento de uma comunidade (mais ou menos estreita) entre os povos da Terra que a violação do direito num lugar da Terra se sente em todos os outros, a ideia de um direito cosmopolita não é nenhuma representação fantástica e extravagante do direito, mas um complemento necessário de código não escrito, tanto do direito político como do direito das gentes, num direito público da humanidade em geral e, assim, um complemento da paz perpétua, em cuja contínua aproximação é possível encontrar-se só sob esta condição*” (Grifo Nosso). In: KANT, Immanuel. **A paz perpétua: Um projeto filosófico**. Tradução: Artur Morão. Universidade da Beira Interior: Covilhã, 2008, p. 22. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/marcos/hdh_kant_paz_perpetua.pdf>. Acesso em: 04 jul. 2019.

ou, se para que possam ser compreendidos enquanto direitos, os mesmos “[...] devem responder somente às exigências de eficácia e validade, garantidas por um estado soberano”⁴.

Quando se entende pela universalidade, fala-se em um reconhecimento de certos valores por parte de toda a humanidade, bem como de um reconhecimento de que “[...] as nações têm direitos essenciais à sua própria existência e à sua identidade, as quais fazem parte do patrimônio comum da humanidade”⁵.

Por sua vez, quando se entende pela não universalidade dos direitos humanos, se está falando em uma ideia de “[...] apropriação-vinculação entre propriedade e dignidade [...]”, na qual “[...] a identidade liberal do cidadão será construída com sérias restrições”⁶.

Segundo Julios-Campuzano:

*La aparición de la ciudadanía en los albores de la era moderna supuso la abolición de la división estamental del Ancién Régime y la constitución de un único status basado en la proclamación de la igualdad de todos los individuos ante la ley, igualdad no desprovista, sin embargo, de una dosis de ficción. No obstante, parece que, al menos, al nivel de los principios, la igualdad jurídica permitía concebir la ciudadanía como un status formalmente igualitario preñado, a nivel práctico, de diferenciaciones inquietantes cuyo análisis histórico excede los objetivos de este trabajo [...] Lo que sí merece nuestra atención en esta sede es la vinculación de los derechos humanos a la condición de ciudadano, máxime cuando esta condición restrictiva tiene consecuencias dramáticas para tres cuartas partes de la población mundial*⁷.

O que o mencionado autor permite perceber é o fato de que, embora a cidadania seja constituída enquanto uma forma revolucionária de abolição de certas divisões estamentais classistas, ao mesmo tempo, quando interligada com os direitos humanos como sendo uma condição vinculante para a concretização destes, tem-se uma grande restrição para aqueles que não conseguem alcançar tal status. Ou seja, ao quebrar as amarras do indivíduo com a divisão estamental de classes, criam-se as amarras deste com a própria figura do Estado.

Belloso Martín fala da necessidade de valorização dos indivíduos “[...] como sujetos morales, portadores de dignidad, defendiendo que todos poseemos capacidad de elección y que todos orientamos nuestra existencia en aras de unos planes de vida”⁸, e Nussbaum diz que é necessário para que a dignidade humana possa ser plena que se mostre respeito pelas “[...] muchas formas de vida que pueden elegir los ciudadanos, a condición de que no causen ningún perjuicio a los demás en áreas relevantes para las capacidades básicas”⁹.

⁴ BARRETO, Vicente de Paulo. Multiculturalismo e direitos humanos: um conflito insolúvel? In: BALDI, César Augusto. (Org.). **Direitos humanos na sociedade cosmopolita**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 279.

⁵ MBAYA, Etienne-Richard. Gênese, evolução e universalidade dos direitos humanos frente à diversidade de culturas. **Revista Estudos Avançados**. n. 30, São Paulo: USP, 1997, p. 31.

⁶ RUIZ, Castor M. M. Bartolomé. O (ab)uso da tolerância na produção das subjetividades flexíveis. In: SIDEKUM, Antônio (Org.). **Alteridade e multiculturalismo**. Ijuí: Ed. Unijuí, 2003, p. 129.

⁷ JULIOS-CAMPUZANO, Alfonso de. Inmigración y multiculturalidad: Una aproximación desde la universalidad de los derechos. In: JULIOS-CAMPUZANO, Alfonso de; SANTOS, André Leonardo Copetti; LUCAS, Douglas Cesar. **Direitos humanos, imigração e diversidade: dilemas da vida em movimento na sociedade contemporânea**. Ijuí, RS: Ed. Unijuí, 2016, p. 163 e 164.

⁸ BELLOSO MARTÍN, Nuria. Los derechos sociales en tiempos de crisis: un nuevo reto para el Estado Social. In: GORCZEWSKI, Clovis (Org.). **Direitos humanos e participação política**, vol. 3. – Porto Alegre: Imprensa Livre, 2012, p. 39.

⁹ NUSSBAUM, Martha C. **Las fronteras de la justicia: Consideraciones sobre la exclusión**. Paidós: Barcelona, 2012, p. 293.

Cabe perceber, no entanto, que ambas as autoras entendem o indivíduo portador de dignidade enquanto alguém com “capacidade de eleição” sobre como viver a vida, sendo que Nussbaum deixa claro que é necessário para a dignidade humana plena que o “cidadão” possa escolher dentre as muitas formas de vida.

Isso implica negativamente na análise dos direitos dos imigrantes quando levado em consideração o fato de que a maioria deles jamais alcança o status de cidadão, bem como não têm oportunidades de escolha que permitam deliberar sobre qual a melhor forma de viver sua vida no território escolhido. Não porque sejam tolhidos de liberdade (no sentido jurídico do termo), mas porque os caminhos passíveis de serem escolhidos são poucos, limitados desde a oferta e, não raras vezes, condicionados a situações precárias de vida.

Nesse tocante, Mbaya¹⁰ diz que a escravidão, o colonialismo e o fascismo (embora não no mesmo formato) ainda persistem em nossos dias e continuam violando os direitos humanos, e:

[...] se violações contínuas existem, o problema não está na inexistência de convenções, mas na necessidade de se dar contornos mais precisos aos direitos e obrigações, além de fazer funcionar mecanismos internacionais suficientemente seguros para vigiar sua aplicação e reagir contra violações. Tais mecanismos ajudariam a dar consistência cada vez mais específica e pormenorizada aos direitos gerais e vagos contidos na Declaração Universal¹¹.

É necessário que os direitos e deveres considerados universais sejam aplicados pelos Estados-nação signatários de convenções e que existam formas mais precisas de punir violações internacionais de direitos humanos, principalmente porque, ao contrário do que era previsto pelos liberais clássicos, o processo de internacionalização da economia na atualidade “[...] tem demonstrado como alguns efeitos perversos do processo de globalização ignoram direitos básicos da pessoa humana”, como o aumento da corrupção, “[...] a exploração do trabalho infantil, a escravidão branca, o crime organizado, etc.”¹².

Outros ideais liberais, mais precisamente do universalismo liberal ocidental, como especificado por Hall¹³, eram os da cidadania universal e da neutralidade cultural do estado, que deixaram um “[...] vazio entre ideal e prática, entre igualdade formal e igualdade concreta, entre liberdade negativa e positiva [...]”, pois como dito por ele, “[...] os direitos de cidadania nunca foram universalmente aplicados – nem aos afro-americanos pelas mãos dos Pais Fundadores dos EUA nem aos sujeitos coloniais pelo governo imperial”.

As pessoas migram por diversos motivos, como desastres e alterações climáticas “[...] guerras, conquistas, exploração do trabalho, colonização, escravidão, semiescravidão, repressão política, guerra civil e subdesenvolvimento econômico”¹⁴, sendo que, conforme Franguiadakis¹⁵ a lógica econômica tem prevalecido no que concerne aos problemas migratórios desde o fim dos anos 1980 e, nesse contexto, o campo político tem-se preocupado com a gestão dos problemas da “[...] presença na sociedade de pessoas que trazem problemas, que não deveriam e que não devem mais estar aí”, assim os fenômenos sociais e políticos são

¹⁰MBAYA, Etienne-Richard. **Gênese, evolução e universalidade dos direitos humanos frente à diversidade de culturas**, p. 17 e 18.

¹¹MBAYA, Etienne-Richard. **Gênese, evolução e universalidade dos direitos humanos frente à diversidade de culturas**, p. 19.

¹²BARRETO, Vicente de Paulo. **Multiculturalismo e direitos humanos: um conflito insolúvel?**, p. 304.

¹³HALL, Stuart. A questão multicultural. In: **Da diáspora: identidades e mediações culturais**. Tradução de Adelaine La Guardia Resende et al. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2009, p. 74.

¹⁴HALL, Stuart. **A questão multicultural**, p. 53.

¹⁵FRANGUIADAKIS, Spyros. A pragmática do asilo: política de acolhimento e os limites do espaço público. In: GEDIEL, José Antônio Peres. GODOY, Gabriel Gualano de. (Org.). **Refúgio e hospitalidade**. Curitiba: Kairós Edições, 2016, p. 203 e 204.

considerados problemas de segurança, causados pela presença do outro, espalhando-se a ideia de que “[...] para que a sociedade não tenha problema, deve-se rejeitar o outro, um outro cuja causa é considerada perigosa”.

Como diria Ruiz¹⁶,

Seguindo este breve percurso sobre a disputa (de poder) pela apropriação do símbolo da dignidade, nos encontramos com uma quarta categoria de excluídos da dignidade natural, os estrangeiros. O estrangeiro, mesmo que trabalhe, pague impostos e cumpra os deveres de qualquer cidadão, nunca obteve o reconhecimento de cidadão e sempre foi reconhecido como um estranho, e não como um igual. Sua identidade é a do estranho que, não sendo igual a nós, não pode ter os mesmos direitos sociais.

Em suma, verificou-se com esse capítulo que o conceito de cidadão enquanto membro de Estados-nação soberanos impacta na formulação e na manutenção dos direitos humanos tanto de forma positiva quanto negativa. Enquanto status jurídico-moderno, o conceito foi capaz de quebrar as amarras do indivíduo com a divisão estamental de classes, mas enquanto conceito interligado a um mundo autodenominado cosmopolita, o impacto é negativo, pois cria amarras entre os indivíduos e a própria figura do Estado, de modo que quando utilizado nos contextos migratórios, ao invés de ser emancipador, na maioria das vezes é restritivo.

2 A ATUAÇÃO DO ESTADO BRASILEIRO ANTE A MIGRAÇÃO VENEZUELANA

A imigração, em geral, é ocasionada pela crise econômica vivenciada por um país, bem como por perseguições e/ou discriminações de cunho religioso, político, étnico e cultural. Dessa forma, a crise enfrentada pela Venezuela se trata de uma crise socioeconômica e política que ensejou o início do atual movimento migratório de venezuelanos ao Brasil, mais especificamente no estado de Roraima, ascendendo-se a cada ano, uma vez que os venezuelanos buscam se libertar da pobreza, das perseguições, das graves violações de seus direitos e dos conflitos políticos que permeiam o seu país, bem como alcançar direitos básicos e fundamentais para uma vida digna.

Nesse sentido, Suzuki¹⁷ aponta dados informados pela polícia federal que demonstram a quantidade de solicitações de refúgio feitas por venezuelanos ao Brasil entre os anos de 2014 a 2016:

Cada vez mais é possível observar o aumento no número de imigrantes venezuelanos que buscam refúgio no Brasil. Dados da Polícia Federal apontam que a quantidade de venezuelanos que solicitaram refúgio em Roraima entre 2014 e 2016, teve um aumento de 22.122%. Deste modo, se em 2014 apenas nove solicitações foram feitas, em 2015 foram duzentos e trinta pedidos e em 2016 esse número chegou a dois mil duzentos e trinta solicitações de refúgio.

¹⁶ RUIZ, Castor M. M. Bartolomé. **O (ab)uso da tolerância na produção das subjetividades flexíveis**, p. 132 e 133.

¹⁷ SUZUKI, Lilian Silva do Amaral. **Trajetórias Ocupacionais de Imigrantes no Mercado de Trabalho Formal Brasileiro**. Tese (Doutorado em Sociologia). Programa de Pós-Graduação em Sociologia. Universidade Federal de Goiás. Goiânia, 2018. p. 87.

Ainda, Nogara e Wobeto¹⁸ destacam o aumento considerável do número de venezuelanos que migraram para o Brasil desde o ano de 2014 até o ano de 2018, o que denota a precariedade que vivenciam em seu país de origem:

O aumento da imigração venezuelana para países vizinhos tem sido constante, principalmente desde o ano de 2014, frente ao acirramento do contexto de crise interna do país. Relatório formulado pela ACNUR sobre a situação na Venezuela (2018), estima em cerca de 1,5 milhão o número total de venezuelanos imigrantes, destacando o aumento em 2.000% das solicitações de asilo por parte dos venezuelanos desde 2014. Se em 2014 foram realizadas 4.040 solicitações de asilo, em 2017 este número chegou a 94.284, totalizando mais de 140 mil solicitações entre 2014 e 2017. Em meados de 2018, o número médio de chegadas de imigrantes venezuelanos em países vizinhos atingiu a cifra de 5.000 por dia. Estudo da Organização Internacional para as Migrações (OIM) apontou que o número de venezuelanos vivendo no exterior aumentou de 697.526, em 2015, para 1.622.109, em 2017, comprovando que os conflitos em curso têm significativa tendência a gerar um significativo incremento dos fluxos migratório.

Todavia, ao ingressarem no Brasil, os refugiados venezuelanos enfrentam dificuldades linguísticas, de inserção no mercado de trabalho, de conquista de uma moradia em conformidade com o esperado e de acesso a condições mínimas de saúde. Além disso, encontram outros desafios, os quais envolvem a inclusão em uma nova cultura e, conseqüentemente, o preconceito gerado pela xenofobia, que se caracteriza pela prática de ações de discriminação, de ódio e de intolerância, “sendo muitas vezes rejeitados e confundidos com foragidos ou pessoas que cometeram crimes em seus países e fugiram para o Brasil, ou ainda como ameaças à garantia dos direitos sociais da população local”¹⁹.

Nesse contexto, observa-se a realização de ações institucionais pelo Estado e por entidades que, dentre seus fins, promovem um acolhimento imediato e emergencial àqueles que estão em situação de carência, a fim de sanar as principais necessidades básicas dos imigrantes e dos refugiados e de conceder, ao menos, uma proteção social. Assim, o acolhimento consiste em alocar essas pessoas em alojamentos para que recebam alimentação e amparo até que sejam estabelecidos os locais definitivos que irão residir, sendo que os abrigos provisórios instalados em Roraima são destinados para as famílias, os casais com ou sem filhos, as mulheres e as crianças²⁰.

O Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados(ACNUR), criado em dezembro de 1950 por meio de uma resolução da Assembleia Geral das Nações Unidas, inicialmente, objetivava alojar refugiados europeus sem moradia após a Segunda Guerra Mundial. Em 1967, foi reformada a Convenção da ONU de 1951, que regia os refugiados e fundamentava o trabalho do ACNUR, ampliando o seu território de atuação, o qual deixou de ficar restrito às fronteiras europeias e às vítimas da Segunda Guerra Mundial. Contudo, apenas

¹⁸NOGARA, Tiago Soares; WOBETO, Victor Leão. Implicações da Crise Migratória Venezuelana para as Políticas Brasileiras de Segurança e Defesa: Perspectivas para o Equacionamento de Conflitos. **Espaço Aberto**. Rio de Janeiro, vol. 9, n. 1, 2019. p. 29.

¹⁹ SOARES, Carina de Oliveira. **O direito internacional dos refugiados e o ordenamento jurídico brasileiro: Análise da efetividade da proteção nacional**. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito. Universidade Federal de Alagoas, Maceió, 2012. p. 224.

²⁰ FÉLIX, Jackson. **13º abrigo para refugiados venezuelanos é aberto em Roraima**. Disponível em: <<https://g1.globo.com/rr/roraima/noticia/2018/10/22/13o-abrigo-para-refugiados-venezuelanos-e-aberto-em-roraima.ghtml>>. Acesso em: 22 jul. 2019.

em 1995 a Assembleia Geral das Nações Unidas responsabilizou o ACNUR pela proteção e pela assistência dos refugiados, solicitantes de asilo, deslocados internos, apátridas e retornados mundialmente²¹.

Assim, diversas organizações no Brasil, como a Cáritas Arquidiocesana de São Paulo (CASP), a Cáritas Arquidiocesana do Rio de Janeiro (CARJ), o Centro de Defesa dos Direitos Humanos de Guarulhos (CDDH) e o Instituto Migrações e Direitos Humanos (IMDH), são parceiras do ACNUR, o que torna viável a realização de suas ações, tendo em vista o aumento considerável de refugiados no país. Além disso, o ACNUR conta com o apoio de outras organizações da sociedade civil, do Poder Judiciário, do setor privado, das universidades e dos indivíduos que se mostram interessados com a causa dos refugiados, formando uma rede de apoio que totaliza 67 entidades atuantes em todo o território brasileiro, capazes de propiciarem a execução de políticas públicas e de iniciativas que beneficiem os refugiados²².

Cumprе ressaltar que as medidas adotadas para a integração dos venezuelanos ao território brasileiro buscam a reconstrução de suas vidas. Para tanto, as ações realizadas estão vinculadas à assistência médica, à alimentação, à moradia, à aprendizagem da língua pátria, à segurança e ao encontro de um emprego formal que os permita a subsistência digna no país, evitando, assim, que se prolifere “[...] as adesões à informalidade laboral, à execução de atividades ilícitas e as ocorrências de conflitos entre estrangeiros e parcelas minoritárias da população brasileira [...]”²³.

Quanto à atuação estatal, este pode garantir a proteção internacional dos refugiados por meio da ratificação dos instrumentos internacionais que versam sobre os refugiados, da inserção da proteção internacional em sua legislação nacional e da execução de políticas de cautela e de amparo²⁴. Nessa perspectiva, o art. 4º, inciso II e X, da Constituição Federal²⁵, determina que o Brasil será regido, dentre outros princípios, pela prevalência dos direitos humanos e pela concessão de asilo político, bem como o art. 5º, caput, cita que será dispensado aos brasileiros e aos estrangeiros tratamento igualitário, sem distinção de qualquer natureza, sendo assegurada a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.

Além disso, vislumbra-se a Lei 9.474, de 22 de julho de 1997²⁶, que “elaborada nos anos 1990 em um contexto que agrega a ideia contemporânea de globalização, e que demandava ao país a necessidade de reorganização da agenda externa, se impôs no sistema internacional de maneira positiva”²⁷. Tal legislação visou promover a proteção aos refugiados no cenário nacional, visto que não havia nenhuma fundamentação legal anteriormente, sendo considerada moderna na região das Américas por ampliar o conceito de refugiado

²¹ ACNUR, Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados. **Histórico**. 2019. Disponível em: <<https://www.acnur.org/portugues/historico/>>. Acesso em: 21 jul. 2019.

²² ACNUR, Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados. **Protegendo Refugiados no Brasil e no Mundo**. 2019. Disponível em: <https://www.acnur.org/portugues/wp-content/uploads/2018/02/Protegendo-Refugiados-no-Brasil-e-no-Mundo_ACNUR-2018.pdf>. Acesso em: 21 jul. 2019.

²³ NOGARA, Tiago Soares; WOBETO, Victor Leão. **Implicações da Crise Migratória Venezuelana para as Políticas Brasileiras de Segurança e Defesa: Perspectivas para o Equacionamento de Conflitos**. p. 30.

²⁴ SOARES, Carina de Oliveira. **O direito internacional dos refugiados e o ordenamento jurídico brasileiro: Análise da efetividade da proteção nacional**. p. 218.

²⁵ BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 18 mai. 2019.

²⁶ BRASIL. **Lei nº 9.474, de 22 de julho de 1997**. Define mecanismos para a implementação do Estatuto dos Refugiados de 1951, e determina outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9474.htm>. Acesso em: 22 jul. 2019.

²⁷ CARVALHO, Danielle Brígida. **Refugiados no Brasil: O tratamento jurídico-administrativo dos venezuelanos em situação de refúgio no território nacional**. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito). Faculdade de Direito. Universidade Federal de Uberlândia. Uberlândia, 2018. p. 9-10.

ao abranger todo o indivíduo que deixa seu país de nacionalidade devido a grave e generalizada violação dos direitos humanos²⁸. Dessa forma, destacam-se os pontos mais relevantes constantes na Lei 9.474/97:

[...] (1) o estabelecimento do CONARE como órgão multifacetado e encarregado das decisões em primeira instância sobre a concessão do refúgio e das políticas públicas para os refugiados, como mencionado; (2) o estabelecimento de um procedimento específico para a concessão do refúgio; (3) o fato de ser um diploma específico sobre refugiados não misturando a proteção a esses com temas gerais de migração; (4) a permissão para obtenção de documentos pelos solicitantes de refúgio, e (5) o fato de elencar soluções duráveis para os refugiados. Esses pontos são importantes, pois auxiliam a realização dos programas de proteção, assistência e integração da população refugiada²⁹.

Cabe salientar que a Lei nº 13.445, sancionada em 24 de maio de 2017, denominada como Lei de Migração³⁰, traz novas diretrizes sobre o tratamento que deve ser dispensado aos migrantes e visitantes, além de apontar os seus direitos e os seus deveres e estabelecer os princípios e as diretrizes para as políticas públicas ao emigrante. A legislação “rompeu com a lógica da segurança nacional que enxergava no estrangeiro uma ameaça ou perigo efetivo. Ao invés disso, a nova lei passa a compreender os estrangeiros numa perspectiva dos direitos humanos [...]”³¹, estando de acordo com as garantias previstas na Constituição Federal do Brasil de 1988. Ainda, sobre a Lei de Migração, Suzuki³² aponta as principais alterações quanto aos migrantes:

Dentre os principais pontos de mudança observados nessa lei é possível destacar: a diminuição da burocracia para se requerer o visto permanência no país; proteção aos apátridas; determinação da existência de visto temporário específico para o migrante que se encontra em situação de “acolhida humanitária” (pessoas que estão fugindo de alguma situação no país de origem, mas que não se enquadram na lei do refúgio); oportunidade de regularização da situação aos migrantes que não possuem documentação ou que estão no país de modo irregular; o fim da proibição de imigrantes de participarem de qualquer atividade de natureza política, como reuniões políticas ou sindicatos e o fim da prisão por situação irregular.

Mais recentemente, considerando o elevado número de venezuelanos que imigram ao Brasil e a situação de vulnerabilidade que se encontram, elaborou-se a Lei 13.684, de 21 de junho de 2018³³, a qual disciplina acerca de medidas de assistência emergencial que devem ser adotadas pelos estados brasileiros, de acordo com o seu orçamento, a fim de acolher aqueles que se encontram em situações precárias decorrentes do fluxo migratório provocado pela crise humanitária. Desse modo, “os objetivos principais da nova lei são

²⁸ ACNUR, Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados. **Protegendo Refugiados no Brasil e no Mundo**.

²⁹ JUBILUT, Liliana Lyra. A Acolhida da População Refugiada em São Paulo: a sociedade civil e a proteção aos refugiados. In: SILVA, César Augusto S. da (Org.). **Direitos Humanos e Refugiados**. Dourados: Ed. UFGD, 2012. p. 44.

³⁰ BRASIL. **Lei nº 13.445, de 24 de maio de 2017**. Institui a Lei de Migração. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13445.htm>. Acesso em: 22 jul. 2019.

³¹ SILVA, Edielson de Souza; WAGNER, Daize Fernanda. A Nova Lei de Imigração e a Caracterização do Fluxo Migratório dos Venezuelanos no Brasil. **Caderno de Relações Internacionais**. Recife, vol. 9, n. 16, jan/jun 2018. p. 34.

³² SUZUKI, Lilian Silva do Amaral. **Trajetórias Ocupacionais de Imigrantes no Mercado de Trabalho Formal Brasileiro**. p. 73.

³³ BRASIL. **Lei nº 13.684, de 21 de junho de 2018**. Dispõe sobre medidas de assistência emergencial para acolhimento a pessoas em situação de vulnerabilidade decorrente de fluxo migratório provocado por crise humanitária; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/Lei/L13684.htm>. Acesso em: 22 jul. 2019.

garantir os direitos básicos aos refugiados: saúde, proteção social, educação de qualidade, respeito aos Direitos Humanos, entre outras garantias”³⁴.

Além disso, o artigo 5º, § 4º, do mesmo diploma legal³⁵, alude sobre medidas vinculadas à política de mobilidade e distribuição dos imigrantes, havendo a possibilidade de mudança para outros estados do território nacional, retorno ao país de origem ou assentamento em um terceiro país, desde que haja a anuência prévia dos interessados. Nesse sentido, “[...] centenas de refugiados e migrantes venezuelanos foram enviados a diversos estados brasileiros, como Rio Grande do Sul, Amazonas e São Paulo”³⁶.

Resende e Leão³⁷ afirmam que “[...] o estado de Roraima possui dificuldades para garantir os direitos básicos de sua população, dessa forma, enviar os refugiados e migrantes a outros estados faz com que Roraima sintam-se menos pressionada pelos refugiados emigrantes”. Ademais, “[...] os venezuelanos também são beneficiados ao partirem para outros estados, pois os refugiados e migrantes podem ir para estados que possuem mais capacidade de garantir os direitos básicos de sua população”³⁸.

Diante disso, o Brasil é um dos países que mais acolhe refugiados, sendo visto como modelo para os demais pela modernidade de sua norma interna sobre o refúgio. Por conseguinte, a sua legislação é considerada pela Organização das Nações Unidas um paradigma para a elaboração de uma legislação universal entre os países da América do Sul³⁹.

Ressalta-se que “[...] o Brasil tem demonstrado compromisso e sensibilidade às principais crises humanitárias da atualidade, não só aquelas enfrentadas pelos países vizinhos”⁴⁰. No entanto, apesar de o país ter recebido os venezuelanos e de atuar de forma a garantir o direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, ainda não é o suficiente para atender às suas necessidades de forma eficaz, tendo em vista o elevado número de refugiados que adentram no país e a dificuldade de inserção destes nas políticas públicas.

Outro ponto que merece destaque é o racismo e a discriminação sofrida pelos refugiados, que culminam em sua exclusão no país receptor⁴¹, uma vez que parcela dos nacionais resiste “[...] à presença do refugiado tido como um estrangeiro que vem utilizar os benefícios sociais que o governo deveria destinar à população brasileira, carente de tantos serviços e políticas sociais”⁴². Por isso, “evitar a dupla vitimização dos

³⁴ RESENDE, Aurélio Alyson Alves; LEÃO, Gustavo Olímpio Rocha. A Crise dos Refugiados Venezuelanos sob a Ótica dos Direitos Humanos e da Segurança Internacional. *Anais da III Semana Acadêmica de Relações Internacionais da UNILA*. Disponível em: <https://dspace.unila.edu.br/bitstream/handle/123456789/4255/SARI_2019_77-92.pdf?sequence=1&isAllowed=y> Acesso em: 12 jul. 2019.

³⁵ BRASIL, 1988.

³⁶ RESENDE, Aurélio Alyson Alves; LEÃO, Gustavo Olímpio Rocha. *A Crise dos Refugiados Venezuelanos sob a Ótica dos Direitos Humanos e da Segurança Internacional*. p. 89.

³⁷ RESENDE, Aurélio Alyson Alves; LEÃO, Gustavo Olímpio Rocha. *A Crise dos Refugiados Venezuelanos sob a Ótica dos Direitos Humanos e da Segurança Internacional*. p. 89.

³⁸ RESENDE, Aurélio Alyson Alves; LEÃO, Gustavo Olímpio Rocha. *A Crise dos Refugiados Venezuelanos sob a Ótica dos Direitos Humanos e da Segurança Internacional*. p. 89.

³⁹ SOARES, Carina de Oliveira. *O direito internacional dos refugiados e o ordenamento jurídico brasileiro: Análise da efetividade da proteção nacional*. p. 218.

⁴⁰ CARVALHO, Danielle Brígida. *Refugiados no Brasil: O tratamento jurídico-administrativo dos venezuelanos em situação de refúgio no território nacional*. p. 19.

⁴¹ CARNEIRO, Wellington Pereira; COLLAR, Janaina Matheus. Reflexões sobre a Questão Racial e Refúgio no Sistema Brasileiro. In: SILVA, César Augusto S. da (Org.). *Direitos Humanos e Refugiados*. Dourados: Ed. UFGD, 2012. p. 74.

⁴² CARNEIRO, Wellington Pereira; COLLAR, Janaina Matheus. *Reflexões sobre a Questão Racial e Refúgio no Sistema Brasileiro*. p. 74.

refugiados por motivos raciais é uma tarefa fundamental da política nacional e um fator que deve ser considerado como está ocorrendo, de forma crescente no Brasil, ainda que haja muito a ser feito”⁴³.

Por fim, para que se efetive a inclusão dos imigrantes e dos refugiados venezuelanos no seio social, faz-se primordial que sejam implementadas políticas capazes de promover a sua aceitação pelos cidadãos que residem no país de acolhida, visando diminuir a prática da xenofobia, bem como que sejam realizadas ações que permitam acesso aos direitos básicos e fundamentais, contribuindo para uma vida digna. Desse modo, a colaboração entre as instituições públicas locais juntamente com o governo federal e a sociedade civil na execução de políticas públicas aumentam as chances de se alcançar a eficácia dos direitos econômicos, sociais e culturais dos refugiados⁴⁴.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo foi dividido em dois capítulos, sendo que no primeiro, abordou-se a vinculação entre os Direitos Humanos e o conceito de “cidadão” (enquanto indivíduo ligado a Estados-nação soberanos), analisando-se - perante uma constituição global que se diz “cosmopolita” -, o impacto dessa relação para os imigrantes.

Foi possível observar, a partir disso, que os Estados-nação soberanos exercem grande influência sobre a construção e aplicabilidade dos Direitos Humanos. Isso porque, quando da libertação dos indivíduos da divisão estamental classista, existente antes das revoluções burguesas, não houve completa desvinculação do indivíduo com o sistema, muito pelo contrário. Originou-se uma nova forma de vincular as pessoas aos Estados, e a essa forma deu-se o nome de “cidadania”.

A partir da cidadania, então, os indivíduos viram-se obrigados a manter vínculos Estatais. E embora se diga que o mundo atual é cosmopolita e aberto para todos os indivíduos (de todos os lugares, classes e raças) percebe-se que na prática, a consanguinidade e territorialidade ainda tem grande poder sobre sua vida.

Assim, é possível concluir que quando o conceito de cidadania é utilizado em contextos migratórios, o mesmo perde as funções emancipatórias a ele dadas quando das revoltas da burguesia em busca da não divisão em classes, e ganha conotações restritivas, que afetam a vida dos imigrantes de modo muito degradante e desabonador.

Já o segundo capítulo, tratou da atual situação que se encontram os imigrantes e os refugiados venezuelanos, destacando-se as dificuldades de cunho econômico, social e cultural enfrentadas quando adentram no território brasileiro. Nesse sentido, foram apresentadas as ações realizadas pelas instituições não-governamentais e pelo Estado que promovem uma melhor acolhida àqueles que vislumbram em um novo país uma chance de reconstruírem as suas vidas.

Ainda, demonstrou-se as legislações brasileiras infraconstitucionais que se vinculam à temática, as quais são consideradas pela Organização das Nações Unidas exemplos a serem observados na elaboração de uma legislação universal entre os países da América do Sul, tendo em vista a vasta proteção que é direcionada

⁴³ MILESI, Rosita; CARLET, Flavia. Refugiados e Políticas Públicas. In: SILVA, César Augusto S. da (Org.). **Direitos Humanos e Refugiados**. Dourados: Ed. UFGD, 2012. p. 88.

⁴⁴ MILESI, Rosita; CARLET, Flavia. **Refugiados e Políticas Públicas**. p. 88.

aos imigrantes e aos refugiados. Também, destacou-se a prática da xenofobia por meio de ações de discriminação, de ódio e de intolerância aos migrantes, que são perpetradas pela sociedade em virtude de visualizarem a presença dos estrangeiros em seu território como uma ameaça à garantia dos seus direitos sociais.

Por fim, verificou-se a importância da atuação do Estado e da sociedade para dirimir os obstáculos vivenciados pelos imigrantes e pelos refugiados no que tange à sua aceitação no seio social e à concretização dos seus direitos básicos e fundamentais. Por meio da integração entre os órgãos públicos e a sociedade se torna possível obter a eficácia das políticas públicas desenvolvidas a fim de conceder os direitos econômicos, sociais e culturais aos migrantes.

REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

ACNUR, Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados. **Histórico**. 2019. Disponível em: <<https://www.acnur.org/portugues/historico/>>. Acesso em: 21 jul. 2019.

ACNUR, Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados. **Protegendo Refugiados no Brasil e no Mundo**. 2019. Disponível em: <https://www.acnur.org/portugues/wp-content/uploads/2018/02/Protegendo-Refugiados-no-Brasil-e-no-Mundo_ACNUR-2018.pdf>. Acesso em: 21 jul. 2019.

BARRETO, Vicente de Paulo. Multiculturalismo e direitos humanos: um conflito insolúvel? In: BALDI, César Augusto. (Org.). **Direitos humanos na sociedade cosmopolita**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

BELLOSO MARTÍN, Nuria. Los derechos sociales en tiempos de crisis: un nuevo reto para el Estado Social. In: GORCZEWSKI, Clovis (Org.). **Direitos humanos e participação política**, vol. 3. – Porto Alegre: Imprensa Livre, 2012.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 18 mai. 2019.

BRASIL. **Lei nº 13.445, de 24 de maio de 2017**. Institui a Lei de Migração. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/13445.htm>. Acesso em: 22 jul. 2019.

BRASIL. **Lei nº 13.684, de 21 de junho de 2018**. Dispõe sobre medidas de assistência emergencial para acolhimento a pessoas em situação de vulnerabilidade decorrente de fluxo migratório provocado por crise humanitária; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/Lei/L13684.htm>. Acesso em: 22 jul. 2019.

BRASIL. **Lei nº 9.474, de 22 de julho de 1997**. Define mecanismos para a implementação do Estatuto dos Refugiados de 1951, e determina outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9474.htm>. Acesso em: 22 jul. 2019.

CARNEIRO, Wellington Pereira; COLLAR, Janaina Matheus. Reflexões sobre a Questão Racial e Refugio no Sistema Brasileiro. In: SILVA, César Augusto S. da (Org.). **Direitos Humanos e Refugiados**. Dourados: Ed. UFGD, 2012. p. 57-75.

CARVALHO, Danielle Brígida. **Refugiados no Brasil: O tratamento jurídico-administrativo dos venezuelanos em situação de refúgio no território nacional**. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito). Faculdade de Direito. Universidade Federal de Uberlândia. Uberlândia, 2018.

FÉLIX, Jackson. **13º abrigo para refugiados venezuelanos é aberto em Roraima**. Disponível em: <<https://g1.globo.com/rr/roraima/noticia/2018/10/22/13o-abrigo-para-refugiados-venezuelanos-e-aberto-em-roraima.ghtml>>. Acesso em: 22 jul. 2019.

FRANGUIADAKIS, Spyros. A pragmática do asilo: política de acolhimento e os limites do espaço público. In: GEDIEL, José Antônio Peres. GODOY, Gabriel Gualano de. (Org.). **Refúgio e hospitalidade**. Curitiba: Kairós Edições, 2016.

HALL, Stuart. A questão multicultural. In: **Da diáspora: identidades e mediações culturais**. Tradução de Adelaine La Guardia Resende et al. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2009.

JUBILUT, Liliana Lyra. A Acolhida da População Refugiada em São Paulo: a sociedade civil e a proteção aos refugiados. In: SILVA, César Augusto S. da (Org.). **Direitos Humanos e Refugiados**. Dourados: Ed. UFGD, 2012. p. 33-56.

JULIOS-CAMPUZANO, Alfonso de. Inmigración y multiculturalidad: Una aproximación desde la universalidad de los derechos. In: JULIOS-CAMPUZANO, Alfonso de; SANTOS, André Leonardo Copetti; LUCAS, Douglas Cesar. **Direitos humanos, imigração e diversidade: dilemas da vida em movimento na sociedade contemporânea**. Ijuí, RS: Ed. Unijuí, 2016.

KANT, Immanuel. **A paz perpétua: Um projeto filosófico**. Tradução: Artur Morão. Universidade da Beira Interior: Covilhã, 2008. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/marcos/hdh_kant_paz_perpetua.pdf>. Acesso em: 04 jul. 2019.

MBAYA, Etienne-Richard. Gênese, evolução e universalidade dos direitos humanos frente à diversidade de culturas. **Revista Estudos Avançados**. n. 30, São Paulo: USP, 1997.

MILESI, Rosita; CARLET, Flavia. Refugiados e Políticas Públicas. In: SILVA, César Augusto S. da (Org.). **Direitos Humanos e Refugiados**. Dourados: Ed. UFGD, 2012. p. 77-97.

NOGARA, Tiago Soares; WOBETO, Victor Leão. Implicações da Crise Migratória Venezuelana para as Políticas Brasileiras de Segurança e Defesa: Perspectivas para o Equacionamento de Conflitos. **Espaço Aberto**. Rio de Janeiro, vol. 9, n. 1, p. 23-42. 2019.

NUSSBAUM, Martha C. **Las fronteras de la justicia: Consideraciones sobre la exclusión**. Paidós: Barcelona, 2012.

RESENDE, Aurélio Alyson Alves; LEÃO, Gustavo Olímpio Rocha. A Crise dos Refugiados Venezuelanos sob a Ótica dos Direitos Humanos e da Segurança Internacional. **Anais da III Semana Acadêmica de Relações Internacionais da UNILA**. Disponível em: <https://dspace.unila.edu.br/bitstream/handle/123456789/4255/SARI_2019_77-92.pdf?sequence=1&isAllowed=y> Acesso em: 12 jul. 2019.

RUIZ, Castor M. M. Bartolomé. O (ab)uso da tolerância na produção das subjetividades flexíveis. In: SIDEKUM, Antônio (Org.). **Alteridade e multiculturalismo**. Ijuí: Ed. Unijuí, 2003.

SILVA, Edielson de Souza; WAGNER, Daize Fernanda. A Nova Lei de Imigração e a Caracterização do Fluxo Migratório dos Venezuelanos no Brasil. **Caderno de Relações Internacionais**. Recife, vol. 9, n. 16, p. 31-55. Jan/jun 2018.

SOARES, Carina de Oliveira. **O direito internacional dos refugiados e o ordenamento jurídico brasileiro: Análise da efetividade da proteção nacional**. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito. Universidade Federal de Alagoas, Maceió, 2012.

SUZUKI, Lilian Silva do Amaral. **Trajetórias Ocupacionais de Imigrantes no Mercado de Trabalho Formal Brasileiro**. Tese (Doutorado em Sociologia). Programa de Pós-Graduação em Sociologia. Universidade Federal de Goiás. Goiânia, 2018.

A INFLUÊNCIA DA *CIVIL LAW* E *COMMON LAW*, ATRAVÉS DA GLOBALIZAÇÃO E DA TRANSNACIONALIZAÇÃO, PARA A FORMAÇÃO DE UM NOVO SISTEMA DE DIREITO

Carla Della Bona¹

Liton Lanes Pilau Sobrinho²

RESUMO

O intercâmbio entre sujeitos de diferentes nacionalidades, pressiona atores internacionais e nacionais de diferentes matizes, em especial do Poder Judiciário para que produzam os instrumentos legais necessários para alicerçar, garantir e balizar as relações que se vão formando. É nesse sentido que o embate de concepções jurídicas historicamente diversas, como o são as duas grandes famílias do direito – *Civil Law* e *Common Law*, acirrado pela premência na busca de solução de conflitos muitas vezes pioneiros, impõe urgência na criação de regulamentações internacionalmente respeitadas. Essa necessária regulamentação jurídica, nacional e internacional, entre atores de diferentes características está, ainda uma vez, sujeita à mediação inescapável de organizações internacionais e transnacionais. Portanto, à necessidade de conhecer os dispositivos de uma nova ordem jurídica mundial necessita ser forjada a partir de uma nova cultura jurídica comum ocidental, a qual deverá incluir civilistas e commolistas. Os aspectos metodológicos a ser utilizados no estudo será a bibliográfica básica, a partir do exame da doutrina jurídica e de artigos publicados acerca do tema. O desenvolvimento do trabalho se dará em duas partes. Em um primeiro momento será analisado a formação e origem da *Civil Law* e da *Common Law*. E, finalmente, será analisado a influência da globalização e da transnacionalização na formação de um sistema de direito miscigenado.

PALAVRAS-CHAVE: Ativismo Judicial; *Common Law*; *Civil Law*; Globalização; Transnacionalização.

ABSTRACT

The exchange between subjects of different nationalities, pressure international and national actors of different shades, especially the Judiciary so that they produce the necessary legal instruments to base, guarantee and mark the relationships that are forming. It is in this sense that the clash of historically diverse juridical conceptions, such as the two great families of law - *Civil Law* and *Common Law*, fierce by the urgency in the search for solution of conflicts often pioneering, imposes urgency in the creation of internationally respected regulations. This necessary legal regulation, national and international, between actors of different characteristics is once again subject to the inescapable mediation of international and transnational organizations. Therefore, the need to know the provisions of a new world legal order needs to be forged from a new common western legal culture, which should include civilians and commolists. The methodological aspects to be used in the study will be the basic bibliographical, from the examination of legal doctrine and published articles on the subject. The work will be done in two parts. At the outset, the formation and origin of *Civil Law* and *Common Law* will be analyzed. Finally, the influence of globalization and transnationalization will be analyzed in the formation of a system of mixed law.

KEYWORDS: Judicial Activism; *Common Law*; *Civil Law*; Globalization; Transnationalization.

INTRODUÇÃO

O processo de tomada de decisão de diversos atores, nacionais e internacionais, em face ao inter-relacionamento entre os países vêm sofrendo, sem que muitos percebam, uma grande transformação. A

¹ Doutoranda em Ciências Jurídicas – CDCJ pelo Programa de Pós-Graduação *Strictu Sensu* em Ciências Jurídicas – PPCJ, da Universidade Vale do Itajaí-UNIVALI. E-mail: carladebona@tpo.com.br/dellabona@upf.br

² Doutor em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos, com pós-doutoramento em Direito na Universidade de Sevilha, Espanha. E-mail: liton@upf.br/liton@univali.br

consequência disto é a crescente utilização, por parte dos juristas, de matérias decisivas produzidas pelos tribunais nacionais e estrangeiros.

Neste sentido, a crescente importância da Jurisprudência como fonte do Direito Brasileiro, tradicionalmente romanista, pode ser interpretada das mais variadas formas. Essa visível evolução da metodologia judiciária pátria deve-se ao crescente inter-relacionamento dos Estados que, ao longo das últimas décadas, tem contribuído para a superação de certos dogmas e princípios nitidamente inadaptados à contemporaneidade.

Assim, ninguém discorda que a Jurisprudência constitui-se na pedra fundamental do Direito da *Common Law*, enquanto que o sistema romano-germânico é notoriamente legicêntrico, herança plenamente consagrada pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Ocorre que, as “discrepâncias”, sempre muito destacadas por juristas do mundo inteiro ao analisarem a importância dada ao *Precedent* e à Lei, na análise dos dois Sistemas *Common Law* e *Civil Law* está se reduzindo no Direito. Altera-se, com isto, o equilíbrio das fontes que, anteriormente, compunham uma equação considerada imutável, conduzindo aparentemente a uma modernização do Direito.

No entanto, as transformações que vêm ocorrendo no Direito dos países que compõem a família de direito romano-germânica não podem somente ser interpretadas como superação de dogmas e princípios, mas, também, como rupturas de paradigmas os quais estavam completamente arraigados no passado.

Tais transformações decorrem, muitas das vezes, em razão da Commolização do direito romano-germânico ou da *Civil Law*, decorrência dos fenômenos da globalização e da transnacionalização do Direito, em especial, em relação a transnacionalização de decisões judiciais capazes de, com maior agilidade, solucionar conflitos judiciais dentro dos Estados da família de direito Civilista.

Neste sentido, a discussão sobre as mutações do Direito e da Sociedade, bem como a questão da influência da globalização e transnacionalização no mundo de hoje faz-se premente e necessária; isto porque, com a entrada de novos atores, nacionais e internacionais, no cenário mundial, acarretou mudanças na forma de se ter e fazer o Direito, tudo na tentativa de não deixar sem solução conflitos decorrentes do chamado “intercâmbio mundial”.

1 IMPORTÂNCIA HISTÓRICA DA *COMMON LAW* E *CIVIL LAW* - CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O processo de tomada de decisão no Poder Judiciário no Direito da família do Sistema Romano-Germânico têm passado, sem que muitos percebam, por uma grande transformação; a “prova” disso é a utilização crescente pelos juristas brasileiros de matérias decisivas³ produzidas pelos Tribunais, nacionais e estrangeiros.

³ Entende-se por matérias decisivas as Jurisprudências e Súmulas; Súmula não é a jurisprudência em si; e, a Jurisprudência é, pois, o conjunto uniforme e constante de decisões judiciais (julgados), ou seja, de soluções dadas pelas decisões dos Tribunais sobre determinadas matérias. GUSMÃO, Paulo Dourado. Introdução à Ciência do Direito. 7.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976, p. 155.

Apesar de se ter consciência de que o Sistema de Direito⁴ da *Civil Law* ou, Romano-Germânico, tem origem na lei escrita, formal, solene, há que se verificar o porquê dessa crescente utilização da jurisprudência⁵ pelos juristas pertencentes aos Países chamados ocidentais.

A Jurisprudência, também chamada de decisões dos Tribunais, ou *precedent*⁶, constituiu o fundamento do Sistema de Direito da *Common Law*, pretensamente contrário ao Sistema de Direito Romano-Germânico que é essencialmente legicêntrico.

A par dessas discrepâncias, sempre muito destacadas por juristas⁷ de todo o mundo, ao analisar-se a importância dada ao *precedent* e à Lei nos dois Sistemas de Direito, *Common Law* e *Civil Law*, vislumbra-se uma redução da linha divisória que separa os mesmos, muito em razão da globalização e transnacionalização das decisões judiciais.

Assim, o equilíbrio das fontes que, antes do século XX, compunham uma equação considerada imutável, foi conduzida, aparentemente, a uma modernização; modernização do Direito no âmbito de uma era juridicamente globalizada, composta por instituições coletivas, entidades supranacionais e transnacionais.

Em razão disto, o direito inglês, ou *Common Law*, superou amplamente o domínio restrito de sua aplicação territorial, expandindo a forma tradicional de ver o Direito para outros povos do mundo; por esta razão, não pode ser compreendido em oposição ao Direito dos países regidos pelos princípios da *Civil Law*.

A maior prova dessa aproximação hodiernamente dita pela *Common Law* e pela *Civil Law* é o sistema misto utilizado pelos EUA, onde a forma escrita, representada pela Constituição Federal Americana convive lado a lado com os *precedents*. Contudo, não ocorre interferência ou qualquer outra forma de intromissão de uma para com as outras.

Porém, para se entender o estágio em que o direito inglês encontra-se hoje, é necessário analisar como o mesmo foi formado. No início da formação do direito inglês, ele foi dividido em quatro períodos distintos. O primeiro deles, e talvez a pedra fundamental da criação da *Common Law* tal qual se conhece atualmente, data do século XI, no ano de 1066, com a conquista da Normandia pelo Rei Guilherme, o Conquistador.⁸ Tal fato fortaleceu o poder da Inglaterra, enriquecido pela experiência administrativa posta à prova no ducado da Normandia; com efeito, a conquista normanda pôe fim à época tribal, trazendo para o interior do espaço territorial inglês, os princípios básicos do feudalismo, já bastante observados na França, na Alemanha e na Itália.⁹

⁴ Sistema Jurídico, ou Sistema de Direito, é um corpo operativo de instituições, procedimentos e normas jurídicas. MERRYMAN, John Henry. **La tradición jurídica romano-canónica**. México: Fondo de Cultura Económica, 1971, p. 13-15.

⁵ A Jurisprudência, fonte bastante difundida no Sistema de Direito Romano-Germânico, significa o pronunciamento dialético dos juízes, como, já diziam os franceses, com certa similitude no plano meramente formal. Não se deve confundir jurisprudência com decisão judicial. Enquanto a decisão judicial é o presente rumo ao futuro, a jurisprudência é o passado que informa o presente. Às vezes, uma decisão judicial pode constituir jurisprudência, mas a sucessão de decisões judiciais vai instruir a jurisprudência. STRENGER, Irineu. **Direito Internacional Privado**. 5.ed. São Paulo: Editora LTr, 2003, p. 122.

⁶ Os *precedents*, fonte primordial do Sistema de Direito da *Common Law*, são regras cuja existência foram reconhecidas pelos juízes nos casos precedentemente submetidos a eles. DAVID, René. **O Direito Inglês**. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 13.

⁷ Juristas como DAVID, René em *Os Grandes Sistemas de Direito Contemporâneo*. São Paulo: Martins Fontes, 2014; MERRYMAN, John Henry em *La Tradición Romano-Canónica*. México: Fondo de Cultura Económica, 1971; SOARES, Guido Fernando Silva em *Common Law – Introdução ao Direito dos EUA*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000; e, SÉROUSSI, Roland em *Introdução ao direito Inglês e Norte-Americano*. São Paulo: Landy Editora, 2001; são alguns que se destacam quando se analisa a lei e o *precedent*.

⁸ DAVID, René. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo**. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 310.

⁹ DAVID, René. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo**. p.315.

Posteriormente, surge o segundo período, pós-conquista, que se estende do ano 1066 a 1485, o qual inicia realmente a inserção da *Common Law* em toda a Inglaterra e em países dominados por ela. A partir deste momento, o Direito Inglês, comum a toda a Inglaterra, será obra exclusiva dos Tribunais Reais de Justiça, também chamados de Tribunais de Westminster.¹⁰

A *Common Law*, antes do início da terceira fase do Direito Inglês, era julgada coercitiva e espreitada por uma perigosa esclerose devido ao formalismo muito acentuado, o que descontentava vivamente os indivíduos. Estes, insatisfeitos com as decisões da *Common Law* voltaram-se para a coroa real para que ela corrigisse alguns excessos dessa ramificação maior do direito inglês.¹¹

Devido a esse formalismo da *Common Law*, surge o terceiro período de formação do direito inglês, o que mais influenciou para que a *Common Law* tomasse a importância que se conhece atualmente, o qual dá início a rivalidade entre a *Common Law* e a *equity*¹², perdurando de 1485 a 1832.

O quarto período na primeira metade do século XIX estendeu-se até o final do século XX¹³, que se caracteriza pela corrente socialista, que busca, sobretudo, o Estado do bem-estar social.¹⁴

Já o direito romano foi sucedido pelo Sistema de Direito da família Romano-Germânica, cuja evolução foi concluída; apesar disto, o Sistema de Direito Romano-Germânico, de modo algum, é a cópia do direito romano, tanto mais que muitos dos elementos da família romano-germânica derivam de fontes diversas do antigo direito romano.¹⁵

A família de Direito Romano-Germânica com o passar do tempo e, principalmente, pelas conquistas romanas nos primeiros séculos da era cristã, difundiu para o mundo a forma de fazer o direito dos pretores de Roma, arraigando este direito nos povos por eles dominados. A criação da família de Direito Romano-Germânica está ligada ao renascimento que se produz entre os séculos XII e XIII no Ocidente europeu¹⁶. Este renascimento manifesta-se em todos os planos; sendo que um dos aspectos mais importantes é o jurídico. A sociedade, com o renascimento das cidades e do comércio, toma de novo consciência de que só o direito pode assegurar a ordem e a segurança necessárias ao progresso.¹⁷

¹⁰ DAVID, René. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo**. p.288.

¹¹ SÈROUSSI, Roland. **Introdução ao Direito Inglês e norte-americano**. São Paulo: Landy Editora, 2001, p.21.

¹² A *equity* consistia nos remédios admitidos e aplicados por uma Corte Real específica, a Corte do Chanceler do Rei. A *equity* correspondia, no século XVII, antes do início do terceiro período, a uma necessidade. Ela era necessária para completar uma *Common Law* demasiado formalista e esclerosada, que o Parlamento era incapaz de reformar. DAVID, René. **O Direito Inglês**. p.09.

¹³ Na figura de democracia de massa de Estados sociais, a forma econômica altamente produtiva do capitalismo foi submetida, pela primeira vez de modo social e mais ou menos harmonizada, à auto-compreensão normativa de Estados constitucionais democráticos. Mas, no mais tardar, desde 1989, a esfera pública percebeu o fim dessa era. Nos países em que o Estado social, ao menos olhando retrospectivamente, é percebido como uma conquista da política social, difundiu-se a resignação. O final do século encontra-se sob o signo do risco estrutural de um capitalismo domesticado de modo social e do renascimento de um neoliberalismo indiferente ao social. HABERMAS, Jürgen. **A Constelação Pós-Nacional**. Ensaios Políticos. Tradução de: Márcio Seligmann Silva. São Paulo: Littera Mundi. 2001. Título original: *Die postnationale konstellation: Politische Essays*. p.64.

¹⁴ DAVID, René. **O Direito Inglês**. p.7.

¹⁵ DAVID, René. **O Direito Inglês**. p.25.

¹⁶ Entre os séculos V e X, houve uma série de penetrações, peripécias e conflitos entre esses dois sistemas de direito. Cada vez que, sobre as ruínas do Império Romano, um Estado começa a se esboçar, cada vez uma estrutura estatal começa a nascer; desse modo, o Direito Romano, velho direito de estado, se revitaliza. É assim que, nos reinos merovíngios, sobretudo na época do império Carolíngio, o Direito Romano sobrepujou, de certa forma, o Direito Germânico. Por outro lado, cada vez que há dissolução desses embriões, desses lineamentos de estados, o velho Direito Germânico triunfa e o Direito Romano cai por vários séculos no esquecimento, só reaparecendo lentamente no fim do século XII e no curso do século XIII. FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. 3.ed. Rio de Janeiro: Nau Editora, 2002, p.58.

¹⁷ DAVID, René. **O Direito Inglês**. p.31.

No cerne do Sistema de Direito Romano-Germânico surgem as Universidades¹⁸, e com elas a difusão de um modelo de organização social, orientando o ensino do Direito para o que se chama de direito positivo, tido e mantido até hoje.

Os glosadores¹⁹, como primeira grande escola, tiveram um trabalho mais limitado na relação com o texto. Muito embora para eles fosse indispensável conhecer todo o texto, ainda assim a glosa é um comentário do texto e segue a sua ordem; os glosadores não queriam usá-la na vida prática, queriam somente comprová-lo como instrumento de razão da verdade da autoridade.²⁰

Com a escola dos pós-glosadores ou comentadores²¹, no século XIV, uma nova tendência se manifesta e um trabalho muito diferente é realizado, o direito romano é devidamente expurgado, submetido a distorções; presta-se a desenvolvimentos inteiramente novos, ao mesmo tempo em que é sistematizado na sua apresentação, de uma forma que contrasta vivamente com o caos do Digesto e o espírito casuístico e empírico dos jurisconsultos de Roma.²²

Finalmente, surge no século XVII, uma nova escola de direito, atuando até o final do século XVIII, a qual pretende sistematizar ainda mais o ensino do direito nas universidades. Esta escola foi denominada de escola de direito natural.²³ A escola de direito natural²⁴ renova completamente a ciência do direito nos seus próprios métodos, pelas tendências axiomáticas e pelo apelo que faz a legislação.

Vê-se, portanto, que a *Common Law* e a *Civil Law* passaram por inúmeras mudanças até chegarem no estágio em que hoje encontram-se; ocorre que, a partir de uma evolução mundial que aconteceu em meados do século XX, e que foi chamada de globalização, o mundo como hoje se conhece ficou “plano”²⁵ e, a planificação mundial não ocorreu somente nas áreas econômica, política e sociocultural²⁶, deu-se, também, na parte jurídica. Assim, algo impensado antes do século XX vem acontecendo gradativamente, que é a

¹⁸ A universidade é uma invenção medieval: embora houvesse escolas na civilização greco-romana, só a partir dos séculos XI e XII pode-se reconhecer a universidade. Naturalmente ela é muito distinta do que hoje chama-se universidade, a não ser pelo fato de dar início à autonomia da ciência ocidental. LOPES, José Reinaldo Lima. **O Direito na História**. São Paulo: Max Limonad, 2000, p.120.

¹⁹ A escola dos Glosadores ou de Bolonha, como também foi conhecida, iniciou-se na Universidade de Bolonha, através do jurista Irnério. Os glosadores têm essa denominação graças às notas (glosas) – interlineares ou marginais, isto é: entre as linhas ou às margens do texto – que faziam à codificação de Justiniano. A escola dos glosadores dominou nos séculos XII e XIII (de 1100 a 1300). Entre os mais importantes glosadores destacam-se: Irnério (conforme já informado o fundador da escola), Búlgaro, Martinho, Hugo, Jacó, Vacário, Azo (autor da mais célebre das sumas) e Acúrsio. Foram eles que possibilitaram o direito romano ser a base do direito privado moderno. ALVES, José Carlos Moreira. **Direito Romano**. Rio de Janeiro: Forense, 18ª Edição Revista, edição digital, 2018, pgs. 87/88.

²⁰ LOPES, José Reinaldo Lima. **O Direito na História**. p.133.

²¹ Os pós-glosadores são chamados de comentadores por terem escrito longos comentários onde fundiam as normas de direito romano, de direito canônico e dos direitos locais, fazendo surgir o que se denominou direito comum. O mais ilustre dos pós-glosadores foi Bártolo, e, depois dele, seu discípulo Baldo. Destacaram-se, ainda, Paulo de Castro e Jasão. ALVES, José Carlos Moreira. **Direito Romano**. pgs. 87/88.

²² DAVID, René. **O Direito Inglês**. p.35.

²³ DAVID, René. **O Direito Inglês**. p.36.

²⁴ O direito natural moderno quer ser um direito do senso comum, pelo qual todos podem chegar às máximas jurídicas. É, no entanto, dominado por saberes competentes, pela mesma razão que a geometria, sendo evidente uma vez aprendida, não é evidente para uma mente não suficientemente treinada. Por isso mesmo, este direito natural teórico e abstrato não é dominado adequadamente nem mesmo pelos juristas não treinados, os leigos, os juízes de municípios ou câmaras, etc. É um direito natural de fato pertencente a letrados, professores, burocratas, mas sobretudo eruditos que, pouco a pouco vão penetrando as condições intelectuais para o advento dos códigos. LOPES, José Reinaldo Lima. **O Direito na História**. p.219.

²⁵ A ideia de utilizar a expressão “mundo plano” deu-se em razão do livro de Thomas L. Friedman – O Mundo é Plano: Uma breve história do Século XXI.

²⁶ Citando o Prof. Paulo Márcio Cruz, quando discorre sobre como repesar da Democracia, o mesmo diz que somente será possível através da pluralidade de culturas que exigem que a liberdade seja vivida a serviço da inclusão social e da igualdade, ambas vividas a serviço da diferença. CRUZ, Paulo Márcio. **Da Soberania à Transnacionalidade: Democracia, Direito e Estado no Século XXI**. Itajaí: Univali Editora, 2014, p. 16.

possibilidade da criação de um novo Sistema de Direito com nuances civilistas e da *common law*, graças a globalização e a possibilidade de transnacionalização do Direito.

2 A INFLUÊNCIA DA GLOBALIZAÇÃO E DA TRANSNACIONALIZAÇÃO DO DIREITO²⁷ NA POSSIBILIDADE DE SURGIMENTO DE UM NOVO SISTEMA DE DIREITO

O processo globalizador, embora ainda detestado por alguns, é reconhecido por quase todos. Isso porque o mundo se tornou menor em virtude das comunicações imediatas, que disseminaram a informação e padronizaram certas condutas, tal qual uma aldeia global.²⁸

Neste sentido, a tendência do processo globalizador, do agrupamento entre as nações, se contrapõe à exacerbação dos nacionalismos. A realidade, no entanto, é que o processo globalizador não é somente o novo dogma dos economistas, mas é, principalmente, a nova racionalidade das instituições internacionais²⁹, transnacionais³⁰, multilaterais e dos Estados nacionais³¹.

É por essa razão que esta nova etapa de desenvolvimento do Estado nacional deu-se em face do fenômeno mundialmente conhecido como Globalização³², o qual trouxe consigo a transnacionalidade³³, através de um Estado mais vinculado a outros atores, nacionais e internacionais, e não somente a Estados-Nações, rompendo com velhos paradigmas e fazendo surgir novas relações de poder e de competitividade.

²⁷ O “direito transnacional” é utilizada para incluir todas as normas que regulam atos ou fatos que transcendem fronteiras nacionais. Tanto o direito público quanto o privado estão compreendidos, como estão outras normas que não se enquadram inteiramente nessas categorias. Tradução livre do texto extraído. JESSUP, Philip C. **Transnational Law**. New Haven: Yale University Press, 1956, p. 2. *Nevertheless I shall use, instead of “international law,” the term “transnational Law” to include all law which regulates actions or events that transcend national frontiers. Both public and private international law are included, as are other rules which do not wholly fit into such standard categories.*

²⁸ O intercâmbio, crescente a cada minuto, entre sujeitos de diferentes nacionalidades, pressiona juristas do mundo inteiro para que produzam os instrumentos legais necessários para alicerçar, garantir e balizar os contatos que se vão formando. E, mais, o papel central das palavras, já tão visceralmente relevante dentro de uma única ordem jurídica nacional, vê-se agora extraordinariamente multiplicado pelo fenômeno, mais freqüentemente citado do que compreendido, da globalização. GHIRARDI, José Garcez (Coord.); SUNDFELD, Carlos Ari; VIEIRA, Oscar Vilhena. **Direito Global**. São Paulo: Max Limonad, 1999, p.307.

²⁹ Pelo termo instituição internacional designam-se os organismos que compõem a sociedade internacional – Estados e organizações internacionais (sujeitos de direito) e as regras de direito que regem o seu comportamento (o direito internacional). Conceito mais voltado para o aspecto jurídico, mas, em verdade, o termo instituição pode ainda abarcar outros entes que não são previstos pela estrutura jurídica internacional ou têm seu *status* indefinido. CARVALHO, Evandro Menezes. **Organização Mundial do Comércio** – Cultura Jurídica, Tradução e Interpretação. Curitiba: Juruá, 2007, p. 45.

³⁰ Apesar de constituírem-se por grandes coletividades de acionistas e administradores, que possuem recursos que excedem os de muitos estados-nações, que operam globalmente e controlam a prestação de serviços públicos essenciais à sobrevivência de importantes massas populacionais, as corporações transnacionais são consideradas sujeitos de direitos e são tratadas como tal tanto pelos direitos nacionais quanto pelo direito internacional. SANTOS, Boaventura de Souza. **Descolonizar el saber, reinventar el poder**. Montevideo, 2010, p. 91.

³¹ A globalização e os avanços tecnológicos resultam de uma intensificação da concorrência entre as empresas. Desconhecendo fronteiras, esta se manifesta pelo crescimento da mobilidade de alguns fatores de produção, especialmente o capital. O fator trabalho, ao contrário, é impregnado de absoluta imobilidade. O tempo das grandes migrações constitui página virada na história da humanidade. O homem pode deslocar-se somente de forma temporária – os trabalhadores sazonais e os turistas -, já que os sistemas nacional e internacional impõem severas restrições à sua mobilidade (passaportes, vistos de entrada e permanência, comprovação de subsistência, vínculo de residência e bens de raiz no país de origem). SEITENFUS, Ricardo. **Relações Internacionais**. Barueri: Manole, 2004, p.186.

³² A vulgarmente denominada “globalização” trata-se de um dos mais fascinantes fenômenos comunicacionais da história humana. O mundo está se tornando, parafraseando a célebre expressão de Marshall McLuhan, uma “Aldeia Global”. Os sistemas sociais que até então eram parciais e separados, devido à impossibilidade tecnológica da comunicação humana em larga escala, passaram a fundir-se em um mega sistema mundial. CARVALHO, Cristiano. **Teoria do Sistema Jurídico**. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2005, p.301.

³³ A expressão “transnacionalidade” é semanticamente ambígua. Muitas vezes é utilizada para se referir, de maneira abrangente, não apenas a ordens, instituições e problemas transnacionais no sentido estrito, mas também a ordens, instituições e problemas internacionais e supranacionais. NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 5ª Tiragem, 2018, p. 84.

Assim, a globalização aparece, segundo esta tipologia, como uma rede de globalismos localizados e de localismos globalizados³⁴, o que faria surgir, a partir de então, o cosmopolitismo³⁵. O homem cosmopolita, não podendo mais fugir do convívio e da parceria estabelecida entre as nações globalizadas, contrapondo-se ao convívio local, tornou inevitável a produção de um direito comunitário.

E, frente aos desenhos globais que pretenderam administrar o mundo, como a cristandade colonial do século XVI ou o imperialismo do século XIX ou a recente globalização neoliberal e militar, o cosmopolitismo tem reivindicado a pretensão moral básica de que “nem a nacionalidade nem as fronteiras estatais, como tais, tem relevância moral em relação com as questões de justiça”^{36, 37}.

Ademais, com o surgimento do Direito Comunitário (Direito, por enquanto, praticado somente na União Europeia, a qual convive diuturnamente com os conflitos surgidos entre a *Civil Law* e a *Common Law*) no mundo globalizado e transnacional de hoje, tem-se uma concepção jurídica fora da exclusividade de cada Estado, para ser o instrumento comum de solução de controvérsias entre os distintos Estados, entre Estados e cidadãos de outro Estado e entre cidadãos de Estados diversos.

Pode-se dizer, então, que o processo de globalização, formador do direito global, não importando se decorrente de um Sistema Civilista ou da *Common Law*, uma vez nascido da interconexão entre os sistemas econômico, social e político dos diferentes Estados nacionais, não pode mais ser visto somente como uma simples abertura de fronteiras e geração de espaço mundial comum, mas, sim, como uma nova forma de ser do direito, envolvendo os mais diferentes setores, atingidos pela internacionalização dos direitos, em especial dos direitos humanos, pela integração regional³⁸ e pela globalização econômica³⁹.

Assim, o papel dos novos atores no atual cenário mundial, especificamente dos juristas nacionais e internacionais, os quais são participantes ativos deste processo globalizador, é de estar preparados para localizar mecanismos lógicos de solução das controvérsias que surgem das disputas propostas não apenas entre os cidadãos de um mesmo Estado, mas, também, de disputas entre diferentes Comunidades Mundiais, diferentes Nações, ou conflitos entre pessoas de diferentes países⁴⁰.

³⁴ ARNAUD, André-Jean. **O Direito entre a Modernidade e Globalização**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p.27.

³⁵ A significação do caráter cosmopolita do homem, advém de sua característica de não viver segregado ou isolado de seus semelhantes; ao contrário, a humanidade sempre revelou como tendência espontânea a necessidade de constituir comunidades. Assim, o considerável intercâmbio que, em todas as ordens da vida, estabeleceu-se entre todos os homens que formam a rudimentária sociedade internacional fez surgir regras jurídicas que a regulam. STRENGER, Irineu. **Direito Internacional Privado**. p.27-28.

³⁶ Frente a los diseños globales que pretenden administrar el mundo, como la cristiandad colonial del siglo XVI o el imperialismo del siglo XIX o la reciente globalización neoliberal y militarista, el cosmopolitismo ha reivindicado la pretensión moral básica de que «ni la nacionalidad ni las fronteras estatales, como tales, tienen relevancia moral en relación con las cuestiones de justicia».

³⁷ SANTOS, Boaventura de Sousa; GARAVITO, César A. Rodríguez (eds). **El derecho y la globalización desde abajo- Hacia una legalidad cosmopolita**. Rubi (Barcelona): Anthropos, 2007, p. 18.

³⁸ Os processos de integração são de natureza econômica e, em um primeiro momento, essencialmente comerciais. Contudo, eles podem atingir amplo leque de assuntos redimensionando, inclusive, alguns elementos estruturais e dogmáticos da organização do Estado. SEITENFUS, Ricardo. **Relações Internacionais**. p.194.

³⁹ A globalização e as interconexões econômicas e humanas cada vez mais intensas entre as sociedades; a crescente gravidade das questões ecológicas; a democratização e as novas noções de legitimidade política; o aumento contínuo da quantidade de agentes econômicos transnacionais e o surgimento de uma sociedade transnacional civil densa e crescentemente ativa; o declínio do uso da força militar em larga escala entre os principais Estados, concomitantemente à expansão paralela de várias outras formas de violência social; e a extensão do desafio que o Estado enfrenta para ser um alicerce legítimo e efetivo na construção da ordem internacional – todos esses processos inexoravelmente levaram a crer que a ordem internacional havia sido recriada e reconceitualizada. Assim, cada vez mais, considera-se que a ordem envolve a criação de normas internacionais que afetam profundamente as estruturas e a organização domésticas dos Estados, investem indivíduos e grupos de Estados de direitos e deveres, além de buscarem incorporar alguma noção de bem comum global. HURRELL, Andrew. **Sociedade Internacional e Governança Global**. São Paulo: Lua Nova, 1999. n.46, 1999.

⁴⁰ Porém, esta posição nem sempre foi assim. A aplicação de normas de direito internacional pelos juízes revela, de maneira geral, desconhecimento desse ramo do Direito e, mais do que isso, incompreensão sobre sua eficácia. No passado, era considerado por muitos verdadeira “perfumaria jurídica”, razão por que, no Brasil, chegou a ser retirado do *currículo* obrigatório das escolas de Direito, e

Entretanto, é importante ressaltar, que apesar deste novo cenário mundial, o Estado continua forte e a prova disso é que nem as empresas transnacionais, nem as instituições supranacionais dispõem de força normativa para impor, sozinhas, dentro de cada território, uma vontade política ou econômica.⁴¹

Já no plano jurídico transnacional poderá ser promovido a existência de um direito solidário voltado à efetivação dos direitos humanos; sendo que, muito provavelmente a intensificação das discussões em torno de um Contrato Social Global para a satisfação das necessidades básicas, dirigido a suprimir as ilegítimas desigualdades socioeconômicas entre as classes, gêneros, etnias, regiões e nações seja uma das soluções a ser levado em consideração para a formação deste novo ordenamento global.⁴²

Além disso, os regimes jurídicos transnacionais irão – como já começa a acontecer – penetrar em espaços nacionais até então fechados⁴³. Os profissionais do direito serão chamados a participar ativamente – muitas vezes fora do controle estatal – na construção de regimes transnacionais e supranacionais, conforme acima ressaltado. E, em determinadas ocasiões, essas ações afetarão o poder e a própria legitimidade dos Estados nacionais e de seus campos jurídicos.⁴⁴

Em razão disto, a transjudicialização vem produzindo um outro efeito relevante ao Direito, que é o ativismo judicial, uma vez que o Poder Judiciário, quando amplia a possibilidade de aplicação do direito internacional sobre temas de direito nacional, poderá vir a criar mecanismos quase que administrativos para ministrar a justiça, alargando o limite dos poderes a ele inerente.

Conceitualmente falando, o ativismo judicial é a atitude dos membros do Poder Judiciário de, por meio de interpretações estendidas, alargarem os limites jurisdicionais estabelecidos para o exercício de seus poderes; significando a judicialização de funções até então tidas como típicas dos poderes Executivo e Legislativo.⁴⁵

Este fenômeno vem, paulatinamente, dando um intenso protagonismo ao Poder Judiciário, fazendo com que o *Civil Law* se aproxime do *Common Law* (não exatamente como o sistema inglês, mas, especialmente, com o Direito Americano) com um evidente processo gradativo de emparelhamento de fontes primárias do direito entre a lei posta e as decisões judiciais, conforme já analisado anteriormente neste artigo.⁴⁶

Assim, pode ser considerado que é com o avanço do processo globalizador que os Sistemas Jurídicos da *Civil Law* e da *Common Law* passaram a se comunicar muito mais entre si, verificando as falhas e, ao

poucas foram as faculdades do país que mantiveram o ensino do Direito Internacional, a despeito da imprudência dos responsáveis pela formulação do programa mínimo do ensino superior. Muitos profissionais do Direito formaram-se com a ideia de que aquele ramo nada significa, senão mero exercício poético sobre o Direito ideal que poderia, com o aprimoramento das relações internacionais, em futuro distante, regular o convívio das nações. Como juízes dotados dessa visão, tornaram-se responsáveis pela formação de jurisprudência sobre matérias de repercussão internacional. MAGALHÃES, José Carlos de. **O Supremo Tribunal Federal e o Direito Internacional uma análise crítica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p.13.

⁴¹ SANTOS, Milton. **Por uma outra globalização: do pensamento único à conscientização universal**. 18. ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Record, 2009, p. 38.

⁴² CRUZ, Paulo Márcio. **Da Soberania à Transnacionalidade: Democracia, Direito e Estado no Século XXI**. pgs. 59/60.

⁴³ Tornou-se comum nos dias de hoje distinguir dois tipos de sociedade, as “abertas” e as “fechadas”. No primeiro tipo, afirma-se existir um vasto campo favorável à decisão pessoal, em que o indivíduo assume a responsabilidade pelos seus próprios atos, ao passo que na sociedade “fechada” existe um modelo tribal ou coletivista, em que a comunidade é completamente dominante e o indivíduo conta pouco ou nada ARNAUD, André-Jean. **O Direito entre a Modernidade e Globalização**. pgs.166-167.

⁴⁴ ARNAUD, André-Jean. **O Direito entre a Modernidade e Globalização**. p.21.

⁴⁵ BODNAR, Zenildo; CRUZ, Paulo Márcio. **A Commolização do Direito Positivo, o Ativismo Judicial e a Crise do Estado**. Revista Novos Estudos Jurídicos - Eletrônica, Vol. 21 – n. 3 – Set-Dez 2016, p. 1343.

⁴⁶ BODNAR, Zenildo; CRUZ, Paulo Márcio. **A Commolização do Direito Positivo, o Ativismo Judicial e a Crise do Estado**. p. 1343.

mesmo tempo, tentando saná-las, gerando uma espécie de Commolização do Direito Positivo⁴⁷.

Historicamente, as primeiras manifestações sobre ativismo judicial ocorreram no início do século XIX, nos Estados Unidos da América, em 1803, no caso Marbury contra Madison, onde a Suprema Corte, dirigida pelo juiz Marshall, julgou inconstitucional o *mandamus* impetrado por Marbury contra Madison para que este lhe empossasse no cargo de juiz de paz, o qual tinha sido nomeado pelo, já ex-presidente, Admas. Assim, timidamente, começou a surgir o controle de constitucionalidade, eis que a Suprema Corte Americana julgou inconstitucional a lei que sustentava o *mandamus* impetrado, fundamentando que não possuía essa competência prevista na Constituição, não podendo ampliar tais efeitos, salvo pela própria Constituição.⁴⁸

Importante referir que, o instituto do ativismo judicial está intimamente interligado com o controle de constitucionalidade exercido pela Suprema Corte Americana.

Já, no Brasil, o controle de constitucionalidade teve início com o surgimento da República, com influência de Rui Barbosa, abandonou-se às influências europeias e apegou-se aos ideários americanos, prevendo controle incidental e difuso através no Decreto nº 880/90 e, posteriormente, na Constituição da República 1891.⁴⁹

Vê-se, então, que a ingerência judicial nos demais Poderes predominantemente dá-se pela interpretação extensiva do magistrado ao aplicar a lei ao caso concreto, vez que as decisões são proferidas com base em solipsismos, ficando a democracia sujeita as convicções pessoais dos Juízos e Tribunais.⁵⁰

Sabe-se, por sua vez, que não há uma imparcialidade perfeita, os Magistrados utilizam vivências próprias, preconceitos, prejulgamentos, senso moral, paixões, rancor, ciúmes, preocupações, fobias, medos, sentimentos irracionais, ainda que, inconscientemente, para compor a decisão. Entretanto, há de se asseverar que sempre encontra-se razão jurídica para o modo de decidir/preensão, ainda mais na era do panprincipalismo⁵¹, o que vem culminar com a destruição da expectativa de comportamento do intérprete.⁵²

Neste sentido, parece haver, a partir de uma regra embrionária, aplicada as cada vez mais complexas situações da vida e da sociedade, o desenrolar de uma poderosa construção da justiça, a qual invade todos os âmbitos da existência e se prolonga nas diversas expressões do direito, da lei, do judiciário, no âmbito da

⁴⁷ Parafraseando o artigo “A Commolização do Direito Positivo, o Ativismo Judicial e a Crise do Estado”, de Zenildo Bodnar e Paulo Márcio Cruz.

⁴⁸ LEAL, Mônia Clarissa Hennig. In: CEBRIÁN, Alfonso Villagómez. et al. **Ativismo Judicial e Déficits Democráticos: Algumas Experiências Latino-Americanas e Europeias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2011, p. 224.

⁴⁹ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Forense, 2014. VitalSource Bookshelf Online.

⁵⁰ STRECK, Lênio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** – 5. ed. e atual. de acordo com as alterações hermenêutico-processuais dos Códigos. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015, p. 23.

⁵¹ *Pan-principalismo*, basta ver o que tem sido feito em nome da “abertura” do direito civil, dos valores a serem descobertos *ao-se-cavar-debaixo-das-cláusulas-gerais* e da construção desenfreada de “princípios” que nada tem de normatividade como “felicidade, afetividade e a *superafetação da dignidade da pessoa humana*”, pelos quais hoje é possível decidir de qualquer modo. Em nome da “abertura principiológica”, criaram-se princípios como do poliamorismo, para reconhecimento de relação de união estável para a concubina concorrer a herança do falecido; princípio da paternidade responsável pelo qual a responsabilidade começa desde a concepção até que seja pertinente um acompanhamento dos filhos pelos pais; princípio da solidariedade familiar, pelo qual o Poder Público, bem como a sociedade, devem promover políticas públicas para garantir as necessidades familiares de pobres e excluídos (isso tudo pode ser bom...mas judiciário não tem a chave do cofre; e mais: atende-se a alguns e o restante fica a ver navios; eis a diferença entre atitudes *ad hoc* e políticas públicas!). STRECK, Lênio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** p. 25.

⁵² ROSA, Alexandre Moraes da. **Deus me livre de ser julgado pelo bom senso**. 20 nov. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-nov-20/limite-penal-deus-me-livre-julgado-bom-senso>>. Acesso em: 24 fev. 2019.

chamada justiça comutativa ou retributiva, distributiva, legal, até chegar a outros direitos universais da pessoa humana e dos povos.⁵³

Dito isto, tem-se que o ativismo judicial, nacional ou internacional, está incrustado no núcleo da atividade jurisdicional nacional, que pode, se bem utilizado, servir, extraterritorialmente, para facilitar a aplicação do Direito em diferentes Estados, tornando a aplicação do direito nacional mais ágil e capaz, tal como exige o mundo global e transnacional que hoje é uma realidade.

Portanto, a globalização e a transnacionalidade podem ser considerados como institutos indispensáveis dentro do Estado, e até mesmo fora dele, para a construção de um novo Sistema de Direito, quíçã global, baseado nas famílias Civilista e da *Common Law*, ante esta visão pública decorrente do Ativismo Judicial.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito, produto cultural, é sempre fruto de uma determinada cultura, por esta razão não pode ser concebido como um fenômeno universal e atemporal.⁵⁴ Como parte do direito que visa à concretização formal da prestação jurisprudencial do Estado, o direito processual não escapa de modo algum à necessária contextualização.

Com efeito, num mundo de globalização caracterizado, entre outros fatores, pela crescente complexidade das relações interpessoais, em particular as jurídicas, a comunidade jurista deve se voltar ao delineamento de um “processo” apto a servir ao mundo globalizado como o atual.⁵⁵

O intercâmbio crescente a cada instante entre sujeitos de diferentes nacionalidades pressiona juristas do mundo inteiro para que produzam os instrumentos legais necessários para alicerçar, garantir e balizar os contratos que se vão formando. É nesse sentido que o embate de concepções jurídicas historicamente diversas, como o são as duas grandes famílias do direito, acirrado pela premência da solução de conflitos muitas vezes pioneiros, impõe urgência na criação de regulamentações internacionalmente respeitadas.

Deste modo, não há como negar, então, que a aproximação dos dois grandes sistemas de direito existentes (*civil law* e *common law*), devido à influência decisiva do processo de globalização e da transnacionalização do Direito, fizeram surgir uma nova visão de como o direito deve ser estudado e colocado em prática; o ativismo judicial é um exemplo disto.

Assim, a contribuição dada ao Direito pelos novos atores, nacionais e internacionais, quando da solução de conflitos antes impensados, fornece uma visão de como diferentes sistemas podem, através de formulação de regras novas, conviver harmoniosamente, alcançando, inclusive, no futuro, um novo sistema de direito ocidental, com nuances Civilistas e da *Common Law*.

⁵³ ZAGREBELSKY, Gustavo; MARTINI, Carlo Maria. **La Exigência de justicia**. Traducción de Miguel Carbonel. Madrid: Minima Trotta, 2006, p. 56.

⁵⁴ GRAU, Eros. **O direito posto e direito pressuposto**. São Paulo: Malheiros, 1998, p.17.

⁵⁵ BUENO, Cássio Scarpinella. **Processo Civil e Globalização: Notas de uma Primeira Reflexão**. In: SUNDFELDT, Carlos Ari; VIEIRA, Oscar Vilhena (Coord.). *Direito Global*. São Paulo: Max Limonad, 1999, p.217.

REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

- ALVES, José Carlos Moreira. **Direito Romano**. Rio de Janeiro: Forense, 18ª Edição Revista, edição digital, 2018.
- ARNAUD, André-Jean. **O Direito entre a Modernidade e Globalização**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- BODNAR, Zenildo; CRUZ, Paulo Márcio. **A Commolização do Direito Positivo, o Ativismo Judicial e a Crise do Estado**. Revista Novos Estudos Jurídicos - Eletrônica, Vol. 21 – n. 3 – Set-Dez 2016.
- BUENO, Cássio Scarpinella. **Processo Civil e Globalização: Notas de uma Primeira Reflexão**. In: SUNDFELDT, Carlos Ari; VIEIRA, Oscar Vilhena (Coord.). *Direito Global*. São Paulo: Max Limonad, 1999.
- CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Forense, 2014. VitalSource Bookshelf Online.
- CARVALHO, Cristiano. **Teoria do Sistema Jurídico**. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2005.
- CARVALHO, Evandro Menezes. **Organização Mundial do Comércio – Cultura Jurídica, Tradução e Interpretação**. Curitiba: Juruá, 2007.
- CRUZ, Paulo Márcio. **Fundamentos do Direito Constitucional**. Curitiba: Juruá Editora, 2003.
- _____. **Da Soberania à Transnacionalidade: Democracia, Direito e Estado no Século XXI**. Itajaí: Univali Editora, 2014.
- _____. **Direitos fundamentais e transnacionalidade: um estudo preliminar**. In: CRUZ, Paulo Márcio; STELZER, Joana. *Direito e transnacionalidade*. Curitiba: Juruá, 2009. p. 173-200.
- DAVID, René. **O Direito Inglês**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- _____. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo**. São Paulo: Martins Fontes, 2014.
- FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. 3.ed. Rio de Janeiro: Nau Editora, 2002.
- FRIEDMAN, Thomas L. **O Mundo é Plano: Uma breve história do Século XXI**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2005. Título original: *The World is Flat: a Brief History of the Twenty-First Century*.
- GHIRARDI, José Garcez (Coord.); SUNDFELD, Carlos Ari; VIEIRA, Oscar Vilhena. **Direito Global**. São Paulo: Max Limonad, 1999.
- GRAU, Eros. **O direito posto e direito pressuposto**. São Paulo: Malheiros, 1998.
- GUSMÃO, Paulo Dourado. **Introdução à Ciência do Direito**. 7.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976.
- HABERMAS, Jürgen. **A Constelação Pós-Nacional**. Ensaios Políticos. Tradução de: Márcio Seligmann Silva. São Paulo: Littera Mundi. 2001. Título original: *Die postnationale konstellation: Politische Essays*.
- HURREL, Andrew. **Sociedade Internacional e Governança Global**. São Paulo: Lua Nova, 1999. n.46.
- IANNI, Octavio. **Teorias da Globalização**. 10.ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.
- JESSUP, Philip C. **Transnational Law**. New Haven: Yale University Press, 1956.
- LEAL, Mônia Clarissa Hennig. In: CEBRIÁN, Alfonso Villagómez. et al. **Ativismo Judicial e Déficit Democráticos: Algumas Experiências Latino-Americanas e Europeias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2011.
- LOPES, José Reinaldo Lima. **O Direito na História**. São Paulo: Max Limonad, 2000.
- MAGALHÃES, José Carlos de. **O Supremo Tribunal Federal e o Direito Internacional uma análise crítica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.
- MERRYMAN, John Henry. **La tradición jurídica romano-canónica**. México: Fondo de Cultura Económica, 1971.
- NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 5ª Tiragem, 2018.
- ROSA, Alexandre Morais da. **Deus me livre de ser julgado pelo bom senso**. 20 nov. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-nov-20/limite-penal-deus-me-livre-julgado-bom-senso>>. Acesso em: 24 fev. 2019.

- SANTOS, Boaventura de Sousa; GARAVITO, César A. Rodríguez (eds). **El derecho y la globalización desde abajo- Hacia una legalidad cosmopolita**. Rubi (Barcelona): Anthropos, 2007.
- SANTOS, Boaventura de Souza. ***Descolonizar el saber, reinventar el poder***. Montevideo, 2010.
- SANTOS, Milton. **Por uma outra globalização: do pensamento único à conscientização universal**. 18. ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Record, 2009.
- SEITENFUS, Ricardo. **Relações Internacionais**. Barueri: Manole, 2004.
- SÈROUSSI, Roland. **Introdução ao Direito Inglês e norte-americano**. São Paulo: Landy Editora, 2001.
- STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** – 5. ed. e atual. de acordo com as alterações hermenêutico-processuais dos Códigos. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.
- STRENGER, Irineu. **Direito Internacional Privado**. 5.ed. São Paulo: Editora LTr, 2003.
- TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do judiciário**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.
- ZAGREBELSKY, Gustavo; MARTINI, Carlo Maria. ***La Exigência de justicia***. Traducción de Miguel Carbonel. Madrid: Minima Trotta, 2006.

ARTIGOS - GT 4 - PODER, GÊNERO E POLÍTICAS PÚBLICAS

XENOFEMINISMO E O USO DE TECNOLOGIAS PARA O DESENVOLVIMENTO DE POLÍTICAS PÚBLICAS SOBRE GÊNERO

Amanda Caroline Zini¹

RESUMO

Para pensar um futuro, faz-se necessário que o indivíduo tenha a capacidade de compreender a realidade em que se está inserido, ao passo de que o feminismo é uma das diversas formas de pensar a realidade contemporânea. Assim, o Xenofeminismo torna-se protagonista quando surge como o feminismo que se adequa às realidades e busca a emancipação feminina por meio das tecnologias, contribuindo para uma política universal capaz de visualizar as necessidades de cada pessoa sem individualizações a respeito de sua etnia, habilidades, poder econômico ou condições sociais. Considerando tais aspectos, traça-se esta pesquisa – com método hipotético-dedutivo, abordagem qualitativa e método de procedimento bibliográfico -, tendo como objetivo discutir a relação do Xenofeminismo com as tecnologias disponíveis para a sociedade desenvolver políticas públicas envolvendo gênero, usando-as de forma estratégica para que seja redesenhada a realidade social no tocante à emancipação das mulheres na atualidade.

PALAVRAS-CHAVE: Gênero; Tecnologia; Políticas Públicas; Xenofeminismo.

ABSTRACT

To think about a future, it's barely necessary that the individual have the capacity to understand the reality that he is in, while the feminism is one of the several ways of thinking the contemporary reality. Thus, xenofeminism becomes protagonist when it emerges as the feminism that fits the realities and seeks the female emancipation through technologies, contributing to a universal policy capable of visualizing the necessities of each person without individualization regarding their ethnicity, abilities, economic power or social conditions. Considering these aspects, this research is traced – with hypothetical-deductive method, qualitative approach and bibliographic procedure method -, aiming to discuss the relation of xenofeminism with the available technologies for the society develop public politics involving gender, using them in a strategic way to redesign the social reality regarding the emancipation of women today.

KEYWORDS: Gender; Technology; Public politics; Xenofeminism.

INTRODUÇÃO

A luta das mulheres por reconhecimento e emancipação deixou reflexos marcantes na sociedade, em especial na sociedade contemporânea. Sua luta por direitos e igualdade desempenhou – e ainda desempenha – importantes atuações para a construção do feminismo contemporâneo. Desde o começo da luta das mulheres, o que se buscava era um movimento político capaz de garantir seus direitos civis - em meio a um sistema patriarcal capitalista - que trabalhe constantemente pelo fim do sistema que ignora os direitos das mulheres.

A inobservância das peculiaridades de cada grupo de pessoas é capaz de dificultar que sejam visualizadas as necessidades de cada um; e na situação feminina não é diferente. As mulheres não fazem parte de um único grupo cujas características são parecidas, mas sim, grupos diversos, que possuem necessidades que só podem ser atendidas se levadas em consideração suas peculiaridades.

¹Mestranda em Direito, com bolsa UPF, pela Universidade de Passo Fundo. Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade de Passo Fundo.

Desta forma, a pesquisa - que se embasa no método hipotético-dedutivo, com abordagem qualitativa e método de procedimento bibliográfico, fundamentando-se em artigos, periódicos e livros -, objetiva discutir relação do Xenofeminismo com as tecnologias que a sociedade tem em mãos atualmente para fins de desenvolvimento de políticas públicas envolvendo o gênero, usando-as de forma estratégica para que se redesenhe a realidade social no tocante à emancipação das mulheres na atualidade.

1 O XENOFEMINISMO

O feminismo contemporâneo, atualmente, desempenha papel latente nos espaços na medida exponencial decorrente da exposição de suas ideias e progressão de movimentos – movimentos, pois, mulheres que integram os mais diversos grupos – e se tornam mais complexos.

As formas de manifestos das massas representam a reprovação da forma precária como vivem as sociedades da contemporaneidade. A reunião de mulheres são uma forma de expressar seu desprezo e demonstrar a importância de sua existência e protagonismo social, isso significa que exigências estão sendo feitas em busca de reconhecimento e valorização².

Refletir acerca das relações sociais modernas e trilhar um sentido diferente ao feminismo - de forma particular no tocante ao uso das tecnologias como forma de se alcançar políticas públicas eficazes - faz com que seja possível perceber de maneira palpável a exclusão capitalista e a privação da mulher, sendo possível compreender a importância da liberdade que luta constantemente por espaço em meio ao emaranhado de relações alienantes que fazem parte do corpo social.

Entre toda esta atividade intelectual, a situação especial das mulheres como um todo – sem distinção de grupos e interesses - vem sendo expandida por meio da teoria feminista que não só provoca reflexões sobre os seus interesses, mas também faz refletir sobre aspectos internos dos seus próprios discursos³.

O xenofeminismo é uma adaptação feminista para com as realidades: um feminismo inteligente e ambicioso cuja visão é sem precedentes, buscando visualizar os mais diversos horizontes, utilizando estrategicamente as tecnologias existentes a fim de re-desenhar o mundo⁴.

O xenofeminismo não é uma teoria fruto de uma revisão bibliográfica acadêmica, tampouco uma monografia que retrate as diferentes teorias feministas sobre a ciências e a tecnologia. O xenofeminismo é um feminismo que estuda o tecnomaterialismo, que é antinaturalista e abolicionista de gênero – além da busca pela emancipação, um dos propósitos ativistas do movimento é a abolição do sistema binarista de gênero -; este, entretanto, será tratado em outro momento⁵.

A discussão sobre esta nova forma de ver e pensar o feminismo ganha ênfase diante da luta do feminismo em se adaptar às novas tecnologias e a uma era global que em constata evolução, onde as situações

²BUTLER, Judith. **Corpos em aliança e a política das ruas**: notas para uma teoria performativa de assembleia. 1 ed. Tradução de Fernanda Siqueira Miguens. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2018. p. 31-32.

³BUTLER, Judith. **Problemas de gênero**: feminismo e subversão da identidade. Tradução de Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003. p. 17.

⁴HESTER, Helen. **Xenofeminismo**: tecnologias de gênero y políticas de reproducción. Traducción de Hugo Salas. Cidade Autónoma de Buenos Aires: Caja Negra, 2018. p. 13.

⁵HESTER, Helen. **Xenofeminismo**: tecnologias de gênero y políticas de reproducción. p. 15-19.

sociais avançam e se modificam constantemente de modo que, muitas vezes, o direito não seja capaz de acompanhar; ou seja, nada deve ser entendido como fixo, permanente ou dado. Para compreender melhor o que isso significa, faz-se necessário compreender alguns dos conceitos utilizados pelo xenofeminismo.

O tecnomaterialismo surge como uma ferramenta para o ativismo através da qual o uso estratégico das tecnologias auxilia a redesenhar o mundo. O antinaturalismo seria o complemento do anterior na medida em que se busca implementar um conjunto de intervenções no mundo, tendo a capacidade de ampliar a liberdade humana. Por último, o abolicionismo de gênero – como o próprio termo já coloca – tem por objetivo abolir o sistema de gêneros binário, pois não são somente as mulheres que necessitam deste apoio, mas todos aqueles que gostariam de viver em um mundo onde as diferenças são respeitadas e acima de tudo compreendidas e respeitadas⁶.

Assim, diante dessa conceituação, nota-se que ser mulher – independentemente do momento em que se encontra a sociedade – é difícil, pois esteve-se e se continua à mercê de todos os tipos possíveis de violência e, somente por meio de novas lutas e reflexões, é que será possível continuar conquistando aos poucos a sua liberdade.

O Xenofeminismo surge como forma de emancipação feminista, ao passo de que este incentiva, além da autodefesa digital e libertação das redes patriarcais, o aprimoramento das liberdades-positivas; ao invés da liberdade para a liberdade, a liberdade para o encorajamento para que feministas aumentem seu poder individual. Mas, para isso se tornar possível, é necessário começar com o basilar, como a educação e a utilização de instrumentos materiais e cognitivos servindo para fins comuns⁷.

Para que se alcance estes ideais, é necessário que o gênero não seja visto como algo que está estampado na pele, não podendo ser visualizado como aquilo que é externalizado, e sim que se enxergue além das condições biológicas, pois a identidade vai além da aparência física; caso contrário, ainda se perpetuará a desvalorização das mulheres⁸.

Diante desta nova forma de pensar o feminismo e da necessidade de políticas públicas que atendam aos interesses dos mais diversos grupos, sopesando suas particularidades, será possível compreender como as tecnologias auxiliam na emancipação das mulheres e na conquista de sua liberdade e direitos. Demonstrando, mesmo em meio a uma sociedade patriarcal capitalista onde suas vozes muitas vezes são silenciadas ou ignoradas, isso não impede nem as desmotiva para com a luta por seus direitos, onde o reflexo está em sua organização social que busca constantemente fazer valer sua identidade.

2 O USO DAS TECNOLOGIAS PARA O DESENVOLVIMENTO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DE GÊNERO

O sistema social - violento e sexista - apresenta problemas que, muito antes de competir às ciências criminais, deveriam competir ao âmbito de políticas públicas capazes de garantir a proteção dos direitos

⁶HESTER, Helen. **Xenofeminismo**: tecnologias de gênero y políticas de reproducción. p. 21-33.

⁷HOOKS, Bell. **O feminismo é para todo mundo**: políticas arrebatadoras. 4 ed. Tradução de Ana Luíza Libânio. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 2018. p. 118.

⁸BUTLER, Judith. **Corpos em aliança e a política das ruas**: notas para uma teoria performativa de assembleia. p. 38

femininos⁹.

A participação é um dos princípios norteadores da administração pública. E é por meio de processos de decisão que permeiam o diálogo que é possível a aproximação da sociedade e da administração pública, aumentando assim a eficiência na elaboração de políticas públicas que atendam os interesses sociais¹⁰.

O estudo sobre gênero se concretizou no Brasil ao fim dos anos 70. Neste mesmo passo, fortalecia-se o movimento feminista no país. Entretanto, a perspectiva do gênero em relação a políticas públicas é, contudo, um tema pouco estudado¹¹.

Desta forma, resta importante que as questões envolvendo gênero e a proteção das mulheres sejam observadas por políticas públicas e programas governamentais e, para tanto, o uso da tecnologia deve ser observado. A revolução tecnológica hoje em curso em todo o mundo deve ser utilizada como ferramenta para garantir a igualdade de gênero e implementar políticas públicas sobre o tema.

Muitos são os aspectos a serem pensados e observados para que seja possível elaborar e planejar formas de implementar políticas públicas de gênero, pois a inclusão da mulher como sujeito de direito e categoria de gênero no âmbito das políticas públicas não tem sido um processo fácil¹².

É preciso legitimidade para que a aproximação entre administração e sociedade seja reforçada, pois somente assim haverá êxito na efetivação das políticas públicas que atendam os interesses da população e no caso em comento das mulheres acima de tudo¹³.

Ao mesmo tempo em que a tecnologia pode auxiliar, pode prejudicar se não observada a necessidade de investimento, tendo em vista a diferença entre as economias desenvolvidas e subdesenvolvidas do mundo.

O que ocorre é a falta de visibilidade em meio a esse processo de busca. Neste passo, faz-se necessário que as mulheres ocupem os espaços; ou seja, as organizações feministas devem estimular a participação das mulheres na tecnologia e, o primeiro passo para que isso se concretize, é torna-las visíveis, desestruturando a ideia de que a tecnologia não é para as mulheres, cabendo salientar o pensamento a seguir¹⁴:

Além da ocupação dos espaços mistos, a criação e fortalecimento de redes feministas, dentro e fora da Internet, têm sido um dos principais propulsores das questões de gênero na atualidade. Entre os casos que apresentamos, a MariaLab, além de construir essa rede de atoras interessadas nas interfaces entre gênero e tecnologia, também tem como objetivo a disseminação e construção de conhecimento.

O movimento pela emancipação da mulher precisou construir “uma nova identidade sobre o que significa ser mulher. Estruturar uma identidade que a diferencia do varão, mas que a situa em igualdade social

⁹ANDRADE, Andressa Paula de. KAZMIERCZAK, Luiz Fernando. As Sufragistas, o direito penal e as mulheres: dóceis, submissas e recatadas. A linguagem da dogmática penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo – SP**, n. 138, 2017. p. 187 – 211. Dez 2017.

¹⁰PEREZ, Marcos Augusto. A participação da sociedade na formulação, decisão e execução das políticas públicas. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org). **Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006.p. 163.

¹¹FARAH, Marta F. S. Gênero e políticas públicas. **Estudos Feministas**, Florianópolis – SC. 2004. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/ref/article/view/S0104-026X2004000100004/7943>>. Acesso em: 13 ago 2019. p.47.

¹²GODINHO, Tatau, SILVEIRA, Maria Lúcia da. Políticas Públicas e igualdade de gênero. In: Godinho, Tatau, Silveira, Maria Lúcia da (org). **Políticas públicas e igualdade de gênero**. São Paulo, Coordenadoria Especial da Mulher, 2004. p. 9.

¹³PEREZ, Marcos Augusto. **A participação da sociedade na formulação, decisão e execução das políticas públicas**. p. 168.

¹⁴ARAUJO, Daniela Camila de. **Feminismo e cultura hacker: interseções entre política, gênero e tecnologia**. Tese (Doutorado em Política Científica e Tecnológica). Instituto de Geociências. Universidade Estadual de Campinas. Campinas - SP, 2018.p. 133.

de direitos e obrigações”¹⁵.

Ao longo das últimas décadas, as inúmeras lesões e exposições sofridas pelas mulheres deram força para o surgimento de diversos movimentos políticos e decisões por parte do Estado com o intuito de oportunizar a máxima proteção a elas e a seus direitos:

Dentre esses estímulos, pode-se enumerar, sobretudo, as atuações dos diferentes grupos feministas e as iniciativas de ONGs patrocinadas por mulheres dentro de múltiplos órgãos de representação nacional que têm trabalhado variados temas afins à questão feminista, *a (não) legalização do aborto, igualdade de gênero, direito das mulheres* enquanto chefes de família, *prevenção de gravidez precoce*, dentre outros¹⁶.

Para que se obtenha maior êxito no alcance das mulheres com relação ao uso das tecnologias, muitas iniciativas devem ser incentivadas, como é o caso das atividades realizadas pelo projeto MariaLab:¹⁷

As atividades com participação exclusiva de mulheres organizadas pelo coletivo têm como objetivo criar espaços seguros e de acolhida, onde as mulheres sintam-se à vontade para compartilhar experiências, perguntar sobre o universo da tecnologia, que para muitas delas ainda é distante, e também estejam seguras para falar sobre os casos de assédio e violência pelos quais possam ter passado.

Tais iniciativas demonstram a possibilidade de que é possível o incentivo a criação de políticas públicas que tenham objetivos simples, mas que sejam alcançados, e a tecnologia é um meio de acelerar este processo¹⁸. Neste passo, faz-se pertinente a explanação¹⁹:

A análise das políticas públicas e das legislações vigentes no país reflete a arena política na qual se movem os diferentes atores sociais, dentre os quais os movimentos sociais que, através de negociações, enfrentamentos e alianças, lutam por ter voz, impacto e influência sobre programas econômicos e sociais, sobre leis e normas, sobre a atribuição de prioridades na distribuição de recursos orçamentários.

Portanto, é possível enxergar com outros olhos a realidade das políticas públicas que envolvam gênero e, assim, desenvolver mecanismos que aliados à tecnologia acelerem este processo de criação destas - sejam elas sobre proteção, educação, saúde, orientação – para, ao fim, efetivar o ingresso no mercado de trabalho.

O Xenofeminismo nomeia a emancipação feminista. Busca, além da autodefesa digital e da libertação das redes patriarcais, cultivar a prática das liberdades-positivas, ao invés da liberdade para liberdade, a liberdade para o encorajamento de feministas que busquem a reestruturação de tecnologias existentes.²⁰

¹⁵COUTO, Maria Claudia Giroto do. Solidão e risco no campo dos afetos: uma análise sobre violências simbólicas e fatais vivenciadas por mulheres negras. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, n. 146, 2018. p. 539 – 556. Ago 2018.

¹⁶FERREIRA, Pedro Paulo Da Cunha. MAIA, Débora Moreira. Às voltas com a política criminal latino-americana de prevenção da violência de gênero: um estudo a propósito da experiência brasileira e a recente criminalização do feminicídio. **Revista dos Tribunais** n. 973, 2016 p. 219 – 243. Nov 2016.

¹⁷ARAUJO, Daniela Camila de. **Feminismo e cultura hacker**: intersecções entre política, gênero e tecnologia. p. 133.

¹⁸CARNEIRO, Sueli. Mulheres em movimento. **Estudos Avançados** v. 17 n 49, 2003. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ea/v17n49/18400.pdf>>. Acesso em: 04 jan 2019. p. 117.

¹⁹PITANGUY, Jacqueline. Movimento de mulheres e políticas de gênero no Brasil. In: MONTAÑO, Sonia, PITANGUY, Jacqueline, LOBO, Thereza (Org). **As políticas públicas de gênero**: um modelo para armar: O caso do Brasil. Disponível em: <https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/59071/1/S035331_pt.pdf>. Acesso em: 13 ago 2019. p. 28.

²⁰HESTER, Helen. **Xenofeminismo**: tecnologias de gênero y políticas de reproduction. p. 16

O feminismo da contemporaneidade tem buscado constantemente se adequar as problemáticas sociais a fim de concretizar mudanças que sejam significativas e duradouras.

Neste passo, inclusive, faz-se pertinente que se discuta, de modo adequado, sobre as questões que afetam diretamente as mulheres, como nos debates sobre a legalização do aborto. É necessário que se questione se “precisamos, em todo caso, escutar acima de tudo a voz das mulheres em geral ou somente a voz das mulheres que abortaram ou estão em condições de abortar”²¹.

Isto se dá devido ao fato de que escolhas e preferências não são tão simples, “suponham-se, por exemplo, as preferências de mulheres, às quais foi ensinado, durante décadas, talvez séculos, que são inferiores aos homens”²². Questiona-se, então, quais decisões são genuínas e quais fazem parte de uma “falsa consciência”.

Portanto, é importante que as novas revoluções sejam fortificadas e ganhem cada vez mais visibilidade, para que seja possível garantir que cada vez mais as mulheres possam ter acesso aos recursos que se tem para assegurar a efetivação de seus direitos, em especial ao direito de liberdade sexual e de proteção contra a violência que figuram como principais temáticas que geram debate²³.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A luta pela conquista do espaço feminino é uma constante. São inúmeros os percalços enfrentados diariamente pela busca de direitos. Mesmo com a evolução da humanidade, as mulheres ainda são vitimizadas e consideradas inferiores por seu gênero. Então, repensar as relações sociais - em especial com relação ao feminismo - considerando a história das sociedades que se construíram com o trabalho das mulheres é uma maneira de reconhecer e lhes dar o reconhecimento merecido.

Para tanto, é necessário que seja dada uma atenção especial ao fato de que seus direitos são pouco observados e, que ainda hoje na contemporaneidade, seu protagonismo não é reconhecido, o que acaba por camuflar muitas realidades em meio a esta era tecnológica.

Atualmente, feminismo, tecnologia e políticas públicas não são somente um tema acadêmico. São também impasses que se perpetuam a nível internacional, mas que é mais latente na América Latina, onde os recursos são mais deficitários que em países mais desenvolvidos. Esta temática merece ser tratada com mais atenção a medida em que é possível identificar o quanto as políticas públicas, aliadas a tecnologia, podem auxiliar das mais diversas formas as mulheres, seja com relação a sua saúde, sexualidade, educação entre tantas outras temáticas que poderiam e podem assegurar uma maior independência.

As lacunas existentes precisam ser preenchidas para que seja possível a compreensão de determinados fenômenos sociais que outrora não receberam a atenção merecida e, por esta razão, se perpetuaram ao longo dos séculos, ao passo que permitiram que a inferiorização da mulher se tornasse corriqueira e parte da sociedade.

²¹GARGARELA, Roberto. **As teorias da justiça depois de Rawls**. Um breve manual de filosofia política. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 176.

²²GARGARELA, Roberto. **As teorias da justiça depois de Rawls**. Um breve manual de filosofia política. p. 11 e 12.

²³ARAUJO, Daniela Camila de. **Feminismo e cultura hacker**: intersecções entre política, gênero e tecnologia. p. 135.

Existe uma grande dificuldade na sociedade patriarcal e capitalista atual em superar obstáculos que são milenares e se tornaram parte do cotidiano das mulheres. Todavia, a capacidade e coragem para lutar por seu espaço no meio social através dos ideais que transpassam a vida das mulheres comprova que, embora possa parecer solitário, o caminho da libertação das amarras impostas há séculos pela sociedade é possível, sendo necessário, contar com força e acima de tudo resistência feminina.

REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

ANDRADE, Andressa Paula de. KAZMIERCZAK, Luiz Fernando. As Sufragistas, o direito penal e as mulheres: dóceis, submissas e recatadas. A linguagem da dogmática penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo – SP, n. 138, 2017. p. 187 – 211. Dez 2017.

ARAUJO, Daniela Camila de. **Feminismo e cultura hacker**: intersecções entre política, gênero e tecnologia. Tese (Doutorado em Política Científica e Tecnológica). Instituto de Geociências. Universidade Estadual de Campinas. Campinas - SP, 2018.

BUTLER, Judith. **Corpos em aliança e a política das ruas**: notas para uma teoria performativa de assembleia. Tradução de Fernanda Siqueira Miguens. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2018.

_____. **Problemas de gênero**: feminismo e subversão da identidade. Tradução de Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

CARNEIRO, Sueli. Mulheres em movimento. **Estudos Avançados** v. 17 n 49, 2003. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ea/v17n49/18400.pdf>>. Acesso em: 04 jan 2019.

COUTO, Maria Claudia Giroto do. Solidão e risco no campo dos afetos: uma análise sobre violências simbólicas e fatais vivenciadas por mulheres negras. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, n. 146, 2018. p. 539 – 556. Ago 2018.

FARAH, Marta F. S. Gênero e políticas públicas. **Estudos Feministas**, Florianópolis – SC. 2004. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/ref/article/view/S0104-026X2004000100004/7943>>. - Acesso em: 13 ago 2019.

FERREIRA, Pedro Paulo Da Cunha. MAIA, Débora Moreira. Às voltas com a política criminal latino-americana de prevenção da violência de gênero: um estudo a propósito da experiência brasileira e a recente criminalização do feminicídio. **Revista dos Tribunais** n. 973, 2016 p. 219 – 243. Nov 2016.

GARGARELA, Roberto. **As teorias da justiça depois de Rawls**. Um breve manual de filosofia política. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

GODINHO, Tatau, SILVEIRA, Maria Lúcia da. Políticas Públicas e igualdade de gênero. In: Godinho, Tatau, Silveira, Maria Lúcia da (org). **Políticas públicas e igualdade de gênero**. São Paulo, Coordenadoria Especial da Mulher, 2004.

HESTER, Helen. **Xenofeminismo**: tecnologias de gênero y políticas de reproducción. Tradución de Hugo Salas. Cidade Autônoma de Buenos Aires: Caja Negra, 2018.

PEREZ, Marcos Augusto. A participação da sociedade na formulação, decisão e execução das políticas públicas. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org). **Políticas públicas**: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006.

PITANGUY, Jacqueline. Movimento de mulheres e políticas de gênero no Brasil. In: MONTAÑO, Sonia, PITANGUY, Jacqueline, LOBO, Thereza (Org). **As políticas públicas de gênero: um modelo para armar**:

O caso do Brasil. Disponível em:
<https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/5907/1/S035331_pt.pdf>. Acesso em: 13 ago 2019.

COLONIALIDADE E GÊNERO: O PAPEL DA PSICOLOGIA SOCIAL PARA A DECOLONIDADE

Valdemir José Debastiani¹
Joana Silvia Mattia Debastiani²

RESUMO

O artigo tem como objetivo analisar as possíveis contribuições da psicologia social nas questões inerentes ao processo decolonial da América Latina. O problema de pesquisa é como a psicologia social pode questionar a naturalização das relações dominantes de gênero? A mudança social está, em um contexto mundial, sofrendo grandes transformações que possibilitam que os eixos de poder, dominação/opressão reconfigurem-se fazendo com que haja necessidade de novas reflexões que ora se apresentam. Apontando para essas novas complexidades, que refletem nas relações de gênero, há necessidade que, no campo da intervenção social sejam propostas discussões mais cuidadosas a fim de enxergar as entranhas problema que se quer transformar. Novos olhares à sociedade demandam novas lentes. As interseções entre as ciências, humanas e sociais, possibilita outros enfoques para as complexidades das relações, voltadas para um projeto decolonial. O método de abordagem será o dedutivo e a técnica será a bibliográfica.

PALAVRAS-CHAVES: Colonialidade. Decolonialidade. Gênero. Psicologia Social.

RESUMÉN

El artículo tiene como objetivo analizar las posibles contribuciones de la psicología social en las cuestiones inherentes al proceso decolonial de América Latina. El problema de la investigación es ¿cómo la psicología social puede cuestionar la naturalización de las relaciones dominantes de género? El cambio social está, en un contexto mundial, sufriendo grandes transformaciones que posibilitan que los ejes de poder, dominación/opresión se reconfiguren haciendo que haya necesidad de nuevas reflexiones que ahora se presentan. Señalando estas nuevas complejidades, que reflejan las relaciones de género, hay necesidad de que en el campo de la intervención social se propongan discusiones más cuidadosas para ver las entrañas problema que se quiere transformar. Nuevas miradas a la sociedad demandan nuevas lentes. Las intersecciones entre las ciencias, humanas y sociales, posibilita otros enfoques para las complejidades de las relaciones, volcadas para un proyecto decolonial. El método de enfoque será el deductivo y la técnica será la bibliográfica.

PALABRAS CLAVE: Colonialidad. Decolonialidad. Género. Psicología social.

INTRODUÇÃO

A temática central do trabalho parte da ideia que a psicologia social, é o ramo da psicologia que mais se aproxima com as questões envolvendo gênero. Parte-se da análise da teoria da colonialidade na América

¹Mestre em Educação pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões - URI Campus de Frederico Westphalen; graduado em Psicologia pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões - URI Campus de Erechim; graduado em Teologia pelo Instituto de Teologia e Pastoral de Passo Fundo e graduado em Filosofia pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões - URI Campus de Erechim. É professor na Universidade do Contestado - UnC, Campus de Concórdia - SC. Integrante do grupo de pesquisas Dimensões do Poder, Gênero e Diversidade do PPGDireito da Universidade de Passo Fundo - UPF, Erechim, RS. E-mail vdebastiani@hotmail.com.

²Mestranda no Programa de Pós-Graduação em Direito na Universidade de Passo Fundo - UPF, Linha de Pesquisa Relações sociais e dimensões do poder em dupla titulação com o programa de *Tecnologías y políticas públicas sobre la gestión ambiental* na Universidad de Alicante, Espanha. Bolsista Capes. Bolsista voluntária no projeto de extensão Projur Mulher e Diversidade da UPF. Integrante do grupo de pesquisas Dimensões do Poder, Gênero e Diversidade do PPGDireito da Universidade de Passo Fundo - UPF. Advogada. Severiano de Almeida, RS. E-mail 172029@upf.br.

Latina e das suas consequências para uma colonialidade de gênero. A segunda seção do artigo analisa o papel da psicologia social para a tomada de consciência do indivíduo em busca do processo decolonial³.

A partir desse contexto, através do método de abordagem dedutivo e o procedimento bibliográfico, tem-se como problema pesquisar como a psicologia social pode questionar a naturalização das relações dominantes de gênero? Entende-se que o presente estudo pode potencializar a necessidade da revisão de teorias hegemônicas a fim de que se reconheça as entranhas das estruturas da má distribuição de poder entre as pessoas, que é causa de dominação/opressão/exploração na sociedade.

1 COLONIALIDADE DE GÊNERO: BASE ESTRUTURANTE PARA A DESIGUALDADE

Uma das questões centrais dos debates na América Latina está a teoria da colonialidade. Vista como um novo horizonte histórico de sentido, alternativo àquele proveniente e com caráter europeu, seria capaz de re/descobrir a América Latina.

A necessidade de re/descobrir o espaço geopolítico é uma necessidade das nações periféricas em geral, e mesmo das parcelas da população dos países do centro que são marginalizadas; pois, possibilitaria, compreender que as relações de opressão estão conformadas em um padrão global. Colonialismo consiste em um movimento de dominação para o estabelecimento de colônias. Essa dominação, permanece viva, mas agora, com uma nova roupagem. A colonialidade neste prisma é mais duradoura, está no conjunto de discursos, práticas e atitudes, que tem como principal objetivo a subalternização dos povos colonizados e a permanência da hegemonia da nação colonizadora⁴.

A prática e a teoria da visão ocidental moderna e hegemônica foi construída com base em três estruturas fundamentais: o poder, a dominação e a subjetivação que impregnam crenças antigas e profundas. Delas, decorre uma sociedade antropocêntrica, etnocêntrica e androcêntrica. Essas estruturas se configuram e se legitimam através de premissas culturais inconscientes que passam a configurar como se pensa, se define, se classificam e se sente no mundo, em um padrão de poder global articulado em torno do patriarcalismo⁵ e da colonialidade. São os chamados aparelhos ideológicos que representam a materialização de práticas reiteradas por indivíduos, grupos e classes, para a construção de subjetividades e também de relações sociais.

A proposta de Quijano⁶ propõe pensar a modernidade como um sistema de dominação e exploração global, capitalista onde a classificação racial e étnica da população opera em diferentes níveis e escalas. A colonialidade do poder e seus efeitos não são um mero desvio da modernidade, mas algo constitutivo do projeto de modernidade/colonialidade que se articula nos espaços das relações de exploração, dominação e conflito em escala mundial, ou seja, a colonialidade é constitutiva da modernidade, e não derivada, são faces da mesma

³ Ballestrin explica que a expressão “descolonial” (ou decolonial) não deve ser confundida como mera descolonização: “Em termos históricos e temporais, esta última indica uma superação do colonialismo; por seu turno, a ideia de decolonialidade (ou descolonialidade) procura transcender a colonialidade, a face obscura da modernidade, que permanece operando ainda nos dias de hoje em um padrão mundial de poder”. BALLESTRIN, Luciana. América Latina e o giro decolonial. **Revista Brasileira de Ciência Política**, n. 1, p. 89-117, 2013.

⁴ QUIJANO, Aníbal. **Colonialidade do poder, eurocentrismo e América Latina**. Buenos Aires: CLACSO, 2005.

⁵ O patriarcalismo possui o conteúdo de comunicação patriarcal e heterossexual como ordem das coisas, dando extrema relevância ao gênero e a sexualidade que “funciona mediante um sistema de comunicações praticamente silenciosas, mas avassaladoramente eficazes na estruturação e dinâmica dos processos de dominação das mulheres pelos homens e de homossexuais por heterossexuais. SANTOS, André Leonardo Copetti; LUCAS, Douglas Cesar. **A (In)diferença no direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.p. 35.

⁶ QUIJANO, Aníbal. **Colonialidad del Poder y Clasificación social**. Journal of World-System Research, vol 2, 2000.

moeda e implicam reconhecer que quem fala modernidade, fala igualmente colonialidade e capitalismo. *Al constituir esta clasificación social, la colonialidad permea todos los aspectos de la existencia social y permite el surgimiento de nuevas identidades geoculturales y sociales*⁷. Europeu, índio, africano se encontram entre as identidades raciais, esta “classificação” é a expressão mais profunda da dominação colonial.

Neste sistema, a colonialidade do saber consiste em trazer ao imaginário da população que os padrões de expressão, de conhecimento, de linguagens de signos e significados devem seguir a visão de mundo europeu e, exclui outros saberes e outras formas de interpretar o mundo, repelindo epistemologias da periferia. Segundo Santos[6], a colonialidade do saber é representada na geopolítica do conhecimento, a partir da qual a razão, a verdade e a ciência são atributos possíveis nas/das metrópoles, cabendo aos territórios (ex) coloniais e seus sujeitos o status de objetos, classificados como populares, leigos, naturais, ignorantes, sem lei.

A colonialidade do ser fixa bases no controle e na produção de subjetividades, da sexualidade, das identidades, hierarquizando e desumanizando experiências vividas. Isso porque a população europeia está na posição de dominação, enquanto as população não europeias encontram-se nas posições de inferiores, de dominados.

Isso porque a transformação civilizatória justificava a colonização da memória e, consequentemente, das noções de si das pessoas, da relação intersubjetiva, da sua relação com o mundo espiritual, com a terra, com o próprio tecido de sua concepção de realidade, identidade e organização social, ecológica e cosmológica.

A necessidade de analisar as relações entre saber e poder, subjetivação e dominação a partir de uma teoria da América Latina oferece um marco na análise da produção das formas de controle e de dominação simbólica em torno das categorias de raça e sexo como algo inerente aos processos de expansão do capitalismo global e da construção da modernidade/colonialidade.

Há uma relação clara entre a exploração e a dominação, mesmo que nem toda a dominação implica exploração, esta não é possível sem aquela. A dominação é, portanto, *sine qua non* de todo o poder.

*(...) que la desigualdad de género se oculta un largo proceso histórico de imposición; un proceso de exploración, dominación y conflicto entre gentes que portan diferentes sexos, pero que no tiene que ver con dichos sexos: tal desigualdad empieza desde la primera división social del trabajo entre hombres y mujeres, pero que para que tal división del trabajo se verifique como una desigualdad, com hombres se apropiaron y monopolizaron actividades que la implicaban, e impusieron y recluyeron a las mujeres en otras, pero además, los hombres le expropiaron facultades y posición social de las mujeres, por lo cual, ellos accedieron a una posición de privilegio en la comunidad*⁸.

⁷ Ao constituir esta classificação social, a colonialidade permeia todos os aspectos da existência social e permite o surgimento de novas identidades geoculturais e sociais. Tradução livre.

⁸ que a desigualdade de gênero esconde um longo processo histórico de imposição; um processo de exploração, dominação e conflito entre pessoas que portam diferentes sexos, mas que não tem a ver com esses sexos: tal desigualdade começa desde a primeira divisão social do trabalho entre homens e mulheres, mas que para que tal divisão do trabalho se verifique como uma desigualdade, com homens se apropriaram e monopolizaram atividades que a implicavam, e impuseram e aprisionaram as mulheres em outras, mas além disso, os homens lhe expropriaram facultades e posição social das mulheres, pelo qual, eles acederam a uma posição de privilégio na comunidade. Tradução dos Autores. DEL VALLE, Jaime Conrado. Notas sobre <desigualdad>, colonialidad y poder en América Latina. In: QUIJANO, Aníbal. **Des/colonialidad y buen vivir**: Un nuevo debate en América Latina. Perú: Editorial Universitaria, 2014, p. 144.

Várias são as formas de manifestação da opressão no espaço geopolítico da América Latina, porém, o trabalho exige um recorte para a análise da desigualdade de gênero e a colonialidade. A colonialidade do gênero apresenta-se diariamente; é o que permanece na intersecção de gênero/classe/raça como construtos centrais do sistema de poder capitalista mundial, porque a noção de homem e mulher é retrabalhada no capitalismo e o patriarcalismo adquire contextos específicos na dinâmica entre capital x trabalho. Isso é consequência da produção de um imaginário mitológico que leva à naturalização das desigualdades nas relações de poder impostas pelo dominadores.⁹

Para Lugones¹⁰ quando o sistema moderno colonial utiliza de estratégias e práticas discursivas para colonizar homens e mulheres está recorrendo a uma dimensão de gênero. Neste processo de dominação, a finalidade precípua é a de controlar condutas, de determinação de normas para que se tenha bem claro como podem ser homens e mulheres pertencentes no espaço geopolítico da América Latina. Perpassa necessariamente pelo eurocentrismo, pois o sistema colonial determina um padrão, qual seja, o homem do ocidente é superior ao homem não ocidental. Possui uma dimensão racial, pois mulheres não brancas, são invisibilizadas neste sistema.

*(...) son los hombres heterosexuales de etnia dominante (mayoritariamente blancos y cristianos en los países occidentales) los que controlan los mecanismos del poder, los que conforman el referente social a imitar y los únicos cuyos conocimientos se consideran válidos; excluyendo de los mecanismos de poder, de la referencia social y de la reproducción del conocimiento a los géneros queer, a las mujeres y al resto de personas de grupos étnico-religiosos no dominantes.*¹¹

Assim, a interseccionalidade entre raça, gênero, sexualidade e classe, combinação de categorias de opressão evidencia que a colonialidade de gênero no sistema moderno colonial representa uma ferramenta específica para se entender o espaço Latino Americano.

2 O PAPEL DA PSICOLOGIA SOCIAL NO PROCESSO DECOLONIAL

Impossível refutar a análise que a intersecção entre raça, gênero, sexualidade e classe refletem nas relações sociais e na divisão de poder no espaço geopolítico da América Latina. Estas construções de gênero, sobre o papel de homem e mulher na sociedade estão estruturadas em determinadas normas, regras e papéis sociais, que os submetem comportamentos, tornando-os naturais e assumidos como verdades. Por serem construções sociais, as relações de gênero perversas acabam sendo naturalizadas. Isso justifica o fato de não serem somente os homens os mentores e propagadores de relações machistas, mas também mulheres¹². Tais

⁹ HOUNTONDJI, Paulin J. Conhecimento de África, conhecimento de africanos: duas perspectivas sobre estudos africanos. In: SOUZA SANTOS. Boaventura; MENESES, Maria Paula (ORG). **Epistemologias do Sul**. Edições Almedina: Coimbra, 2009, p. 112.

¹⁰ LUGONES, María. Colonialidad y Género. Bogotá. **Tabula Rasa**: n.9, p. 73-101, julio-diciembre, 2008.

¹¹ são os homens heterossexuais de etnia dominante (maioritariamente brancos e cristãos nos países ocidentais) que controlam os mecanismos do poder, os que constituem a referência social a imitar e os únicos cujos conhecimentos se consideram válidos; excluindo dos mecanismos de poder, da referência social e da reprodução do conhecimento aos géneros Queer, às mulheres e a outras pessoas de grupos étnico-religiosos não dominantes. Tradução livre dos Autores. HIDALGO-CAPITÁN, Antonio Luis, *et al.* **Los objetivos del buen vivir a escala global**: una crítica de los objetivos de desarrollo sostenible y una propuesta alternativa transmoderna. Ediciones Bonanza. Huelva, 2018, p. 25.

¹² FAGUNDES, Ana Luisa Marques. et. al. **Gênero e psicologia**: um debate em construção no CRP-03. XV Encontro Nacional da Associação Brasileira de Psicologia Social – ABRAPSO, Maceió, 2009, p. 7. Disponível em:

núcleos de sociabilidade são materializados através de práticas e relações reiteradas de indivíduos, classes, alcançando, a partir da sua efetivação um peso intelectual e valorativo. Através desses variados aparelhos ideológicos constroem-se subjetividades e relações sociais que podem servir como controle informal¹³.

Usar o gênero como categoria de análise decolonial significará empreender estudos que vejam que o que hoje entendemos ou usamos como sexo/gênero foi construído no performativo da colonialidade, tendo a raça e o racismo como informadores dessa construção, ou seja, raça, sexo e gênero não surgem como conceitos separados, mas são forjados numa mesma matriz que tem como estrutura binária central aquela de humanos/não-humanos¹⁴.

Hoje, cada vez mais, estudos de gênero, têm criticado o reducionismo biológico presente em algumas abordagens psicológicas, identificando os determinantes ambientais das diferenças entre homens e mulheres e buscando ressaltar as semelhanças entre ambos.

embora seja um conceito que perpassa todas as áreas de estudo da psicologia (...) tem íntima afinidade com a psicologia social, principalmente a psicologia social que lança seu olhar para a história, para a sociedade e para a cultura, não conseguindo entender o ser humano separado dessas instâncias.¹⁵

Talvez pela sua proximidade com outras ciências e a sua busca incessante em integrar o indivíduo na sociedade, bem como lê-lo a partir do seu contexto, a psicologia social é o ramo da psicologia em que melhor acolhe a temática gênero, pois busca reconhecer seu contexto sócio-histórico e cultural.

Um dos papéis da psicologia social é questionar as verdades perenes, hegemônicas, epistemicidas¹⁶, através de um processo de reflexão crítica. Guareschi¹⁷ reflete que *nós somos, (...) o que nossos pais, nossos amigos, a escola, a igreja, os meios de comunicação etc. fizeram de nós*. A superação de uma condição de aceitação passiva, de um destino dado, se dá pelo processo de consciência que vamos tendo das coisas. Se de um lado, temos, junto ao nosso DNA uma carga histórica que nos constitui enquanto humanos pertencentes a uma cultura, por outro lado, a condição de “*homo sapiens*”, nos permite a superação e a quebra dos grilhões que nos prendem a certas estruturas de discriminação de um *status quo* cristalizado.

A partir da perspectiva de gênero, homens e mulheres assumem comportamentos culturalmente estabelecidos com desigualdade na distribuição de poder. Mulheres internalizam sua inferioridade com base

http://www.abrapso.org.br/siteprincipal/images/Anais_XVENABRAPSO/500.%20g%C3%A1nero%20e%20psicologia.pdf. Acesso em: 07 de jul. 2019.

¹³MASCARO, Alysson Leandro. **Estado e forma política**. São Paulo: Boitempo, 2003.

¹⁴GOMES, Camilla de Magalhães. **Gênero como categoria de análise decolonial**. Porto Alegre. *Civitas*, v. 18, n. 1, p. 65-82, jan.-abr. 2018.

¹⁵STREY, Marlene Neves. Gênero. In: STREY, Marlene Neves et al. **Psicologia social contemporânea**: livro texto. 13 ed. Petrópolis: Vozes, 2010.

¹⁶[...] o epistemicídio é, para além da anulação e desqualificação do conhecimento dos povos subjugados, um processo persistente de produção da indigência cultural: pela negação ao acesso a educação, sobretudo de qualidade; pela produção da inferiorização intelectual; pelos diferentes mecanismos de deslegitimação do negro [e povos originários] como portador e produtor de conhecimento e de rebaixamento da capacidade cognitiva pela carência material e/ou pelo comprometimento da autoestima pelos processos de discriminação correntes no processo educativo. Isto porque não é possível desqualificar as formas de conhecimento dos povos dominados sem desqualificá-los também, individual e coletivamente, como sujeitos cognoscentes. E, ao fazê-lo, destitui-lhe a razão, a condição para alcançar o conhecimento “legítimo” ou legitimado. Por isso o epistemicídio fere de morte a racionalidade do subjugado ou a sequestra, mutila a capacidade de aprender etc. Carneiro, Aparecida Sueli. **A Construção do Outro como Não Ser como fundamento do Ser**. Tese de Doutorado, Programa de Pós-graduação em Educação, Universidade de São Paulo, SP

¹⁷GUARESCHI, Pedrinho. **Psicologia social crítica**: como prática de libertação. 3ª ed. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2005, p 18

nos discursos e nos aparelhos ideológicos, o que lhe acarreta inúmeros prejuízos na sua constituição de sujeito. *A naturalização das experiências, identidades e relações históricas da colonialidade e da distribuição geocultural do poder capitalista mundial*¹⁸

Cabe à Psicologia enquanto compromisso social com a categoria, a sociedade e os direitos humanos, quando remeter às diferenças entre homens e mulheres, não permitir que esse campo de estudo e prática seja utilizado para sustentar a inferioridade das mulheres. Deverá, de modo contrário, promover discursos alternativos que questionem o discurso dominante opressivo às mulheres, identificando e desconstruindo estruturas sociais e práticas pessoais e profissionais que sustentam o sexismo e funcionam como instrumentos de controle social¹⁹.

O processo de ruptura das situações de opressão/dominação/exploração das relações de gênero, se inicia com a conscientização dos sujeitos da ocorrência de tais situações. Ter consciência das relações perversas é o ponto de partida para toda mudança social que se faz necessária. Para Guareschi a consciência é, portanto, um processo infinito, de busca e de consecução de respostas. Vamos crescendo em consciência na medida em que conseguimos respostas²⁰.

É evidente que a questão da mulher deve colocar-se organicamente e articulada com o processo de libertação política latino-americano em seu nível de nações dependentes, classes oprimidas, na estrutura econômica-política. Ao mesmo tempo, entretanto, exige do revolucionário a total coerência com o processo, até a intimidade de sua consciência e até a justiça com sua companheira no próprio processo. A mulher exige que a revolução latino-americana chegue até a intimidade da vida cotidiana e afetiva. A mulher põe em crise uma objetividade desencarnada e requer uma integração de toda a personalidade²¹.

É a consciência de mundo que nos leva a experimentar a liberdade. Assim, pode-se dizer que a liberdade é a consequência do entendimento da realidade vivida. Não entender a situação histórica circundante, pode tornar os envolvidos, refém das circunstâncias e determinismos históricos. Neste sentido que Guareschi (2005) elenca a consciência como critério indispensável para a liberdade. Ela, assume a condição de meio para, e não, por excelência, a liberdade plena. Como forma de exemplificação, apresenta a condição do escravo que toma consciência de sua situação, porém esta, por si só, não lhe é garantida de libertação, mas elemento de grande importância para alcançá-la através da, “aceitação”, “indignação” e “construção” de meios capazes de rebelar-se para fazer surgir uma nova realidade. Assim como, para a(o) escrava(o), assim também, as relações patriarcais precisam ser ressignificadas, reconhecendo como sua estrutura fundante a colonialidade. A liberdade aqui, se traduz em igualdade de gênero.

¹⁸ SOUZA SANTOS. Boaventura; MENESES, Maria Paula. Introdução. In.: SOUZA SANTOS. Boaventura; MENESES, Maria Paula (ORG). **Epistemologias do Sul**. Edições Almedina: Coimbra, 2009, p. 14

¹⁹ FAGUNDES, Ana Luisa Marques. et. al. **Gênero e psicologia**: um debate em construção no CRP-03. XV Encontro Nacional da Associação Brasileira de Psicologia Social – ABRAPSO, Maceió, 2009, p. 7. Disponível em: http://www.abrapso.org.br/siteprincipal/images/Anais_XVENABRAPSO/500.%20g%C3%A1nero%20e%20psicologia.pdf. Acesso em: 07 de jul. 2019.

²⁰ GUARESCHI, Pedrinho. **Psicologia social crítica**: como prática de libertação. 3ª ed. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2005, p. 18.

²¹ DUSSEL, Enrique D. **Caminhos de libertação latino-americana**: Reflexões para uma teologia da libertação. Tomo IV. São Paulo: Paulinas, 1984.

A consciência continua a se produzir apesar dos devaneios ideológicos daqueles que querem dar forma permanente à sociedade atual. A consciência é filha do movimento e das contradições e não das certezas, quaisquer que sejam²².

Assim, faz-se necessário pensar em horizontes descoloniais para a invenção de práticas no campo Psicologia é demarcar uma posição de resistência frente a movimentos e perspectivas de mundo e de sujeito baseadas em processos de epistemologias homogêneas. Sintonizar essas novas práticas às relações de gênero em uma perspectiva decolonial, impõe propor uma transformação das relações de colonialidade, as quais subalternizam as mulheres - brancas, negras e indígenas. Tal movimento contribui para o debate de interseccionalidade entendendo a especificidade do sofrimento em uma sociedade que vive, revive e atualiza as heranças coloniais. Não considerar os fatores ambientais e culturais contribuirá para a manutenção/reprodução das situações de opressão/dominação/exclusão.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A pesquisa em questão apresentou como objetivo geral verificar se, psicologia social pode questionar a naturalização das relações dominantes de gênero. Discutiu-se a organização baseada na teoria da de/colonialidade do poder, do ser e do saber. Observou-se que da colonialidade na América Latina resultaram processos de desigualdades e de hierarquização, entre elas a colonialidade do gênero.

Esse arranjo proporcionou uma constituição social baseada na distribuição desigual de poder, onde as relações de gênero, juntamente com classe, sexualidade e raça, foram afetadas. Nesse cenário, o estudo apontou para a necessidade da Psicologia Social, enquanto campo de pesquisa, formação e atuação relacionada ao ser humano tem muito a contribuir no que se refere à desconstrução das desigualdades sociais e de gênero, através da compreensão das suas bases estruturantes, possibilitando auxiliar os indivíduos na retomada da consciência para um processo de liberdade.

REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

BALLESTRIN, Luciana . América Latina e o giro decolonial. **Revista Brasileira de Ciência Política**, n. 1, p. 89-117, 2013.

CARNEIRO, Aparecida Sueli. **A Construção do Outro como Não Ser como fundamento do Ser**. Tese de Doutorado, Programa de Pós-graduação em Educação, Universidade de São Paulo, 2005.

DEL VALLE, Jaime Conrado. Notas sobre <desigualdad>, colonialidad y poder en América Latina. In: QUIJANO, Aníbal. **Des/colonialidad y buen vivir**: Un nuevo debate en América Latina. Perú: Editorial Universitária, 2014.

DUSSEL, Enrique D. **Caminhos de libertação latino-americana**: Reflexões para uma teologia da libertação. Tomo IV. São Paulo: Paulinas, 1984.

FAGUNDES, Ana Luisa Marques. *et. al.* **Gênero e psicologia**: um debate em construção no CRP-03. XV Encontro Nacional da Associação Brasileira de Psicologia Social – ABRAPSO, Maceió, 2009. Disponível em:

²² IASI, Mauro. **O dilema de Hamlet**: o ser e o não ser da consciência. São Paulo: Viramundo, 2014, p.21.

http://www.abrapso.org.br/siteprincipal/images/Anais_XVENABRAPSO/500.%20g%CAnero%20e%20psicologia.pdf. Acesso em: 07 de jul. 2019.

GOMES, Camilla de Magalhães. Gênero como categoria de análise decolonial. Porto Alegre. **Civitas**, v. 18, n. 1, p. 65-82, jan.-abr. 2018. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/civitas/v18n1/1519-6089-civitas-18-01-0065.pdf>. Acesso em: 07 de jul. 2019.

GUARESCHI, Pedrinho. **Psicologia social crítica**: como prática de libertação. 3ª ed. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2005.

HIDALGO-CAPITÁN, Antonio Luis, *et al.* **Los objetivos del buen vivir a escala global**: una crítica de los objetivos de desarrollo sostenible y una propuesta alternativa transmoderna. Ediciones Bonanza. Huelva, 2018.

IASI, Mauro. **O dilema de Hamlet**: o ser e o não ser da consciência. São Paulo: Viramundo, 2014.

JESUS, Jaqueline Gomes de; GALINKIN, Ana Lúcia. Gênero e psicologia social no brasil: entre silêncio e diálogo. Santa Cruz do Sul. **Barbarói**: n.43, p.90-103, jan./jun. 2015.

LUGONES, María. Colonialidad y Género. Bogotá. **Tabula Rasa**: n.9, p. 73-101, julio-diciembre, 2008.

MASCARO, Alysson Leandro. **Estado e forma política**. São Paulo: Boitempo, 2003.

QUIJANO, Aníbal. **Colonialidad del Poder y Clasificación social**. Journal of World-System Research, vol 2, 2000.

_____. **Colonialidade do poder, eurocentrismo e América Latina**. Buenos Aires: CLACSO, 2005.

_____. **Des/colonialidad y buen vivir**: Un nuevo debate en América Latina. Perú: Editorial Universitaria, 2014.

STREY, Marlene Neves. Gênero. In: STREY, Marlene Neves *et al.* **Psicologia social contemporânea**: livro texto. 13 ed. Petrópolis: Vozes, 2010.

SANTOS, André Leonardo Copetti; LUCAS, Douglas Cesar. **A (In)diferença no direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SANTOS, Luana Carola dos Santos. *et. al.* Gênero, feminismo e psicologia social no Brasil: análise da revista Psicologia & Sociedade (1996-2010). **Psicologia & Sociedade**, v. 28. n3. p. 589-603, 2016. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/psoc/v28n3/1807-0310-psoc-28-03-00589.pdf>. Acesso em: 07 de jul. 2019.

SOUZA SANTOS. Boaventura; MENESES, Maria Paula. Introdução. In: SOUZA SANTOS. Boaventura; MENESES, Maria Paula (ORG). **Epistemologias do Sul**. Edições Almedina: Coimbra, 2009.

PRISÃO DOMICILIAR PARA MÃES E GESTANTES: UMA NOVA PERSPECTIVA SOBRE GÊNERO NO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO

Débora Jaeli Millani da Silva¹

RESUMO

Em uma sociedade machista, classista, racista e patriarcal, que toda a matéria relacionada ao feminino é vista como inferior, quando se trata de mulheres no sistema carcerário essa invisibilidade aumenta. Percebendo o tratamento desigual recebido entre homens e mulheres nas casas prisionais especificamente no Brasil, o presente trabalho visa analisar, por meio da metodologia bibliográfica, a questão de gênero no sistema prisional, com foco nas presas gestantes e parturientes. A partir dessa realidade, se percebe que, apesar de a legislação ter avançado em certo aspecto no que tange às encarceradas, como a lei 13.769 de 19 de dezembro de 2018 - que prevê a possibilidade de prisão domiciliar para mulheres gestantes e mães, a desigualdade de gênero é grande, ocasionando uma alarmante desconsideração por parte do Estado em relação às mulheres e suas necessidades mínimas no sistema prisional brasileiro.

PALAVRAS-CHAVE: Desigualdade de Gênero. Presas Gestantes. Sistema Prisional.

ABSTRACT

In a chauvinist, classist, racist, and patriarchal society that all matter related to women is viewed as inferior, when it comes to women without a prison system, this invisibility increases. Losing the social inequality between men and women, the present work aims to analyze, through bibliographic methodology, a gender issue without prison system, with emphasis on pregnant and parturient prey. From this reality, it is clear that, although a publication has advanced in the right aspect is not a right for women as pregnant women and mothers of mothers and mothers, an inequality of is large, and the disregard regarding women is not worrying.

KEYWORDS: Gender Inequality. Pregnant Fangs. Prison system.

INTRODUÇÃO

A população prisional no Brasil é muito ampla, apesar de ser visto e tratado como se todos fossem homens, a parcela de mulheres é bastante diversificada. Cada mulher com etnia, idade, escolaridade, classe social, orientação sexual e identidade de gênero distintos. Dentre esse grupo plural, nesse artigo a atenção será especial às presas gestantes e mães.

A separação tanto física quanto emocional da dupla mãe e filho é uma das histórias mais frequentes quando se trata de mulheres encarceradas. Fato que não deveria ocorrer, especificamente quando se trata de mulheres presas no Brasil. Visto que, o ordenamento jurídico brasileiro comporta previsões que garantem que a relação da presa com o filho não seja rompida. Dessa forma necessário se faz analisar a desigualdade de gênero no sistema prisional. Bem como analisar as previsões legais acerca da gestante e mãe carcerárias, se de fato as leis cumprem o papel de promover igualdade, humanização e ressocialização, propiciando que mãe e filho mantenham a relação, da forma menos danosa possível.

Para tanto, é preciso que se discorra sobre a realidade intramuros em que as mulheres estão inseridas, especificamente gestantes e mães. A realidade do cárcere no Brasil é problemática, quando se trata de mulheres

¹ Graduanda em Direito - UPF

ocorre uma segregação dentro de outra, e quando se fala em mulheres gestantes e mães atrás das grades, as demandas tendem a aumentar de maneira escalar.

O presente trabalho busca analisar, de forma breve, a realidade das mulheres que são mães ou estão gestantes e que passam esse momento atrás das grades, período que para qualquer mulher livre exige cuidados. No cárcere, esse período requer maiores cuidados devido à vulnerabilidade oriunda do meio onde se está.

1 INGRESSO DA MULHER NO SISTEMA PRISIONAL

No ano de 2018, mais precisamente no mês de novembro, uma jovem chamada Jéssica, de 24 anos, fora presa por tráfico de drogas. Deu à luz um dia após a prisão. Após o parto, a apenada voltou ao cárcere juntamente de seu bebê, em condições desumanas, motivo que gerou polêmica na época da vinculação da notícia nos principais jornais e portais do país. Como mostrado em reportagem, “a cela era pequena, sem condições mínimas de higiene para ela e para o recém-nascido”². O caso de Jéssica Monteiro não é isolado e mostra as dificuldades redobradas enfrentadas pelas mulheres na prisão. Se o sistema prisional brasileiro é problemático, a situação se torna ainda mais complexa quanto abordada a partir da perspectiva de gênero.

Sobre o que se refere a mulheres no cárcere, quando se faz uma breve análise sobre uma sociedade em que a concepção de ser mulher é ser inferior e sua função social se detém em atividades domésticas, procriação, cuidado com a prole e a sua conduta vista como incapaz de cometer crimes, no momento que esta mulher descumpre regras e acaba ingressando dentro de um sistema prisional, majoritariamente ocupado por homens, o descaso – tanto social quanto por parte do Estado, é notório. Portanto, como visto nas pesquisas acima, há uma diferenciação dentro do sistema carcerário no que tange à questão de gênero. Nesse sentido, a autora Hendi Ann Cerneka³ explica:

Imagine um mundo de um só sexo – haveria diversidade, sim, mas nem tanto. Imagine um mundo onde existissem somente homens – as decisões seriam tomadas por eles, para eles, pois só eles existiriam. Como poderiam contemplar outros se “outros” não houvessem? A verdade é que foi assim por milênios, e somente nos últimos séculos as mulheres passaram a ter voz, a ter visibilidade, podemos dizer que passaram a existir socialmente! No entanto, o mundo do cárcere encontra-se muito atrasado nesta conquista de voz. Existem mulheres encarceradas? Surge uma dúvida quando olhamos as políticas públicas de construção de presídios, de penas alternativas e, ainda mais, de criminologia e acesso à justiça [...]

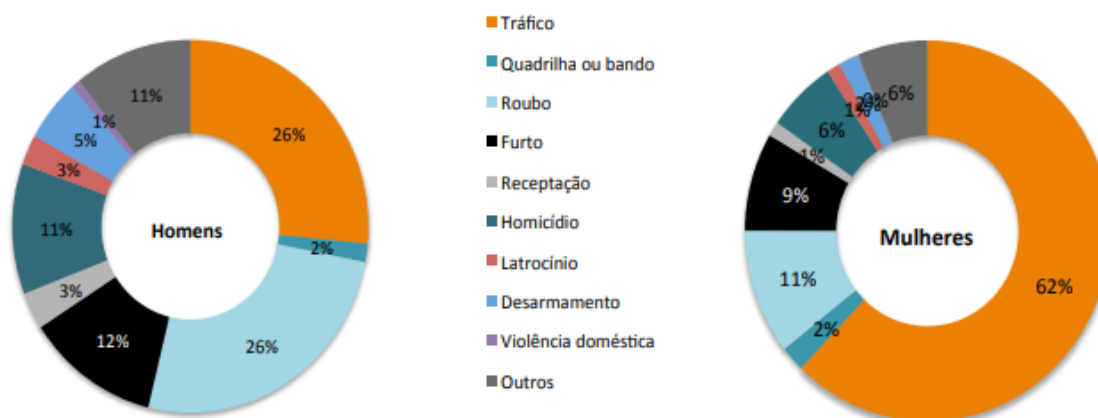
Nesse sentido, é possível observar essa diferenciação até mesmo na taxa e na tipificação de crimes. Percebe-se a percentagem de crimes, como tráfico de drogas, é mais recorrente entre mulheres do que homens. Conforme o relatório assim dispõe: Entre os homens, os crimes ligados ao tráfico representam 26% dos registros, enquanto entre as mulheres esse percentual atinge 62%⁴. O gráfico abaixo ilustra essas diferenças:

² ARAÚJO, Glauco. **Secretaria de governo federal vai acompanhar caso de mãe que ficou em cela com filho recém-nascido em SP**. Portal de notícias G1. 2018. Disponível em: <<https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/secretaria-de-governo-federal-vai-acompanhar-caso-de-mae-que-ficou-em-cela-com-filho-recem-nascido-em-sp.ghtml>>. Acesso em: 6 jan. 2019.

³ CERNEKA, Heidi Ann. **Homens que menstruam: considerações acerca do sistema prisional às especificidades da mulher**. In: Veredas do Direito, Belo Horizonte, v. 6 n.11, Janeiro - Junho de 2009. p. 61.

⁴ Levantamento Nacional de informações penitenciárias. **INFOPEN**. p.43.

Gráfico 2: Distribuição por gênero dos tipos penais⁵:



Essa diferenciação de cometimento de determinados delitos por gênero se dá muitas vezes pelo fato de a mulher ser a responsável pelo sustento do lar. Conforme relatório *Mulheres em Prisão – Desafios e possibilidades para reduzir a prisão provisória de mulheres*, do Instituto Terra, Trabalho e Cidadania, de 2017, a busca das atividades ilícitas é a maneira que essas mulheres encontram de sustentar sua prole. Em 2,2% dos documentos referentes aos ocorridos tem-se a informação de que estas cometeram delitos para sustentar seus filhos e que 23% eram as únicas responsáveis pela manutenção do lar⁶. Nesse sentido, muitas mulheres também cumprem pena pelo crime de tráfico de drogas ou delitos correlacionados a este por levarem drogas e outros produtos para seus companheiros ou familiares na prisão. Isso também acontece pelo fato de muitas mulheres estarem juntamente com seus companheiros na hora de uma prisão em flagrante por tráfico de drogas, o que acaba levando muitas para o cárcere e o posterior abandono⁷.

As diferenças de taxas e de tipificação dos delitos são o início do problema, afinal, é quando ingressam no sistema prisional que as demais diferenças se tornam ainda mais aparentes para as mulheres. O principal problema é a invisibilidade e o abandono, seja este por parte do Estado ou da família.

2 A INVISIBILIDADE E O ABANDONO VIVIDOS PELA MULHER NO SISTEMA CARCERÁRIO

Quando se pensa na estrutura de uma instituição prisional, involuntariamente pensamos em presos homens, sem pensar que existem mulheres em prisão.

Não só em relação a esta invisibilidade social, quando se esquece de que há mulheres que cumprem pena, o Estado e a sociedade efetivam essa invisibilidade e abandono que as presas enfrentam. Exemplo disso

⁵ Levantamento Nacional de informações penitenciárias. **INFOPEN**. p.43.

⁶ Relatório *Mulheres em Prisão – Desafios e possibilidades para reduzir a prisão provisória de mulheres*. Instituto Terra, Trabalho e Cidadania. 2017. p.69

⁷ DIUANA, Vilma; CORREA, Marilena C.D.V.; VENTURA, Miriam. *Mulheres nas prisões brasileiras: tensões entre a ordem disciplinar punitiva e as prescrições da maternidade*. Physis [online]. 2017, vol.27, n.3, pp.727-747. ISSN 1809-4481. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/physis/v27n3/1809-4481-physis-27-03-00727.pdf.> Acesso em: 12/03/2019.

são os presídios mistos. Nada mais são que estabelecimentos que improvisadamente comportam mulheres, mas que são vistas como homens, pois acabam não recebendo a estrutura que o gênero feminino necessita.

Nesse sentido, a invisibilidade se traduz em casas prisionais sem estrutura adequada para o gênero feminino, e o abandono se percebe no esquecimento de familiares ou companheiros nos dias de visita, por exemplo, e políticas públicas que sejam eficazes às presas.

A escritora norte-americana Angela Davis, aponta para a invisibilidade das mulheres nas prisões. Apesar da crítica se referir a outro país, com outra realidade, é possível contextualizar com o Brasil. A autora discorre sobre como as mulheres foram esquecidas nos debates que permeiam o sistema penitenciário e como é necessário pensar como é um problema geral e não apenas para essa parcela da população, é preciso pensar na questão de gênero no que afeta mulheres, igualmente como no que afeta os homens. O cerne da questão é não pensar “mulheres e o sistema prisional”, e sim: “como o gênero estrutura o sistema prisional”⁸.

No mesmo livro, Angela Davis explica a dificuldade de se pensar em solucionar os problemas desse sistema como a superlotação, não só no país de origem, mas como em tantos outros que possuem a mesma realidade, porque justamente não se pensa a partir da percepção de gênero:

Apesar da disponibilidade de retratos detalhados da vida em prisões femininas, tem sido extremamente difícil persuadir o público – e até mesmo, por vezes, os ativistas antiprisionais que se preocupam, sobretudo com as dificuldades dos prisioneiros do sexo masculino – sobre a centralidade do gênero na compreensão do sistema de punição estatal. Embora os homens constituam a ampla maioria dos prisioneiros no mundo, aspectos importantes da operação da punição estatal são ignorados quando se presume que mulheres são marginais e, portanto, não merecem atenção. A justificativa mais frequente para a falta de atenção dada às prisioneiras e às questões específicas em torno do encarceramento feminino é a proporção relativamente pequena de mulheres entre as populações carcerárias ao redor do mundo.⁹

Não basta a invisibilidade por parte do Estado, que deveria garantir direitos mínimos, as mulheres são esquecidas também pela sociedade, representada pela família ou companheiros. No Brasil, esse tipo de abandono pode ser ilustrado a partir de relatos como o do livro *Prisioneiras*, do médico Drauzio Varella:

De todos os tormentos do cárcere, o abandono é o que mais aflige as detentas. Cumprem suas penas esquecidas pelos familiares, amigos, maridos, namorados e até pelos filhos. A sociedade é capaz de encarar com alguma complacência a prisão de um parente homem, mas a da mulher envergonha a família inteira.¹⁰

O relato continua e se refere ao presídio de São Paulo, mas é bastante possível que aconteça em praticamente todas as casas prisionais do país:

⁸ DAVIS, Angela. **Estarão as prisões obsoletas?**. 1ª. ed. Rio de Janeiro: Difel, 2018, p.66.

⁹ DAVIS, Angela. **Estarão as prisões obsoletas?**. p.70.

¹⁰ VARELLA, Drauzio. **Prisioneiras**. 1ª. ed. Brasil: Companhia das Letras, 2017,p.38.

Enquanto estiver preso, o homem contará com a visita de uma mulher, seja a mãe, esposa, namorada, prima ou a vizinha, esteja ele num presídio de São Paulo ou a centenas de quilômetros. A mulher é esquecida.¹¹

Dessa forma, é compreensível que a realidade enfrentada pelas mulheres no cárcere é sofrida, pois, além de não ser tratada como mulher pelo Estado, quando este não enxerga as necessidades específicas do gênero, como se só houvesse homens em prisão, ainda enfrentam o abandono e o preconceito dos demais.

Familiares, companheiros e amigos acabam ignorando e esquecendo-se de visitar as presas, o que faz com que estas fiquem cada vez mais afastadas do mundo exterior, o que dificulta ainda mais o processo de ressocialização e retorno para a sociedade exterior.

3 PREVISÕES LEGAIS ACERCA DA MULHER ENCARCERADA

No ordenamento jurídico há uma série de previsões legais que dispõe sobre a mulher no cárcere. Apesar de haver poucos artigos que tratam sobre isso, há outras resoluções que o fazem. O Brasil, juntamente com outros países ajudou na elaboração das Regras de Bangkok – Regras das Nações Unidas para o tratamento de mulheres presas e medidas não privativas de liberdade para mulheres infratoras.

Essa resolução – como o título já diz, traz um conjunto de regras para que a execução da pena para mulheres seja mais humanizada, respeitando direitos fundamentais e especificidades próprias das questões de gênero. Destaca-se que, o tratado não traz a divisão de forma binária pelo sexo biológico, assim como na Lei de Execução Penal, mas traz a identidade de gênero, o que engloba tanto mulheres transexuais – que se identificam no gênero distinto ao biológico, e cis-gênero – que se identificam com o gênero biológico, o que aponta um avanço no que tange ao respeito e a diversidade. Assim, nas regras de Bangkok¹², tem-se por função:

O principal marco normativo internacional a abordar essa problemática são as chamadas Regras de Bangkok – Regras das Nações Unidas para o tratamento de mulheres presas e medidas não privativas de liberdade para mulheres infratoras. Essas Regras propõem olhar diferenciado para as especificidades de gênero no encarceramento feminino, tanto no campo da execução penal, como também na priorização de medidas não privativas de liberdade, ou seja, que evitem a entrada de mulheres no sistema carcerário.

Quando se trata de presas gestantes, objeto de estudo do presente trabalho, a situação se agrava. Partindo do princípio em que a sociedade percebe a mulher como naturalmente disposta para atividades domésticas, sobretudo, com o “dever divino e biológico” de ser mãe, quando a mulher adentra o sistema carcerário e é etiquetada como criminosa, o julgamento não se dá apenas para o delito em si, mas sim no perfil de quem o cometeu. Nesse sentido, Josiane Petry Faria e Carlos Uriarte¹³ explicam:

¹¹ VARELLA, Drauzio. **Prisioneiras**. p.38.

¹² BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. **Regras de Bangkok: Regras das Nações Unidas para o Tratamento de Mulheres Presas e Medidas Não Privativas de Liberdade para Mulheres Infratoras**. Conselho Nacional de Justiça, Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas. Conselho Nacional de Justiça – 1. Ed – Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2016, p.10.

¹³ FARIA, Josiane Petry. URIARTE, Carlos. Apresentação. In: criminologias e política criminal. **Anais do V encontro internacional do Conpendi Montevideu**. Florianópolis, 2016,p.82.

[...] observa-se, ainda hoje, a diferenciação de tratamento dispensado à mulher em nossa sociedade: estigmatizando-a e diminuindo-a frente aos homens. Esse modus operandi, típico da sociedade patriarcal, reserva às mulheres apenas o espaço privado, intrafamiliar, com o intuito de subjugar-las e mantê-las permanentemente sob a tutela dos homens.

O descaso do Estado para com as presas gestantes e lactantes se percebe na estrutura física em que estas cumprem pena. Segundo o InfoPen Mulheres, havia em 2016 cerca de 1155 entre gestantes e lactantes, para 55 casas prisionais que possuem estrutura física específica para esses casos. Apesar do Habeas Corpus coletivo n. 143.641, que definiu que mulheres gestantes ou mães/responsáveis por crianças ou deficientes físicos em 2018 e nesse mesmo ano a lei 13.769, que tem mesmo teor que o HC, são possibilidades e não garantias. Nesse sentido, Thainá Freitas¹⁴ explica:

Entre as responsabilidades do Estado, está à tutela do sistema prisional, nesse sentido é dever do Estado reconhecer a relação mãe-filho, possibilitando condições adequadas para convivência dos mesmos no ambiente carcerário, garantindo a convivência familiar e o princípio do melhor interesse da criança. Além de estimular e colaborar para a manutenção dos vínculos como a família extensa, afim de preservar e garantir os direitos a convivência familiar .

Apesar dessas previsões legais, nem todas as apenadas se encaixam no perfil para receber o benefício da prisão domiciliar, e assim devem cumprir pena nos estabelecimentos prisionais. Salienta-se que os estabelecimentos que recebem essas presas deveriam ter estruturas suficientemente adequadas para a mãe e o filho, frisando a importância para que o laço materno não seja prejudicialmente rompido em função da pena. É importante destacar que quando se trata de condições ideais para a presa e o filho, não se refere apenas aos direitos da mulher, mas principalmente os da criança. Direitos preconizados na Constituição Federal e no Estatuto da Criança e do Adolescente. A criança não deve ter o cárcere como realidade, porém deve ser assegurada a esta uma primeira infância saudável junto da mãe – sem desconsiderar o caráter da pena que a presa cumpre. Deve receber o suporte necessário nos primeiros anos de vida, garantidos pelo Estado, apesar de estar num estabelecimento prisional.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Sobre a calamitosa realidade do sistema carcerário brasileiro, que se vê todos os dias ao menos uma manchete sobre o assunto, todas as medidas tomadas pelo Governo não são eficazes.

Mesmo com as previsões legais e princípios elencados constitucionalmente – que possuem a função de garantir condições mínimas para pessoas privadas de liberdade, o sistema de justiça criminal encontra-se falido, não cumprindo o papel de ressocializar e desconsiderando que todo preso é antes um ser humano.

¹⁴ FREITAS, Thainá. **A produção da maternidade: laços desfeitos e vínculos construídos**. In: Anais do 13º Mundos de mulheres e fazendo gênero 11. Transformações, conexões e deslocamentos. Disponível em: http://www.wwc2017.eventos.dype.com.br/resources/anais/1499470763_ARQUIVO_Modelo_Texto_completo_MM_FGthainajuju.pdf. Acesso em: 26/04/2019.

A crise geral do sistema penitenciário afeta ainda mais quando se trata de presas mulheres. Sistema que é machista e misógino, que desconsidera a existência de mulheres encarceradas, que menstruam, engravidam, que possuem especificidades por seu gênero. É necessário que haja o devido cumprimento e execução da pena, para que a finalidade social seja atingida, como preceitua a lei.

Não obstante, é imprescindível repensar a forma pela qual isso deve ocorrer, pois o que se observou foi o aumento da violação de direitos no cárcere e a banalização da vida dessas presas, evidenciando a falência institucional.

A partir da realização do presente trabalho foi possível entender que é preciso entender o sistema prisional como parte da sociedade, não como parcela excluída e segregada. Com foco nas mulheres gestantes e mães, que não devem ser secundarizadas, para que possam retornar para o convívio com a realidade além-muros, convivendo com sua família e não retornando ao crime.

Ainda, esta área deve ser cada vez mais pesquisada, de forma a ser buscado um sistema de justiça criminal menos machista e mais igualitário. Em que o Estado deva fornecer suporte necessário para que essa parte da população não viva mais em estado de vulnerabilidade, recebendo um tratamento mais humanitário e igualitário, como promulga a Constituição Federal.

REFERENCIA DAS FONTES CITADAS

ARAÚJO, Glauco. **Secretaria de governo federal vai acompanhar caso de mãe que ficou em cela com filho recém-nascido em SP.** Portal de notícias G1. 2018. Disponível em: <<https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/secretaria-de-governo-federal-vai-acompanhar-caso-de-mae-que-ficou-em-cela-com-filho-recem-nascido-em-sp.ghtml>>. Acesso em: 6 jan. 2019.

BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. **Regras de Bangkok: Regras das Nações Unidas para o Tratamento de Mulheres Presas e Medidas Não Privativas de Liberdade para Mulheres Infratoras.** Conselho Nacional de Justiça, Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas. Conselho Nacional de Justiça – 1. Ed – Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2016.

CERNEKA, Heidi Ann. **Homens que menstruam: considerações acerca do sistema prisional às especificidades da mulher.** In: Veredas do Direito, Belo Horizonte, v. 6 n.11, Janeiro - Junho de 2009. p. 61-78.

Levantamento Nacional de informações penitenciárias. **INFOPEN** – junho de 2016.

DIUANA, Vilma; CORREA, Marilena C.D.V.; VENTURA, Miriam. **Mulheres nas prisões brasileiras: tensões entre a ordem disciplinar punitiva e as prescrições da maternidade.** Physis [online]. 2017, vol.27, n.3, pp.727-747. ISSN 1809-4481. Disponível em: < <http://www.scielo.br/pdf/physis/v27n3/1809-4481-physis-27-03-00727.pdf>> Acesso em: 12/03/2019.

DAVIS, Angela .**Estarão as prisões obsoletas?** . 1ª. ed. Rio de Janeiro: Difel, 2018.

FARIA, Josiane Petry. URIARTE, Carlos. Apresentação. In: criminologias e política criminal. **Anais do V encontro internacional do Conpendi Montevideú**. Florianópolis, 2016.

FREITAS, Thainá. **A produção da maternidade: laços desfeitos e vínculos construídos**. In: Anais do 13º Mundos de mulheres e fazendo gênero 11. Transformações, conexões e deslocamentos. Disponível em: http://www.wwc2017.eventos.dype.com.br/resources/anais/1499470763_ARQUIVO_Modelo_Texto_completo_MM_FGthainajuju.pdf. Acesso em: 26/04/2019.

VARELLA, Drauzio. **Prisioneiras**. 1ª. ed. Brasil: Companhia das Letras, 2017.

LUGAR DE MULHER É NA POLÍTICA: A EFICIÊNCIA DAS COTAS FEMININAS NAS ELEIÇÕES MUNICIPAIS NA CIDADE DE PALMEIRA DAS MISSÕES - RS

Cassiane Fortes Bueno¹

RESUMO

Pela sociedade patriarcal foi reservado o espaço privado às mulheres, garantindo o poder político e público aos homens. A política de cotas nas eleições brasileiras pretende ajudar a subverter essa lógica, obrigando as coligações e partidos a terem, 30% no mínimo e 70% no máximo, de candidatos do mesmo gênero. Na prática a Lei 9504/1997 reserva 30% das candidaturas para mulheres, entretanto esse número não condiz com o de mulheres eleitas. Visa-se estudar o caso da cidade de Palmeira das Missões - RS nas eleições de 2016 quanto ao cargo de vereador(a), analisando a real eficácia da lei, através de dados disponibilizados pelo TSE. O método de abordagem é o indutivo, no qual é feito um estudo de caso sobre as eleições em Palmeira das Missões a fim de verificar a eficácia da lei.

PALAVRAS-CHAVE: Cotas Femininas na Política; Lei nº 12.034/2009; Palmeira das Missões; Igualdade Material.

ABSTRACT

The patriarchal society reserved the private space to women, guaranteeing the political and public power to men. The affirmative action for women politic in the brazilian elections hopes to subvert that logic, forcing the coalitions and political parties to have at minimum 30% and, at the most, 70% of runners of the same gender. In practice the Law 9504/1997 reserves 30% of the nominations to women, however this number doesn't reflect the amount of elected women. We aim to study the case of the city of Palmeira das Missões - RS, in Brazil, in the 2016 elections on the city lawmakers seats, analyzing the the real efficacy of the law through data made available by the Supreme Electoral Court. The approach method is the inductive one, taking Palmeira das Missões as a paradigm for the efficiency of the law.

KEYWORDS: Affirmative Action for Women in Politics. Law 12.034/2009; Palmeira das Missões, Material Equality.

INTRODUÇÃO

O direito a voto para as mulheres só foi conquistado em 1932, ano no qual Getúlio Vargas promulgou o novo Código Eleitoral.² Entretanto as lutas em prol do sufrágio feminino já datavam de mais de 20 anos, tendo como marco inicial a criação do Partido Republicano Feminino em 1910, liderado pela professora Deolinda Daltro. Um exemplo de como estas lutas já existiam ocorreu em 1928, quando as mulheres foram às urnas votar, mas seus votos foram anulados. No entanto, esse episódio ocasionou na eleição da primeira prefeita da história do Brasil, Alzira Soriano de Souza, no município de Lajes, no Rio Grande do Norte.³

¹ Graduanda em Direito na Universidade Federal de Santa Maria (UFSM). Santa Maria – RS, pesquisadora do Grupo de Pesquisa em Direito da Sociobiodiversidade da UFSM, cassianefortes08@gmail.com.

² BRASIL. **Decreto nº 21.076, de 24 de fevereiro de 1932.** Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-21076-24-fevereiro-1932-507583-publicacaooriginal-1-pe.html>; Acesso em: 28 de maio de 2019.

³ DUARTE, Constância Lima. Feminismo e literatura no Brasil. **Estudos Avançados**, [s.l.], v. 17, n. 49, p.151-172, dez. 2003. [s.p]. FapUNIFESP (SciELO). <http://dx.doi.org/10.1590/s0103-40142003000300010>. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142003000300010. Acesso em: 05 ago. 2019.

De acordo com Bourdieu, a sociedade tem reservado às mulheres apenas o espaço privado, o cuidado com a casa e com os filhos, já para os homens foi destinado o espaço público.⁴ É preciso transpor os impedimentos causados por uma socialização que subjuga as mulheres, contornar tripla jornada, como mãe, esposa e política e a visão que a sociedade tem do que é “ser mulher”.⁵

Considerando a evidente desigualdade de gênero, foi elaborada a lei nº 9.504/97 que, no seu art. 10, §3º, prevê que cada partido ou coligação terá no mínimo 30% e no máximo 70% de candidatos de cada sexo nas eleições proporcionais. Em tese essa lei não estabelece cotas apenas para as mulheres, apenas porcentagens de cada sexo, entretanto na prática a lei é utilizada para que no mínimo 30% dos candidatos de cada partido ou coligação sejam mulheres. A política de cotas se ampara no princípio da igualdade, previsto constitucionalmente, e objetiva uma maior igualdade material entre homens e mulheres, visto que formalmente já há essa igualdade.⁶

A eficiência da lei é questionada desde que entrou em vigência, tanto por setores progressistas, quanto por conservadores. Este trabalho, a fim de questionar a eficiência da lei frente às fraudes e a utilização de candidaturas falsas, toma como caso de estudo as eleições municipais em Palmeira das Missões - RS em 2016, visto que a cidade é sede de um campus da UFSM e micropolo regional. Desta forma, analisa-se as candidaturas femininas ao cargo de vereador(a), com base nos dados disponibilizados pelo TSE, com a finalidade de comparar as candidaturas femininas com as candidaturas masculinas, as votações recebidas, o dinheiro arrecadado e os valores gastos em campanha.

O objetivo da pesquisa é constatar se a obrigatoriedade de 30% de candidaturas femininas têm surtido reais efeitos nas eleições, isto é, se elas estão tendo ao menos condições de serem eleitas, ou se estão sendo candidatas apenas para preencher a porcentagem mínima exigida em lei. Destaca-se que esse trabalho irá tratar apenas da questão econômica, e não das condições culturais e políticas que influenciam na candidatura e eleição de mulheres, visto que se utiliza dos dados fornecidos pelo TSE.

O método de abordagem utilizado será o indutivo, visto que será utilizada a cidade de Palmeira das Missões no Rio Grande do Sul como objeto de estudo para concluir se o art. 10, §3º da lei nº 9.504 de 1997 está cumprindo com o objetivo de inserir mais mulheres na política. Como método de procedimento, o trabalho se do estudo de caso. A técnica de pesquisa utilizada será a documentação indireta, pois a pesquisa terá como fonte livros, revistas jurídicas, jurisprudências, artigos científicos e legislação pertinente.

⁴ BOURDIEU, Pierre. **A dominação masculina**. 2. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002. p. 18 Disponível em: https://www.sertao.ufg.br/up/16/o/BOURDIEU_Pierre._A_dominacao_masculina.pdf?1332946646; Acesso em: 30 de maio de 2019.

⁵ MOTA, Fernanda Ferreira; BIROLI, Flávia. O gênero na política: a construção do “feminino” nas eleições presidenciais de 2010. In: **Cad. Pagu [online]**. 2014, n.43, pp.197-231. P. 187 ISSN 0104-8333. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/0104-8333201400430197>. Acesso em: 28 de maio de 2019.

⁶ ROTHENBURG, Walter Claudius. Igualdade material e discriminação positiva: o princípio da isonomia. **Novos estudos jurídicos**, v. 13, n. 2, p. 77-92, p. 86, 2009. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/1441/1144>. Acesso em: 29 jul. 2019

1 LEI Nº 9.504/97: OBJETIVOS E FUNCIONAMENTO

A busca por igualdade entre homens e mulheres poderia ser considerada pauta vencida caso observássemos a sociedade através de lentes estritamente legalistas, visto que o art. 5º da Constituição Federal de 1988 prevê que todos são iguais perante a lei, e é ainda mais específica no inciso I deste artigo, o qual traz que homens e mulheres são iguais em direitos e deveres.⁷

Por isso a importância de diferenciarmos a igualdade formal da igualdade material, conforme conceitua Walter Claudius Rothenburg, a igualdade formal, ou de direito é o esperado pelo plano normativo, enquanto a igualdade material, ou de fato, é o que ocorre na realidade. A igualdade formal se encaixa no plano da validade, enquanto a material no plano da eficácia. O objetivo das políticas afirmativas é diminuir a distância entre o “dever ser” e o “ser”.⁸

Miriam Pillar Grossi e Sônia Malheiros Miguel analisam essa conexão das políticas afirmativas com a superação da desigualdade.

Inseridas no contexto mais amplo das ações afirmativas, a política de cotas é medida que visa alterar variados quadros de desigualdades $\frac{3}{4}$ racial, étnica, sexual, social. As ações afirmativas reconhecem as discriminações existentes e agem no sentido de impedir que as mesmas se perpetuem. No caso das cotas eleitorais por sexo, esta ação afirmativa busca criar condições para o estabelecimento de um maior equilíbrio entre homens e mulheres no plano da representação política.⁹

O sistema patriarcal que permeia a ordem social, no qual tende a confirmar a dominação masculina nas mais diversas esferas, na divisão social do trabalho, nas tarefas consideradas para cada um dos sexos e, ressalta-se, do local e espaço reservado para cada um. Há a oposição da assembleia e do mercado, reservado aos homens, enquanto o interior da casa é reservada às mulheres.¹⁰

Não se pode considerar que as mulheres apenas não participam da política e dos espaços públicos devido à sua natureza e seus instintos, a desigualdade entre homens e mulheres é uma herança social dramática.¹¹

Acerca dessa construção social que permeia a vida das mulheres, de acordo com Breno Cypriano pode-se diferenciar três esferas de ação, a privada, a social e a política, para assim analisar o afastamento feminino na esfera política. A esfera privada, já mencionada, é relacionada ao lar e aos laços familiares, devido aos valores da sociedade patriarcal que definia espaços bem distintos para homens e mulheres. O alcance a esfera social se deu através da educação e posteriormente no mercado de trabalho, graças aos avanços dos movimentos feministas, entretanto, mesmo no mercado de trabalho, as mulheres são reduzidas a certas

⁷ BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 31 maio 2019.

⁸ROTHENBURG, Walter Claudius. **Igualdade material e discriminação positiva: o princípio da isonomia**. p. 86.

⁹GROSSI, Miriam Pillar; MIGUEL, Sonia Malheiros. Transformando a diferença: as mulheres na política. **Revista Estudos Feministas**, [s.l.], v. 9, n. 1, p.167-206, 2001. FapUNIFESP (SciELO). <http://dx.doi.org/10.1590/s0104-026x2001000100010>. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0104-026X2001000100010&script=sci_arttext. Acesso em: 29 jul. 2019.

¹⁰BOURDIEU, Pierre. **A dominação masculina**.p. 18

¹¹FRANCO, Helga Paula Patrício. A política de cotas para mulheres no Legislativo, o feminismo e as ações afirmativas. **Revista de Administração Pública**, v. 38, n. 6, p. 1109-1122, p. 1118, 2004. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rap/article/viewFile/6774/5356>. Acesso em: 03 ago. 2019

profissões. Já a esfera pública seria o local da pluralidade e da igualdade, na qual todos atuariam de comum acordo para alcançar o almejado.¹² Entretanto, o autor pontua que para alcançar essa esfera pública as mulheres terão que enfrentar alguns grupos.

O alcance da esfera pública é bloqueado por uma elite masculina que nesse espaço permanece unida, ainda que de forma impensada e não premeditada, gozando da liberdade e do poder. Logo, para que se conquistem estes benefícios na esfera política - liberdade e poder - reforça-se a necessidade da institucionalização de ações afirmativas que favoreçam a verdadeira pluralidade e representatividade e, então, se viabilize acentuadamente a inserção e a presença de mulheres neste espaço.¹³

A fim de não naturalizar as diferenças entre homens e mulheres, Bourdieu elenca condições sociais que são determinantes para o acesso à esfera política, em primeiro lugar está a acumulação de capital político, que é ligado essencialmente às pessoas com excedente econômico, pois suas condições financeiras possibilitam que possa ter tempo livre, deixando as atividades produtivas de lado, dessa forma podendo se colocar como porta-voz. Cumulativamente à isso, a educação é outro fator importante.¹⁴

Acerca do capital político, Bourdieu o conceitua como “uma espécie de capital de reputação, um capital simbólico ligado à maneira de ser conhecido.”¹⁵ Assim, devido às condições sociais na qual as mulheres estão inseridas, acabam por estar desprovidas de capital político, ponto indispensável para alcançarem o campo político de maneira satisfatória.

Assim, aos homens tem sido reservado o espaço da política, da tomada de decisões e do poder, enquanto as mulheres são sujeitadas às suas decisões. Devido a essa cultura, as mulheres acabam por participar menos ativamente da política partidária, entretanto, mesmo com todos os empecilhos, conseguiram formar grupos de relevância política, principalmente durante o século XX no Brasil. Mesmo participando da política partidária, ligadas ao MDB durante a ditadura e depois espalhadas em vários partidos, poucas mulheres mulheres exerciam cargos políticos. Na Assembleia Nacional Constituinte, instalada no mandato de 1986-90, apenas 26 mulheres faziam parte, isto é, 5,7% do total, além disso a maioria não tinha ligação com o movimento feminista.¹⁶

O problema de pouca representatividade política não ocorre apenas em terras brasileiras, e acabou por ser um dos temas da IV Conferência Mundial sobre a Mulher, em 1995, na cidade de Beijing na China organizada pela Organização das Nações Unidas (ONU). Da conferência saiu uma recomendação indicando

¹²CYPRIANO, Breno. (Re)afirmando a política para as mulheres: as implicações de cotas femininas na esfera política brasileira. **Revista Três Pontos, Belo Horizonte**, v. 3, n. 2, p. 63-70, p. 65, 2006. Disponível em: <http://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/handle/bdtse/2599> Acesso em: 01 ago. 2019

¹³CYPRIANO, Breno. (Re)afirmando a política para as mulheres: as implicações de cotas femininas na esfera política brasileira. p. 65.

¹⁴BOURDIEU, Pierre. O campo político. **Revista Brasileira de Ciência Política**, [s.l.], n. 5, [s.p.], jul. 2011. FapUNIFESP (SciELO). <http://dx.doi.org/10.1590/s0103-33522011000100008>. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103-33522011000100008&script=sci_arttext. Acesso em: 04 Ago. 2019.

¹⁵BOURDIEU, Pierre. **O campo político**, [s.p.].

¹⁶COELHO, Leila Machado; BAPTISTA, Marisa. A história da inserção política da mulher no Brasil: uma trajetória do espaço privado ao público. **Revista Psicologia Política**, v. 9, n. 17, p. 85-99, p.95, 2009. Disponível em: <http://pepsic.bvsalud.org/pdf/rpp/v9n17/v9n17a06.pdf> Acesso em: 02 ago. 2019

que os países adotassem cotas mínimas de mulheres em cargos públicos, eletivos ou não.¹⁷ O Brasil iniciou a campanha “Mulheres sem medo do poder” e ainda em 1995 se deu início à política de cotas para mulheres.

No mesmo ano, foi aprovada a lei 9100, estabelecendo o mínimo de 20% de candidaturas femininas para os cargos legislativos, nas eleições municipais de 1996. Em 1997, essa lei foi substituída pela lei 9504, do Código Eleitoral Brasileiro, que estabeleceu o mínimo de 25% para as candidaturas femininas nas eleições de 1998, elevado para 30% a partir das eleições municipais de 2000.¹⁸

De pronto o objetivo das cotas femininas na política é aumentar a velocidade do acesso das mulheres aos cargos eletivos. Com isso, o aumento das mulheres nas instâncias deliberativas, se esperava que houvesse uma transformação de ordem cultural, na qual as mulheres deixariam de ser socialmente vistas como menos aptas de agir politicamente.¹⁹

Entretanto, os números são um pouco desanimadores, nas últimas eleições (2018) 7 mulheres foram eleitas para o Senado Federal, número igual ao das eleições de 2014. Enquanto na Câmara de Deputados o número aumentou, passou de 51, em 2014, para 77 em 2018, isto é 15% das cadeiras. Nas Assembleias Legislativas o número passou para 161 em 2018, totalizando 15,20% das vagas, em 2014 o número de eleitas foi de 119.²⁰

Apesar do pequeno aumento nas últimas eleições, os valores ainda estão muito aquém do esperado da política de cotas, tendo em vista que as mulheres são 51% da população brasileira.²¹ Constata-se uma grave sub-representação feminina nas instâncias eletivas de poder.

Um aspecto que no primeiro momento não chama atenção, mas é essencial para entender como se deu a política de cotas eleitorais no Brasil, é a redação do art. 10, §3º da lei nº 9.504/97 antes da Lei nº 12.034/2009. Cada coligação ou partido independente pode registrar candidatos em até 150% o número de vagas a serem preenchidas, a legislação anterior apenas previa que 30% dessas vagas deveriam ser reservadas, no mínimo, e no máximo 70% para cada gênero, assim os partidos apenas deixavam de preencher essas vagas, que ficavam reservadas e vazias.²²

Aponta-se que quando o referido texto foi aprovado também se modificou o percentual de candidaturas por vagas a preencher. Em 1995 quando foram aprovadas as primeiras cotas para mulheres no legislativo, ficou

¹⁷ COELHO, Leila Machado; BAPTISTA, Marisa. **A história da inserção política da mulher no Brasil: uma trajetória do espaço privado ao público**. p.95.

¹⁸ COELHO, Leila Machado; BAPTISTA, Marisa. **A história da inserção política da mulher no Brasil: uma trajetória do espaço privado ao público**. p. 95

¹⁹ MARTINS, Eneida Valarini. A política de cotas e a representação feminina na Câmara dos Deputados. **Centro de Formação, Treinamento e Aperfeiçoamento (CEFOR), da Câmara dos Deputados, Curso de Especialização em Instituições e Processos Políticos do Legislativo**. Brasília: CEFOR, 2007. Disponível em: <http://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/343>. Acesso em: 05 ago. 2019

²⁰ VELASCO, Clara; OLIVEIRA, Leandro. **Nº de mulheres eleitas se mantém no Senado, mas aumenta na Câmara e nas Assembleias**. 2018. Portal de Notícias G1. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/eleicoes/2018/eleicao-em-numeros/noticia/2018/10/08/no-de-mulheres-eleitas-se-mantem-no-senado-mas-aumenta-na-camara-e-nas-assembleias.ghtml>. Acesso em: 07 ago. 2019.

²¹ IBGE. **QUANTIDADE DE HOMENS E MULHERES**. 2018. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Disponível em: <https://educa.ibge.gov.br/jovens/conheca-o-brasil/populacao/18320-quantidade-de-homens-e-mulheres.html>. Acesso em: 07 ago. 2019.

²² MARQUES, Danusa. **O que são as cotas para mulheres na política e qual é sua importância?** 2018. [s.p]. Organização Gênero e Número. Disponível em: <http://www.generonumero.media/o-que-sao-as-cotas-para-mulheres-na-politica-e-qual-e-sua-importancia/>. Acesso em: 29 jul. 2019.

previsto que cada partido ou coligação poderia ter candidatos até 120% do número de vagas. Assim, com o aumento da porcentagem das cotas, também se aumentou a porcentagem do número total de candidaturas que passou para 150%. Nesse sentido Eneida Valarini Martins pontua que “acredita-se que o legislador tenha aumentado o número total de vagas para candidaturas por que (sic) temia a aprovação das cotas e a redução dos lugares para alocar os candidatos homens.”²³

Posteriormente a lei nº 12.034/2009 alterou a redação do §3º do art.10 da lei nº 9.504/97, o qual passou a trazer que as coligações e partidos devem preencher essas vagas, e não apenas reservar. Entretanto, os números das eleições pós essa alteração não foram satisfatórios, visto que o número de eleitas para a Câmara de Deputados se manteve o mesmo da eleição de 2006, 8,8%.²⁴

Por fim, a legislação vigente prevê que o total de candidaturas pode ser até 150% o número de vagas, com algumas exceções, e que a porcentagem de cotas deve ser preenchida e não apenas reservada.

Assim, frente a implementação das cotas para as eleições proporcionais, isto é, para o legislativo e o insuficiente número de mulheres eleitas, tanto quando comparado aos 30% das cotas, quanto em relação à parcela da população feminina. De acordo com o pontuado por Clara Araújo a literatura tem destacado três principais fatores que influenciam a decisão das mulheres se candidatarem e as suas condições de serem eleitas, sendo eles o socioeconômico, cultural e político.

Os culturais destacam os valores mais gerais que influenciam uma dada sociedade, bem como uma cultura de gênero mais ou menos igualitarista (NORRIS, 1993). Os sócio-econômicos remetem a alguns indicadores, como escolaridade, renda e emprego. Já a dimensão política é tratada mais do ponto de vista das instituições partidárias e eleitorais e dos tipos de sistemas de representação (JONES, 2008, p. 79).²⁵

Deste modo, a caminhada para o sucesso nas carreiras políticas eletivas é mais difícil para as mulheres, devido às condições sociais que estão inseridas, que lhes sujeitam ao espaço privado, tendo que contornar o seu papel de mãe, esposa, dona de casa e trabalhadora para conseguir ao menos se incluir nos debates.

2 ANÁLISE DO CASO DAS ELEIÇÕES MUNICIPAIS DE 2016 DE PALMEIRA DAS MISSÕES - RS

O município de Palmeira das Missões fica no Rio Grande do Sul, segundo o portal Cidades do IBGE, a população estimada em 2018 é de 33.481 habitantes, o Índice de Desenvolvimento Humano Municipal (IDHM) é de 0,737 e apenas 30,9% da população tem o esgotamento sanitário adequado. A economia da cidade é baseada na produção de soja, dos 141.943 ha do território da cidade, 81.077,09 ha são para plantio dessa cultura.²⁶

²³MARTINS, Eneida Valarini. **A política de cotas e a representação feminina na Câmara dos Deputados**. p. 13.

²⁴MARQUES, Danusa. **O que são as cotas para mulheres na política e qual é sua importância?** [s.p].

²⁵ApudARAÚJO, Clara. Gênero e acesso ao poder legislativo no Brasil: as cotas entre as instituições e a cultura. **Revista Brasileira de Ciência Política**, v. 2, p. 3, 2009. Disponível em: http://www.clam.org.br/bibliotecadigital/uploads/publicacoes/1005_1915_araujoclarogenero.pdf. Acesso em: 07 ago. 2019

²⁶IBGE. **Cidades: Brasil - Rio Grande do Sul - Palmeira das Missões**. 2019. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Disponível em: <https://cidades.ibge.gov.br/brasil/rs/palmeira-das-missoes/pesquisa/23/22787?detalhes=true>. Acesso em: 04 ago. 2019.

De acordo com o Censo de 2010, o valor do rendimento nominal médio mensal da população economicamente ativa é de 1.322,30 reais, quando se faz o recorte de gênero os dados mudam bruscamente, os homens ganham em média mensalmente R\$1.414.69, enquanto as mulheres recebem R\$ 876,99.²⁷

No tocante a política no município, o prefeito e o vice prefeito são homens, o primeiro pertence ao Partido Democrático Trabalhista (PDT) e o último ao Progressistas (PP), a Câmara de Vereadores da cidade conta com 12 vereadores e 1 vereadora, eleitos em 2016, conforme o site do TSE.²⁸

Primeiramente, ao analisar as eleições de 2008, um ano antes de ser redigido o atual art. 10º, §3º da lei 9.504/97, que determina que no mínimo 30% e no máximo 70% das vagas para candidatos devem ser preenchidas por pessoas de cada sexo, nota-se que apenas 18,6% dos candidatos eram mulheres, isto é, dos 43 candidatos ao cargo de vereador, apenas 8 eram mulheres.²⁹ Assim, houve de fato um aumento no número de candidatas mulheres, entretanto, da mesma forma que em 2016, apenas uma mulher foi eleita. De maneira similar ocorreu nas eleições para Câmara de Deputados, de 2006 para 2010 houve um aumento considerável de candidaturas femininas, entretanto o número de eleitas caiu de 8,9% para 8,6%. Assim, no Brasil, conforme aumenta o número de candidatas, diminui as chances de mulheres serem eleitas.³⁰

Acerca das eleições de 2016, 56 pessoas tiveram a candidatura deferida, de acordo com o portal das Eleições do TSE, desse número 18 são mulheres, ou seja, 32,14% das candidaturas. Houve 4 coligações, “Avançar é preciso” composta pelo PTN e PSC, “Tá na hora de mudar” do PT, PSB e PC do B, “Unidos para fazer mais” da qual fizeram parte o PP, PDT e PMDB e o PSDB que concorreu de forma autônoma. Todas as coligações seguiram o disposto na Lei 9504/1997 e no mínimo 30% dos candidatos foram mulheres.³¹

Entretanto, essa pesquisa se propõe a analisar além do percentual, pois há um contrassenso, em primeira análise, na candidatura de 30% de mulheres e na eleição de apenas uma vereadora, das 13 vagas. Apenas 7,69% das vagas foram ocupadas por uma mulher.

Ao analisar as coligações nota-se que existem diferenças abruptas tanto entre homens e mulheres, quanto entre as próprias coligações. Concorreram pela coligação “Avançar é Preciso” oito candidatos ao todo, sendo três mulheres, respeitando o percentual legal, entretanto ao verificar os valores gastos e arrecadados pelos candidatos constatou-se que das três candidatas ao cargo de vereador, duas não tiveram nenhum gasto em campanha. Uma das candidatas arrecadou o valor de 600 reais, 300 doados pelo partido, e somou 25 votos. Já a outra candidata arrecadou 500 reais, não recebeu nenhum valor do partido, e o seu total de votos foi 64.³²

A título de exemplificação, compara-se os números do único candidato desta coligação eleito, o valor arrecadado foi de R\$ 8.204,25, o valor gasto foi de R\$ 3.580,00 e o de votos foi 552.³³ A relação entre o número de votos e o valor gasto em campanha é inevitável nesse caso, conforme traz Figueiredo Filho, não

²⁷IBGE. **Cidades: Brasil - Rio Grande do Sul - Palmeira das Missões**. 2019. [s.p].

²⁸ TSE. **Divulgação de Candidaturas e Contas Eleitorais**. 2016. [s.p]. Tribunal Superior Eleitoral. Disponível em: <http://divulgacandcontas.tse.jus.br/divulga/#/municipios/2016/2/87777/candidatos>. Acesso em: 02 jun. 2019.

²⁹ TSE. **Divulgação de Candidaturas e Contas Eleitorais**. 2008. [s.p]. Tribunal Superior Eleitoral. <http://divulgacandcontas.tse.jus.br/divulga/#/municipios/2008/14422/87777/candidatos>. Acesso em: 02 jun. 2019.

³⁰SACCHET, Teresa; SPECK, Bruno Wilhelm. **Dinheiro e sexo na política brasileira: financiamento de campanha e desempenho eleitoral em cargos legislativos**. 2012. P.6 Disponível em: http://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/bitstream/handle/bdtse/4034/2012_sacchet_dinheiro_sexo_politica.pdf?sequence=1 Acesso em: 03 ago. 2019

³¹TSE. **Divulgação de Candidaturas e Contas Eleitorais**. [s.p].

³²TSE. **Divulgação de Candidaturas e Contas Eleitorais**. [s.p].

³³TSE. **Divulgação de Candidaturas e Contas Eleitorais**. [s.p].

necessariamente quem investe mais irá ser eleito, não há uma relação direta entre um e outro, entretanto acaba por ser muito útil para analisar o motivo de certos candidatos não se elegerem. Apesar de alguns candidatos gastarem mais que outros, há um valor mínimo necessário a ser gasto para que o candidato acabe por ser eleito, assim os candidatos que nem ao menos alcançarem esse valor mínimo, estatisticamente, não têm chances de serem eleitos.³⁴

A coligação “Tá na hora de mudar” contou com treze candidatos ao todo, desses, quatro são mulheres respeitando a disposição do art. 10, §3º da lei nº 9.504/97. Diferente do caso anterior, todas as candidaturas femininas tiveram valores arrecadados e gastos semelhantes aos dos candidatos homens, os partidos não repassaram verba para nenhuma das candidaturas.³⁵ Apesar da aparente igualdade de condições, nenhuma mulher da coligação foi eleita.

Como já mencionado, não necessariamente o candidato que gastar mais terá mais votos, entretanto o investimento em campanha é essencial para o sucesso da candidatura. Conforme Sacchet e Speck, a correlação entre financiamento e sucesso eleitoral, em 2010, para o cargo de deputado federal, foi de 0,78 para mulheres, e 0,62 para homens, para o cargo de deputado estadual a correlação foi de 0,82 e 0,68. Assim, resta demonstrado que ter dinheiro para investir na campanha é essencial para ambos, entretanto tem ainda mais relevância para as mulheres.³⁶

A coligação “Unidos para fazer mais” foi composta por vinte e seis candidaturas ao cargo de vereador, desses, oito são mulheres, também de acordo com a disposição legal. Chama atenção que três candidatos não tiveram nenhum gasto em campanha, dois homens e uma mulher, mais uma vez há relação das despesas da campanha com o número de votos, os homens que não tiveram nenhum gasto conseguiram 14 votos e 34 votos, enquanto a mulher 25 votos. O candidato da coligação eleito com o maior número de votos obteve 1.181 votos e gastou 17 mil reais.³⁷

A única mulher eleita vereadora pertence à essa coligação, arrecadou R\$ 11.852,55, gastou em campanha R\$ 9.000,00 e teve 792 votos, sendo a candidata mulher que mais investiu em campanha.³⁸ Mais uma vez fica evidente a ligação entre o valor gasto em campanha e o número de votos.

Por fim, o PSDB contou com 9 candidatos, sendo 3 mulheres, respeitando o previsto pela legislação eleitoral. Ao analisar o valor gasto em campanha constatou-se que todas gastaram o valor de 750 reais e obtiveram votação pouco expressiva, 9 votos, 16 votos e 96 votos.³⁹ Destaca-se que entre as três piores votações, duas são de mulheres do PSDB, inclusive a pessoa menos votada, com 9 votos.⁴⁰

³⁴FIGUEIREDO FILHO, Dalson Britto. Gastos eleitorais: os determinantes das eleições? Estimando a influência dos gastos de campanha nas eleições de 2002. **Revista Urutágua**, v. 8, 2005. Disponível em: http://www.urutagua.uem.br/008/08pol_figueiredo.pdf. Acesso em: 26 jul. 2019

³⁵ TSE. **Divulgação de Candidaturas e Contas Eleitorais**. [s.p].

³⁶SACCHET, Teresa; SPECK, Bruno Wilhelm. **Dinheiro e sexo na política brasileira: financiamento de campanha e desempenho eleitoral em cargos legislativos**. p.7.

³⁷ TSE. **Divulgação de Candidaturas e Contas Eleitorais**. [s.p].

³⁸ TSE. **Divulgação de Candidaturas e Contas Eleitorais**. [s.p].

³⁹ TSE. **Divulgação de Candidaturas e Contas Eleitorais**. [s.p].

⁴⁰ RESULTADO da apuração - Palmeira Das Missões-RS. **PortalG1 de notícias**. 02 out. 2016. Disponível em: <http://g1.globo.com/rs/rio-grande-do-sul/eleicoes/2016/apuracao/palmeira-das-missoes.html>. Acesso em: 10 jul. 2019

Das candidaturas, tanto femininas, quanto masculinas, que não tiveram nenhuma despesa em campanha, totalizando 5 candidaturas, desses, 2 são homens e três são mulheres, isto é, entre os candidatos homens, 5,2%, e entre as mulheres 16%.

Ao analisar as piores 6 votações verifica-se que 5 são de mulheres, resultado alarmante, tendo em vista que apenas 18 mulheres eram candidatas. Os dados trazidos pelo TSE evidenciam a falta de representatividade feminina na política, não apenas entre as mulheres eleitas, mas também pela pouca expressividade de suas candidaturas.

Sacchet e Speck analisam a importância do capital financeiro e político nas eleições e como isso afeta as candidaturas femininas:

Tanto o capital político como o social do tipo público estão positivamente correlacionados ao financiamento eleitoral. Candidatos com mais acesso a estes recursos terão maior facilidade para arrecadar fundos de campanha. Em termos gerais, as mulheres carecem tanto de capitais político e social do tipo público, quanto de recursos financeiros pessoais, fazendo com que elas entrem no processo político em desigualdade de condições com os homens.⁴¹

Com esses apontamentos acerca do capital financeiro e político, podemos analisar melhor as questões referentes às candidatas pela coligação “Avançar é Preciso” e pelo PSDB. As mulheres do PSDB mesmo com o gasto em campanha obtiveram 9 votos, 16 votos e 96 votos, enquanto as mulheres da coligação “Avançar é Preciso” que não tiveram nenhum gasto em campanha tiveram 64 e 78 votos.⁴²

As candidatas pelo PSDB, diferente das da coligação “Avançar é Preciso”, investiram em campanha, entretanto todas fizeram exatamente o mesmo investimento e obtiveram pouquíssimos votos, enquanto duas das três candidatas ligadas ao PTN e ao PSC não tiveram nenhum gasto e também tiveram votações pouco expressivas. Ao relacionar esses fatos aos conceitos de capital político e financeiro, pode-se verificar que as candidatas do PSDB estavam desfalcadas principalmente de capital financeiro, pois até fizeram algum investimento em campanha, talvez não o suficiente, contudo obtiveram pouquíssimos votos. Por outro lado, as candidatas pela coligação do PTN e PSC estavam totalmente desfalcadas de capital financeiro, apesar de que mesmo sem investir em campanha conseguiram votações similares ao das candidatas tucanas, demonstrando possível capital político.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após a implementação da política de cotas para as eleições proporcionais no Brasil houve a esperança que o número de mulheres eleitas aumentasse drasticamente, que as mulheres começariam a ocupar cerca de 30% das cadeiras, afinal, eram 30% das candidatas. Contudo, através dos dados trazidos, se viu que os obstáculos são maiores e que apenas as cotas não são suficientes para transpô-los.

⁴¹SACCHET, Teresa; SPECK, Bruno Wilhelm. **Dinheiro e sexo na política brasileira: financiamento de campanha e desempenho eleitoral em cargos legislativos**. p.4.

⁴² RESULTADO da apuração - Palmeira Das Missões-RS. **PortalG1 de notícias**. 02 out. 2016. Disponível em: <http://g1.globo.com/rs/rio-grande-do-sul/eleicoes/2016/apuracao/palmeira-das-missoes.html>. Acesso em: 10 jul. 2019

A problemática não está apenas no número de mulheres que se candidatam, mas sim, em que condições ocorrem essas candidaturas. Se há apoio partidário, se há acúmulo de capital político por parte da candidata, como aquela sociedade encara a eleição de mulheres e, o que esse artigo se propôs a analisar mais firmemente, as condições financeiras da campanha.

Ao analisar-se os dados do município de Palmeira das Missões, na região noroeste do Rio Grande do Sul, se pode notar como as questões culturais do local influenciam a possibilidade de eleição de mulheres. Primeiramente, os partidos não investem na candidatura de mulheres, seja através de injeção de valores, seja na escolha de mulheres com capital político para serem eleitas. Se há um, falta o outro, como visto. E mesmo que haja condições financeiras e candidatas reconhecidas pelos munícipes, elas não são eleitas devidos às condições culturais da sociedade.

Destaca-se que a pesquisa tomou como base apenas os dados fornecidos pelo Tribunal Superior Eleitoral, os valores gastos nas campanhas, o número de candidatas e as votações. Assim, não se analisou o funcionamento dos partidos e coligações em Palmeira das Missões. As constatações são feitas a partir da união dos dados do TSE e da literatura sobre o tema, Ademais, este trabalho não visa exaurir o debate, mas sim expor alguns fatores determinantes no funcionamento das cotas.

REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

ARAÚJO, Clara. Gênero e acesso ao poder legislativo no Brasil: as cotas entre as instituições e a cultura. **Revista Brasileira de Ciência Política**, v. 2, p. 23, 2009. Disponível em: http://www.clam.org.br/bibliotecadigital/uploads/publicacoes/1005_1915_araujoclarogenero.pdf. Acesso em: 07 ago. 2019

BARANOV, Tamára. **A conquista do voto feminino, em 1932**. 2014. Disponível em: <http://jornalgn.com.br/noticia/a-conquista-do-voto-feminino-em-1932>; Acesso em: 29 de maio de 2019

BOURDIEU, Pierre. **A dominação masculina**. 2. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002. Disponível em: https://www.sertao.ufg.br/up/16/o/BOURDIEU_Pierre._A_domina%C3%A7%C3%A3o_masculina.pdf?1332946646; Acesso em: 30 de maio de 2019.

BOURDIEU, Pierre. O campo político. **Revista Brasileira de Ciência Política**, [s.l.], n. 5, p.193-216, jul. 2011. FapUNIFESP (SciELO). <http://dx.doi.org/10.1590/s0103-33522011000100008>. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103-33522011000100008&script=sci_arttext. Acesso em: 04 Ago. 2019.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 31 maio 2019.

BRASIL. **Decreto nº 21.076, de 24 de fevereiro de 1932**. Brasília. 1932 Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-21076-24-fevereiro-1932-507583-publicacaooriginal-1-pe.html>; Acesso em: 28 de maio de 2019.

BRASIL. **Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997**. Estabelece normas para as eleições. Brasília: Senado Federal, 1997. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9504.htm Acesso em: 07 jul. 2019

COELHO, Leila Machado; BAPTISTA, Marisa. A história da inserção política da mulher no Brasil: uma trajetória do espaço privado ao público. **Revista Psicologia Política**, v. 9, n. 17, p. 85-99, 2009. Disponível em: <http://pepsic.bvsalud.org/pdf/rpp/v9n17/v9n17a06.pdf> Acesso em: 02 ago. 2019

CYPRIANO, Breno. (Re)afirmando a política para as mulheres: as implicações de cotas femininas na esfera política brasileira. **Revista Três Pontos, Belo Horizonte**, v. 3, n. 2, p. 63-70, 2006. Disponível em: <http://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/handle/bdtse/2599> Acesso em: 01 ago. 2019

DUARTE, Constância Lima. Feminismo e literatura no Brasil. **Estudos Avançados**, [s.l.], v. 17, n. 49, p.151-172, dez. 2003. FapUNIFESP (SciELO). <http://dx.doi.org/10.1590/s0103-40142003000300010>. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142003000300010. Acesso em: 05 ago. 2019.

FIGUEIREDO FILHO, Dalson Britto. Gastos eleitorais: os determinantes das eleições? Estimando a influência dos gastos de campanha nas eleições de 2002. **Revista Urutágua**, v. 8, 2005. Disponível em: http://www.urutagua.uem.br/008/08pol_figueiredo.pdf. Acesso em: 26 jul. 2019

FRANCO, Helga Paula Patrício. A política de cotas para mulheres no Legislativo, o feminismo e as ações afirmativas. **Revista de Administração Pública**, v. 38, n. 6, p. 1109-1122, 2004. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rap/article/viewFile/6774/5356>. Acesso em: 03 ago. 2019

GROSSI, Míriam Pillar; MIGUEL, Sônia Malheiros. Transformando a diferença: as mulheres na política. **Revista Estudos Feministas**, [s.l.], v. 9, n. 1, p.167-206, 2001. FapUNIFESP (SciELO). <http://dx.doi.org/10.1590/s0104-026x2001000100010>. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0104-026X2001000100010&script=sci_arttext. Acesso em: 29 jul. 2019.

IBGE. **Cidades: Brasil - Rio Grande do Sul - Palmeira das Missões**. 2019. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Disponível em: <https://cidades.ibge.gov.br/brasil/rs/palmeira-das-missoes/pesquisa/23/22787?detalhes=true>. Acesso em: 04 ago. 2019.

IBGE. **QUANTIDADE DE HOMENS E MULHERES**. 2018. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Disponível em: <https://educa.ibge.gov.br/jovens/conheca-obrasil/populacao/18320-quantidade-de-homens-e-mulheres.html>. Acesso em: 07 ago. 2019.

MARQUES, Danusa. **O que são as cotas para mulheres na política e qual é sua importância?** 2018. Organização Gênero e Número. Disponível em: <http://www.generonumero.media/o-que-sao-as-cotas-para-mulheres-na-politica-e-qual-e-sua-importancia/>. Acesso em: 29 jul. 2019.

MARTINS, Eneida Valarini. A política de cotas e a representação feminina na Câmara dos Deputados. **Centro de Formação, Treinamento e Aperfeiçoamento (CEFOR), da Câmara dos Deputados, Curso de Especialização em Instituições e Processos Políticos do Legislativo**. Brasília: CEFOR, 2007. Disponível em: <http://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/343>. Acesso em: 05 ago. 2019

MOTA, Fernanda Ferreira; BIROLI, Flávia. O gênero na política: a construção do “feminino” nas eleições presidenciais de 2010. In: **Cad. Pagu [online]**. 2014, n.43, pp.197-231. ISSN 0104-8333. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/01048333201400430197>. Acesso em: 28 de maio de 2019.

RESULTADO da apuração - Palmeira Das Missões-RS. **PortalG1 de notícias**. 02 out. 2016. Disponível em: <http://g1.globo.com/rs/rio-grande-do-sul/eleicoes/2016/apuracao/palmeira-das-missoes.html>. Acesso em: 10 jul. 2019

ROTHENBURG, Walter Claudius. Igualdade material e discriminação positiva: o princípio da isonomia. **Novos estudos jurídicos**, v. 13, n. 2, p. 77-92, 2009. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/1441/1144>. Acesso em: 29 jul. 2019

SACCHET, Teresa; SPECK, Bruno Wilhelm. **Dinheiro e sexo na política brasileira: financiamento de campanha e desempenho eleitoral em cargos legislativos**. 2012. Disponível em: http://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/bitstream/handle/bdtse/4034/2012_sacchet_dinherio_sexo_politico.a.pdf?sequence=1 Acesso em: 03 ago. 2019

TSE. **Divulgação de Candidaturas e Contas Eleitorais**. 2008. Tribunal Superior Eleitoral. <http://divulgacandcontas.tse.jus.br/divulga/#/municipios/2008/14422/87777/candidatos>. Acesso em: 02 jun. 2019.

TSE. **Divulgação de Candidaturas e Contas Eleitorais**. 2016. Tribunal Superior Eleitoral. Disponível em: <http://divulgacandcontas.tse.jus.br/divulga/#/municipios/2016/2/87777/candidatos>. Acesso em: 02 jun. 2019.

VELASCO, Clara; OLIVEIRA, Leandro. **Nº de mulheres eleitas se mantém no Senado, mas aumenta na Câmara e nas Assembleias**. 2018. Portal de Notícias G1. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/eleicoes/2018/eleicao-em-numeros/noticia/2018/10/08/no-de-mulheres-eleitas-se-mantem-no-senado-mas-aumenta-na-camara-e-nas-assembleias.ghtml>. Acesso em: 07 ago. 2019.

Anexos

Candidatos eleitos

Nome	Partido	Valor Arrecadado	Valor Gasto	Doação do partido	Votos
ADILSON SEVERO BARBOSA	PC do B	R\$ 17.470,00	R\$ 14.000,00	R\$ 0,00	735 votos
ERICO VERISSIMO DE ALMEIDA	PDT	R\$ 7.310,87	R\$ 5.349,54	R\$ 2.166,33	885 votos
FERNANDO CEZAR DE CARLI	PSDB	R\$ 4.136,77	R\$ 1.242,70	R\$ 2.114,77	1.121 votos
JOSE FERNANDO PADILHA VILANDE	PMDB	16.706,30	R\$ 10.275,84	R\$ 254,00	710 votos
KARIN AMELIA BITENCOURT UCHÔA	PP	R\$ 11.852,50	R\$ 9.000,00	R\$ 3.092,50	792 votos
ELEANDRO DE LIMA	PSC	R\$ 8.204,25	R\$ 3.580,00	R\$ 0,00	552 votos
MARCELO SAGGIN	PP	R\$ 19.192,50	R\$ 17.000,00	R\$ 3.092,50	1.181 votos
ANTONIO CARLOS ZOTTIS PADILHA	PP	R\$ 21.930,00	R\$ 18.400,00	R\$ 8.000,00	1.120 votos
CLAUDIO ROBERTO DA SILVA MINEIRO	PT	R\$ 4.885,00	R\$ 2.015,00	R\$ 0,00	723 votos
SIDINEI BUENO DE OLIVEIRA	PDT	R\$ 9.950,00	R\$ 7.625,00	R\$ 2.000,00	803 votos

TIAGO STEFANI ANTUNES	PDT	R\$ 9.350,00	R\$ 7.050,00	R\$ 2.000,00	719 votos
VERGILIO MATIAS DA ROSA	PT	R\$ 7.415,00	R\$ 4.745,00	R\$ 0,00	500 votos
ANTONIO DA ROCHA VEZARO	PDT	R\$ 8.180,00	R\$ 6.649,99	R\$ 2.000,00	1,077 votos

- Tabela elaborada pela autora

Candidatas mulheres

Obs: candidatos em negrito foram eleitos.

Nome Completo	Partido	Valor Arrecadado	Valor Gasto	Doação do partido	Votos
CARINE DO NASCIMENTO BRIZOLA	PDT	R\$ 2.786,33	R\$ 2.320,00	R\$ 2.166,33	157 votos
CARLA ELIZABETH KURTZ FORTES	PP	R\$ 920,00	R\$ 320,00	R\$ 300,00	78 votos
CELIA FARIAS BARBOSA	PT	R\$ 4.600,00	R\$ 1.430,00	R\$ 0,00	210 votos
CENIRA GOMES	PT	R\$ 9.353,34	R\$ 1.483,34	R\$ 1.381,26	429 votos
CLEONICE DA SILVA VIEIRA	PSDB	R\$ 3.631,76	R\$ 750,50	R\$ 1.381,26	96 votos
ISABEL DE FÁTIMA MARQUES DA ROSA	PSDB	R\$ 2.631,77	R\$ 750,50	R\$ 1.381,27	9 votos
JOCEMARA RIBEIRO DOS SANTOS	PSC	R\$ 500,00	R\$ 0,00	R\$ 0,00	64 votos
KARIN AMELIA BITENCOURT UCHÔA	PP	R\$ 11.852,50	R\$ 9.000,00	R\$ 3.092,50	792 votos
LUCIVANI DE QUADROS SOARES	PSC	R\$ 3.209,68	R\$ 926,50	R\$ 0,00	244 votos
TERESA MARISTEL BRIZOLLA DOS SANTOS	PP	R\$ 600,00	R\$ 0,00	R\$ 300,00	25 votos

MARLEI LEHMANN CARBOLIN	PDT	R\$ 2.466,33	R\$ 2.000,00	R\$ 2.166,33	16 votos
MENECI LAMBERTES	PSC	R\$ 500,00	R\$ 0,00	R\$ 0,00	78 votos
HELOIZA HELENA KURTZ	PMDB	R\$ 1.574,00	R\$ 820,00	R\$ 254,00	33 votos
MARIA ANDREIA MACIEL NERLING	PT	R\$ 2.315,10	R\$ 1.145,00	R\$ 0,00	286 votos
ROSA DE FATIMA DA ROSA PIAS	PDT	R\$ 2.466,33	R\$ 2.000,00	R\$ 2.166,33	64 votos
ROSE ELAINE DE MORAES BRIZOLLA	PT	R\$ 6.315,00	R\$ 3.445,00	R\$ 0,00	331 votos
VANESSA SALDANHA DE LYRA MARTINS DE ALMEIDA	PSDB	R\$ 2.609,07	R\$ 750,50	R\$ 2.109,07	16 votos
VERA LUCIA BRUM AZEREDO	PP	R\$ 8.390,64	R\$ 5.337,00	R\$ 1.708,83	218 votos

- Tabela elaborada pela autora

A LUTA DAS MULHERES E UMA ANÁLISE DE GÊNERO NAS RELAÇÕES DE TRABALHO

Maria Caroline Nemet Kurtz¹

Pamela de Almeida Araújo²

RESUMO

O artigo tem por objetivo analisar, de maneira breve, a luta das mulheres trabalhadoras, pois sendo o trabalhador a parte hipossuficiente na relação de trabalho, a mulher, nessa condição, seria a parte da relação jurídica ainda mais vulnerável que o trabalhador de maneira geral. Sem a pretensão de esgotar o tema, o presente trabalho busca inicialmente descrever os principais pontos da teoria Marxista na visão pachukaniana do direito, de modo a contribuir, para maior esclarecimento e análise da relação da mulher e o trabalho. Ainda, serão analisadas algumas legislações de proteção ao trabalho da mulher. O trabalho terá como metodologia a revisão bibliográfica.

PALAVRAS-CHAVE: Gênero. Luta de Classes; Relação de Trabalho.

ABSTRACT

The article aims to analyze, briefly, the struggle of working women, since the worker is the hyposufficient part in the employment relationship, the woman, in this condition, would be the part of the legal relationship even more vulnerable than the worker in general. . Without pretending to exhaust the subject, the present work initially seeks to describe the main points of Marxist theory in the Pachukanian view of law, in order to contribute to a better clarification and analysis of the relationship between women and work. Also, some legislation to protect women's work will be analyzed. The work will have as methodology the literature review.

KEYWORDS: Genre; Class struggle; Work relationship.

INTRODUÇÃO

A discriminação da mulher no meio ambiente de trabalho ainda é comum não só no Brasil, como nos demais países do mundo. Para enfrentar a problemática apresentada no presente estudo, o trabalho será desenvolvido em dois capítulos.

O primeiro capítulo analisará a teoria Marxista na visão de Evgene Pachukanis, tendo em vista que o segundo autor, que estuda a obra de Marx em sua obra Teoria Geral do Direito e Marxismo, trazendo uma teoria chamada “pachukaniana”, de modo a analisar a luta de classes e sua relação com o capitalismo.

Ainda, no primeiro capítulo, será abordada a obra de Karl Marx, que analisa a sociedade pelo capitalismo, explicando o que ele chama de luta de classes. Alysson Leandro Mascaro, em sua obra “Estado e forma política”, traz a análise da obra pachukaniana, também será objeto desse estudo no primeiro capítulo.

No segundo capítulo, denominado “a evolução da legislação face à discriminação de gênero”, será discorrido acerca da legislação que protege o trabalho da mulher, bem como a análise de relatório da Organização Internacional do Trabalho sobre o trabalho feminino no mundo.

¹Advogada. Graduada em Direito pela Faculdade de Direito de Curitiba - UNICURITIBA. Mestra em Direito pelo Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu Universidade de Passo Fundo – UPF, em Direito. E-mail: mariacarolinenk@gmail.com.

²Mestranda do Programa de Pós Graduação em Direito da Universidade de Passo Fundo-RS. Integrante do Grupo de Pesquisa Direitos Humanos e Democracia na América Latina, Bolsista Capes. Email: pam.ufg@gmail.com

A mulher, sendo o gênero vulnerável, merece importante abordagem, sobretudo no que se refere aos direitos trabalhistas, tendo em vista que, no mercado de trabalho, conforme se verificará no segundo capítulo, ainda há grandes desigualdades de tratamento tendo em vista o gênero feminino.

1 MARXISMO NA VISÃO PACHUKANIANA

O surgimento do capitalismo deu-se com o crescimento dos grandes centros comerciais, a partir do século XIII, na Europa, durante o renascimento. Foi na revolução industrial que o modelo econômico se intensificou. Aquele artesão que não detinha o capital para adquirir uma máquina acabou virando empregado de quem adquiriu a máquina de fiar, e dessa forma o modo de exploração capitalista foi se desenvolvendo.

Bobbio, em sua obra, infere sobre o conceito de capitalismo, de forma que:

Uma primeira acepção restrita de Capitalismo designa uma forma particular, historicamente específica, de agir econômico, ou um modo de produção em sentido estrito, ou subsistema econômico. Esse subsistema é considerado uma parte de um mais amplo e complexo sistema social e político, para designar o que não se considera significativo ou oportuno recorrer ao termo Capitalismo. Prefere-se usar definições deduzidas do processo histórico da industrialização e da modernização político-social. Fala-se, exatamente, de sociedade industrial, liberal-democrática, ou de sociedade complexa, da qual o Capitalismo é só um elemento, enquanto designa o subsistema econômico. Uma segunda acepção de Capitalismo, ao invés, atinge a sociedade no seu todo como formação social, historicamente qualificada, de forma determinante, pelo seu modo de produção. Capitalismo, nesta acepção, designa portanto, uma "relação social" geral.³

O capitalismo intensificou-se em meio à revolução industrial e está presente em todos os países do mundo. Ainda que alguns países não admitam que se inserem nessa forma de produção, ele está introduzido em todas as economias mundiais, em alguns casos não de forma explícita, porém, sempre presente.⁴

O lucro, no modo de produção capitalista, fica com a parte que detém o capital e dita as regras de trabalho. Dessa forma, a força de trabalho acaba sendo uma mercadoria neste modo de produção. É nesse sentido que os estudos se referem à classe trabalhadora que “apenas dispõe da mercadoria força de trabalho para trocar no mercado por um equivalente em salário, o qual usará para sua subsistência e de sua família”.⁵

Portanto, importante ressaltar que, conforme a visão de Pachukanis o pensamento burguês e a forma de produção da atual sociedade são quadros eternos em nossa sociedade, dessa forma, o que se deve fazer, é procurar meios de ter uma vida digna dentro de um sistema de capital explorador. “A forma jurídica, em sua forma desenvolvida, corresponde precisamente a relações sociais burguesas-capitalistas.”⁶

³ BOBBIO, Norberto; Matteuci, NICOLA; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. Volume I. Trad. Carmen C. Varriale, Gaetano Lo Mônaco, João Ferreira, Luís Guerreiro Pinto Cacaís e Renzo Dini. 11. Ed. Brasília: Unb. 1998, p. 140-141.

⁴ Sobre a expansão do capitalismo: A Revolução Industrial e a expansão do capitalismo e o surgimento da "questão social" criaram atitudes, esperanças, objetivos de bem-estar individual e coletivo, despojado, em geral, de qualquer conotação religiosa e produziram a descristianização prática de largas camadas da população burguesa e operária. BOBBIO, Norberto; Matteuci, NICOLA; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. Volume I. Trad. Carmen C. Varriale, Gaetano Lo Mônaco, João Ferreira, Luís Guerreiro Pinto Cacaís e Renzo Dini. 11. Ed. Brasília: Unb. 1998, p. 69.

⁵ MOLITOR, Thamiris Evaristo. **Forma jurídica e gênero. Uma análise pachukaniana**. In: Revista Brasileira de Sociologia do Direito. 2018. Disponível em: <<http://revista.abrasd.com.br/index.php/rbsd/article/view/267/168>>. Acesso em 16 jan. 2019, p. 135.

⁶ PACHUKANIS, E. B. **Teoria Geral do Direito e Marxismo**. Trad. CHAGAS, Silvio Donizete. São Paulo: Editora Acadêmica. 1988, p. 66.

O Direito, dessa forma, está equiparado às trocas, pois da mesma forma em que as primeiras relações comerciais se desenvolveram através das trocas, a norma jurídica é elaborada em troca de seu cumprimento pelo cidadão. O autor Alysson Mascaro⁷, faz essa abordagem, correlacionando o direito à troca na sua obra.

[...] O trabalhador assalariado, ao contrário, surge no mercado como livre vendedor da sua força de trabalho e, por esta razão, a relação de exploração capitalista se realiza sob a forma jurídica de contrato. Acredito serem estes exemplos suficientes para pôr em evidência a importância decisiva da categoria de sujeito na análise da forma jurídica.⁸

Evgeni Pachukanis estuda a obra de Marx, abordando a sua forma jurídica, afirmando que o Direito é instrumento do capitalismo, de modo que a forma jurídica é equivalente à forma da mercadoria. O trabalhador, que vende sua força de trabalho, tem forma jurídica de mercadoria pelo Direito, que autoriza essa forma de exploração.⁹ Dessa forma, há uma relação da condição capitalista com a troca de mercadorias. Também analisando a obra de Pachukanis, T. Molitor refere que:

Para a teoria pachukaniana, que analisa a forma jurídica a partir do método marxista, o direito é instrumento específico do capitalismo que é interdependente à forma valor (BASTOS, 2018). Destarte, para que se possa avançar na discussão sobre o significado da forma jurídica para esses dois autores é necessário entender conceitos marxistas essenciais, como a própria forma valor e a forma mercadoria (MARX, 2013). A mercadoria, no capitalismo, é produzida para compra e venda no mercado, e não para uso do próprio produtor.¹⁰

A teoria marxista, na visão pachukaiana, demonstra a força do capital em nosso meio social. O trabalhador, dessa forma, está incluído na sociedade capitalista, como meio para que se consiga o lucro. Ainda que a obra de Marx, O Capital, tenha sido publicada em 1867, a exploração da mão de obra do trabalhador ainda ocorre como na visão inicial do autor.

[...] considera toda forma social historicamente. Ela se propõe, por conseguinte, a tarefa de explicar aquelas condições materiais, historicamente dadas, que fizeram desta ou daquela categoria uma realidade. [...] Para Marx análise da forma do sujeito tem origem imediata na análise da forma da mercadoria. A sociedade capitalista é, antes de tudo, uma sociedade de proprietários de mercadorias. Isto quer dizer que as relações sociais dos homens no processo de produção tomam uma forma coisificada nos produtos do trabalho que aparecem, uns em relação aos outros, como valores.¹¹

Sendo a mercadoria o núcleo mínimo do capitalismo, a principal moeda de troca em um modelo de economia capitalista é o trabalho realizado pelo empregado. Assim, o trabalho é o núcleo mais importante de um Estado, pois é através dele que ocorre o desenvolvimento.

⁷ MASCARO, Alysson Leandro. **Estado e forma política**. São Paulo: Boitempo editorial. Recurso eletrônico, Disponível em: https://www.academia.edu/37104314/Alysson_Mascaro_-_Estado_e_forma_pol%C3%ADtica. Acesso em 04 de ago. 2019.

⁸ PACHUKANIS, E. B. **Teoria Geral do Direito e Marxismo**. Trad. CHAGAS, Silvio Donizete. São Paulo: Editora Acadêmica. 1988, p. 67.

⁹ MASCARO, Alysson Leandro. **“Estado e forma política”**. São Paulo: Boitempo editorial. Recurso eletrônico, Disponível em: https://www.academia.edu/37104314/Alysson_Mascaro_-_Estado_e_forma_pol%C3%ADtica, Acesso em 04 de ago. 2019.

¹⁰ MOLITOR, Thamiris Evaristo. **Forma jurídica e gênero. Uma análise pachukaniana**. In: Revista Brasileira de Sociologia do Direito. 2018. Disponível em: <<http://revista.abrasd.com.br/index.php/rbsd/article/view/267/168>>. Acesso em 16 jan. 2019, p. 135.

¹¹ PACHUKANIS, E. B. **Teoria Geral do Direito e Marxismo**. Trad. CHAGAS, Silvio Donizete. São Paulo: Editora Acadêmica. 1988, p. 70.

Nesse contexto, para que o trabalho vire mercadoria, ele precisa ter forma assalariada, assim, o empregado, que venderá sua força de trabalho, acaba por ter sua forma social comparada à mercadoria.¹²

É a luta de classes na qual o trabalhador oprimido e explorado vende sua forma de trabalho em troca de dinheiro, que forma a relação de trabalho assalariada, estudada por Marx, dessa forma, também pode ser vista na luta da classe feminina, que precisa, até hoje lutar por igualdade frente aos homens, sobretudo na relação de trabalho, conforme se verificará no próximo capítulo.

2 A EVOLUÇÃO DA LEGISLAÇÃO FACE À DISCRIMINAÇÃO DE GÊNERO

A mulher no passado era vista como moeda de troca. Era por vezes comparada à mercadoria. Casamentos eram realizados em troca de moedas, sendo que, Marx, em sua obra “O Capital”, ilustra tal período: “A mercadoria não se confunde com um objeto de troca tribal, situação em que, por exemplo, um saco de alimentos não pode ser trocado por uma canoa, embora esta possa ser trocada por uma mulher.”¹³

A figura da mulher, na história sempre foi de exclusão, em um primeiro momento era ela excluída, depois passou a ser vista apenas como “ferramenta necessária para procriação”. Nesse contexto, a autora Josiane Petry Faria escreve que “A mulher não existe a não ser num discurso baseado na sua radical exclusão. Sob o pálio da negatividade ela ameaça a reivindicação de autoridade do esquema da hierarquia de gêneros.”¹⁴

Dessa forma, as mulheres sempre foram discriminadas, vulgarizadas, simplesmente por serem do gênero feminino. Com isso, surgiu o feminismo, movimento que busca diminuir a opressão em face das mulheres. Sobre esse importante movimento, Bobbio:

O ponto fundamental da doutrina feminista, muito variada e articulada sobre cada um dos problemas e soluções propostos, é de que existe uma peculiar opressão de todas as mulheres. Esta opressão, que se manifesta tanto a nível das estruturas como a nível das superestruturas, assume formas diversas nas várias classes. Além disso, não se pode resolver, nem com melhorias jurídicas na sociedade liberal, nem com uma revolução econômica, a despeito das previsões formuladas pelos socialistas, de Marx e Engels a Bebel e Clara Zetkin.¹⁵

O autor Ricardo Antunes, em sua obra “Adeus ao Trabalho?”, demonstra alguns fatores que afetam o mundo do trabalho, dentre eles, a precarização e vulnerabilidade do trabalho da mulher. “Vivencia-se um aumento significativo do trabalho feminino, que atinge mais de 40% da força de trabalho nos países avançados,

¹²MASCARO, Alysson Leandro. “Estado e forma política”. São Paulo: Boitempo editorial. Recurso eletrônico, disponível em: https://www.academia.edu/37104314/Alysson_Mascaro_-_Estado_e_forma_pol%C3%ADtica, acesso em 04 de ago. 2019.

¹³MARX, Karl. **O Capital. Crítica da Economia Política. Livro I.** O processo de produção do capital. Trad. Rubens Enderle. Boitempo Editorial. Disponível em: <<https://coletivocontracorrente.files.wordpress.com/2013/10/tmps7j7bv.pdf>>. Acesso em: 12 jan 2019, p. 89. PDF.

¹⁴FARIA, Josiane Petry. A Participação Feminina na Transformação da História Patriarcal: Dimensões do Poder e Desenvolvimento como Liberdade. In: **Revista Direitos Humanos e Democracia**. Editora Unijui. 2017. Disponível em: <<https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/direitoshumanosedemocracia/article/view/5877>>. Acesso em 18 jan 2019.

¹⁵Sobre o feminismo, Bobbio refere que: Com este termo, indica-se um movimento e um conjunto de teorias que têm em vista a libertação da mulher. Esse movimento nasceu nos Estados Unidos, na segunda metade da década de 60, e se desenvolveu rapidamente por todos os países industrialmente avançados, entre os anos 1968 e 1977. O termo libertação é entendido como contraposto ao conceito de emancipação dos movimentos do século XIX, de que o Feminismo contemporâneo constitui a fase extrema e, ao mesmo tempo, a superação. A luta pela emancipação consistia na exigência da igualdade (jurídica, política e econômica) com o homem, mas mantinha-se na esfera dos valores masculinos, implicitamente reconhecidos e aceitos. BOBBIO, Norberto; Matteucci, NICOLA; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. Volume I. Trad. Carmen C. Varriale, Gaetano Lo Monaco, João Ferreira, Luís Guerreiro Pinto Cacaís e Renzo Dini. 11. Ed. Brasília: Unb. 1998.

e que tem sido preferencialmente absorvido pelo capital no universo do trabalho precarizado e desregulamentado.”¹⁶

A relação da mulher com o meio laboral é motivo de intenso estudo e debates. Durante a revolução industrial, a mulher era altamente explorada assim como os homens, sendo que não havia qualquer limite de horário, bem como, qualquer restrição ao trabalho de gestante e lactante. Ainda que para os homens as condições de trabalho também não fossem dignas, havia muitas mulheres e até mesmo crianças que além de serem exploradas em sua força de trabalho, ainda, sofriam abusos das mais variadas formas, dentre eles, abusos sexuais.

O excesso de trabalho, a exploração da mão de obra, fez com que o capital ficasse apenas nas mãos dos grandes empresários, sendo que isso serviu para o aumento das desigualdades. Marx retrata a exploração da classe fragilizada em sua obra, “O capital”,

Os mesmos excessos, cujas vítimas são principalmente mulheres, moças e crianças, ocorrem no ramo da encadernação de livros. Trabalho pesado para menores nas cordoarias, trabalho noturno em salinas, em manufaturas de velas e outras manufaturas químicas.¹⁷

Com a evolução da sociedade houve a gradativa melhora da legislação referente à proteção do trabalho da mulher.

Assim surgiu a lei fabril adicional de 7 de junho de 1844, que entrou em vigor em 10 de setembro desse 444/1493 mesmo ano. Ela acolhia uma nova categoria de trabalhadores entre os protegidos: as mulheres maiores de 18 anos. Estas foram equiparadas aos adolescentes em todos os aspectos, seu tempo de trabalho foi limitado a 12 horas, o trabalho noturno lhes foi vetado etc. Pela primeira vez, a legislação se viu compelida a controlar direta e oficialmente também o trabalho dos adultos.

Os direitos trabalhistas no Brasil começaram a ganhar força a partir da década de trinta, na “Era Vargas”. Uma das primeiras legislações brasileiras, que de certa forma protegeu o trabalho da mulher obreira, foi o decreto lei número 21.417, de 17 de maio de 1932¹⁸, uma vez que, proibia o labor feminino em locais insalubres.

Mesmo sendo alvo de críticas¹⁹, eis que a supracitada legislação limitava o trabalho feminino em determinados locais como indústrias, analisando o decreto como um todo, ainda que de certa forma tenha

¹⁶ ANTUNES, Ricardo. **Adeus ao trabalho? Ensaio sobre as Metamorfoses e a Centralidade do Mundo do Trabalho**. 11 ed. São Paulo: Cortez; Campinas, SP: Editora da Universidade Estadual de Campinas, 2006, p. 169.

¹⁷ MARX, Karl. **O Capital. Crítica da Economia Política. Livro I**. O processo de produção do capital. Trad. Rubens Enderle. Boitempo Editorial. Disponível em: <<https://coletivocontracorrente.files.wordpress.com/2013/10/tmpsqr7jbv.pdf>> . Acesso em: 12 jan 2019. p. 652. PDF.

¹⁸ Sobre a proibição do trabalho feminino em determinados setores, dispõe o artigo 5º do decreto: É proibido o trabalho da mulher: a) nos subterrâneos, nas minerações, em sub-solo, nas pedreiras, e obras de construção pública ou particular; b) nos serviços perigosos e insalubres, constantes do quadro anexo. BRASIL. **Decreto nº 21.417, de 17 de maio de 1932**. Disponível em <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-21417-17-maio-1932-559563-publicacaooriginal-81852-pe.html>>. Acesso em 15 jan 2019.

¹⁹ FRACCARO, Cristina Glaucia Candian. O trabalho feminino sobre o olhar estrangeiro. **Revista Mundos do Trabalho**, vol. 2, n. 4, agosto-dezembro de 2010 p.336-352. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/mundosdotrabalho/article/viewFile/1984-9222.2010v2n4p336/17244>>. Acesso em: 15 jan 2019, p. 336.

restringido parte dos direitos das trabalhadoras, uma vez que impedia que as mulheres trabalhassem em determinados locais como indústrias e limitava a jornada de trabalho feminina, foi considerado um decreto protetivo, pois proibia o trabalho das obreiras em locais insalubres, protegendo dessa forma, a saúde das trabalhadoras.

Analisando o decreto como um todo, verifica-se que ela ora restringia o trabalho da mulher em determinados locais como um meio de discriminação, ora essas restrições soavam como proteção, tendo em vista ter a mulher trabalhadora dupla jornada.

A Consolidação das Leis do Trabalho, promulgada em 1943, no governo de Getúlio Vargas, também continha dispositivos que discriminavam o trabalho da obreira, tendo em vista que, conforme se verifica no Capítulo III, que trata da proteção do trabalho da mulher, o parágrafo único do artigo 372, determinava que os dispositivos da legislação brasileira de proteção à mulher, não seriam aplicáveis à trabalhadora que laborasse em empresas administrada por familiares.²⁰

Outro dispositivo retrógrado e de necessária revisão, o parágrafo único do artigo 446, permitia ao marido ou ao pai da mulher empregada, pleitear a rescisão do contrato de trabalho, caso o ente familiar achasse que a relação de emprego estaria ameaçando o vínculo familiar.²¹

A legislação evoluiu, de forma a proteger a trabalhadora, de modo que, o Brasil, sendo um dos Estados membros da Organização Internacional do Trabalho, a qual possui importantes convenções que servem de diretrizes para as legislações nacionais, sendo que também proíbe a discriminação da mulher no ambiente laboral.

O OIT dispõe sobre a não discriminação em matéria de salário (Convenção n. 100/51, aprovada pelo Decreto Legislativo n. 24, de 29-5-56 e promulgada pelo Decreto n. 41.721, de 25-6-57) e de emprego e ocupação (Convenção n. 111/58, aprovada pelo Decreto Legislativo n. 104, de 24-11-64 e promulgada pelo Decreto n. 62.150, de 19-1-68), sobre trabalhadores com responsabilidades familiares cujo alvo principal é a mulher (Convenção n. 156/81, não ratificada pelo Brasil).²²

Em complemento, a Convenção 103 da OIT ratificada pelo Brasil em 1966, protege o trabalho da gestante, pois impede que haja despedida ou o início do aviso prévio da trabalhadora, em caso de ausência do local de trabalho em razão de gravidez.²³ A Consolidação das Leis do Trabalho, em seu artigo 461, proíbe a diferenciação de salário em razão do gênero, se, idêntica a função.²⁴

Apesar da evolução da legislação com relação à proteção do trabalho da mulher, bem como, as ações

²⁰ BRASIL. **Consolidação das Leis do Trabalho**. Decreto n° 5452 de 1° de maio de 1943. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm> . Acesso em: 15 jan 2019.

²¹ BRASIL. **Consolidação das Leis do Trabalho**. Decreto n° 5452 de 1° de maio de 1943. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm> . Acesso em: 15 jan 2019.

²² MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. 34. Ed. São Paulo: Saraiva Educação. 2018, p. 937.

²³ BRASIL. **Decreto 58.820 de 14 de julho de 1966**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1950-1969/D58820.htm> Acesso em 13 jan 2019.

²⁴ Assim dispõe o Artigo 461: “Sendo idêntica a função, a todo trabalho de igual valor, prestado ao mesmo empregador, no mesmo estabelecimento empresarial, corresponderá igual salário, sem distinção de sexo, etnia, nacionalidade ou idade”.BRASIL. **Consolidação das Leis do Trabalho**. Decreto n° 5452 de 1° de maio de 1943.

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm> . Acesso em: 15 jan 2019

afirmativas que tendem a diminuir a discriminação no meio ambiente de trabalho, ainda é grande a discriminação da mulher no mercado de trabalho no mundo. Isso pôde ser constatado no relatório "Perspectivas Sociais e Emprego no Mundo: Progresso Global nas Tendências do Emprego Feminino 2018". No mesmo ano de 2018:

[...] a taxa global de participação de mulheres na força de trabalho - 48,5% em 2018 - ainda é 26,5 pontos percentuais abaixo da taxa de homens. Além disso, a taxa de desemprego das mulheres para 2018 - 6,0% - é cerca de 0,8 pontos percentuais maior que a dos homens. Esses dados indicam que, para cada dez homens que trabalham, apenas seis mulheres estão empregadas.²⁵

Da análise do relatório, verifica-se que a taxa de desemprego de mulheres com relação aos homens em países desenvolvidos é extremamente baixa. Já em países subdesenvolvidos, como no Norte da África, a existência de mulheres desempregadas é duas vezes maiores do que os homens. Além disso, o estudo demonstra que as mulheres ainda são maioria nos trabalhos informais e labores sem direitos trabalhistas em razão de empresa familiar.

O relatório ainda aponta que em muitos países do mundo, as mulheres ainda recebem menos, mesmo naqueles empregos de função idêntica aos homens.

Los patrones de género son complejos, pues mientras que la participación femenina en la fuerza de trabajo con salario más bajo es mayor, en algunos países las mujeres tienen más probabilidades que los hombres de estar complementando otros ingresos familiares y, por lo tanto, de estar compartiendo el esfuerzo familiar para no caer en la pobreza. Tal es el caso de los Estados Árabes, donde el 13 por ciento de las trabajadoras percibe un ingreso inferior al umbral de pobreza, en comparación con el 22 por ciento de los hombres que trabajan. No obstante, en el África Subsahariana ocurre lo contrario: el 63 por ciento de las trabajadoras vive en situación de pobreza con respecto al 59 por ciento de los trabajadores.²⁶

Mesmo que existentes inúmeras práticas que estimulam a contratação e mulheres, bem como a não discriminação de gênero, o mercado de trabalho ainda está longe de atingir uma ideia de igualdade de tratamento entre homens e mulheres. O homem, que sempre foi protagonista na história, atualmente, ainda detém centralidade do ambiente de trabalho.

Há, no Brasil e no mundo, ações afirmativas para tentar diminuir a desigualdade entre os sexos, não conseguiram frear de forma devida a desigualdade no meio ambiente de trabalho. Nesse sentido:

Não há mais como se render à lógica simplista em torno da dicotomia por vezes colocada entre a luta pela igualdade e a valorização da diferença, como se ambos fossem excludentes. A noção de igualdade é uma noção que pressupõe a diferença, uma vez que não teria sentido buscar ou reivindicar igualdade para sujeitos que são idênticos. O que se opõe à igualdade não é a diferença, mas a subordinação, a dominação, a desigualdade. Não há como anular as diferenças; devemos apenas

²⁵ ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. OIT. Disponível em: <https://embargo.ilo.org/global/about-the-ilo/newsroom/news/WCMS_619550/lang-es/index.htm>. Acesso em 16 jan 2019.

²⁶ ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Relatório denominado "Perspectivas Sociais e Emprego no Mundo: Progresso Global nas Tendências do Emprego Feminino 2018". 2018. Disponível: <https://embargo.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---publ/documents/publication/wcms_619603.pdf> . Acesso em: 02 jan. 2019.

ressaltar que determinadas diferenças têm sido usadas como justificativas para tratamentos desiguais, não equivalentes.²⁷

Legislações especiais para diminuir a desigualdade são necessárias. Talvez se fosse elaborada uma legislação, que obrigasse (sob pena de autuação), médias e grandes empresas a contratarem um percentual mínimo de mulheres a desigualdade diminuiria, da mesma forma que o Tribunal Superior Eleitoral decidiu, em 2010, que os partidos políticos deverão registrar cota mínima de trinta por cento para mulheres nas disputas eleitorais. Portanto, as ações afirmativas são necessárias, para diminuir as desigualdades. Porém, essas ações, devem ser objeto de muito estudo, antes e após a sua elaboração, devendo, sobretudo ser passíveis de fiscalização, para não terem um papel contrário ao objetivo pelo qual foram idealizadas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Verificou-se no presente estudo que a discriminação sofrida pelas mulheres acompanha a humanidade ao longo da sua história, com alguns avanços, mas ainda hoje se vivencia com bastante frequência.

A falta de igualdade entre homens e mulheres repercute diretamente no meio ambiente de trabalho e na economia. As mulheres, ainda são discriminadas nas contratações, dentre outros aspectos.

Da análise dos estudos realizados, as empresas ainda preferem contratar mais homens a mulheres. Determinados tipos de profissões ou prestação de serviços ainda são predominantemente femininos, ao passo que cargos de gerência e direção são predominantemente masculinos.

Em empresas familiares, ainda são as mulheres que sofrem com a negligência de direitos, tais como a ausência da formalização do contrato. A falta de carteira assinada repercute diretamente na ausência de aposentadoria e conseqüentemente em uma futura velhice com pouca ou inexistente assistência. A dupla, tripla ou múltipla jornada ainda alcança muitas mulheres.

Analisadas algumas normas que impedem a discriminação de gênero nas relações de trabalho em geral, verifica-se que ainda são necessárias novas maneiras de inclusão da mulher na sociedade. Isso, no entanto, requer mais ações e políticas afirmativas.

O problema não é apenas brasileiro, mas mundial conforme apontam os estudos indicados nos relatórios. Ainda são muitos os países que ainda estão muito longe de igualar a mulher ao homem no mercado de trabalho. A lei é importante, mas para ter maior efeito deveria vir acompanhada de programas de conscientização e fiscalização. Ninguém deve ser deixado para trás.

REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

ANTUNES, Ricardo. **Adeus ao trabalho? Ensaio sobre as Metamorfoses e a Centralidade do Mundo do Trabalho**. 11 ed. São Paulo: Cortez; Campinas, SP: Editora da Universidade Estadual de Campinas, 2006, p. 169.

²⁷ DE SOUZA, Luanna Tomaz. Direitos Humanos das Mulheres e Controle da Atividade Estatal: o caso Maria da Penha. **Revista gênero na amazônia**. 2012. Disponível em: <<http://www.generonaamazonia.ufpa.br/edicoes/edicao-2/Artigos/Direitos%20Humanos%20das%20Mulheres%20e%20Controle%20da%20Atividade%20Estatal%20o%20caso%20Maria%20Da%20Penha.pdf>>. Acesso em 18 jan. 2019, p. 29.

BOBBIO, Norberto; Matteuci, NICOLA; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. Volume I. Trad. Carmen C. Varriale, Gaetano Lo Mônaco, João Ferreira, Luís Guerreiro Pinto Cacaís e Renzo Dini. 11. Ed. Brasília: Unb. 1998.

BRASIL. **Consolidação das Leis do Trabalho**. Decreto nº 5452 de 1º de maio de 1943. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decretolei/Del5452.htm> . Acesso em: 15 jan 2019.

BRASIL. **Decreto nº 21.417, de 17 de maio de 1932**. Disponível em <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-21417-17-maio-1932-559563-publicacaooriginal-81852-pe.html>>. Acesso em 15 jan 2019.

BRASIL. **Decreto 58.820 de 14 de julho de 1966**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1950-1969/D58820.htm> Acesso em 13 jan 2019.

DE SOUZA, Luanna Tomaz. Direitos Humanos das Mulheres e Controle da Atividade Estatal: o caso Maria da Penha. **Revista gênero na amazônia**. 2012. Disponível em: <<http://www.generonaamazonia.ufpa.br/edicoes/edicao-2/Artigos/Direitos%20Humanos%20das%20Mulheres%20e%20Controle%20da%20Atividade%20Estatal%20o%20caso%20Maria%20Da%20Penha.pdf>>. Acesso em 18 jan. 2019, p. 29.

FARIA, Josiane Petry. A Participação Feminina na Transformação da História Patriarcal: Dimensões do Poder e Desenvolvimento como Liberdade. In: **Revista Direitos Humanos e Democracia**. Editora Unijui. 2017. Disponível em: <<https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/direitoshumanosedemocracia/article/view/5877>> . Acesso em 18 jan 2019.

FRACCARO, Cristina Glaucia Candian. O trabalho feminino sobre o olhar estrangeiro. **Revista Mundos do Trabalho**, vol. 2, n. 4, agosto-dezembro de 2010 p.336-352. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/mundosdotrabalho/article/viewFile/1984-9222.2010v2n4p336/17244>>. Acesso em: 15 jan 2019, p. 336.

MARX, Karl. **O Capital. Crítica da Economia Política. Livro I**. O processo de produção do capital. Trad. Rubens Enderle. Boitempo Editorial. Disponível em: <<https://coletivocontracorrente.files.wordpress.com/2013/10/tmps7j7bv.pdf>> . Acesso em: 12 jan 2018.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. 34. Ed. São Paulo: Saraiva Educação. 2018.

MASCARO, Alysson Leandro. **Estado e forma política**. São Paulo: Boitempo editorial. Recurso eletrônico, disponível em: https://www.academia.edu/37104314/Alysson_Mascaro_-_Estado_e_forma_pol%C3%ADtica, acesso em 04 de ago. 2019.

MOLITOR, Thamiris Evaristo. Forma jurídica e gênero. Uma análise pachukaniana. In: **Revista Brasileira de Sociologia do Direito**. 2018. Disponível em: <<http://revista.abrasd.com.br/index.php/rbsd/article/view/267/168>>. Acesso em 16 jan. 2018, p. 135.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **OIT**. Disponível em: <https://embargo.ilo.org/global/about-the-ilo/newsroom/news/WCMS_619550/lang-es/index.htm>. Acesso em 16 jan 2019.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. OIT. **Relatório denominado “Perspectivas Sociais e Emprego no Mundo: Progresso Global nas Tendências do Emprego Feminino 2018”**. 2018. Disponível: <https://embargo.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---publ/documents/publication/wcms_619603.pdf> . Acesso em: 02 jan. 2019.

PACHUKANIS, E. B. **Teoria Geral do Direito e Marxismo**. Trad. CHAGAS, Silvio Donizete. São Paulo: Editora Acadêmica. 1988.

A INCLUSÃO DAS MULHERES TRANSEXUAIS NA LEI MARIA DA PENHA COMO ALTERNATIVA PARA A REDUÇÃO DA VIOLÊNCIA NO BRASIL

Luísa Ré De Rocco¹
Josiane Petry Faria²

RESUMO

Este trabalho busca analisar o Projeto de Lei do Senado nº 191/2017 e questionar a possibilidade de inclusão das transexuais na lei Maria da Penha - uma alternativa para reduzir os elevados índices de violência no Brasil e dignificar os direitos da diversidade sexual. Desse modo, esta pesquisa expõe o cotidiano das transexuais, a perspectiva histórica da violência doméstica e familiar contra as mulheres e, por fim, a possibilidade de inclusão da diversidade na lei Maria da Penha, a qual se conclui viável.

PALAVRAS-CHAVE: Diversidade; Gênero; Inclusão; Lei Maria da Penha; Transexuais.

ABSTRACT

This research tries to analyze the Senado Project of Law No. 191/2017 and to question the possibility of including transsexuals in the Maria da Penha's law – an alternative to reduce the high levels of violence in Brazil and to dignify the rights of sexual diversity. Therefore, this research exposes the daily life of transsexuals, the historical perspective of domestic and familiar violence against women and, finally, the possibility of including diversity in the Maria da Penha's law, which is viable.

KEYWORDS: Diversity; Genre; Inclusion; Maria da Penha's Law; Transsexuals.

INTRODUÇÃO

A realidade das mulheres transexuais brasileiras é, sobretudo, marcada pela precária qualidade de vida e constante discriminação, de modo a ressaltar que a agressão participa, diariamente, da rotina de exclusão das diferenças. Com isso, destaca-se que a violência doméstica e a desigualdade de LGBTs (Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis, Transexuais ou Transgêneros) é uma problemática comum e alarmante da transfobia – razão pela qual este trabalho se justifica.

Diante desse contexto, as causas da transfobia serão analisadas com o intuito de apresentar os diferentes pretextos da violência e discutir a necessidade de disponibilização de mecanismos protetivos para as transexuais, uma vez que elas estão em situação de vulnerabilidade. Para tanto, esclarecer-se-á a confusão do senso comum em relação aos termos “sexo biológico”, “gênero” e “orientação sexual”, pois essa é uma das razões que alavancam o preconceito, a discriminação e a violência doméstica e familiar contra a diversidade sexual. Dessa forma, a análise do cotidiano da comunidade LGBT é essencial para o entendimento da importância que o Estado possui no processo de amparo dos desprotegidos e, ainda, nas

¹Estudante no Centro de Ensino Médio Integrado Universidade de Passo Fundo e bolsista Paidex Jr. do programa de extensão Projur Mulher e Diversidade.

² Profa. Dra. Coordenadora do programa de extensão Projur Mulher e Diversidade e Profa. do Programa de Pós-Graduação em Direito e Mestrado da Universidade de Passo Fundo.

questões de sensibilização social.

A partir da pesquisa sobre a realidade das mulheres transexuais no país, percebe-se que o contexto em que elas vivem provoca consequências degradantes para sua integridade, seja mental ou fisicamente. Por isso, faz-se necessário pesquisar sobre a percepção histórica da violência doméstica e seus efeitos na sociedade contemporânea, visto que são possíveis decorrências da transfobia. Assim, a situação de vulnerabilidade em que se encontra a diversidade sexual do Brasil é propícia para a ocorrência de agressões e, portanto, ressalta o dever do estado na elaboração de medidas intervencionistas.

Nessa situação, percebe-se que iniciativas igualitárias são fundamentais para a tentativa de minimizar a violência contra as vítimas. Por isso, os objetivos desta pesquisa consistem em analisar o Projeto de Lei do Senado 191/2017, que sugere a expansão dos limites da lei Maria da Penha às transexuais, e interpretar, de modo geral, a luta diária que é contrariar os estigmas sociais de gênero e sexo biológico.

1 A DIVERSIDADE SEXUAL EM SITUAÇÃO DE VULNERABILIDADE

A fim de entender a realidade violenta e desigual das mulheres transexuais brasileiras, é preciso que se esclareça, primeiramente, a confusão que há diante dos termos “sexo biológico”, “gênero” e “orientação sexual”, a qual colabora para posição de vulnerabilidade social em que se encontra a diversidade e expõe a necessidade de inclusão dela nos mecanismos legais de defesa feminina.

Para tanto, a diferença entre esses termos fundamenta-se no fato de que o sexo biológico é a designação que corresponde a anatomia do corpo, de modo a predispor um indivíduo como feminino ou masculino em função do órgão sexual que lhes foi concedido no nascimento. Já o gênero, é a constituição de uma personalidade feminina ou masculina a partir de questões sociais com as quais o indivíduo pode ou não se identificar, dentre elas: as vestimentas, os valores, as condutas e os maneirismos.

Outrossim, a orientação sexual é uma expressão utilizada para definir o desejo afetivo entre os sexos feminino, masculino ou ambos, o qual independe tanto da anatomia do indivíduo quanto da forma que ele se expressa. Por isso, entende-se que o ser humano nem sempre compactua a sua classificação biológica com o seu reconhecimento pessoal de gênero, o que caracteriza, pois, a transexualidade.

Diante da confusão entre essas definições, parte dos brasileiros nega a normatização social da diversidade e, conseqüentemente, a coloca em situação de vulnerabilidade, como é o caso da exclusão provocada pela rejeição característica dos territórios familiar e escolar.

“A descoberta do corpo sexuado é um momento de atribuição de sentido para as várias surras, insultos e rejeições familiares”³. A partir desse raciocínio, os autores destacam que a discriminação começa logo nas primeiras manifestações da disforia de gênero e, como uma onda, ocorre, violentamente, nos mais variados ambientes sociais, desde a família e a escola até a rua e a prostituição. Dessa forma, o Brasil, lugar de tanta diversidade, não garante o respeito mínimo que a comunidade LGBT merece.

³ BEZERRA, Waldez Cavalcante, QUEIROZ, Sandra Bomfim de, SILVA, Rodrigo Gonçalves Lima Borges da. **Os Impactos das Identidades Transgênero na Sociabilidade de Travestis e Mulheres Transexuais**. Revista USP. São Paulo. 2015, p. 368. Disponível

em: <<http://www.revistas.usp.br/rto/article/view/88052/109664>>. Acesso em: 25 maio 2019.

Semelhante a essa percepção, tanto Rocha ⁴ quanto Pitoli ⁵ defendem que assumir, publicamente, uma identidade de gênero diferente do sexo biológico é, na maioria das vezes, uma atitude acompanhada da repressão social, visto que o preconceito quase inviabiliza a convivência pacífica dos transexuais no país.

Nessa lógica, o pensamento transfóbico se sustentaria na hostilidade por parte do agressor, que se aproveita da fragilidade das mulheres transexuais para satisfazer os seus impulsos. Desse modo, a inevitabilidade da agressão, seja ela física, verbal ou psicológica, evidencia a complexidade das relações sociais entre cisgêneros e transgêneros e, ainda, a consequente segregação entre esses grupos contrastantes.

O ciclo da transfobia inicia, portanto, na percepção falaciosa do senso comum, que acredita, erroneamente, na necessidade de coerência entre sexo e identidade de gênero. Entretanto, essa confusão é legalmente inválida, uma vez que, dado o direito de liberdade dos indivíduos, as transexuais são, de fato, consideradas mulheres.

Por essa razão, ser mulher é possuir uma identidade de gênero feminina e ser reconhecida como tal, o que ressalta a importância de disponibilização dos mecanismos de defesa contra a violência doméstica e da sensibilização social. Afinal de contas, as transexuais brasileiras encontram-se em uma situação de dupla vulnerabilidade, tanto por fugirem dos padrões sociais quanto por serem mulheres.

2 A VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA AS MULHERES

A trajetória de desigualdade social enfrentada pelas mulheres é, desde as civilizações antigas até o pensamento contemporâneo, marcada pela inferiorização do sexo feminino diante da figura masculina. A partir desse ponto de vista, a superioridade dos homens e a disparidade de gênero era vista como um fator inquestionável para a sociedade da época, que estava habituada ao conservadorismo.

Esse cenário machista negou, durante muito tempo, os direitos básicos das mulheres, de tal modo que, séculos depois, essas injustiças sexuais foram questionadas e lentamente reduzidas. Por consequência, as conquistas do movimento feminista possibilitaram a criminalização dos abusos sofridos pelas mulheres, porém, ainda se revelam insuficientes nos casos em que as vítimas apresentam disforia de gênero. Faz-se necessário, portanto, analisar o contexto histórico da violência doméstica e familiar contra as mulheres, a fim de estudar a possibilidade de inclusão das transexuais nos mecanismos estatais já existentes de defesa dos direitos femininos.

Em função disso, infere-se que não há um marco histórico que indique a primeira manifestação da desigualdade de gênero, mas, a partir de estudos científicos, percebe-se que o machismo já era uma característica das civilizações antigas, como é o caso do sistema patriarcal presente na cultura egípcia. Nesse modelo de organização familiar, o pai da casa se encontra em uma posição superior diante dos outros integrantes do grupo, no caso, os filhos e a mãe. Com esse paradigma, os parentes aceitavam, passivamente,

⁴ ROCHA, Sara Beatriz Soro; PITOLI, Vanessa Cristina. **Transexualidade. Mercado de trabalho, discriminação e a função social da propriedade privada.** 2017. p.1602. Disponível em: <<http://conpedi.daniloir.info/publicacoes/4b3e15ku/bloco-unico/wJ75a1NptO845ML4.pdf>>. Acesso em: 05 jul. 2019.

⁵ ROCHA, Sara Beatriz Soro; PITOLI, Vanessa Cristina. **Transexualidade. Mercado de trabalho, discriminação e a função social da propriedade privada.** p.1602

as funções que lhes eram designadas: os homens ficavam responsáveis por sustentar o lar, enquanto as mulheres realizavam as tarefas domésticas. Essa cultura de submissão feminina à figura marital perdurou por muito tempo e foi marcada, silenciosamente, pela agressão constante das esposas pelos chefes das famílias.

Além disso, durante muitas décadas, o nascimento de uma menina não era comemorado, pois, comumente, subestimava-se o potencial de um ser humano apenas pelo preconceito com o gênero correspondente, como é a situação das mulheres inferiorizadas. Desse modo, a trajetória feminina na busca por equidade social enfrentou um período desgastante de opressão passiva e ativa, que só foi mudar com o impacto e as consequentes transformações dos ideais modernos.

A exemplo disso, na Revolução Francesa, a defesa dos princípios da liberdade, igualdade e fraternidade provocou a ruptura com o Antigo Regime, de forma que muitos costumes desiguais foram, enfim, abandonados e remodelados. Diante dessa fuga de paradigmas retrógrados, alguns direitos como o voto universal, o divórcio e as delimitações trabalhistas foram conquistados pelas mulheres e intensificaram o desejo por reconhecimento da luta feminina na busca por igualdade de gênero e repressão da violência doméstica.

Além dos movimentos revolucionários, destaca-se, também, a iniciativa brasileira de igualar, legalmente, a autonomia dos homens e das mulheres, prevista na Constituição de 1988, a qual representou um marco para o feminismo nacional. Este documento reafirmou a importância da equidade social e reconheceu as exigências da luta feminina por direitos equivalentes:

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: I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição; [...]⁶

Por meio dessa iniciativa estatal, a liberdade dos indivíduos foi estabelecida como um direito fundamental do brasileiro e, ainda, reforçou a presença de ideais igualitários no constitucionalismo latino-americano, de modo a colaborar, significativamente, para o processo de inclusão social das minorias, que antes estavam habituadas à opressão.

Após essas medidas, o Estado, pressionado interna e externamente pelo caso de agressão da Maria da Penha Maia Fernandes, estabeleceu a lei 11.340/2006, a fim de criminalizar, efetivamente, os abusos sofridos pelas brasileiras.

Com isso, a lei Maria da Penha não só simbolizou todo o passado de injustiças sexuais enfrentadas pelas mulheres, como também ofereceu o auxílio que elas necessitavam, emergencialmente. Todavia, apesar dessa conquista, salienta-se que esse direito ainda não pertence às transexuais e, em virtude disso, elas não podem receber as mesmas medidas protetivas que as mulheres cisgênero. Essa contradição estatal complica com o processo de ruptura do ciclo da transfobia, visto que mesmo as transexuais estando duplamente em situação de vulnerabilidade social, o país não apresenta mecanismos efetivos que visem o auxílio da

⁶ BRASIL. **Constituição Federal**. Brasília (DF), 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 25 maio 2019.

diversidade violentada, até porque, como ela está em circunstâncias de disparidade de gênero, necessita do amparo que a Constituição Federal deveria garantir.

Em concordância a esse raciocínio, Santos⁷ disse que “a necessidade de proteção a esses indivíduos enaltece a falta de legislação específica”, com o intuito de ressaltar a fragilidade dessa comunidade em relação à desigualdade de direitos e como esse cenário crítico deve ser alterado a fim de incluir e dignificar as diferenças. Afinal de contas, o Brasil é, segundo o Grupo Gay da Bahia, o país onde mais ocorrem crimes de ódio contra a comunidade LGBT no mundo.

Ao estudar o contexto histórico da desigualdade de gênero e da violência doméstica, nota-se que as conquistas da luta feminina foram essenciais para a defesa dos direitos das mulheres, entretanto, a exclusão das transexuais nos mecanismos de proteção contra a discriminação é uma evidência de que ainda há mudanças estruturais a serem feitas, sejam elas pela inclusão da diversidade sexual nas leis já existentes ou pela elaboração de novos mecanismos de defesa.

Este trabalho visa analisar, pois, a inclusão das transexuais brasileiras na lei Maria da Penha, tendo em vista proporcionar uma realidade mais justa à diversidade do país.

3 A INCLUSÃO DAS MULHERES TRANSEXUAIS NA LEI MARIA DA PENHA

Diante da situação de fragilidade em que se encontram as transexuais brasileiras e do contexto histórico da violência doméstica, o Projeto de Lei do Senado 191/2017 é uma alternativa intervencionista que visa reduzir os elevados índices de agressão e dignificar a rotina de luta da diversidade sexual no país.

O objetivo dessa proposta é expandir os limites da lei Maria da Penha para as pessoas que se reconhecem como mulheres, mesmo as que não compactuam gênero e sexo biológico. Em termos práticos, acredita-se que o acréscimo do vocábulo “identidade de gênero” nas especificações da lei 11.340/2006 poderia incentivar a inclusão social que as transexuais merecem e, ainda, enaltecer, de fato, os direitos individuais previsto na Constituição Federal de 1988, como: a liberdade de expressão e a igualdade entre brasileiros, sem qualquer tipo de distinção. Com essas metas, o PLS 191/2017 é uma tentativa válida de proporcionar a qualidade de vida mínima que as legislações brasileiras defendem.

Nesse contexto, percebe-se que a efetivação dos direitos fundamentais do brasileiro, bem como a da identidade sexual, é de responsabilidade tanto da sociedade quanto do Estado. Até porque, ao levar em conta que o reconhecimento da dignidade de um cidadão deveria ser uma garantia de todos os brasileiros, destaca-se que não há uma justificativa válida para a exclusão das transexuais quanto aos direitos das mulheres, pois o que há, na verdade, é uma forte contradição de valores previstos na Constituição Federal.

De modo igual, é possível afirmar que:

⁷ SANTOS, Stephanie Caroline de Lucena. **A Aplicação da Lei Maria da Penha aos Casos de Violência Sofrida por Transgêneros**. 2017. 43f. p.6. Trabalho de Conclusão de Curso - Faculdade de Ensino Superior e Formação Integral. Garça. 2017. Disponível em: <<http://www.faei.br/userfiles/files/41%20-%20A%20APLICABILIDADE%20DA%20LEI%20MARIA%20DA%20PENHA%20AOS%20CASOS%20DE.pdf>>. Acesso em: 26 maio 2019.

O direito atual precisa considerar inúmeros e importantes fatores relevantes, como os direitos da personalidade e não apenas a indicação biológica para a caracterização do sexo como masculino e feminino [...] ⁸

A partir desse ponto de vista, infere-se que a diversidade sexual deve ser reconhecida judicialmente pelo seu gênero e, portanto, usufruir dos direitos que pertencem a sua identidade, até porque é essa a verdadeira classificação com que elas se identificam. Ao relacionar essa questão com o PLS 191/2017, reforça-se que as transexuais, por possuírem uma identidade de gênero feminina, deveriam aproveitar-se das medidas protetivas que a lei 11.340/2006 proporciona às mulheres em situação de violência doméstica.

Aparentemente, a inclusão da expressão “identidade de gênero” na lei Maria da Penha poderia proporcionar a realidade justa que as transexuais merecem, bem como a recuperação da dignidade que as pertence e a intensificação do direito à segurança.

À vista dessas interpretações, discute-se a possibilidade da lei 11.340/2006 ser compreendida como mecanismo de união de gêneros iguais, e não segregação de sexos biológicos diferentes. Nessa visão, os numerosos crimes de ódio no Brasil poderiam ser minimizados, uma vez que a eficácia dessa lei é, até então, significativa.

“As políticas públicas para as mulheres transexuais são de tamanha importância para que a vida das mesmas esteja segura”⁹. Diante dessa percepção, defende-se a necessidade de disponibilização de mecanismos protetivos para a diversidade brasileira, a fim de evidenciar o compromisso do estado na promoção tanto da proteção feminina quanto da equidade entre gêneros. Além disso, infere-se que o estímulo às políticas públicas da comunidade LGBT, com o propósito de minimizar a transfobia no país, poderia, sim, reduzir os elevados índices de violência e, ainda, reconhecer os princípios legitimados pela Constituição de 1988.

“Respeitar que a diferença existe e que alguns seres humanos possuem gênero oposto ao informado pelo sexo biológico é reconhecer social e legalmente uma justiça que não faz distinção de pessoas”¹⁰. A partir dessa percepção, ressalta-se que a garantia da inclusão da diversidade sexual é um dever que cabe a aceitação social e estatal dos valores igualitários tanto defendidos pela Constituição vigente. Portanto, a efetivação do PLS 191/2017 poderia, de fato, colaborar para a melhoria da qualidade de vida das transexuais brasileiras e, então, proporcionar um ambiente saudável de convivência social.

Dignificar a luta diária das transexuais é, logo, um grande desafio para a situação perigosa em que o país se encontra, contudo, o respeito ainda se mostra como arma fundamental para o combate da transfobia.

⁸ (BAGGENSTONSS, 2018, p.79). BAGGENSTONSS, Grazielly Alessandra. **Direitos fundamentais das mulheres: o mínimo existencial diferenciado pelo gênero**. 2018.

Disponível em: <<http://conpedi.danilolr.info/publicacoes/0ds65m46/p419uo38/2W238pm82dk2444w.pdf>>. Acesso em: 4 jul. 2019.

⁹ SARAIVA, Luísa Helena Martins; LARA, Caio Augusto Souza. **Transmisoginia e a luta das mulheres transexuais no Brasil**. 2017. p.1207. Disponível em: <<http://conpedi.danilolr.info/publicacoes/4b3el5ku/bloco-unico/aTBfqYQ1CgoI22RO.pdf>>. Acesso em: 05 jul. 2019.

¹⁰ GARCIA, Luisa de Castro Graize; NUNES, Jéssica Pereira; DUTRA, Walter Veloso. **Transexualidade e o uso do banheiro público: uma questão de direito e uma perspectivade inclusão**. 2017. p.1203. Disponível em <<http://conpedi.danilolr.info/publicacoes/4b3el5ku/bloco-unico/O1qld5Y8Vt8dI96M.pdf>>. Acesso em: 5 jul. 2019.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após a pesquisa de diferentes visões sobre o cotidiano das transexuais no Brasil, percebe-se que elas vivenciam uma luta diária contra a discriminação, uma vez que se encontram em situação de dupla fragilidade, tanto por serem transexuais quanto por enfrentarem o contexto de inferiorização das mulheres. Nessa situação, esclareceu-se, por meio de análises e discussões, as abrangências do PLS 191/2017 e seus possíveis efeitos na sociedade brasileira.

Diante dessa temática, analisaram-se as causas e consequências da vulnerabilidade do gênero feminino, isto é, a confusão comum na frente dos termos “sexo biológico”, “identidade” e “orientação sexual”, a exclusão nos ambientes familiar e, como decorrência, as abrangências da violência doméstica, para então, compreender a necessidade de efetivação de mecanismos estatais que defendam o direito da diversidade violentada.

Por isso, o estudo do PLS 191/2017, que defende a inclusão das transexuais na lei 11.340/2006, permite o entendimento de que essa iniciativa é uma tentativa de intervir em favor da consolidação dos direitos da comunidade LGBT, que, com o passar dos anos, conquistam uma esfera de políticas públicas cada vez mais justa.

Nessa linha de raciocínio, Carvalho¹¹ destacou a importância da luta pela igualdade e pela diminuição do preconceito, posto que as conquistas obtidas pelos desprotegidos modifica, positivamente, os setores jurídicos do país e, ainda, transforma, no plano simbólico, a mentalidade da sociedade opressora. Dessa forma, o incentivo estatal na disponibilização de mecanismos protetivos contra a violência doméstica poderia alterar o cenário emergencial em que se encontra a diversidade do país, de modo a estimular a melhoria da qualidade de vida das transexuais.

Ao levar em conta o contexto de efetivação da lei Maria da Penha, percebe-se que apenas a insistência da minoria por direitos, defendida por Carvalho, é capaz de garantir uma realidade mais justa à população fragilizada. Portanto, no caso do PLS 191/2017, a continuidade da luta feminina poderia, sim, colaborar para a efetivação de mais um direito das transexuais brasileiras, que, aos poucos, conquistam a equidade tão defendida pela Constituição Federal.

Assim, conclui-se que a extensão dos limites da lei Maria da Penha para as transexuais seria uma tentativa válida para amenizar os elevados índices de violência contra a comunidade LGBT no país e, ainda, reduzir o buraco social que há entre os brasileiros e a (a) diversidade.

REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

BAGGENSTONSS, Grazielly Alessandra. **Direitos fundamentais das mulheres: o mínimo existencial diferenciado pelo gênero**. 2018. Disponível em: <<http://conpedi.danilolr.info/publicacoes/0ds65m46/p419uo38/2W238pm82dk2444w.pdf>>. Acesso em: 4 jul. 2019.

¹¹ CARVALHO, Salo de. Sobre a criminalização da homofobia. **Criminologia do Preconceito**. São Paulo: Saraiva, 2017. p.234.

BEZERRA, Waldez Cavalcante, QUEIROZ, Sandra Bomfim de, SILVA, Rodrigo Gonçalves Lima Borges da. **Os Impactos das Identidades Transgênero na Sociabilidade de Travestis e Mulheres Transexuais.** Revista USP. São Paulo. p.364-372.set-dez2015.Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rto/article/view/88052/109664>>. Acesso em: 25 maio 2019.

BRASIL. **Constituição Federal.** Brasília (DF), 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em 25 maio 2019.

CARVALHO, Salo de. Sobre a criminalização da homofobia. **Criminologia do Preconceito.** São Paulo: Saraiva, 2017. p.234.

GARCIA, Luisa de Castro Graize; NUNES, Jéssica Pereira; DUTRA, Walter Veloso. **Transexualidade e o uso do banheiro público: uma questão de direito e uma perspectiva de inclusão.** 2017. Disponível em: <[http://conpedi.danilolr.info/publicacoes/4b3e15ku/bloco- unico/O1qld5Y8Vt8dI96M.pdf](http://conpedi.danilolr.info/publicacoes/4b3e15ku/bloco-unico/O1qld5Y8Vt8dI96M.pdf)>. Acesso em: 5 jul. 2019.

KATAOKA, Fábio. **Civilizações Antigas.** São Paulo: Geek, 2015.

ROCHA, Sara Beatriz Soro; PITOLI, Vanessa Cristina. **Transexualidade. Mercado de trabalho, discriminação e a função social da propriedade privada.** 2017. Disponível em: <[http://conpedi.danilolr.info/publicacoes/4b3e15ku/bloco- unico/wJ75a1NptO845ML4.pdf](http://conpedi.danilolr.info/publicacoes/4b3e15ku/bloco-unico/wJ75a1NptO845ML4.pdf)>. Acesso em: 05 jul. 2019.

SANTOS, Stephanie Caroline de Lucena. **A Aplicação da Lei Maria da Penha aos Casos de Violência Sofrida por Transgêneros.** 2017. 43f. Trabalho de Conclusão de Curso - Faculdade de Ensino Superior e Formação Integral. Garça. 2017. Disponível em: <<http://www.faef.br/userfiles/files/41%20-%20A%20APLICABILIDADE%20DA%20LEI%20MARIA%20DA%20PENHA%20AOS%20CASOS%20DE.pdf>>. Acesso em: 26 maio 2019.

SARAIVA, Luísa Helena Martins; LARA, Caio Augusto Souza. **Transmisoginia e a luta dasmulheres transexuais no Brasil.** 2017. Disponível em: <[http://conpedi.danilolr.info/publicacoes/4b3e15ku/bloco- unico/aTBFqYQ1CgoI22RO.pdf](http://conpedi.danilolr.info/publicacoes/4b3e15ku/bloco-unico/aTBFqYQ1CgoI22RO.pdf)>. Acesso em: 05 jul. 2019

O CONTROLE REPRODUTIVO FEMININO: DA CAÇA ÀS BRUXAS MEDIEVAL À BIOPOLÍTICA DE GÊNERO EM DEMOCRACIA BRASILEIRA

Ana Claudia Delajustine¹

Ana Kravczuk Rodrigues²

RESUMO

A presente pesquisa parte da consideração de duas obras: a histórica *Calibã e a bruxa*, escrita por Silvia Federici, e a distópica *O Conto da Aia* escrita pela canadense Margaret Atwood, para analisar a centralidade do controle reprodutivo do corpo feminino para a manutenção do estado brasileiro atual. Neste contexto, uma série de violências contra os corpos femininos são narrados de uma forma assustadoramente semelhante ao espaço geopolítico brasileiro atual. Assim, o artigo busca verificar o modo e a intensidade em que as violências direcionadas ao corpo das mulheres existentes no período de caça às bruxas e na obra Atwood, já constituem uma realidade de controle reprodutivo e de vidas nuas. Para tanto, utiliza-se o referencial teórico de Giorgio Agamben e de Rita Laura Segato. O método da pesquisa é fenomenológico, visando uma revisão bibliográfica crítica de autores citados, possibilitando a interpretação de conceitos pela linguagem.

PALAVRAS-CHAVE: corpo feminino; caça às bruxas; mulheres; democracia; vidas nuas.

ABSTRACT

The present research is based on the consideration of two works: the historical *Caliban and the Witch*, written by Silvia Federici, and the dystopian *The Handmaid's Tale* written by the Canadian Margaret Atwood, to analyze the centrality of the reproductive control of the body for the maintenance of the current Brazilian state. In this context, a series of violence against the female bodies is narrated in a frighteningly similar way to the current Brazilian geopolitical space. Thus, the article seeks to verify the way and the intensity, in which the violence directed to the body of the women existing in the period of the witch-hunt and the work Atwood, already constitute a reality of reproductive control and of naked lives. For this, the theoretical reference of Giorgio Agamben and Rita Laura Segato is used. The method of the research is phenomenological, aiming at a critical bibliographical revision of cited authors, allowing the interpretation of concepts by language.

KEYWORDS: female body; witch-hunt; women; democracy; naked lives.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa parte da consideração de duas obras: a histórica *Calibã e a bruxa*, escrita pela escritora ítalo-estadunidense Silvia Federici, e a distópica *O Conto da Aia* escrita pela canadense Margaret Atwood, para analisar a centralidade do controle reprodutivo feminino como sustentação de um modelo patriarcalista - neoliberal e de inspiração fascista - que tem ascendido ao poder no Estado brasileiro da atualidade. A primeira obra, *Calibã e a Bruxa* retrata as formas pelas quais o sistema econômico capitalista se impôs sobre os corpos; vinculando o nascimento do capitalismo, a caça às bruxas, e o nascimento da biopolítica através de uma perspectiva feminista, considerando que as bases teóricas até então foram estudadas e majoritariamente por homens.

Na obra, a autora investiga aspectos até então silenciados nas abordagens tradicionais acerca do tema: a centralidade do domínio sobre o corpo feminino no processo de instalação do capitalismo, a relevância da

¹ Bolsista CAPES e Mestranda no Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito – Curso de Mestrado em Direitos Humanos da UNIJUÍ. Integrante do Grupo de Pesquisa Biopolítica e Direitos Humanos. E-mail: anacdelajustine@gmail.com

² Bolsista CAPES e Mestranda no Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito – Curso de Mestrado em Direitos Humanos da UNIJUÍ. Integrante do Grupo de Pesquisa Biopolítica e Direitos Humanos. E-mail: anakravczuk@gmail.com

caça às bruxas como o evento responsável pela aniquilação da resistência feminina, e a consequente docilização dos corpos necessária para o advento do mundo moderno. Responsável pelo controle reprodutivo direcionado aos corpos femininos, a Igreja e o Estado nascentes atuaram enquanto poderes soberanos, declarando guerra aos corpos rebeldes e à autonomia das mulheres. Com o aniquilamento desses corpos, inaugurou-se uma forma de poder soberano, masculina, branca, e heteronormativa, que passou a gerenciar a biopolítica de gênero.

De forma semelhante, porém fictícia, *O conto da Aia*, narra em primeira pessoa, a vida na República de Gilead, antigo Estados Unidos da América, após o país sofrer uma revolução teocrática e ser governado militarmente por um Estado fundamentalista religioso, regido pelas normas do Velho Testamento bíblico. Neste sentido, a obra tem como ponto de partida a instituição de um Estado ditatorial, no qual se configurou o regime de exceção. Em Gilead, é também no corpo feminino, que o poder de vida e morte será marcado de forma contundente, materializando o controle biopolítico. Neste contexto, uma série de fatos e violências contra os corpos femininos são narrados, de forma que, conforme a tese apresentada neste artigo, apresenta semelhanças com aspectos evidenciados no Brasil após as eleições de 2018.

O artigo apresenta como hipótese, portanto, a presença de elementos comuns às situações fáticas e distópicas narradas nas obras de Federici e Atwood e, aquelas vivenciadas no Brasil atual: a formação e avanço de uma expansão do fundamentalismo religioso, políticas fascistas e patriarcalismo. A partir disso, objetiva analisar de que modo, e em que intensidade no atual contexto brasileiro, grande parte das violências direcionadas ao corpo das mulheres narradas pelas autoras já constituem uma realidade de controle e produção de vidas nuas.

Em seu desenvolvimento, utiliza o referencial teórico biopolítico, desenvolvido pelo filósofo italiano Giorgio Agamben, a fim de compreender de que modo espaços de exceção proliferam em ambientes democráticos, permitindo que mesmo em vigência de direitos humanos, vidas femininas estejam sujeitas à condição de vidas nuas. De acordo com o filósofo, o estado de exceção habita de forma permanente no seio dos estados democráticos da modernidade, produzindo e legitimando violências a partir da vontade soberana. Considera-se, desse modo, uma pedagogia da crueldade sobre os corpos femininos nos quais a violência toma forma, em um espaço-corpo situado permanentemente no limbo entre direito e violência, tal como sustenta a antropóloga argentina Rita Laura Segato.

O artigo estrutura-se em duas partes: na primeira apresenta o contexto histórico sobre a intensificação do controle reprodutivo e da caça às bruxas no início da modernidade a partir da obra de Silvia Federici. Em seguida, a partir dos referenciais teóricos de Giorgio Agamben e Rita Laura Segato, analisa-se de que modo os fatos narrados na obra *O conto da Aia*, de Atwood apresenta elementos semelhantes aos vivenciados no Brasil atual, reproduzindo uma nova “caça às bruxas” e vidas nuas de corpos femininos. Nesse rumo, o método da pesquisa é considerado fenomenológico, visando uma revisão bibliográfica crítica de autores citados acima, possibilitando a interpretação de conceitos pela linguagem.

1 O CONTROLE REPRODUTIVO DOS CORPOS FEMININOS

A biopolítica, a partir de uma releitura do conceito de Michel Foucault por Giorgio Agamben³ mostra-se evidente por “uma crescente implicação da vida natural do homem nos mecanismos e nos círculos de poder”, a partir do qual “às portas da Idade Moderna, a vida torna-se a aposta em jogo na política.”. O poder sob forma de biopolítica que passa a ser apresentado por Foucault aparece no mesmo marco temporal que o controle reprodutivo com a advinda do capitalismo, agindo também sobre os corpos, dessa vez femininos.

Partindo de uma análise feminista da biopolítica de corpos de Foucault, Federici⁴ afirma que a análise da sexualidade e do controle reprodutivo foi silenciada por centrar a exploração da biopolítica nos homens, em uma tentativa de disciplinar e apropriar-se principalmente dos corpos femininos, “destacando que os corpos das mulheres constituíram os principais objetivos – lugares privilegiados – para a implementação das técnicas de poder e das relações de poder.”.

De fato, Foucault não disserta de modo direto sobre o controle dos corpos femininos em específico, nem sobre as consequências dessa biopolítica de gênero, entretanto, relaciona a origem dessa forma de poder ao aspecto econômico do liberalismo⁵ de maneira semelhante à qual Federici⁶ relaciona o controle reprodutivo dos corpos femininos ao capitalismo. Federici⁷ relata ainda, que “a sexualidade foi completamente politizada” já no século XII pela Igreja.

Com a intervenção do Estado e da Igreja em seus corpos, é possível verificar uma contribuição direta para o controle reprodutivo e para uma biopolítica de gênero. O século XVI foi o ponto crucial para o controle reprodutivo dos corpos femininos. Estado passa então, a castigar comportamentos que obstruíssem o crescimento populacional. Silvia Federici⁸ coloca em discussão o momento histórico no qual o controle reprodutivo aparece, afirmando que a crise populacional dos séculos XVI e XVII que transforma a reprodução em assunto do Estado, enquanto Foucault afirma que foi durante a fome na Europa do século XVIII.

Essas políticas de controle duraram cerca de duzentos anos e resultaram na escravização das mulheres à procriação. “Enquanto na Idade Média elas podiam usar métodos contraceptivos e haviam exercido um controle indiscutível sobre o parto, a partir de agora seus úteros se transformaram em território político, controlado pelos homens e pelo Estado.”⁹. O corpo feminino estava sendo transformado em instrumento para a reprodução e expansão da força de trabalho, tratado como uma máquina baseada no funcionamento de um órgão, e fora do controle das mulheres.

Um elemento muito significativo nesse contexto histórico foi a condenação do aborto e da contracepção, colocando o corpo feminino nas mãos do Estado e da profissão médica – majoritariamente

³ AGAMBEN, Giorgio. *Homo sacer: o poder soberano e a vida nua I*. Tradução de Henrique Burigo. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2010. p. 125.

⁴ FEDERICI, Silvia. *Calibã e a bruxa: mulheres, corpo e acumulação primitiva*. Tradução de Coletivo Sycorax. Editora Elefante, 2017. p. 32.

⁵ FOUCAULT, Michel. *O nascimento da biopolítica*. Tradução de Eduardo Brandão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

⁶ FEDERICI, Silvia. *Calibã e a bruxa: mulheres, corpo e acumulação primitiva*.

⁷ FEDERICI, Silvia. *Calibã e a bruxa: mulheres, corpo e acumulação primitiva*. p. 82.

⁸ FEDERICI, Silvia. *Calibã e a bruxa: mulheres, corpo e acumulação primitiva*.

⁹ FEDERICI, Silvia. *Calibã e a bruxa: mulheres, corpo e acumulação primitiva*. p. 178

masculina. O útero foi reduzido a uma máquina para que o trabalho fosse condicionado à reprodução, transformando em bruxas clandestinas as mulheres que se opusessem a essa condição.

De acordo com Nielsson¹⁰, a caça às bruxas teve um nascimento simbólico pela urgente necessidade de disciplinamento da sociedade baseada pela filosofia moral cristã, “o que tornava indispensável eliminar da cultura os elementos pagãos, anárquicos ou disfuncionais, enquadrá-los na hierarquia e na disciplina da sexualidade.”. Ou seja, a caça às bruxas foi uma iniciativa política conjunta com a Igreja Católica, que estimulava a perseguição da mesma forma que anteriormente, havia estimulado a perseguição aos hereges¹¹.

Muitas bruxas tinham a ocupação de parteiras, ou tinham conhecimento sobre saúde reprodutiva das mulheres; com a caça às bruxas essa ocupação acabou sendo marginalizada, dando espaço aos primeiros homens parteiros¹², no começo do século XVII. Em questão de aproximadamente um século depois, a obstetrícia – e logo, qualquer forma de contracepção ou autonomia de seus próprios corpos - havia caído quase absolutamente sob controle estatal. Não há dúvidas que a caça às bruxas destruiu os métodos de contracepção utilizados pelas mulheres “e institucionalizou o Estado sobre o corpo feminino, o principal pré-requisito para sua subordinação à reprodução da força de trabalho.”¹³.

A caça às bruxas foi um movimento histórico de guerra contra as mulheres com fins de controlar seus corpos, “foi uma tentativa coordenada de degradá-las, de demonizá-las e de destruir seu poder social. Ao mesmo tempo, foi precisamente nas câmaras de tortura e nas fogueiras onde se forjaram os ideais burgueses de feminilidade e domesticidade.”¹⁴, justificando o controle masculino sobre as mulheres e a nova ordem patriarcal.

A entrada da Igreja na instituição Estado tem interesse em normatizar a sexualidade dentro do casamento como controle, resultado na substituição da mulher parteira pela denominação de bruxa e sua perseguição. Essa substituição se deu primeiro pelo homem parteiro, e mais tarde pelo médico, retirando o saber popular e levantando a questão da ciência moderna e da visão científica sobre o mundo. “A caça às bruxas chegou ao fim, no final do século XVIII, porque a classe dominante, nesse período, desfrutava de uma crescente sensação de segurança com relação ao seu poder.”¹⁵, o saber popular que levava ao poder, já não estava mais nas mãos das mulheres parteiras e curandeiras.

Considerando o momento histórico, o gênero e a classe das acusadas na caça às bruxas, permite-se concluir que esse movimento foi um ataque à resistência apresentada pelas mulheres, “contra a difusão das relações capitalistas e contra o poder que obtiveram em virtude de sua sexualidade, de seu controle sobre a reprodução e de sua capacidade de cura.”¹⁶. Além de ser instrumento para a construção de uma nova ordem

¹⁰ NIELSSON, Joice Graciele. **Mulheres e justiça: teorias da justiça da antiguidade ao século XX sob a perspectiva crítica de gênero**. 1º ed. Curitiba: Appris, 2018. p. 75.

¹¹ “A diferença mais importante entre a heresia e a bruxaria é que esta última era considerada um crime feminino. (...) Mais de 80% das pessoas julgadas e executadas na Europa nos séculos XVI e XVII pelo crime de bruxaria eram mulheres. De fato, mais mulheres foram perseguidas por bruxaria neste período do que por qualquer outro crime, exceto, de forma significativa, o de infanticídio.” (FEDERICI, 2017, p. 323).

¹² Federici (2017, p. 330) afirma que os contraceptivos que foram altamente utilizados durante a Idade Média, desapareceram no século XVII, muito em razão do terror alcançado na caça às bruxas, sobrevivendo apenas nos ambientes de prostituição. Porém, reapareceram com o surgimento do controle reprodutivo estatal mediado pelos homens, que agora ocupavam os postos das parteiras. Dessa forma, não se permitia o uso de contracepções, exceto com a permissão dos homens: seja da ordem marido ou da ordem médica.

¹³ FEDERICI, Silvia. **Calibã e a bruxa: mulheres, corpo e acumulação primitiva**. p. 331

¹⁴ FEDERICI, Silvia. **Calibã e a bruxa: mulheres, corpo e acumulação primitiva**. p. 334

¹⁵ FEDERICI, Silvia. **Calibã e a bruxa: mulheres, corpo e acumulação primitiva**. p. 365

¹⁶ FEDERICI, Silvia. **Calibã e a bruxa: mulheres, corpo e acumulação primitiva**. p. 305

patriarcal, na qual os corpos das mulheres com seu poder reprodutivo foram colocados sob o controle do Estado e transformados em recursos econômicos.

Identificada pela primeira vez nas obras de Michel Foucault¹⁷, como uma forma de controle que permitia ao soberano não mais o poder de “matar e deixar viver”, e sim o de “fazer viver e deixar morrer”, a biopolítica, de acordo com Agamben¹⁸, é o ápice de um processo longo que foi transformando-se no centro das formas de poder moderno. Segundo Agamben, a biopolítica coloca “a vida biológica no centro de seus cálculos, o Estado moderno não faz mais, portanto, do que reconduzir à luz o vínculo secreto que une poder à vida nua.”¹⁹.

A biopolítica, dessa forma, atua sobre o sexo e os gêneros, normalizando essas populações a partir de seus corpos. Sendo assim, de acordo com a perspectiva de Federici²⁰, o nascimento da biopolítica e do poder soberano tornou-se possível atacando e destruindo o controle que as mulheres exerciam sobre seus próprios corpos enquanto reprodutivos ou não. Esse processo histórico de massacre e degradação social sofrido pelas mulheres é o que permite compreender a biopolítica de gênero e sua relação diante das forças econômicas e institucionais.

2 GILEAD E A CAÇA ÀS BRUXAS EM DEMOCRACIA BRASILEIRA

É neste contexto de caça às bruxas que se vislumbra a violência biopolítica exercida sobre o corpo como território, especialmente o corpo feminino, e perpetuada no limbo entre regra e exceção, e suas várias faces e estratégias de manifestação. Uma delas, realizada sob o manto da legalidade estatal é aquela perpetuada diante do sinuoso e cruel controle dos aspectos reprodutivos. A redução da mulher a sua função reprodutiva e seu absoluto manejo conforme a disposição do poder soberano, revelam uma face cruel do biopoder.

As estratégias biopolíticas, embora atuem indiscriminadamente a partir de seu poder de “fazer viver e deixar morrer”, de tal modo que qualquer vida esteja sujeito à linha, sempre tênue e provisória que estabelece a cesura entre bios e zoé, pertencimento e exclusão, regra e exceção, atinge de forma privilegiada o corpo feminino pelo poder do soberano. Assim, em pleno Estado democrático de direito, na qual vivem cidadãos devidamente protegidos pelos sistemas jurídicos e cartas de direitos da modernidade, nada, nem ninguém está a salvo do avanço biopolítico e da vontade do poder soberano, especialmente a vida das mulheres.

A República de Gilead na qual se passa a narrativa *O Conto da Aia*²¹, de Margareth Atwood²², revela uma face da violência expressa nos corpos femininos e do poder soberano por via do fundamentalismo religioso, configurando uma ditadura religiosa. Uma sociedade na qual a infertilidade se tornou um problema social, na qual as mulheres não podem trabalhar, ler, nem ter direito à propriedade privada; as aias servem de

¹⁷ FOUCAULT, Michel. **Em defesa da sociedade**: curso no Collège de France (1975-76). São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 285.

¹⁸ AGAMBEN, Giorgio. *Homo sacer*: o poder soberano e a vida nua I.

¹⁹ AGAMBEN, Giorgio. *Homo sacer*: o poder soberano e a vida nua I. p. 14

²⁰ FEDERICI, Silvia. **Calibã e a bruxa**: mulheres, corpo e acumulação primitiva.

²¹ A obra *O conto da Aia*, de Margareth Atwood, retrata a vida de uma aia na República de Gilead, uma sociedade situada nas antigas terras estadunidenses e que no conto representa um governo totalitário fundamentalista cristão. A obra oferece a possibilidade de analisar uma distopia carregada de conotações simbólicas da condição de ser mulher, narrada por um olhar e escrita por uma que tem grande consciência de gênero e uma complexa visão das estruturas sociais.

²² ATWOOD, Margareth. **O conto da aia**. Tradução de Ana Deiró. Rio de Janeiro: Rocco, 2017.

reprodutoras aos filhos dos Comandantes²³ por uma espécie de estupro legalizado, ocorrido entre os joelhos das esposas; professores universitários, médicos e a população LGBTQ+ (os “traidores de gênero”) são enforcados; e as mulheres com seus comportamentos considerados clandestinos, caçadas.

Neste sentido, tal como no Brasil em 2019, o tema do controle reprodutivo, e especialmente do aborto passa a ser central, e seu combate ocupa lugar fundamental nas estratégias de implementação de Gilead, assim como nas estratégias do conservadorismo, proposto pelo candidato Jair Bolsonaro nas eleições 2018. Nas palavras de Segato²⁴ “La lucha por la autorización o no-autorización del aborto es nada más y nada menos que la confrontación entre partes que pretenden afirmar su existencia y capacidad de influencia en la escena nacional”.

Recentemente, a atual ministra da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos no governo de Jair Bolsonaro, Damare Alves, relatou ser contra o aborto e declarou que a gravidez seria um “problema que dura só nove meses”²⁵, considerando a condição da mulher restrita ao útero e sua capacidade reprodutiva. Se não bastasse a declaração, o Senado desarquivou a Proposta de Emenda à Constituição (PEC) 29/2015²⁶, que altera o artigo 5º para determinar a inviolabilidade do direito à vida desde a concepção. A iniciativa dessa PEC é do ex-senador Magno Malta, ex membro da bancada fundamentalista religiosa na política brasileira, e para quem trabalhava a ministra Damare.

Ainda sobre o controle reprodutivo que age sob os corpos femininos e o cenário brasileiro pós eleições de 2018, o deputado federal Marcio Labre (PSL - RJ) protocolou no dia cinco de fevereiro de 2019, o Projeto de Lei 261/2019, o qual previa a proibição do uso da pílula do dia seguinte e de outros métodos contraceptivos, como o Dispositivo Intrauterino (DIU), em todo o Brasil, com multas de até 10 milhões de reais para quem desrespeitasse. Com a indignação de movimentos nas redes sociais, o deputado retirou²⁷ o PL um dia após protocolar o mesmo; entretanto, é mais um acontecimento que aproxima o Brasil de um estado de exceção, com um soberano que controla os corpos que precisam ser controlados com base na vida digna ou indigna de ser vivida.

Esses comportamentos de parlamentares brasileiros dizem sobre controlar e classificar mulheres que re(existem) e que buscam retomar a autonomia sobre sua vida reprodutiva, jogando-as em um território já conhecido na Idade Média: a condição de clandestina, de bruxa. A recusa à autonomia das mulheres como valor e vida digna, corresponde à recusa a tomá-las como “fonte legítima para a produção das interpretações sobre seus próprios interesses e sobre o sentido da vida.”²⁸. As mulheres são identificadas como uma vida que não é digna de ser vivida, se comparada ao feto, por exemplo, que em discursos conservadores “na defesa da família” é o que têm validade e legitimidade. De acordo com Birolí²⁹, o corpo da mulher é delimitado por a) à

²³ Classe dos homens de mais alto nível, apoiadores do início de regime de Gilead que se transformaram em legisladores e dominantes desta sociedade.

²⁴ SEGATO, Rita Laura. **La guerra contra las mujeres**. Madrid: Traficantes de Sueños, 2016. p. 123.

²⁵ Disponível em: <https://www.terra.com.br/vida-e-estilo/saude/futura-ministra-da-mulher-familia-e-direitos-humanos-e-contraria-ao-aborto,37faa8a553f654c5d5538f0d69c6391b13mcs7s9.html>. Acesso em: 02 mar 2019.

²⁶ Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2019/02/15/pec-que-proibe-aborto-pode-ser-emendada-para-incluir-as-excecoes-da-lei-atual>. Acesso em: 02 mar 2019.

²⁷ Disponível em: <https://gauchazh.clicrbs.com.br/politica/noticia/2019/02/apos-repercussao-deputado-retira-projeto-de-lei-que-proibia-metodos-anticoncepcionais-cjrtp60lk01e801tdeeds0s00.html>. Acesso em: 02 mar 2019.

²⁸ BIROLI, Flávia. Aborto, justiça e autonomia. In: BIROLI, Flávia; MIGUEL, Luis Felipe (Orgs.). **Aborto e Democracia**. 1. ed. São Paulo: Alameda, 2016. p. 17-46. p. 21.

²⁹ BIROLI, Flávia. Aborto, justiça e autonomia. In: BIROLI, Flávia; MIGUEL, Luis Felipe (Orgs.). **Aborto e Democracia**. p. 21.

regulação e intervenção do Estado e de seus agentes; b) ao controle familiar na forma autoritária de pais e maridos; e c) às formas de regulação pelas crenças religiosas.

Em Gilead, território distópico que pode vir a ser relacionado com a democracia brasileira pós eleições de 2018, a infertilidade é sempre relacionada à mulher, de forma que cria-se uma violenta culpa sobre ela, pela sociedade estar perdendo cidadãos. O estupro das aias por seus comandantes é legal, sendo justificado pela reprodução. Percebe-se assim, a limitação da condição de mulher no conto de Atwood, sendo submissas aos maridos e ao Estado, já que os homens da República estão em condição de soberanos e dessa forma, são o Estado; condicionando os corpos femininos como úteis apenas pela vida reprodutiva de seu útero e sendo consideradas como vidas dignas por essa capacidade reprodutiva de seus corpos.

Segato³⁰ afirma que, o estupro vem de uma estrutura de gênero e garante o acesso de cada novo membro da confraria masculina. Não tão distante de Gilead, a realidade brasileira acusa 49.497 casos de estupros registrados em delegacias brasileiras no ano de 2016 (Atlas da Violência, 2018), enquanto no mesmo ano, houveram 22.918 casos registrados no Sistema Único de Saúde. Essas informações permitem interpretar que existe grande subnotificação que não é o suficiente da dimensão do problema, considerando o patriarcalismo e sua soberania. Ademais, 50,9% dos números de estupros de 2016, foram cometidos em vítimas de até 13 anos, e 17% em crianças entre 14 e 17 anos (Atlas da Violência, 2018).

Os fatos narrados em Gilead, assim como no Brasil, não tiveram origem repentina. O quadro foi sendo moldado através da perpetuação de uma série de suspensões de direitos, perceptíveis principalmente para as mulheres. “Foi então que suspenderam a Constituição. Disseram que seria temporário, Não houve sequer nenhum tumulto nas ruas. As pessoas ficavam em casa à noite, assistindo à televisão, em busca de alguma direção. Não havia nenhum inimigo que se pudesse identificar.”³¹. Retirar direitos e conquistas de igualdade das mulheres foi o primeiro passo verificado na obra, e a primeira ação empreendida pelo novo governo teocrático, de modo semelhante à ordem dos acontecimentos que dá origem à caça às bruxas, na Idade Média.

O resultado das eleições de 2018 não foi apenas presidencial, mas um Congresso Nacional com iniciativas legislativas que representam mais retrocessos do que avanços. A temática do aborto recebeu destaque nas campanhas eleitorais, porém, com uma perspectiva retrógrada, como foi possível perceber com a ascensão do candidato Jair Bolsonaro – e atual presidente -, que carregou com seu discurso ultra liberal e conservador em prol da família, muitos deputados a nível federal e estadual que acabaram sendo eleitos³² pelo conservadorismo e ultra liberalismo. “Em suma, o debate é hoje capitaneado pelos grupos conservadores e os fundamentalistas religiosos vêm ganhando terreno sistematicamente.”³³, ou seja, não apenas os direitos individuais são ameaçados como a democracia é colocada em xeque.

O fundamentalismo religioso que sustenta o conservadorismo no parlamento brasileiro apareceu no slogan principal do candidato Jair Bolsonaro em sua campanha: “Brasil acima de tudo, Deus acima de todos” anulando e deslegitimando a laicidade do Estado, juntamente com sua representação retrógrada, ultra

³⁰ SEGATO, Rita Laura. *La escritura en el cuerpo de las mujeres asesinadas en Ciudad Juárez*. 1. ed. Buenos Aires: Tinta Limón, 2013.

³¹ ATWOOD, Margareth. *O conto da aia*. p. 208.

³² 52 deputados foram eleitos para a Câmara Federal, sendo o Partido Social Liberal (PSL) a 2º maior bancada, apenas perdendo para o Partido dos Trabalhadores (PT), com 56 deputados federais eleitos.

³³ BIROLI, Flávia. Aborto, justiça e autonomia. In: BIROLI, Flávia; MIGUEL, Luis Felipe (Orgs.). *Aborto e Democracia*. p. 11

conservadora e ultra liberalista, fazendo com que ocorra um impacto direto aos direitos reprodutivos das mulheres. Ainda, impulsiona a violência exercida sobre corpos marginalizados e feminizados. Tal fundamentalismo é evidente na caça às bruxas, movimento impulsionado pela Igreja, e no conto de Margareth Atwood, no qual a Constituição é silenciada pelo estado de exceção permanente baseado na religião.

Segato³⁴ denomina de violência expressiva, ou seja, aquela que produz regras implícitas, através das quais circulam “consignas de poder” (p.8) que não são legais nem evidentes, mas são efetivas. Essa violência atua de maneira biopolítica, sem questionamentos, de forma naturalizada. De acordo com a autora³⁵, a violação do corpo feminino se dirige ao aniquilamento da vontade desse corpo, cuja redução de autoridade é significada justamente pela perda de controle sobre o comportamento de seu corpo e o agenciamento dele pelo agressor³⁶. O corpo feminino é retirado do controle sobre seu espaço-corpo. “Es por eso que podría decirse que la violación es el acto alegórico por excelencia de la definición schmittiana de la soberanía: control legislador sobre un territorio y sobre el cuerpo del otro como anexo a ese territorio.”³⁷, controle irrestrito e vontade soberana. A soberania completa, em sua fase mais extrema, é o “fazer viver ou deixar morrer”, pois o poder da morte por si só, não é soberania. Sem o domínio da vida como corpo feminino, a dominação não é completa. O poder soberano, pensando em um estado de exceção vigente, é sobre quem pode violentar corpos femininos de modo legitimado, ou seja, sem punição e sem necessidade de perdão. É a violência legitimada e naturalizada sobre corpos específicos dentro de uma estrutura biopolítica patriarcalista, responsável pela normatização da violência.

Dessa forma, não apenas a linguagem do controle dos corpos femininos traduzida como controle reprodutivo e bem visualizada na obra de Atwood³⁸, mas também a linguagem da violência que cresce utilizando o significante do corpo feminino para indicar a posição de vida nua, de matabilidade, de corpo sacrificável em nome de um bem maior e coletivo, de *homo sacer*, no qual se inscrevem os signos da constituição, pertencimento nas redes transitórias de poder que atuam em sua condição de biopolítica a partir do patriarcalismo dentro ainda, de um estado de exceção permanente. Sobre a mera vida do corpo feminino, Offred³⁹ nos diz,

“Nada muda instantaneamente: numa banheira que se aquece gradualmente você seria fervida até a morte antes de se dar conta. Havia matéria nos jornais, é claro. Corpos encontrados em valas ou na floresta, mortos a pauladas ou mutilados, que haviam sido submetidos a degradações, como costumavam dizer, mas essas matérias eram a respeito de outras mulheres, e os homens que faziam aquele tipo de coisa eram outros homens (...). As matérias de jornais eram como sonhos para nós, sonhos ruins sonhados por outros. Que horror, dizíamos, e eram, mas eram horrores sem ser críveis. Eram demasiado melodramáticas, tinham uma dimensão que não era a dimensão de nossas vidas”⁴⁰.

³⁴ SEGATO, Rita Laura. **La escritura en el cuerpo de las mujeres asesinadas en Ciudad Juárez**.

³⁵ SEGATO, Rita Laura. **La escritura en el cuerpo de las mujeres asesinadas en Ciudad Juárez**.

³⁶ Agressor em um sentido amplo: a estrutura biopolítica reguladora do corpo feminino e a legitimação da violência.

³⁷ SEGATO, Rita Laura. **La escritura en el cuerpo de las mujeres asesinadas en Ciudad Juárez**. p. 20

³⁸ ATWOOD, Margareth. **O conto da aia**.

³⁹ Offred é o nome dado a Aia que narra o conto. O nome verdadeiro de Offred é June, mas só é chamada assim antes da existência de Gilead. Uma vez designada a uma casa, assume o nome de seu senhor. Seu nome é, na verdade, uma expressão que atesta sua submissão: Offred vem de Of Fred, ou seja, do Fred.

⁴⁰ ATWOOD, Margareth. **O conto da aia**. p. 71.

Com o controle dos corpos atuando através de um poder soberano, a clandestinidade passa a ser território conhecido por vidas nuas que resistem enquanto corpos de cidadania. Pensando os corpos femininos e o controle reprodutivo que paira sobre eles, falar da clandestinidade é falar daquilo que está encoberto, que se sucede nas sombras mas que não é totalmente invisível, “en cierta manera, la clandestinidad se refiere a lo oculto pero sabido.”⁴¹.

Sutton⁴² questiona o que significa a clandestinidade sobre o modo em que o poder soberano do Estado é exercido em uma democracia, e continua perguntando “¿De qué forma la violencia estatal está implicada en la producción de cuerpos ocultos (particularmente de mujeres) que son expuestos al peligro con total impunidad?”. A última Pesquisa Nacional do Aborto (PNA) de 2016, permite afirmar que o aborto é comum no Brasil, “em termos aproximados, aos 40 anos, quase uma em cada cinco das mulheres fez um aborto; no ano de 2015 ocorreram cerca de meio milhão de abortos.”⁴³.

As mulheres que estão situadas no espaço de clandestinidade do aborto, estão expostas à violência e ao perigo, sem a proteção de um Estado soberano que cria as condições para a zona clandestina. “Habitan una ‘zona de indistinción’ en la que pueden ser ‘matadas’ sin consecuencia, con total impunidad. Digo ‘matar’ en lugar de ‘morir’, porque considero que estas muertes son más que el resultado de una forma de negligencia benigna.”⁴⁴. Isso significa que as mulheres que realizam abortos clandestinos estão fora do espaço da lei, entretanto, ao mesmo tempo estão condicionadas pela lei quando decidem por suas próprias vidas e corpos.

Para Agamben, a vida nua está diretamente relacionada ao estado de exceção, em que a lei é suspensa por decisão soberana. No contexto da clandestinidade do aborto, aplica-se um tipo diferente de exceção; de acordo com Sutton⁴⁵, uma mulher cidadã sob a Constituição não pode tomar decisões vitais sobre seu próprio corpo. Em troca, as mulheres se encontram em posição de realizar uma doação voluntária de seus recursos corporais. “Este mandato ya marca una forma de exclusión de la ciudadanía plena, una excepción a la regla de cuáles son los derechos fundamentales de los y las integrantes de la comunidad política.”⁴⁶.

Por meio da penalização do aborto, o Estado brasileiro diz de maneira implícita à mulher grávida, que ela deve ser um “ventre reprodutor”, uma *homo sacer*, assim como no conto de Margareth Atwood e como a condição feminina na caça às bruxas. Se ela quer permanecer dentro do corpo político, então deveria aceitar sua redução a “vida reprodutiva”. “Como parte de este pacto, el poder soberano estatal también le dice a la mujer que si ella se niega, entonces podría ser penalizada y, es más, podría llegar a morir.”⁴⁷. Ao negar a condição de vida nua reprodutiva, de *homo sacer*, as mulheres entram na zona de clandestinidade. No caso da criminalização do aborto, a construção das mulheres como vidas que não são dignas de viver já está inscrita na lei.

⁴¹ SUTTON, Barbara. **Zonas de clandestinidade y “nuda vida”**: mujeres, cuerpo y aborto. Estudos Feministas, Florianópolis, 25(2): 562, maio-agosto/2017. p. 889-902.

⁴² SUTTON, Barbara. **Zonas de clandestinidade y “nuda vida”**: mujeres, cuerpo y aborto. p. 890.

⁴³ DINIZ, Débora; MEDEIROS, Marcelo; MADEIRO, Alberto. **Pesquisa Nacional do Aborto 2016**. Ciência & Saúde Coletiva, 22(2), 2017. p. 653-660.

⁴⁴ SUTTON, Barbara. **Zonas de clandestinidade y “nuda vida”**: mujeres, cuerpo y aborto. p. 895.

⁴⁵ SUTTON, Barbara. **Zonas de clandestinidade y “nuda vida”**: mujeres, cuerpo y aborto. p. 896.

⁴⁶ SUTTON, Barbara. **Zonas de clandestinidade y “nuda vida”**: mujeres, cuerpo y aborto. p. 896.

⁴⁷ SUTTON, Barbara. **Zonas de clandestinidade y “nuda vida”**: mujeres, cuerpo y aborto. p. 897

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O artigo analisou o modo em que o fenômeno do controle do corpo feminino, seja por meio da real caça às bruxas, seja por meio da fictícia Gilead, ocupa um papel central na consolidação e perpetuação de regimes de poder soberano. Neste sentido, a partir da obra de Silvia Federici, situa-se a caça às bruxas como o grande evento responsável pela aniquilação da participação e resistência feminina, mesmo que tenha sido historicamente silenciado.

Pode-se verificar, a partir de sua leitura, a centralidade do controle reprodutivo perpetuada pela Igreja e pelo Moderno Estado nascente, especialmente entre os séculos XV e XVI e XVII, declarando guerra à autonomia e autoconhecimento pertencentes às mulheres: quanto aos seus corpos, seus aspectos reprodutivos e, logo, ao aborto, resultando em fervorosa caça aos seus corpos seu poder em forma de saber, inaugurando uma biopolítica de gênero. Estado, Igreja, e, especialmente o capitalismo uniram-se no aniquilamento do feminino, do corpo e do controle reprodutivo exercido pelas mulheres.

É neste contexto de caça às bruxas que se vislumbra a violência biopolítica exercida sobre o corpo como território, especialmente o corpo feminino, e perpetuada no limbo entre regra e exceção, e suas várias faces e estratégias de manifestação. Uma delas, realizada sob o manto da legalidade estatal é aquela perpetuada diante do sinuoso e cruel controle dos aspectos reprodutivos. A redução da mulher a sua função reprodutiva e seu absoluto manejo conforme a disposição do poder soberano, revelam uma face cruel do biopoder. Na República de Gilead, uma série de fatos e violências contra os corpos femininos ou feminizados são narrados, de uma forma assustadoramente semelhante ao espaço geopolítico brasileiro, principalmente após as eleições presidenciais de 2018.

A partir deste referencial teórico, o artigo analisou de que modo os elementos destacados pelas autoras podem fazer referência a acontecimentos que tem sido vislumbrados no Brasil, em plena vigência do Estado Democrático de Direito. Percebeu-se, desta forma, que também agora a centralidade do controle reprodutivo sobre o corpo feminino ocupa papel central na estruturação de um modelo de poder soberano e patriarcalista violento, que produz constantemente a precarização da vida das mulheres a ponto de torna-las verdadeiras vidas nuas, vidas indignas de serem vividas e, portanto, mortas impunemente.

Pode-se inferir, por fim, que entre as bruxas do passado, as aias do futuro, e mulheres brasileiras do presente, todas são alvos das mesmas estratégias de controle sobre seus corpos. Talvez seja possível aprender com o passado, construir um novo presente, e alterar o futuro trágico, fortalecendo a resistência que também encontra no corpo feminino, seu campo privilegiado de ser.

REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

AGAMBEN, Giorgio. *Homo sacer*: o poder soberano e a vida nua I. Tradução de Henrique Burigo. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2010.

ATWOOD, Margareth. *O conto da aia*. Tradução de Ana Deiró. Rio de Janeiro: Rocco, 2017.

BIROLI, Flávia. Aborto, justiça e autonomia. In: BIROLI, Flávia; MIGUEL, Luis Felipe (Orgs.). *Aborto e Democracia*. 1.ed. São Paulo: Alameda, 2016. p. 17-46.

DINIZ, Débora; MEDEIROS, Marcelo; MADEIRO, Alberto. **Pesquisa Nacional do Aborto 2016**. Ciência & Saúde Coletiva, 22(2), 2017, p. 653-660.

FEDERICI, Silvia. **Calibã e a bruxa: mulheres, corpo e acumulação primitiva**. Tradução de Coletivo Sycorax. Editora Elefante, 2017.

FOUCAULT, Michel. **Em defesa da sociedade: curso no Collège de France (1975-76)**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FOUCAULT, Michel. **O nascimento da biopolítica**. Tradução de Eduardo Brandão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

NIELSSON, Joice Graciele. **Mulheres e justiça: teorias da justiça da antiguidade ao século XX sob a perspectiva crítica de gênero**. 1. ed. Curitiba: Appris, 2018.

SEGATO, Rita Laura. **La escritura en el cuerpo de las mujeres asesinadas en Ciudad Juárez**. 1. ed. Buenos Aires: Tinta Limón, 2013.

SEGATO, Rita Laura. **La guerra contra las mujeres**. Madrid: Traficantes de Sueños, 2016.

SUTTON, Barbara. **Zonas de clandestinidade y “nuda vida”**: mujeres, cuerpo y aborto. Estudos Feministas, Florianópolis, 25(2): 562, maio-agosto/2017, p. 889-902.

“QUEM BATE NA MULHER MACHUCA A FAMÍLIA INTEIRA”: UMA ANÁLISE DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E SEUS REFLEXOS NO CONTEXTO FAMILIAR

Ariane Faverzani da Luz¹
Ariele Faverzani da Luz²

RESUMO

A violência contra a mulher não é um fenômeno recente, possuindo um viés histórico. Todavia, tem se configurado, também, como um problema de saúde pública em virtude do considerável aumento dos casos e da necessidade de políticas públicas. Atualmente, a denúncia do agressor é uma forma de proteção assegurada pela Lei nº 11.340/06 ou Lei Maria da Penha. Esse instrumento legal trouxe inúmeros benefícios, porém há impasses que podem dificultar o seu pleno exercício. Nesse sentido, este artigo, de cunho bibliográfico, objetivou realizar uma concisa análise da violência doméstica sob a perspectiva do Direito e da Psicologia. Os seus resultados indicaram a necessidade de integração das ações realizadas pelos poderes público e privado, visando uma ampla assistência à mulher e à sua família, bem como uma melhor fiscalização dos programas de reeducação dos agressores, pois não basta uma legislação robusta em seu teor, mas carente em sua eficácia.

PALAVRAS-CHAVE: Violência doméstica. Família. Lei Maria da Penha.

ABSTRACT

Violence against women is not a recent phenomenon, with a historical bias. However, it has also become a public health problem due to the considerable increase in cases and the need for public policies. Currently, the accuser's complaint is a form of protection provided by Law 11.340/06 or Maria da Penha Law. This legal instrument has brought innumerable benefits, but there are impasses that can hinder its full exercise. In this sense, this bibliographical article aimed to carry out a concise analysis of domestic violence from the perspective of Law and Psychology. Their results indicated the need to integrate the actions carried out by the public and private powers, aiming at a wide assistance to the woman and her family, as well as a better control of the programs of reeducation of the aggressors, since not enough robust legislation in its content, but lacking in its effectiveness.

KEYWORDS: Domestic violence; Family; Maria da Penha Law.

INTRODUÇÃO

A violência contra a mulher é um fenômeno histórico que pode ser compreendida, também, como um problema de saúde pública, uma vez que o número de vítimas tem crescido consideravelmente nos últimos anos. Evidencia-se que suas consequências acarretam variados prejuízos na mulher, que, não raramente, encontra dificuldades em romper com o ciclo de violência, optando pelo silêncio e pela manutenção do problema. Essa postura de forma alguma pode ser avaliada como um indício de fraqueza ou de aceitação do problema, na medida em que a violência não incide apenas na esfera conjugal, mas, também, na esfera familiar, abarcando os filhos.

¹ Mestranda em Direito, com bolsa CAPES, pela Universidade de Passo Fundo (UPF). Pós-graduada em Direito Civil e Processo Civil pela Faculdade Meridional (IMED). Pós-graduanda em Ciências Criminais pela Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul (FMP-RS). Graduada em Direito pela Faculdade Meridional (IMED). Advogada. E-mail: arianefaverzani@outlook.com

² Pós-graduada em Avaliação e Diagnóstico Psicológico pela Faculdade Meridional (IMED). Pós-graduanda em Neuropsicologia pela Universidade de Araraquara (UNIARA). Graduada em Psicologia pela Faculdade Meridional (IMED). Psicóloga na Prefeitura Municipal de Marau/RS. E-mail: arielefl@outlook.com

Os filhos são os principais espectadores da violência doméstica. Vivenciar cotidianamente essa situação em um ambiente que deveria proteger e educar não é tarefa fácil. Como se sabe, eles se encontram em pleno desenvolvimento de suas capacidades físicas, cognitivas e emocionais, não possuindo os recursos necessários para enfrentá-la. Além disso, não podem contar com a orientação da mãe que, por vezes, igualmente não é detentora de elementos suficientes para lidar com a violência sofrida. A denúncia do agressor como uma forma de proteção contra o ato de violência, assegurada pela Lei nº 11.340/06³, mais conhecida como Lei Maria da Penha, demonstra ser uma alternativa para as vítimas, porém nem sempre se revela como uma solução eficaz diante da morosidade dos processos.

Nesse sentido, o presente artigo busca analisar a violência doméstica e seus reflexos no contexto familiar, sob o viés da Psicologia e do Direito, por meio de uma concisa revisão bibliográfica. Para tanto, em um primeiro momento, caracteriza a violência por meio de uma perspectiva bidimensional, abarcando seus efeitos físicos e emocionais em todos os envolvidos. Em seguida, apresenta a Lei nº 11.340/06⁴, denominada como Lei Maria da Penha, com suas possibilidades e impasses.

1 A VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER E O EXERCÍCIO DA PARENTALIDADE

A violência contra a mulher está presente nas mais diversas comunidades, sendo, portanto, uma questão histórica, que vem se transformando em função das lutas perpetradas pelas mulheres em busca de sua superação. Verifica-se que a imagem de cuidadora dos filhos e das tarefas do lar sofreu alterações, passando a desvanecer um papel de submissão perante o homem para surgir um papel mais ativo e autônomo da mulher em relação a si e à sociedade.

Contudo, no contexto brasileiro, a contagem anual do número de vítimas de violência de gênero tem aumentado significativamente, alimentando a polêmica sobre as políticas de igualdade e suscitando novas reflexões sobre os meios legais para coibir tal violência⁵. Diante dessas questões, evidencia-se que uma imagem se conserva: a do homem como algoz e da mulher, independentemente de faixa etária ou classe social, como vítima. Torna-se oportuno salientar, no entanto, que “do ponto de vista do agressor há alternância de papéis, mesclando-se o de agressor (enquanto protagonista na ação agressiva) e o de vítima (ao responsabilizar a mulher quanto à motivação do comportamento agressivo)”⁶.

Nesse sentido, o homem autor de violência atribui à interferência de pessoas estranhas à relação conjugal; às ações e aos comportamentos inadequados da companheira; ao domínio da mulher sobre ele; à

³ BRASIL. **Lei nº 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 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. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm>. Acesso em: 03 jul. 2019.

⁴ BRASIL, 2006.

⁵BEIRAS, Adriano; MORAES, Maristela; ALENCAR-RODRIGUES, Roberta; CANTERA, Leonor. Políticas e leis sobre violência de gênero – reflexões críticas. **Psicologia & Sociedade**, v. 24, n. 1, 2012. p. 36.

⁶ROSA, Antonio Gomes da; BOING, Antonio Fernando; BÜCHELE, Fátima; OLIVEIRA, Walter Ferreira de; COELHO, Elza Berger Salema. A violência conjugal contra a mulher a partir da ótica do homem autor de violência. **Saúde e Sociedade**, v. 17, n. 3, 2008. p. 156.

resposta à agressão física, verbal ou psicológica da companheira; ao hábito de beber e à situação financeira⁷ como motivadores para a agressão contra a mulher. Além disso, os homens conferem o uso da violência à dependência química, ao emprego da companheira, às discussões sobre a criação dos filhos e às dificuldades de dialogar⁸. De tal modo, a mulher, comumente, colabora para que a ampla maioria dos casos se torne apenas suspeitas de violência em virtude da impunidade; do medo; da dependência emocional e financeira; e do constrangimento diante da família e da sociedade⁹.

Dentre as diferentes formas de violência praticadas contra a mulher no ambiente doméstico, encontra-se a manifestação de agressões físicas e psicológicas ou emocionais. A agressão física é a mais fácil de ser identificada, visto que tende a deixar marcas visíveis no corpo, tornando-se uma tarefa árdua a tentativa de escondê-las. Assim, a violência física é caracterizada por pancadas, chutes, beliscões, mordidas, lançamento de objetos, empurrões, bofetadas, lesões com arma branca, arranhões, queimaduras, fraturas, entre outros atos que atentem contra a integridade física¹⁰.

No que se refere à agressão psicológica ou emocional, destaca-se a dificuldade em detectá-la, pois além da observação, é necessária a sua comprovação. Esse tipo de violência ocorre por meio de ameaças de espancamento à mulher e aos filhos; impedimentos à mulher de trabalhar, sair ou ter amizades; falsas acusações de traição, entre outros fatores denigratórios¹¹. Um sentimento, frequentemente, compartilhado pelas vítimas é o receio de que a denúncia de seus agressores não seja levada adiante, o que contribui para que se mantenham nessa relação abusiva pelo bem de seus filhos e/ou para garantir seus direitos patrimoniais e financeiros.

Ressalta-se, ainda, que no Brasil as estimativas indicam que 29% das mulheres já sofreram violência sexual de seus companheiros pelo menos uma vez na vida, sendo que a violência doméstica e o estupro ocupam a sexta colocação como causa de morte e incapacidade física de mulheres entre 15 a 44 anos, mais do que qualquer outro tipo de enfermidade¹². Por conseguinte, o estado de fragilização das vítimas pode levar a agravos na autoestima e na autoimagem, bem como a insegurança em relação ao seu valor como mulher, propagando a falsa ideia de que a vitimização faz parte de sua condição de gênero¹³.

Além disso, a realização efetiva do seu papel enquanto progenitora pode sofrer alterações quando a violência faz parte do cotidiano familiar. Segundo Sani¹⁴, diante de um episódio de violência, a mulher tende a direcionar a sua atenção e a sua energia para monitorar e avaliar o estado afetivo do companheiro, passando a se preocupar mais com questões referentes à sua segurança e à de seus filhos, o que pode influenciar no cuidado e na satisfação das necessidades e do bem-estar deles.

⁷ROSA, Antonio Gomes da; BOING, Antonio Fernando; BÜCHELE, Fátima; OLIVEIRA, Walter Ferreira de; COELHO, Elza Berger Salema. **A violência conjugal contra a mulher a partir da ótica do homem autor de violência**. p. 155.

⁸OLIVEIRA, Kátia Lenz Cesar de; GOMES, Romeu. Homens e violência conjugal: uma análise de estudos brasileiros. **Ciência & Saúde Coletiva**, v. 16, n. 5, 2011. p. 2405.

⁹GARBIN, Cléa Adas Saliba et al. Violência doméstica: análise das lesões em mulheres. **Cadernos de Saúde Pública**, v. 22, n. 12, 2006. p. 2568.

¹⁰CASIQUE, Leticia Casique; FUREGATO, Antonia Regina Ferreira. Violência contra mulheres: reflexões teóricas. Violência contra mulheres: reflexões teóricas. **Revista Latino-americana de Enfermagem**, v. 14, n. 6, 2006. p. 953.

¹¹CASIQUE, Leticia Casique; FUREGATO, Antonia Regina Ferreira. **Violência contra mulheres: reflexões teóricas. Violência contra mulheres: reflexões teóricas**. p. 953.

¹²FALCKE, Denise; OLIVEIRA, Denise Zagonel de; ROSA, Larissa Wolff da; BENTANCUR, Maria. Violência conjugal: um fenômeno interacional. **Contextos Clínicos**, v. 2, n. 2, 2009. p. 82.

¹³ADEODATO, Vanessa Gurgel; CARVALHO, Raquel dos Reis; SIQUEIRA, Verônica Riquet de; SOUZA, Fábio Gomes de Matos e. Qualidade de vida e depressão em mulheres vítimas de seus parceiros. **Revista de Saúde Pública**, v. 39, n. 1, 2005. p. 109.

¹⁴SANI, Ana. Mulher e mãe no contexto de violência doméstica. **Ex æquo**, n. 18, 2008. p. 125.

As repercussões da exposição de crianças e adolescentes à violência apresentam associação com sintomas traumáticos, quadros depressivos e de ansiedade, comportamentos agressivos, transtorno de conduta e irregular desempenho escolar¹⁵. Assim, a mulher ter sido vítima de violência doméstica sinaliza uma forte inclinação para a ocorrência de sintomas, transtornos e alterações no comportamento de seus filhos, uma vez que o fenômeno da violência contra a mulher produz um efeito bidimensional que acarreta danos físicos e emocionais em todos os envolvidos¹⁶.

Esse panorama torna desafiante o exercício do papel de mãe, que diante de um ambiente autoritário imposto pelo agressor, tem suas capacidades afetadas e decisões influenciadas pela violência sofrida. Sani¹⁷ refere que, por vezes, a decisão de abandono da relação abusiva é postergada, porque tende a pesar o seu entendimento sobre o melhor interesse do(s) filho(s), representado pela manutenção da família. Mas, afinal, conviver e presenciar episódios de violência doméstica representaria o melhor interesse do(s) filho(s)? Para Kitzmann¹⁸, a resposta é não, o que a leva a defender a ideia de afastamento imediato da criança que se encontra em um lar violento:

Há evidências crescentes de que crianças que presenciam violência doméstica correm risco de enfrentar diversos problemas psicossociais. Na verdade, os problemas observados nessas crianças são semelhantes àqueles observados em crianças que são vítimas diretas de abuso físico. Uma vez que testemunhar violência doméstica pode aterrorizar as crianças e perturbar significativamente sua socialização, alguns especialistas passaram a considerar a exposição à violência doméstica como uma forma de maus-tratos psicológicos.

Desse modo, verifica-se que qualquer tipo de violência ocorrida no contexto familiar, de forma direta ou indireta, pode prejudicar o desenvolvimento da criança, podendo variar apenas a sua reação e postura diante de tal situação: intervir, isolar-se ou se tornar agressiva. As consequências são tipicamente definidas pela própria criança e envolvem seu modo de internalização e externalização. Assim, por exemplo, ela pode ser mais propensa a utilizar da violência como forma de resolver conflitos ou, contrariamente, demonstrar grande resiliência, isto é, ser capaz de superar ou resistir à pressão de situações adversas¹⁹.

Enfatiza-se, ainda, a existência de diferenças comportamentais nas crianças, de acordo com o gênero, decorrentes da violência doméstica. Os meninos apresentam maiores escores de problemas de comportamento do que as meninas. Esse fator pode ser explicado ao se considerar um maior índice de internalização de comportamentos-problema pelas meninas do que pelos meninos expostos à violência conjugal; eles apresentam

¹⁵DURAND, Julia Garcia; SCHRAIBER, Lilia Blima; FRANÇA-JUNIOR, Ivan; BARROS, Claudia. Repercussão da exposição à violência por parceiro íntimo no comportamento dos filhos. **Revista de Saúde Pública**, v. 45, n. 2, 2011. p. 356.

¹⁶GADONI-COSTA, Lila Maria; ZUCATTI, Ana Paula Noronha; DELL'AGLIO, Débora Dalbosco. Violência contra a mulher: levantamento dos casos atendidos no setor de psicologia de uma delegacia para a mulher. **Estudos de Psicologia**, v. 28, n. 2, 2011. p. 223.

¹⁷SANI, Ana. **Mulher e mãe no contexto de violência doméstica**. p. 127.

¹⁸KITZMANN, Katherine. Violência doméstica e seu impulso sobre o desenvolvimento social e emocional de crianças pequenas. In: TREMBLAY, R. E.; BOIVIN, M.; PETERS, R. D. V. (Eds.). **Enciclopédia sobre o Desenvolvimento na Primeira Infância [online]**. Montreal, Quebec: Centre of Excellence for Early Childhood Development, 2011. p. 2. Disponível em: <<http://www.encyclopedia-crianca.com/documents/KitzmannPRTxp1.pdf>>. Acesso em: 23 abr. 2019.

¹⁹PIAGGIO, Ana Maria Rodriguez. Resiliência. **Revista Psicopedagogia**, v. 26, n. 80, 2009. p. 300.

maior externalização dos comportamentos-problema²⁰. Por isso, os meninos tendem a ser mais notados, já que denunciam o conflito familiar através da agressividade e agitação motora.

Na adolescência, o cenário não é muito díspar, a não ser pela maior probabilidade de envolvimento em situações de risco, como o consumo desenfreado de bebidas alcoólicas, uso de drogas e atividade sexual sem proteção. Segundo Assis et al.²¹, “essa população, em pleno crescimento e desenvolvimento, é muito vulnerável às situações de violência que ocorrem na família, na escola e na comunidade em que vivem, e depende da proteção dos adultos, das instituições e das políticas públicas”. Por conseguinte, a ausência desse amparo, fortalece a violência doméstica de tal maneira que pode abalar os alicerces fundamentais para uma saudável constituição de ser humano, com prováveis consequências na vida adulta.

2 A LEI MARIA DA PENHA: POSSIBILIDADES E IMPASSES

A Lei nº 11.340/06²², denominada como Lei Maria da Penha, entrou em vigor em 22 de setembro de 2006, com a finalidade de coibir e prevenir a violência doméstica e familiar praticada contra as mulheres. Essa lei carrega o nome de uma mulher vítima de violência doméstica cometida por seu companheiro, o qual foi punido apenas vinte anos após as tentativas de homicídios contra ela por intermédio de organismos internacionais.

A partir do caso de Maria da Penha, o Brasil foi responsabilizado pela Comissão dos Estados Americanos (OEA) por negligência e omissão em relação à prática de violência doméstica, com base na Convenção Interamericana dos Direitos Humanos e da Organização Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher (Convenção de Belém do Pará). Além disso, o Brasil foi condenado a criar uma legislação especial para esse tipo de violência, o que levou a ser sancionada, em 07 de agosto de 2006, a Lei nº 11.340/06²³.

Antes do surgimento da legislação, a proteção dos direitos individuais na unidade doméstica e familiar era preterida em razão de que a proteção à família era tida como prioridade, porém com o aumento de casos de violência doméstica esse cenário foi modificado, deixando de ser um problema de esfera privada para pública, sendo, assim, reconhecidos os direitos individuais da mulher. Dessa forma, toda mulher tem o direito de gozar dos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sendo-lhe asseguradas as oportunidades e facilidades para viver sem violência, preservar sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual e social, independentemente de classe, raça, etnia, orientação sexual, renda, cultura, nível educacional, idade e religião, nos termos do artigo 2º da Lei nº 11.340/06²⁴.

A violência doméstica e familiar contra a mulher se constitui como uma das formas de violação aos direitos humanos, sendo configurada a partir de qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause

²⁰PESCE, Renata. Violência familiar e comportamento agressivo e transgressor na infância: uma revisão da literatura. **Ciência & Saúde Coletiva**, v. 14, n. 2, 2009. p. 516.

²¹ASSIS, Simone Gonçalves de; AVANCI, Joviana Quintes; PESCE, Renata Pires; Ximenes, Liana Furtado. Situação de crianças e adolescentes brasileiros em relação à saúde mental e à violência. **Ciência & Saúde Coletiva**, v. 14, n. 2, 2009. p. 350.

²²BRASIL, 2006.

²³BRASIL, 2006.

²⁴BRASIL, 2006.

morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial no âmbito da unidade doméstica, familiar ou em qualquer relação íntima de afeto. De tal modo, para configurá-la, independe de qualquer vínculo familiar, pois o que a lei buscou abranger foram os contextos em que mais se propagam a violência de gênero e não apenas a relação entre vítima e agressor.

De forma inovadora, a lei esclarece que as relações pessoais serão protegidas de qualquer ato de violência em face das mulheres, sendo irrelevante a orientação sexual dos envolvidos, portanto é suscetível de aplicação nos casos de união homoafetiva. Além disso, sua aplicação não deve ser generalizada, pois a lei não abrange toda e qualquer agressão contra a mulher e, sim, faz-se imprescindível que a causa da violência esteja relacionada com a questão de gênero. Não havendo qualquer vinculação, impossível sua aplicação. Nesse sentido, “a lei tem por escopo proteger a mulher contra **atos abusivos decorrentes de preconceito e discriminação resultante de sua condição feminina**, não importando se o agressor é homem ou outra mulher”²⁵.

As pretensões da lei podem ser definidas em medidas capazes de punir com mais severidade os agressores, pois dentre elas existem a prisão preventiva e a prisão em flagrante, o início e a retomada do inquérito policial, a desnecessidade de representação criminal e a impossibilidade de julgamento pelos Juizados Especiais Criminais, tendo em vista que a violência de gênero não é mais considerada de menor potencial ofensivo. Ressalta-se que o legislador priorizou as medidas preventivas que visam impedir e erradicar a ocorrência de violência de gênero, bem como as medidas de proteção à mulher, esclarecendo que a norma além de ter um caráter punitivo, com a mesma intensidade busca impedir a ocorrência de violência e, no caso do episódio, estabelece medidas significativas que sejam capazes de proteger e assegurar a integridade física e mental da vítima.

Nesse sentido, ressaltam-se as alterações trazidas pela Lei nº 13.827²⁶, sancionada em 13 de maio de 2019, a qual beneficia as vítimas ao autorizar a aplicação de medida protetiva de urgência pela autoridade judicial ou policial, desde que verificada a existência de risco atual ou iminente à vida ou integridade física da mulher em situação de violência doméstica e familiar ou de seus dependentes. Tal modificação legislativa se mostra um avanço, uma vez que, anteriormente, apenas a autoridade judicial poderia conceder as medidas de proteção às mulheres vítimas de violência doméstica.

No entanto, os delegados de polícia, os policiais civis e os policiais militares somente poderão aplicar as medidas protetivas de urgência quando o fato ocorrer nos municípios que não forem sede da comarca, conforme dispõe a redação do art. 2º, da Lei nº 13.827/2019²⁷. Ainda, as medidas concedidas pelo delegado de polícia e pelos policiais deverão passar pelo crivo do juiz, o qual deve ser comunicado no prazo máximo de 24 (vinte e quatro) horas, que decidirá se a manterá ou a revogará em igual prazo, cientificando, posteriormente, o Ministério Público. Verifica-se a intenção do legislador de apenas antecipar a concessão da medida provisória

²⁵HERMANN, Leda Maria. **Maria da Penha**: lei com nome de mulher. 2. ed. Campinas: Ed. Servanda, 2008, p 101.

²⁶ BRASIL. **Lei nº 13.827, de 13 de maio de 2019**. Altera a Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006 (Lei Maria da Penha), para autorizar, nas hipóteses que especifica, a aplicação de medida protetiva de urgência, pela autoridade judicial ou policial, à mulher em situação de violência doméstica e familiar, ou a seus dependentes, e para determinar o registro da medida protetiva de urgência em banco de dados mantido pelo Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13827.htm>. Acesso em: 07 jul. 2019.

²⁷ BRASIL, 2019.

de urgência, mantendo a reserva de jurisdição, pois ainda se faz necessária a manifestação da autoridade judicial.

Salienta-se que quando a solicitação ocorrer nas cidades sede de comarca, “o rito segue concentrado na figura judicial e as medidas protetivas serão concedidas após solicitação da vítima, e requerida pela autoridade policial ao juiz, que deverá decidir dentro de 48 (quarenta e oito horas)”²⁸ sobre a concessão ou o indeferimento, nos termos do artigo 18, caput e inciso I da Lei nº 11.340/2006²⁹.

Por fim, o art. 3º, da Lei nº 13.827/2019³⁰ acrescenta o art. 38-A à Lei Maria da Penha³¹, que dispõe acerca do registro das medidas protetivas de urgência pelo juiz competente em um banco de dados mantido pelo Conselho Nacional de Justiça. A medida busca facilitar a fiscalização e a efetividade dos mecanismos protetivos, possibilitando ter amplo acesso e controle das decisões favoráveis atinentes às mulheres vítimas de violência doméstica.

Observa-se que para que os objetivos sejam concretizados, há a necessidade de uma integração nas ações realizadas pela União, Estados, Distrito Federal, Municípios e ações não-governamentais, como preconiza o artigo 8º e seus incisos I, II, III, IV, V, VI, VII, VIII e IX³². Dessa forma, a lei determina a criação de Juizados de Violência Doméstica e Familiar que possuem competência cível e criminal para processar, julgar e executar de forma exclusiva as demandas relacionadas à violência contra a mulher, os quais poderão contar com uma equipe de atendimento multidisciplinar, composta por profissionais especializados nas áreas psicossocial, jurídica e de saúde. Dentre as competências dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar, também cabem o julgamento de processos cíveis pertinentes à separação conjugal e demais ações de família, como pensão alimentícia, guarda de bens, divisão de bens e propriedades, desde que estejam estritamente vinculadas com a preservação da segurança da mulher e seus filhos, além da análise das medidas protetivas, sendo, portanto, possível que um único juiz possa ter um extenso conhecimento sobre o processo³³.

Segundo a pesquisa oficial realizada no ano de 2013 pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) intitulada “O Poder Judiciário na Aplicação da Lei Maria da Penha”, o Brasil possuía 66 Juizados de Violência Doméstica e Familiar. A pesquisa apontou que era necessária a criação de 54 novas unidades, atingindo um total de 120 Juizados para atender a demanda nacional e, em contrapartida, ampliar a confiabilidade das mulheres no sistema judiciário. Já uma notícia divulgada no site da Secretaria de Políticas para as Mulheres, em outubro de 2014, afirma:

De acordo com dados da Central de Atendimento à Mulher de 2003 a 2013 houve um aumento de 309% no número de serviços especializados de atendimento à mulher. Em dez anos, o total de serviços especializados cresceu de 332 para 1027. Neste total, estão contabilizados, além das Deams, Ceams e Casas Abrigo, os Juizados, Varas Especializadas e Varas Adaptadas; os Núcleos de Atendimento Especializado da Defensoria Pública; os Núcleos dos Ministérios Públicos Estaduais

²⁸ ALMEIDA, Fabricio Eduardo Tomazelli; PICHETTI, Lucas. Aspectos do Crime de Descumprimento de Medida Protetiva de Urgência. *Anuário Pesquisa e Extensão*, v. 4, jan./2019. p. 6.

²⁹ BRASIL, 2006.

³⁰ BRASIL, 2019.

³¹ BRASIL, 2006.

³² BRASIL, 2006.

³³ PASINATO, Wânia. Lei Maria da Penha: novas abordagens sobre velhas propostas. Onde avançamos?. *Civitas*, v. 10, n. 2, 2010. p. 228.

Especializados em Violência ou Promotorias Especializadas e os Núcleos de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas ou Posto Avançado de Atendimento Humanizado ao Migrante³⁴.

No entanto, infelizmente, ainda não são todas as cidades brasileiras que contam com esses Juizados, sendo os processos julgados pelas varas criminais. Salienta-se que apesar das iniciativas para facilitar a proteção à vítima de violência doméstica e familiar, “os inquéritos são morosos e muitos se arrastam de maneira injustificada à espera de testemunhas que nunca comparecem”³⁵. Além disso, “o Ministério Público, também sobrecarregado de processos, muitas vezes faz vista grossa aos sucessivos pedidos de dilação para inquéritos policiais e desta forma adia nova entrada de processos na justiça”³⁶.

Ainda, Morato, Santoucy e Cotta³⁷ destacam que na audiência prevista no artigo 16 da Lei Maria da Penha³⁸, aplicada nos casos de crimes de ação penal pública condicionada, busca-se verificar se a retratação da representação da vítima estaria motivada por novas condutas violentas praticada pelo agressor. Assim, com propriedade, salientam as dificuldades enfrentadas pelas vítimas na audiência e a responsabilidade do Poder Judiciário quanto a retratação:

Quando as partes chegam nessa audiência, muitas vezes, ao invés de ouvirem e presenciarem o Estado exercer essa função de barramento e interdição do comportamento violento, são surpreendidos por uma atuação distanciada, uma linguagem técnica asséptica e uma postura não interventiva. Uma atuação descompromissada com a função de interditar o comportamento violento, de nomeá-lo como tal. Uma atuação que – aderindo à resistência natural dos envolvidos – reforça o senso comum de que a violência doméstica é um assunto de conteúdo predominantemente privado³⁹.

Também, aponta-se uma dificuldade no reconhecimento pelo profissional, que labora diretamente com as questões relacionadas com a violência doméstica, de sua responsabilidade no vultuoso número de arquivamentos de processos. Aceita-se que na maioria dos casos a mulher não permitiu o andamento, não sendo analisado em que bases a decisão da mulher foi construída⁴⁰.

Em contrapartida, mostra-se perceptível à evolução no reconhecimento dos direitos das mulheres e na vitória alcançada por diversos grupos feministas. Contudo, ainda é preciso avançar na efetividade da legislação, pois, como se percebe, ainda não se mostra completamente apta a erradicar a violência e, principalmente, proteger as mulheres de seus agressores. De nada será útil à sociedade uma legislação robusta em seu teor, mas carente em sua eficiência.

³⁴ BRASIL. Cidadania e Justiça. **Serviços de atendimento à mulher crescem 309% em dez anos**. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/cidadania-e-justica/2014/08/servicos-de-atendimento-a-mulher-crescem-309-em-dez-anos>>. Acesso em: 23 abr. 2019.

³⁵PASINATO, Wânia. **Lei Maria da Penha**: novas abordagens sobre velhas propostas. Onde avançamos?.p. 226.

³⁶PASINATO, Wânia. **Lei Maria da Penha**: novas abordagens sobre velhas propostas. Onde avançamos?.p. 226.

³⁷MORATO, Alessandra Campos; SANTOUCY, Luiza Barros; COTTA, Mayra. A Lei Maria da Penha: conquistas e desafios para sua integral aplicação. **Revista do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios**, n. 7, 2013.

³⁸ BRASIL, 2006.

³⁹MORATO, Alessandra Campos; SANTOUCY, Luiza Barros; COTTA, Mayra. **A Lei Maria da Penha**: conquistas e desafios para sua integral aplicação. p. 304.

⁴⁰MORATO, Alessandra Campos; SANTOUCY, Luiza Barros; COTTA, Mayra. **A Lei Maria da Penha**: conquistas e desafios para sua integral aplicação.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O cenário da violência doméstica é desafiante, uma vez que suas implicações não afetam apenas a mulher vítima, mas, também, os filhos e demais familiares que presenciam e convivem com a violência. Cabe ressaltar que as consequências para crianças e adolescentes podem envolver a aprendizagem, o comportamento e a capacidade de construir e manter relacionamentos interpessoais, tornando possível a manutenção do ciclo de violência na idade adulta.

A mulher, geralmente, não possui recursos emocionais suficientes para enfrentar tal situação, tendendo a se manter nessa relação abusiva em virtude de questões socioeconômicas, bem como para garantir o bem-estar dos filhos. Ressalta-se que o entendimento da mulher em relação ao bem-estar dos filhos, por vezes, revela-se equivocado, na medida em que para garantir um saudável desenvolvimento às crianças e aos adolescentes é necessário um ambiente familiar acolhedor e que transmita proteção.

Diante dessa realidade, a Lei nº 11.340/06⁴¹, denominada como Lei Maria da Penha, foi criada com o objetivo de prevenir a violência doméstica e familiar praticada contra as mulheres. Para tanto, baseia-se em medidas capazes de punir com mais severidade os agressores, destacando-se a prisão em flagrante, o início e a retomada do inquérito policial, a desnecessidade de representação criminal e a impossibilidade de julgamento pelos Juizados Especiais Criminais, tendo em vista que a violência de gênero não se configura mais como de menor potencial ofensivo.

Evidencia-se que para que essas medidas sejam capazes de proteger e assegurar a integridade física e mental da vítima, torna-se necessário a integração das ações realizadas pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios com as ações executadas pelas instituições não-governamentais, conforme preconiza o artigo 8º, a fim de que a Lei seja tão eficaz na prática quanto demonstra ser na teoria, promovendo uma ampla assistência à mulher em situação de violência e, também, à sua família, em especial aos dependentes menores, bem como uma melhor fiscalização dos programas de recuperação e de reeducação dos agressores. Dessa forma, o aumento do número de vítimas de violência doméstica e a morosidades dos processos poderiam seguir um caminho semelhante ao da evolução no reconhecimento dos direitos das mulheres.

REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

ADEODATO, Vanessa Gurgel; CARVALHO, Racquel dos Reis; SIQUEIRA, Verônica Riquet de; SOUZA, Fábio Gomes de Matos e. Qualidade de vida e depressão em mulheres vítimas de seus parceiros. **Revista de Saúde Pública**, v. 39, n. 1, 2005. pp. 108-113.

ALMEIDA, Fabricio Eduardo Tomazelli; PICHETTI, Lucas. Aspectos do Crime de Descumprimento de Medida Protetiva de Urgência. **Anuário Pesquisa e Extensão**, v. 4, jan./2019. pp. 1-13.

ASSIS, Simone Gonçalves de; AVANCI, Joviana Quintes; PESCE, Renata Pires; Ximenes, Liana Furtado. Situação de crianças e adolescentes brasileiros em relação à saúde mental e à violência. **Ciência & Saúde Coletiva**, v. 14, n. 2, 2009. pp. 349-361.

⁴¹ BRASIL, 2006.

BEIRAS, Adriano; MORAES, Maristela; ALENCAR-RODRIGUES, Roberta; CANTERA, Leonor. Políticas e leis sobre violência de gênero – reflexões críticas. **Psicologia & Sociedade**, v. 24, n. 1, 2012. pp. 36-45.

BRASIL. Cidadania e Justiça. **Serviços de atendimento à mulher crescem 309% em dez anos**. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/cidadania-e-justica/2014/08/servicos-de-atendimento-a-mulher-crescem-309-em-dez-anos>>. Acesso em: 23 abr. 2019.

BRASIL. **Lei nº 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 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. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm>. Acesso em: 03 jul. 2019.

BRASIL. **Lei nº 13.827, de 13 de maio de 2019**. Altera a Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006 (Lei Maria da Penha), para autorizar, nas hipóteses que especifica, a aplicação de medida protetiva de urgência, pela autoridade judicial ou policial, à mulher em situação de violência doméstica e familiar, ou a seus dependentes, e para determinar o registro da medida protetiva de urgência em banco de dados mantido pelo Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13827.htm>. Acesso em: 07 jul. 2019.

CASIQUE, Leticia Casique; FUREGATO, Antonia Regina Ferreira. Violência contra mulheres: reflexões teóricas. Violência contra mulheres: reflexões teóricas. **Revista Latino-americana de Enfermagem**, v. 14, n. 6, 2006. pp. 950-956.

DURAND, Julia Garcia; SCHRAIBER, Lilia Blima; FRANÇA-JUNIOR, Ivan; BARROS, Claudia. Repercussão da exposição à violência por parceiro íntimo no comportamento dos filhos. **Revista de Saúde Pública**, v. 45, n. 2, 2011. pp. 355-364.

FALCKE, Denise; OLIVEIRA, Denise Zagonel de; ROSA, Larissa Wolff da; BENTANCUR, Maria. Violência conjugal: um fenômeno interacional. **Contextos Clínicos**, v. 2, n. 2, 2009. pp. 81-90.

GADONI-COSTA, Lila Maria; ZUCATTI, Ana Paula Noronha; DELL'AGLIO, Débora Dalbosco. Violência contra a mulher: levantamento dos casos atendidos no setor de psicologia de uma delegacia para a mulher. **Estudos de Psicologia**, v. 28, n. 2, 2011. pp. 219-227.

GARBIN, Cléa Adas Saliba et al. Violência doméstica: análise das lesões em mulheres. **Cadernos de Saúde Pública**, v. 22, n. 12, 2006. pp. 2567-2573.

HERMANN, Leda Maria. **Maria da Penha**: lei com nome de mulher. 2. ed. Campinas: Ed. Servanda, 2008.

KITZMANN, Katherine. Violência doméstica e seu impulso sobre o desenvolvimento social e emocional de crianças pequenas. In: TREMBLAY, R. E.; BOIVIN, M.; PETERS, R. D. V. (Eds.). **Enciclopédia sobre o Desenvolvimento na Primeira Infância [on-line]**. Montreal, Quebec: Centre of Excellence for Early Childhood Development, 2011. pp. 1-6. Disponível em: <<http://www.encyclopedia-crianca.com/documents/KitzmannPRTxp1.pdf>>. Acesso em: 23 abr. 2019.

MORATO, Alessandra Campos; SANTOUCY, Luiza Barros; COTTA, Mayra. A Lei Maria da Penha: conquistas e desafios para sua integral aplicação. **Revista do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios**, n. 7, 2013. pp. 281-332.

OLIVEIRA, Kátia Lenz Cesar de; GOMES, Romeu. Homens e violência conjugal: uma análise de estudos brasileiros. **Ciência & Saúde Coletiva**, v. 16, n. 5, 2011. pp. 2401-2413.

PASINATO, Wânia. Lei Maria da Penha: novas abordagens sobre velhas propostas. Onde avançamos?. **Civitas**, v. 10, n. 2, 2010. pp. 216-232.

PESCE, Renata. Violência familiar e comportamento agressivo e transgressor na infância: uma revisão da literatura. **Ciência & Saúde Coletiva**, v. 14, n. 2, 2009. pp. 507-518.

PIAGGIO, Ana Maria Rodriguez. Resiliência. **Revista Psicopedagogia**, v. 26, n. 80, 2009. pp. 291-302.

ROSA, Antonio Gomes da; BOING, Antonio Fernando; BÜCHELE, Fátima; OLIVEIRA, Walter Ferreira de; COELHO, Elza Berger Salema. A violência conjugal contra a mulher a partir da ótica do homem autor de violência. **Saúde e Sociedade**, v. 17, n. 3, 2008. pp. 152-160.

SANI, Ana. Mulher e mãe no contexto de violência doméstica. **Ex æquo**, n. 18, 2008. pp. 123-133.

ARTIGOS - GT 5 - DEMOCRACIA E RELAÇÕES SOCIAIS

A IMPORTÂNCIA DE TORNAR A ÁGUA UM DIREITO FUNDAMENTAL PARA O DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

Aline Moura da Silva Boanova¹

Leonardo José Ronsoni²

RESUMO

A presente pesquisa versa sobre o direito fundamental do acesso à água. Sua relevância reside na necessidade de garantir que esse recurso natural não seja mercantilizado com a privatização, sob a justificativa da escassez. O objetivo geral é demonstrar que, devido à importância do acesso à água para efetivação da dignidade humana, esse bem deve ser garantido como um direito fundamental. São seus objetivos específicos discorrer sobre os direitos fundamentais e sua garantia constitucional e ponderar sobre a manutenção da água sob domínio público, bem como demonstrar a sua importância para o desenvolvimento sustentável. A metodologia consiste em utilizar o método hipotético-dedutivo, a pesquisa será bibliográfica utilizando livros, meios eletrônicos. Com o resultado se espera contribuir para o desenvolvimento sustentável, tornando o acesso à água um direito fundamental devido à sua essencialidade à vida.

PALAVRAS-CHAVE: Acesso à água; Desenvolvimento Sustentável; Dignidade da Pessoa Humana; Direito à vida; Direitos Fundamentais.

ABSTRACT

This research deals with the fundamental right of access to water. Its relevance lies in the need to ensure that this natural resource is not commodified with privatization under the justification of scarcity. The general objective is to demonstrate that, due to the importance of access to water for the realization of human dignity, this good should be guaranteed as a fundamental right. Its specific objectives are to discuss fundamental rights and their constitutional guarantee and to consider the maintenance of water in the public domain, as well as to demonstrate their importance for sustainable development. The methodology consists of using the hypothetical-deductive method, the research will be bibliographic using books, electronic means. The result is expected to contribute to sustainable development, making access to water a fundamental right due to its essentiality to life.

KEYWORDS: Dignity of human person; Fundamental rights; Right to life; Sustainable development; Water access.

INTRODUÇÃO

O crescimento industrial e populacional ocasiona problemas cada vez mais graves, diminuindo a qualidade de vida do cidadão e colocando em xeque o modelo econômico que vivenciamos. O conforto humano proporcionado pelo consumo de recursos ambientais, cada vez mais escassos, pode colocar em risco a atual e a futura geração. É o risco assumido para sustentar o consumo exagerado e infinito. O risco pode ser diagnosticado e prevenido por um sistema normativo adequado. Além disso, o risco possui várias origens, dando um contorno de uma multidimensionalidade, circunstância que acentua as dificuldades dessas instâncias em lidar com os problemas dessa ordem, e que caracterizam o modelo sociológico desenvolvido por Ulrich Beck conhecido por “sociedade de risco”³.

¹ Advogada – OAB/RS 107.289. Conciliadora da Justiça Federal TRF4. Mestra em Direito no Programa de Pós-Graduação em Direito *Stricto Sensu* da Universidade de Passo Fundo. Professora da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo – UPF. E-mail: alineboanova@upf.br.

² Acadêmico do II Nível da Faculdade de Direito – Universidade de Passo Fundo – UPF. E-mail: 178581@upf.br.

³ BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**. Trad. Sebastião do Nascimento. São Paulo:34, 2011.

O risco ao meio ambiente consubstancia-se pela existência de danos indeterminados e imprevisíveis. Há muitos interesses econômicos, políticos e estruturais que definitivamente estimulam as origens, existência e efeitos desses riscos anônimos. Isso passa a ser prejudicial ao equilíbrio ambiental. Nesse contexto, a problemática que decorre do binômio consumo *versus* preservação é a escassez. Esse problema se agrava quando atinge recursos naturais que guardam uma essencialidade que se liga à fatores para além da qualidade do meio ambiente, se relacionando diretamente à subsistência da vida no planeta, como é o caso da água.

Muitas questões acerca da relevância social do acesso à água potável para os seres humanos carecem de maior discussão no âmbito deliberativo entre as esferas pública e privada. Tais como: o arcabouço legislativo que protege o direito ao acesso, os riscos desse bem tornar-se privado, as possíveis causas que levariam à sua privatização, os interesses econômicos envolvidos e o dever do Estado de proteger e garantir esse bem difuso. Sobretudo, é essencial demonstrar a importância de garantir o acesso à água como um direito fundamental, evitando assim a sua mercantilização.

Diante disso, a proposta é discorrer sobre a importância de tornar o acesso à água um direito fundamental como um meio de evitar a sua mercantilização. Isso se deve à essencialidade desse recurso natural à continuidade da vida no planeta, fator que se encontra em um patamar de significância que está além da qualidade do meio ambiente natural.

Para melhor elucidação a pesquisa se estrutura em três seções: (I) As dimensões dos direitos fundamentais e a sua garantia constitucional e (II) A importância da água para o desenvolvimento sustentável.

Com o resultado da pesquisa se pretende contribuir para a efetivação da dignidade da pessoa humana, pois o acesso à água, como um direito fundamental, é um dos pilares do desenvolvimento sustentável das nações, além de essencial para a continuidade da vida na Terra.

1 AS DIMENSÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A SUA GARANTIA CONSTITUCIONAL

O Estado Democrático de Direito se consolida pelos direitos e garantias que têm como destinatários seus cidadãos. A garantia desses direitos promove os mínimos existenciais para uma vida digna, por isso são chamados de fundamentais. O Estado, com todos seus atributos, busca a efetivação desses direitos, estabelecendo deveres e limitações, com o objetivo de equilibrar as relações. O principal instrumento do Estado brasileiro é a Constituição Federal de 1988 (CF/88), e é por meio das modificações sofridas por ela ao longo dos anos que houve a evolução dos direitos fundamentais.

Fruto das modificações pelas quais os direitos fundamentais passaram, a doutrina conferiu-lhes dimensões, como ensina Ingo Wolfgang Sarlet: “Desde o seu reconhecimento nas primeiras Constituições, os direitos fundamentais passam por diversas transformações, tanto no que diz com o seu conteúdo, quanto no que concerne à sua titularidade, eficácia e efetivação.”⁴

Assim, os direitos fundamentais foram divididos em dimensões, sem que haja a exclusão de uma sob à égide da outra, todas continuam se complementando, sendo elas: primeira, segunda, terceira e, até mesmo, os direitos fundamentais poderão ser compreendidos em quarta e quinta dimensões⁵. Os princípios da complementaridade

⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 11ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p.45.

⁵ A classificação dos direitos fundamentais em quarta e em quinta dimensões, para Ingo Wolfgang Sarlet ainda é controversa: “Além do mais, não nos parece impertinente a ideia de que, na sua essência, todas as demandas na esfera dos direitos fundamentais gravitam,

solidária e da indivisibilidade dos direitos fundamentais foram afirmados pela Conferência Mundial de Direitos Humanos (CMDH), no ano de 1993, realizada em Viena⁶.

Os direitos de primeira dimensão refletem os voltados ao individual, como os que correspondem à vida, à propriedade, à igualdade. Na conceituação de Paulo Bonavides: “Os direitos da primeira geração ou direitos da liberdade são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam uma subjetividade que é seu traço mais característico; enfim, são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado.”⁷

Direitos de segunda dimensão (econômicos, sociais e culturais) conferem aos indivíduos uma melhor condição social. Paulo Bonavides enfatiza: “São os direitos sociais, culturais e econômicos bem como os direitos coletivos e ou de coletividade, introduzidos no constitucionalismo das distintas formas de Estado Social, depois que germinaram por obra da ideologia e da reflexão antiliberal do século XX.”⁸

Os direitos da terceira dimensão têm como destinatários não apenas o indivíduo, mas pode-se dizer que tutelam direitos da humanidade. Então, essa dimensão de direitos, também conhecidos como direito da fraternidade, dizem respeito ao desenvolvimento, ao meio ambiente, à propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade, e ao direito de comunicação.⁹

A evolução histórica dos direitos fundamentais em dimensões remete a uma instrumentalização para maior efetivação dos mesmos, enfatiza sua titularidade, pois embora o Princípio da Universalidade não esteja expresso na Constituição Brasileira, está presente de forma intrínseca. As dimensões abriram porta para o que Paulo Bonavides chama de nova universalidade, dizendo que

A nova universalidade procura, enfim, subjetivar de forma concreta e positivar os direitos da tríplice geração na titularidade de um indivíduo que antes de ser o homem deste ou daquele país, de uma sociedade desenvolvida ou subdesenvolvida, é pela sua condição de pessoa, um ente qualificado por sua pertinência ao gênero humano, objeto daquela universalidade.¹⁰

Conforme Gomes Canotilho, “as **garantias** traduziam-se quer no direito dos cidadãos a exigir dos poderes públicos a proteção dos seus direitos, quer no reconhecimento de meios processuais adequados a essa finalidade.”¹¹ Nesse sentido, as garantias asseguram a observância dos direitos. A garantia e proteção dos direitos da pessoa humana são feitas pelo Estado, e a variação da aplicação dessas garantias e proteções se

direta ou indiretamente, em torno dos tradicionais e perenes valores da vida, liberdade, igualdade e fraternidade (solidariedade), tendo, na sua base, o princípio maior da dignidade da pessoa” (SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**, 2012. p. 50). Já para Paulo Bonavides, a existência das quarta e quinta dimensões é “perfeitamente aceitável, classificando como direitos de quarta dimensão: democracia, informação, pluralismo. E, como quinta dimensão, classifica a paz, que em sua concepção foi transladada dos direitos de terceira dimensão” BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 26ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

⁶ Art. 5º, CMDH/1993: Todos os Direitos do homem são universais, indivisíveis, interdependentes e interrelacionados. A comunidade internacional tem de considerar globalmente os Direitos do homem, de forma justa e equitativa e com igual ênfase. Embora se devam ter sempre presente o significado das especificidades nacionais e regionais e os antecedentes históricos, culturais e religiosos, compete aos Estados, independentemente dos seus sistemas político, económico e cultural promover e proteger todos os Direitos do homem e liberdades fundamentais. DHnet – Direitos Humanos na Internet - **Conferência Mundial de Direitos Humanos**. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/viena/viena.html>> Acesso em: 14 de ago. de 2019.

⁷BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**, 2011. p.563.

⁸ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**, 2011. p. 564.

⁹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**, 2011. P. 565.

¹⁰ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**, 2011. p. 574.

¹¹CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e a Teoria da Constituição**. 7ª ed. Coimbra – Portugal: Almedina, 2003. p. 396, grifo do autor.

modifica quanto à extensão dos direitos tutelados, e podem sofrer restrições frente a outros direitos, como é o caso do interesse coletivo se sobrepor ao individual.

Considerando que a dignidade da pessoa humana é princípio basilar para todos os direitos fundamentais entre eles à vida e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, tomando por base a relação de complementariedade entre os direitos para a plenitude da dignidade humana se investiga a importância da água para a vida como um mecanismo sustentável de desenvolvimento.

2 A IMPORTÂNCIA DA ÁGUA PARA O DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

No plano internacional as primeiras definições para o termo “desenvolvimento sustentável” foram cunhadas pela Comissão Mundial sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento (CMMAD), criada em 1984, tendo como objetivo fomentar a discussão internacional sobre a incompatibilidade entre o modelo de desenvolvimento, adotado a partir da Revolução Industrial, e o equilíbrio da natureza. Coordenada pela Primeira-ministra norueguesa Gro Harlem Brundtland, a CMMAD apresentou, em 1987, o relatório “Nosso Futuro Comum”, conhecido também como Relatório Brundtland, que expôs a primeira definição para desenvolvimento sustentável, sendo assim considerado “aquele que atende as necessidades das gerações atuais sem comprometer a capacidade das gerações futuras de atenderem as suas necessidades e aspirações”¹²

A Agenda 2030 é o mais recente movimento em prol do desenvolvimento sustentável que constitui um plano de ação para as pessoas, para o planeta e para a prosperidade. Ela também busca fortalecer a paz universal com mais liberdade. Reconhecemos que a erradicação da pobreza em todas as suas formas e dimensões, incluindo a pobreza extrema, é o maior desafio global e um requisito indispensável para o desenvolvimento sustentável. Os 17 Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS) e 169 metas demonstram a escala e a ambição desta nova Agenda universal. Eles se constroem sobre o legado dos Objetivos de Desenvolvimento do Milênio e concluirão o que estes não conseguiram alcançar. Eles buscam concretizar os direitos humanos de todos e alcançar a igualdade de gênero e o empoderamento das mulheres e meninas. Eles são integrados e indivisíveis, e equilibram as três dimensões do desenvolvimento sustentável: a econômica, a social e a ambiental¹³.

O desenvolvimento sustentável tem uma relação direta com o meio ambiente natural, esse definido como o

(...) meio ambiente dos recursos naturais, é, dentre os elementos que integram o conceito de meio ambiente, o que se apresenta com mais visibilidade fática e, por isso mesmo, é o que tem maior disciplina jurídica. O meio ambiente natural é formado por: a) solo; b) **água**; c) ar; d) fauna; e e) flora.¹⁴

Em meio aos recursos protegidos pelo meio ambiente natural está a água. Dentre os ODS, se destaca em relação à água o Objetivo 6, que visa assegurar a disponibilidade e gestão sustentável da água e saneamento para todas e todos, dentre as metas para alcançar esse objetivo se destacam

¹²CMMAD. Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento. **Nosso futuro comum**. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Editora da Fundação Getúlio Vargas, 1991. p. 9.

¹³ONU. Organização Nações Unidas. **Transformando Nosso Mundo: A Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável**. 2015. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2015/10/agenda2030-pt-br.pdf>>. Acesso em 22 de julho de 2019. p. 1.

¹⁴BARROS, Wellington Pacheco. **Curso de direito ambiental**. 2. São Paulo Atlas 2008. p.124, grifo nosso.

- 6.1 Até 2030, alcançar o acesso universal e equitativo a água potável e segura para todos;
- 6.2 Até 2030, alcançar o acesso a saneamento e higiene adequados e equitativos para todos, e acabar com a defecação a céu aberto, com especial atenção para as necessidades das mulheres e meninas e daqueles em situação de vulnerabilidade
- 6.3 Até 2030, melhorar a qualidade da água, reduzindo a poluição, eliminando despejo e minimizando a liberação de produtos químicos e materiais perigosos, reduzindo à metade a proporção de águas residuais não tratadas e aumentando substancialmente a reciclagem e reutilização segura globalmente
- 6.4 Até 2030, aumentar substancialmente a eficiência do uso da água em todos os setores e assegurar retiradas sustentáveis e o abastecimento de água doce para enfrentar a escassez de água, e reduzir substancialmente o número de pessoas que sofrem com a escassez de água
- 6.5 Até 2030, implementar a gestão integrada dos recursos hídricos em todos os níveis, inclusive via cooperação transfronteiriça, conforme apropriado
- 6.6 Até 2020, proteger e restaurar ecossistemas relacionados com a água, incluindo montanhas, florestas, zonas úmidas, rios, aquíferos e lagos
- 6.a Até 2030, ampliar a cooperação internacional e o apoio à capacitação para os países em desenvolvimento em atividades e programas relacionados à água e saneamento, incluindo a coleta de água, a dessalinização, a eficiência no uso da água, o tratamento de efluentes, a reciclagem e as tecnologias de reuso
- 6.b Apoiar e fortalecer a participação das comunidades locais, para melhorar a gestão da água e do saneamento.¹⁵

A gestão da água¹⁶ tem relação direta com a sua titularidade, a divisibilidade civil dos bens entre públicos e privados foi estabelecida segundo o Código Civil brasileiro no seu artigo 98 “são públicos os bens do domínio nacional pertencentes às pessoas jurídicas de direito público interno; todos os outros são particulares, seja qual for a pessoa que pertencerem.”¹⁷ A água é um bem público seguindo o que diz o artigo 99, inciso I da lei civilista, afirmando que “são bens públicos os de uso comum do povo, tais como, mares, estradas, ruas e praças.”¹⁸

Já a titularidade dos bens públicos é definida pela CF/88 havendo uma divisão da titularidade das águas entre a União e os estados. O artigo 20, inciso III, da CF/88, dispõe que pertencem à União “os lagos, rios e quaisquer correntes de água em terrenos sob seu domínio, ou que banhem mais de um estado, que sirvam de limites com outros países, que provenham ou se estendam a território estrangeiro e também os terrenos marginais e as praias fluviais”¹⁹. O inciso VIII do mesmo artigo 20 da CF/88 dispõe também pertencer à União os potenciais de energia hidráulica existentes no país, sendo, nesse caso, assegurada aos estados, ao distrito federal e aos municípios, bem como a órgãos da administração direta da União, a compensação financeira ou participação no resultado da exploração de recursos hídricos, seja para fins de geração de energia elétrica, seja de outros recursos minerais no respectivo território, plataforma continental, mar territorial ou zona econômica exclusiva. Assim, compete ao governo federal explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão os serviços e instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos de água, em

¹⁵ONU. Organização Nações Unidas. **Transformando Nosso Mundo: A Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável**. 2015.

¹⁶ Em 1997 foi criado o Plano Nacional de Recursos Hídricos (PNRH), estabelecido pela Lei nº 9.433/97.

¹⁷BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm> Acesso em: 15 de jul. 2019.

¹⁸BRASIL, 2002.

¹⁹BRASIL, 1988.

articulação com os Estados onde se situam os potenciais hidroenergéticos. As águas também podem ser de titularidade dos estados-membro da federação brasileira, nos casos previstos pelo artigo 26 da CF 88.²⁰

Conforme a titularidade das águas da União ou dos estados-membros, a natureza jurídica das águas no Brasil é a de bem público. Ou seja, a água é um bem difuso, de uso comum, todos são destinatários desse direito. Todavia, a ameaça de escassez desse recurso natural faz surgir a possibilidade de privatização, conforme Gilberto Cervinski “a disputa é o estabelecimento da propriedade privada sobre a água.”²¹ A mercantilização da água estabelece o valor do recurso, tento em vista o interesse econômico. Nesse sentido Silva afirma que a “ciência econômica incorpora os custos ambientais a seus cálculos, atribuindo valor aos elementos antes gratuitos (o ar, os oceanos, a água) à medida que desenvolve o conceito de internalização das (antes consideradas) externalidades.”²²

A água é um recurso natural essencial de caráter fundamental, Flores afirma que “a água é um bem essencial à sobrevivência dos seres bióticos, estando intrinsecamente ligada a saúde e à dignidade da pessoa humana”²³ A água é uma fonte de riqueza, pois a sua abundância, geralmente, significa desenvolvimento em todos os setores produtivos, tanto o agronegócio, como o industrial. Os interesses envolvidos na privatização, são preponderantemente econômicos, conforme demonstram Santos e Acioly

não é preciso nos estender para explicar o quanto ampliar o domínio privado sob a natureza é decisivo para a lucratividade do capital nos dias atuais e, estando esse domínio associado a uma política econômica que barateia os custos de produção com a desregulamentação, sem dúvida não há perspectiva mais favorável para tais investidores.²⁴

Além disso a água potável é essencial para a sobrevivência do ser humano, para a alimentação e se relaciona diretamente com a dignidade da pessoa humana e com a própria vida, por isso seu acesso deve ser universal e irrestrito, considerando esse bem difuso um direito fundamental.

Contudo, a água é “(...) vital para a sobrevivência e, junto com o saneamento, ajuda a proteger a saúde pública e ambiental. Nossos corpos, nossas cidades e indústrias, nossa agricultura e nosso ecossistema dependem disso”²⁵ Ademais a ONU afirma que “o acesso a água potável é um direito humano e – juntamente com o acesso a instalações sanitárias – impulsiona o desenvolvimento.”²⁶

²⁰Constituição Federal Artigo 26. Incluem-se entre os bens dos Estados:

I – as águas superficiais ou subterrâneas, fluentes, emergentes e em depósito, ressalvadas, neste caso, na forma da lei, as decorrentes de obras da União;

II – as áreas, nas ilhas oceânicas e costeiras, que estiverem no seu domínio, excluídas aquelas sob domínio da União, Municípios ou terceiros;

III – as ilhas fluviais e lacustres não compreendidas entre as da União

²¹CERVINSKI, Gilberto. **A água é direito e não mercadoria, diz crítico de proposta de privatização**. 2018. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/meio-ambiente/ultimas-noticias/redacao/2018/03/22/agua-e-direito-e-nao-mercadoria-diz-critico-de-propostas-de-privatizacao.htm>>. Acesso em: 14 de jul. 2019. [s.p].

²²SANTOS, Josiane Soares; ACIOLY, Yanne Angelim. **A privatização das águas no contexto da contrarreforma do Estado brasileiro**. Serv. Soc. (S/v), n. 122, abr/jun. 2015. p. 255.

²³FLORES, Karen Müller. **O reconhecimento da água como direito fundamental e suas implicações**. Revista da Faculdade de Direito da UEJR, v. 1, n 19, jun/dez. 2011. p. 2.

²⁴SANTOS, Josiane Soares; ACIOLY, Yanne Angelim. **A privatização das águas no contexto da contrarreforma do Estado brasileiro**. 2015.p. 260.

²⁵ONU. Organização Nações Unidas. **A ONU e a água**. [s.d]. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/acao/agua/>>. Acesso em: 15 de jul. 2019. [s.p].

²⁶ONU. Organização Nações Unidas. **A ONU e a água**. [s.d]. [s.p].

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante da importância de tornar o acesso à água um direito fundamental são evidenciadas as seguintes considerações finais:

O Estado Democrático de Direito, fundado em Princípios fundamentais, por meio da Constituição Federal de 1988, conferiu aos brasileiros e estrangeiros residentes no Brasil, Direitos e Garantias Fundamentais, que constam expressamente sob o mesmo Título na Lei Maior, ou implicitamente nos demais dispositivos do texto constitucional, ou ainda replicados em legislações infraconstitucionais. Todos os direitos fundamentais nascem do Direito à Dignidade da Pessoa Humana, consolidado como Princípio Fundamental, logo basilar para os demais direitos, como à vida, liberdade, igualdade, e tantos outros.

O direito à vida, enquanto desdobramento da dignidade humana necessita condições para que se efetive, o acesso à água é um dos elementos essenciais à manutenção da vida na Terra. A importância desse recurso natural, ameaçado de escassez, lhe confere uma íntima relação com a sobrevivência no planeta, por isso deve ser garantido como um direito fundamental e mantido como um bem de domínio público. Esse aspecto pode ser determinado por duas perspectivas, a primeira se deve à vinculação da água à dignidade humana, já a segunda, considera esse bem difuso, integrante do meio ambiente natural, protegido constitucionalmente na sua condição de equilíbrio ecológico como um direito fundamental.

Contudo, se demonstrou a importância do acesso à água e os motivos que levam à sua consagração enquanto direito fundamental, além disso, a garantia desse bem difuso visa a concretização dos fundamentos constitucionais sob o paradigma do desenvolvimento sustentável, conjugando as esferas econômica, social e ambiental.

REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

BARROS, Wellington Pacheco. **Curso de direito ambiental**. 2. São Paulo Atlas 2008.

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**. Trad. Sebastião do Nascimento. São Paulo:34, 2011.

BRASIL. **Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 15 jul. 2019.

BRASIL. **Lei nº 9.433, de 8 de janeiro de 1997**. Institui a Política Nacional de Recursos Hídricos, cria o Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos, regulamenta o inciso XIX do art. 21 da Constituição Federal, e altera o art. 1º da Lei nº 8.001, de 13 de março de 1990, que modificou a Lei nº 7.990, de 28 de dezembro de 1989. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9433.htm>. Acesso em: 15 jul. 2019.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e a Teoria da Constituição**. 7ª ed. Coimbra – Portugal: Almedina, 2003.

CERVINSKI, Gilberto. **A água é direito e não mercadoria, diz crítico de proposta de privatização**. 2018. Disponível em: < <https://noticias.uol.com.br/meio-ambiente/ultimas-noticias/redacao/2018/03/22/agua-e-direito-e-nao-mercadoria-diz-critico-de-propostas-de-privatizacao.htm>>. Acesso em: 14 de jul. 2019.

CMMAD. Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento. **Nosso futuro comum**. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Editora da Fundação Getúlio Vargas, 1991.

DHNET – Direitos Humanos na Internet - **Conferência Mundial de Direitos Humanos**. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/viena/viena.html>> Acesso em: 14 de ago. 2019.

FLORES, Karen Müller. **O reconhecimento da água como direito fundamental e suas implicações**. Revista da Faculdade de Direito da UEJR, v. 1, n 19, jun/dez. 2011.

ONU. Organização Nações Unidas. **Transformando Nosso Mundo: A Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável**. 2015. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2015/10/agenda2030-pt-br.pdf>>. Acesso em 22 de jul. 2019.

ONU. Organização Nações Unidas. **A ONU e a água**. [s.d]. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/acao/agua/>>. Acesso em: 15 de jul. 2019.

SANTOS, Josiane Soares; ACIOLY, Yanne Angelim. **A privatização das águas no contexto da contrarreforma do Estado brasileiro**. Serv. Soc. Soc, (S/v), n. 122, abr/jun. 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 11ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

DIÁLOGOS INSTITUCIONAIS APLICADOS ÀS DEMANDAS PREVIDENCIÁRIAS

Bruna Chechi Biorchi¹
Fausto Santos de Moraes²

RESUMO

A presente pesquisa busca analisar em que consistem diálogos institucionais e relaciona-los às possibilidades de aplicação em demandas previdenciárias. Busca-se demonstrar que os diálogos institucionais assemelham-se a uma espécie de conversa entre os Poderes. A presente pesquisa se reflete especificamente nos Poderes Executivo (enquanto Instituto Nacional do Seguro Social) e Judiciário no que se refere às decisões consolidadas. O grande problema enfrentado e que na pesquisa será clarificado é a redundância em matéria previdenciária, processos são indeferidos administrativamente e posteriormente deferidos por já terem sido discutido diversas vezes no âmbito judicial. Esse descompasso reflete diretamente na proteção deficiente dos segurados. Diante das propostas, a pesquisa visa forma objetiva fazer um paralelo aos diálogos institucionais, a sua aplicação nas demandas previdenciárias e seus possíveis reflexos.

PALAVRAS-CHAVE: Diálogos, poderes, previdenciário, proteção, proporcionalidade.

ABSTRACT

This research seeks to analyze what the institutional dialogues consist and relates the possibility of application in social security claims. It seeks to show that the institutional dialogues are like a kind of conversation between the Powers, the research is specifically reflected in the Executive (as National Institute of Social Security) and Judiciary (in the consolidated decisions). The large problem faced and which in the research will be clarified is the redundancy in social security matters, lawsuits are dismissed administratively and later granted because they have already been discussed several times in the judicial sphere. This mismatch directly reflects poor policyholder protection. Given the proposals, the research aims to objectively parallel the institutional dialogues, the application in social security demands and their possible reflexes.

KEYWORDS: Dialogues, powers, social security, protection, proportionality.

INTRODUÇÃO

Os diálogos institucionais no Brasil são pouco debatidos, eles consistem na possibilidade de conversação entre os Poderes do Estado. Em sua essência, são considerados a harmonização entre esses Poderes objetivando proporcionar o melhor para quem o Estado governa.

Nesse sentido, a pesquisa buscará conceituar os diálogos institucionais para que de forma objetiva transmita o conhecimento necessário para compreender sobre o tema. Em um segundo momento, abordará relacionar os diálogos institucionais com as demandas previdenciárias, no que se refere ao diálogo entre o

1Mestranda do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito da Faculdade Meridional/RS IMED. Pós-graduada em Direito Previdenciário pela Universidade de Caxias do Sul em Convênio com a Escola da Magistratura Federal do Rio Grande do Sul ESMAFE/RS. Pós-Graduada em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela Damásio Educacional. Graduada em Ciências Jurídicas e Sociais pela Faculdade Anhanguera de Passo Fundo/RS. Advogada. E-mail: brunach.biorchi@hotmail.com

2 Doutor (2013) e mestre (2010) em Direito Público - UNISINOS (Capes 6), além de especialista em Direito Tributário - UPF (2006). Pesquisador na área da Hermenêutica Jurídica, Argumentação Jurídica, Direitos Fundamentais, Teoria do Direito, Direito Constitucional, e Direito e Literatura. Docente da Escola de Direito e do PPGD da Faculdade Meridional - IMED/Passo Fundo. Exerce a advocacia na área tributária, previdenciária e cível. faustosmoraes@gmail.com

Poder Executivo (enquanto Instituto Nacional do Seguro Social) e o Poder Judiciário (no que se refere as decisões de Cortes Superiores consolidadas).

A problemática parte da premissa referente à possibilidade dos Poderes Executivo e Judiciário dialogarem em prol da proteção eficiente aos segurados do INSS, da economia e sustentabilidade previdenciária. De maneira sucinta consiste na aplicação de decisões consolidadas no Superior Tribunal de Justiça e o Tribunal Regional de Uniformização, ainda no processo administrativo, ou seja, na autarquia INSS.

A metodologia empregada na pesquisa será o método dedutivo, tendo em vista que partirá de análise das obras bibliográficas para a verificação da possibilidade da aplicação dos diálogos institucionais em demandas previdenciárias.

Por fim, a pesquisa buscará verificar se há possibilidade de diálogos institucionais serem aplicados nas demandas previdenciárias.

1 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE OS DIÁLOGOS INSTITUCIONAIS

Primeiramente é necessário o entendimento sobre a composição do Estado, sendo eles divididos em Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. Essa tripartição do Estado já era proposta por Montesquieu em sua obra “O espírito das Leis”, com a finalidade de organização estatal e o equilíbrio entre os poderes. Portanto, segundo sua sabedoria,

Existem em cada Estado três tipos de poder: o poder legislativo, o poder executivo das coisas que dependem do direito das gentes e o poder executivo daquelas que dependem do direito civil. Com o primeiro, o príncipe ou o magistrado cria leis por um tempo ou para sempre e corrige ou anula aquelas que foram feitas. Com o segundo, ele faz a paz ou a guerra, envia ou recebe embaixadas, instaura segurança, previne invasões. Com o terceiro, ele castiga os crimes, ou julga as querelas entre os particulares. Chamaremos a este último poder de julgar e ao outro simplesmente de poder executivo do Estado. A liberdade política, e um cidadão, é esta tranquilidade de espírito que provem da opinião de cada um tem sobre a sua segurança; e para que se tenha essa liberdade é preciso que um governo seja tal que um cidadão não possa temer outro cidadão. Quando, na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura, o poder legislativo está reunido ao poder executivo, não existe liberdade, porque se pode temer o que o mesmo monarca ou o mesmo senado crie leis tirânicas para executá-las tiranicamente. Tampouco existe liberdade se o poder de julgar não for separado do poder legislativo e do executivo. Se estivesse unido ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se estivesse unido ao poder executivo o juiz poderia ter a força de um opressor.³

A proposta feita por Montesquieu, na verdade, consiste na separação dos poderes e sua divisão equilibrada. Uma vez que, apesar de propor que cada poder seja responsável por atribuições diferenciadas, ainda assim, pode ser visível a conjectura sobre o equilíbrio entre os poderes, onde um necessita do outro.⁴

Assim, pode ser observado que a separação dos Poderes e o equilíbrio entre eles já era proposto por Montesquieu no século XVIII. Esse equilíbrio proposto consiste em considerar que no Estado, deve haver a

3 MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat. **Do espírito das leis**. 2ª ed. 2ª Triagem. Apresentação: Renato Janine Ribeiro. Tradução: Cristina Murachco São Paulo: Martins Fontes, 2000.p. 167-168.

⁴GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o Direito Pressuposto**. 7ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008. p. 230

separação de atribuições, mas ao mesmo tempo o equilíbrio entre eles, dessa forma, podendo resultar em benefícios para o povo.

Um dos principais reflexos no que se refere ao quesito divisão dos Poderes e suas atribuições está voltado para o equilíbrio entre eles é a preocupação do povo o qual o Estado é responsável. Tal preocupação está na redoma da responsabilidade governamental.

Desta forma, é necessária a explicação no que tange à responsabilidade governamental e o dever em proporcionar a igualdade para os cidadãos que integram a sociedade, com as palavras de Dworkin,

O governo deve tratar aqueles a quem governa com consideração, isto é, como seres humanos capazes de sofrimento e de frustração, e com respeito, isto é, como seres humanos capazes de formar concepções inteligentes sobre o modo como suas vidas devem ser vividas, e de agir de acordo com elas. O governo deve não somente tratar as pessoas com consideração e respeito, mas com igual consideração e igual respeito. Não deve distribuir bens ou oportunidades de maneira desigual, com base no pressuposto de que alguns cidadãos têm direito a mais, por serem merecedores de maior consideração.⁵

Em outras palavras, o Estado em sua composição (Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário), possui o dever de não apenas respeitar os cidadãos, mas sim, governar levando em consideração as necessidades e oferecer o tratamento a todos de igual forma. Portanto, a igualdade entre os cidadãos, é um requisito necessário para o exercício de qualquer governo. A igualdade proposta por ele será sempre um termômetro governamental. Conforme a interpretação das palavras de Dworkin, a consideração exercida pelo governo frente aos seus cidadãos, não se trata de uma obrigação, mas sim de um dever.

Compreendendo a necessidade da consideração, respeito e igualdade que devem ser pressupostos do dever do Estado. É necessário o entendimento que a Constituição Federal Brasileira segue a proposta interpretativa feita por Montesquieu, em que o Estado é composto pela divisão de poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, como predispõe a Constituição Federal de 1988, na inteligência de seu artigo 2º⁶, e devem ser harmônicos entre si.

Apesar da divisão das atribuições do Estado e a independência entre eles, dito através do próprio teor da Constituição Federal que os poderes estatais devem ter como sua premissa maior a harmonia entre os poderes. Ela pode ser entendida subjetivamente como o respeito, a igualdade, e a legitimidade decisória que os governos possuem. Pressupõe-se que essa união e a posição harmônica entre os poderes podem ser denominadas de diálogo institucionais.

Nesta senda, os diálogos institucionais são baseados na harmonia e conversação entre os poderes em prol de um bem maior.

O conceito de diálogo institucional, ou seja, o diálogo entre os poderes é uma questão que recentemente começou a ser debatida, nacionalmente e internacionalmente. Os diálogos institucionais podem ser entendidos como uma espécie de descrição em interação entre os Tribunais Superiores e o Legislativo e a interpretação e aplicabilidade da Constituição.⁷

⁵DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a sério**. Tradução Nelson Boeira. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 419

⁶ BRASIL. Constituição Federal de 1988. Artigo 2º “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.

⁷LONGO FILHO, Fernando José. A última palavra e Diálogo Institucional: Relações com as teorias Democráticas em Dworkin e Waldron. **Revista Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito/UFRGS**. Porto Alegre, v. 10, n. 3 p. 90-111, 2015. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/index.php/ppgdir/article/view/58328p.90>

O estabelecimento do seu conceito se deu pela Carta de Direitos e Liberdades de 1982, no Canadá, que por sua vez apresentou de maneira formal a existência do diálogo institucional entre a Corte Constitucional e o Parlamento. Especificamente se dava pela autorização do Parlamento ou da Legislatura provincial faça emendas a uma Lei declarada inconstitucional pela Corte Constitucional Canadense, pelo prazo de 5 (cinco anos).⁸

Contudo, havia grandes questionamentos sobre os diálogos institucionais, essas dúvidas pairavam sobre “a possibilidade de ter um diálogo entre duas instituições quando as duas não se subordinam? E se o diálogo exige um relacionamento entre instituições iguais?”⁹ A resposta dada aos questionamentos é que uma decisão judicial está aberta a reversão, modificação ou evitação, para o diálogo com o corpo legislativo.

A priori, a teoria dos diálogos institucionais consistia em um tipo de controle judicial (*judicial review*), ou seja, a possibilidade da matéria que foi discutida judicialmente ser revista pelo Poder Legislativo com o fim de possibilitar mudanças no caso. Nesse sentido, Bateup explica:

Nos últimos anos, o “diálogo” tornou-se um metáfora onipresente dentro da teoria constitucional. É mais usado apenas para descrever a natureza das interações entre tribunais e os ramos políticos do governo na área de decisões constitucionais, particularmente em relação ao interpretação dos direitos constitucionais. Teorias de Diálogo enfatizam que o Judiciário não (como um intermediário) nem deve (como normativa) ter o monopólio de interpretação constitucional. Em vez disso, quando exercitamos poder de revisão judicial, os juízes participam de uma conversa interligada e dialética sobre constituição constitucional. Em suma, os julgamentos constitucionais são, ou idealmente deveria ser, produzido através de um processo de compartilhamento elaboração entre o judiciário e outros órgãos constitucionais atores.¹⁰

Contudo, apesar da definição inicial ser a possibilidade do Poder Judiciário enquanto julgadores, dialogar com o Poder Legislativo sobre decisões constitucionais. É possível a extração do entendimento inverso, em que há inclusive a possibilidade do Poder Judiciário dialogar com os outros Poderes.

Porém, no que se refere ao diálogo entre os Poderes, somente são considerados produtivos quando possui o condão de pesar qual dos Poderes poderia, deveras, responder casos em que haja uma discussão, ou seja, casos contravertidos. A incansável busca pela resolução de problemas considerados complexos demandam respostas institucionais elaboradas. A solução dessas respostas se respalda na preocupação da legitimação das atividades feitas pelos Poderes.¹¹

Salienta-se que, justamente pelo diálogo entre os Poderes, e que há necessidade de verificação do Poder mais adequado para responder a resolução de demandas complexas, considerando sempre o bem maior tutelado, ou seja, a benesse de quem (pessoas, respeito aos direitos fundamentais) se destina a decisão.

⁸LONGO FILHO, Fernando José. A última palavra e Diálogo Institucional: Relações com as teorias Democráticas em Dworkn e Waldron. p.91

⁹HOGG, Peter W. and BUSHELL, Allison A.. "The Charter Dialogue between Courts and Legislatures (Or Perhaps the Charter of Rights Isn't Such a Bad Thing after All)." *Osgoode Hall Law Journal* 35.1 (1997): 75-124. Disponível em: <http://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/ohlj/vol35/iss1/2> p. 79

¹⁰BATEUP, Christine. **The Dialogic Promise**: Assessing the Normative Potential of Theories of Constitutional Dialogue, 71 Brook. L. Rev. (2006). Disponível em: <http://brooklynworks.brooklaw.edu/blr/vol71/iss3/1p.1109>

¹¹CLÈVE, Clemerson Merlin. LORENZETO, Bruno Meneses. **Governo democrático e jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p.120.

Assim, os diálogos entre os Poderes são possíveis e necessários, quando a demanda é complexa e exige um posicionamento decisivo e/ou facilitador. O posicionamento a ser produzido pelo diálogo entre os poderes possui a finalidade de alcançar um bem comum, que produza efeitos benéficos, seja ele de qualquer natureza. Pela complexidade da demanda os Poderes em sua inteligência devem dialogar em busca de uma resolução consistente e segura a quem se destina.

No que tange à prática dos diálogos institucionais, procura-se destacar dois aspectos que devem ser respeitados na formulação de suas decisões em casos contravertidos. Sendo a primeira, as decisões que são tomadas em quaisquer dos Poderes passam a ser parcialmente definitivas, pela possibilidade de haver contestação em outras instâncias públicas. A segunda, consiste em cada espaço de poder, pode conter características que possam potencializar ou inibir o processo de tomada de decisões. Nesse caso, pode ser reafirmada a necessidade no diálogo entre os poderes, uma vez que propiciam melhores condições para enfrentar os casos em concreto com a devida atenção necessária.¹²

No Brasil, o diálogo institucional é um projeto que pode vir a ser consolidado, desde que se modifique a compreensão das funções dos Poderes. Pode ser verificado que a jurisdição constitucional brasileira adquiriu a aparência “concentradora” e “vinculante”, essas características são sinônimas às súmulas vinculantes proferidas pelos Tribunais Superiores, e ainda se firmam com a necessidade de repercussão geral.¹³

O que se busca compreender, é se há possibilidade de aplicação do diálogo institucional no Brasil entre o Poder Judiciário enquanto Tribunais Superiores com entendimentos consolidados, como por exemplo, Superior Tribunal de Justiça e Turma Nacional de Uniformização, em diálogo com o Poder Executivo, enquanto Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, essa possibilidade será discutida no próximo capítulo.

2 OS DIÁLOGOS INSTITUCIONAIS APLICADOS AS DEMANDAS PREVIDENCIÁRIAS

Os diálogos institucionais aplicados às demandas previdenciárias têm como seu núcleo a proteção social eficiente, em casos de matérias decididas e consolidadas judicialmente e não aplicadas nas Instruções Normativas da autarquia Federal – INSS, especificamente na Instrução Normativa 77/2015, que regulamenta os benefícios da Previdência Social.

Nesta senda, é possível dizer que há um descompasso entre o que está sendo decidido nas cortes superiores como Superior Tribunal de Justiça e Turma Nacional de Uniformização, e o que está sendo aplicado administrativamente pelo Instituto Nacional do Seguro Social, pelas suas Instruções Normativas especificamente a de número 77/2015.

Cumprido o destaque, que esse descompasso entre os Poderes reflete diretamente nos cidadãos que restam prejudicados cada vez que possuem um benefício previdenciário negado pelas vias administrativas, enquanto judicialmente o pedido será deferido, na medida que poderia ser deferido ainda na esfera administrativa.

¹²CLÈVE, Clemerson Merlin. LORENZETO, Bruno Meneses. **Governo democrático e jurisdição constitucional**. p. 131

¹³CLÈVE, Clemerson Merlin. LORENZETO, Bruno Meneses. **Governo democrático e jurisdição constitucional**. p. 143

Portanto, retomando a ideia de Dworkin, no início apresentada, sobre o dever do Estado de tratar os seus cidadãos com respeito e de maneira igualitária, a conceituação de diálogos institucionais e a relação com o objeto da pesquisa enquanto diálogos entre os Poderes Judicial e Executivo repercutem em um problema a ser estudado: a falta de diálogo entre os poderes está acarretando uma proteção deficiente em face dos segurados inscritos na Previdência Social que requerem benefícios junto ao INSS.

Não obstante, cabe entender que os Direitos de Proteção devem ser interpretados como Direitos Fundamentais que deveriam ser assegurados pelo Estado em face de intervenções, e não se resumem apenas na vida e saúde, mas em tudo que seja digno aos olhos dos Direitos Fundamentais.¹⁴

Nesse sentido, “o papel do Estado seria agir, provendo o mínimo a ser realizado. A partir de então reconhecer-se-ia o dever do Estado de duas facetas: a proibição de excesso e a proteção deficiente.”¹⁵

Relacionando a falta de aporte estatal pode-se extrair o entendimento de que quando o Estado deixa de agir para proteger aos que governa, ou até mesmo se omite as questões que são de cunho protetivo incide em uma falta gravíssima, denominada proteção deficiente aos cidadãos.

Assim, ao avesso da proteção eficiente, a proteção deficiente advinda do Estado por falta de diálogo entre os Poderes resulta na restrição dos Direitos Fundamentais, na medida em que há casos previdenciários em que os segurados poderiam gozar de seus Direitos em um tempo menor e de maneira ágil, sem demandar judicialmente.

Sendo assim, a falta de um diálogo institucional entre os Poderes Judiciário e o Executivo, pode acarretar uma proteção deficiente para os segurados, uma vez que quem possui o dever de proteger os direitos do cidadão e não os protege, na verdade, os limita, falha com as obrigações enquanto Estado.

Exemplificando e explicando essa limitação, no caso em concreto, se refere a decisão administrativa limitada. O grande problema é que a legislação previdenciária, enquanto aplicada pela autarquia federal – INSS, possui uma limitação. Enquanto, o Poder Judiciário através dos Tribunais Superiores, alcança as demandas previdenciárias por decisões respaldadas em matérias pacificadas e sumuladas.

Dessa forma, no caso supra há uma limitação administrativa e uma possível concessão judicial. Esse impasse, na maioria das vezes atrasa a concessão de direitos aos segurados, uma vez que benefícios são negados pelo INSS e concedidos judicialmente. Lembrando que, os Direitos Previdenciários como Direitos Sociais, são Direitos Fundamentais.

Desta forma, há vinculação do entendimento das limitações enfrentadas na seara administrativa no que se refere aos Direitos Fundamentais dos segurados do INSS, com a necessidade de proteção advinda do Estado,

Todavia, exigir-se-ia do Estado determinadas prestações cujas a máxima da proporcionalidade, como algo decorrente da condição das normas de direitos fundamentais, implicaria a análise quanto à proibição de destruição ou afetação aos direitos. Exigir-se-ia um teste de eficiência, analisado sob duas óticas. Na primeira, que envolve o direito de defesa contra terceiros, deveria o Estado fundar a sua abstenção nas ações de destruição ou afetação negativa como uma condição necessária. Na segunda, ligada ao dever de proteção ou fomento, exigir-se-ia apenas a realização de uma única ação adequada nem uma das duas poderá ser considerada

¹⁴ALEX, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 5ª Edição Alemã. São Paulo. Malheiros Editores Ltda: 2008. p. 430

¹⁵MORAIS. Fausto Santos. **Ponderação e Arbitrariedade**: A inadequada Recepção de Alexy pelo STF. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2018.p. 58

necessária. A necessidade delas decorreria da sua exclusividade como medida de proteção ou fomento. A proporcionalidade em sentido estrito também teria relevância na análise dos direitos a prestações, visto que exige a proteção mais ampla e possível dentro das possibilidades fáticas e jurídicas existentes.¹⁶

Ou seja, quando há possibilidade de destruição ou de afetação dos direitos, é necessário que se faça um teste de eficiência, podendo inclusive ser utilizada a proporcionalidade em sentido estrito (medida justa) para a análise dos direitos prestacionais, o que se refere no presente caso com a finalidade de proporcionar uma proteção mais ampla e possível dentro das possibilidades propostas.

Assim a proporcionalidade exige dos Poderes que escolham de meios necessários e adequados consequentemente proporcionais para a realização dos seus fins. A proporcionalidade aplicada em sentido estrito irá promover e analisar se as - vantagens - se sobrepõem às desvantagens. Em outras palavras, proporcionalidade, na verdade, exige uma relação entre o início e o fim, adotando-se, portanto, o meio.¹⁷

Em outras palavras a proporcionalidade em um sentido estrito, justifica a importância do impulso de princípios e a força da restrição de direitos fundamentais, busca a “medida justa” pela intervenção do Estado, colocando em evidência o equilíbrio ou a falta dele nas relações.¹⁸

Toda discussão, que envolve os diálogos institucionais, a proteção, e a medida justa proposta, poderá vincular inclusive, o chamado princípio da sustentabilidade previdenciária. Pois, a discussão também se estende à economia, uma vez que pode influenciar na diminuição de custos para o Ministério da Economia (especificamente a Secretaria da Previdência Social) e economia processual, ou seja, diminuição de demandas previdenciárias judiciais e a proteção ao segurado enquanto cidadão.

Neste contexto, pode ser incluído para solidificar ainda mais a possibilidade de aplicação dos diálogos institucionais, além da proteção deficiente aos cidadãos, também a possibilidade de aplicação da sustentabilidade previdenciária como princípio.

Portanto, convém a colocação que a sustentabilidade como um princípio jurídico que deve ser aplicado a todo o ordenamento, logo deve ser aplicado também à Previdência Social. Assim, a sustentabilidade previdenciária surge como uma orientação e interpretação ao sistema previdenciário.¹⁹

No âmbito previdenciário, a sustentabilidade age com uma proposta de definição de previdência sustentável, que poderá prover o desenvolvimento social, levando em consideração os aspectos materiais e imateriais, de maneira “inclusiva, durável e equânime” para as gerações futuras e atuais. Apesar da definição da sustentabilidade previdenciária possuir uma definição restrita e sucinta, é possível dizer que é muito mais complexa que sua definição, uma vez que o desenvolvimento do qual se refere requer um financiamento que se mostra aquém das realidades apresentadas pelos Estados.²⁰

Notando a complexidade da sustentabilidade no âmbito previdenciário, em que pode promover o desenvolvimento social e a sua abrangência para gerações atuais e futuras, pode ser entendido que a

¹⁶MORAIS, Fausto Santos. **Ponderação e Arbitrariedade**: A inadequada Recepção de Alexy pelo STF. p. 60.

¹⁷ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**. 4ª ed. São Paulo: Malheiros Editores: 2005. p. 110

¹⁸ALBUQUERQUE, Raimundo Parente de Junior. **Juridicidade contra legem no processo administrativo, limites e possibilidades à luz dos postulados da razoabilidade e da proporcionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p. 108

¹⁹MORAES, Sandro Glasenapp. **A Previdência aos 90 anos da Lei Eloy Chaves o desafio da Sustentabilidade**. Disponível em: <http://sandromoraes.adv.br/resources/A%20prev%20social%20nos%2090%20anos%20da%20lei%20eloy%20chaves%20-%20o%20desafio%20da%20sust.pdf> p.5

²⁰MORAES, Sandro Glasenapp. **A Previdência aos 90 anos da Lei Eloy Chaves o desafio da Sustentabilidade**. p.5

sustentabilidade previdenciária está intimamente ligada com os Direitos Fundamentais e consequentemente com os diálogos institucionais.

Correlacionando, o princípio da sustentabilidade com o processo administrativo e decisões no âmbito previdenciário, é necessário para melhor vislumbrar o procedimento adotado pelo Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) no que se refere ao procedimento decisório com relação às concessões e indeferimentos de benefícios,

Benefício concedido é aquele cujo requerimento – apresentado pelo segurado ou seus dependentes junto à Previdência Social – é analisado e deferido desde que o requerente preencha todos os requisitos necessários à espécie do benefício solicitado e liberado para pagamento. [...] Por sua vez, o benefício cessado quando o benefício perde o direito ao seu recebimento. A cessação representa a saída de benefícios do sistema previdenciário.²¹

Pode ser dito que o processo administrativo previdenciário em si, possui uma limitação na aplicação de legislação para a concessão e indeferimentos previdenciários, ou seja, sua limitação consiste em aplicação apenas de suas Instruções Normativas, decretos de lei, e leis. Não possibilita que o servidor possa vincular as fontes de norma com um entendimento, ou que seja usado um entendimento jurisprudencial,

O processo administrativo de benefícios é regulado efetivamente pela Lei nº 8.213/91, que, por diversas vezes estabelece que o processo possa ser regulamentado por decreto publicado pelo Poder Executivo Federal. Assim, muitos dos procedimentos atualmente tomados pela autarquia previdenciária (INSS) são estatuídos pelo Decreto 3.048/1999. Por sua vez esse Decreto Executivo, ao longo dos anos é “interpretado” por uma instrução interna formulada por uma discussão ampla entre as diretorias internas de controle e da Procuradoria Especializada, e publicada pela Presidência do INSS. Atualmente, é a Instrução Normativa INSS/PRES nº 77 de 21 de Janeiro de 2015 que estabelece todos os procedimentos internos que o servidor autárquico deve respeitar quando formaliza um processo e avalia um requerimento formulado por um segurado. [...] Além dessa instrução, também são redigidas orientações internas, memorandos-circulares e manuais que visam orientar os servidores nas suas atividades habituais e, em casos específicos, quando se verifica que a determinação contida na IN vigente não está em consonância com a legislação, interpretação jurisprudencial, ou quando sua interpretação seja dúbia.²²

Assim, relacionando a sustentabilidade previdenciária com as decisões hoje propostas em termos de Previdência Social, como por exemplo, concessão e indeferimento de benefícios previdenciários, percebe-se que a sustentabilidade previdenciária, tem sido cada vez menos utilizada, podendo estar intimamente ligada com a falta de diálogo entre os Poderes.

Pois apesar de estar presente no Direito Administrativo bem como no Direito Previdenciário, e ser admitida a interpretação, mesmo assim a análise é feita de maneira limitada as legislações postas. A Instrução Normativa 77/2015, infelizmente, não se utiliza de imersão de entendimento jurisprudencial conforme o ideal de realidade.

Porém, as decisões administrativas previdenciárias são decisões engessadas em sua essência, uma vez que consideram apenas a legislação, decretos e as Instruções Normativas próprias para a sua concessão. A

²¹MAUSS, Adriano. TRICHES, Alexandre Schumacher. **Processo Administração Previdenciário**. 2 ed. ver.atual. e ampl. Caxias do Sul, RS: Plenum, 2015. p. 28

²²MAUSS, Adriano; TRICHES, Alexandre Schumacher. **Processo Administração Previdenciário**. p.28

problemática consiste em demandas judiciais indevidas geradas, o pagamento feito aos segurados com o direito comprovado, com anos de atraso, melhor dizendo, pagamentos com a incidência de juros e multa, a concessão tardia aos segurados.

Contudo, as decisões administrativas previdenciárias são decisões engessadas em sua essência, uma vez que consideram apenas a legislação e as Instruções Normativas próprias para a sua concessão, a problemática consiste em demandas judiciais geradas.

Nesse sentido, há possibilidade de aplicação dos diálogos institucionais em demandas previdenciárias, o diálogo entre os Poderes Judiciário e Executivo. Esse diálogo permite que haja a aplicação das decisões pacificadas judicialmente (no STJ e TNU) especificamente na Instrução Normativa 77/2015, em união com o princípio da proporcionalidade em sentido estrito, justamente para não limitar e restringir os direitos fundamentais, assim evitando a proteção deficiente estatal.

Com a efetivação das premissas estudadas seria possível gerar economia para o Poder Executivo e Judiciário, diminuição de demandas, proteção eficiente aos segurados que necessitam de benefícios previdenciários, e por fim, aplicação efetiva do princípio da sustentabilidade previdenciária.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em um primeiro momento, atentou-se para o conceito de diálogos institucionais, no que consistem suas origens, e as suas aplicações.

Nesse sentido, buscou-se demonstrar a importância e a necessidade de diálogos entre os Poderes para o bem da população e dos próprios Poderes. Quando um Estado pensa em prol de todos, a metodologia seja ela de governo, legislativa e decisória flui em prol do desenvolvimento.

Posteriormente, procurou-se demonstrar, de maneira sucinta, a funcionalidade no que tange as decisões administrativas e judiciais, referente às demandas previdenciárias. Nesse momento, a pesquisa relacionou a proteção deficiente de um Estado que não protege os cidadãos (por omissão ou descaso) e as causas benéficas que os diálogos institucionais entre os Poderes podem acarretar.

Como já demonstrado, os diálogos institucionais podem ser muito benéficos às demandas previdenciárias, podendo solucionar alguns problemas que pairam hoje sobre o judiciário, a autarquia federal – INSS e também ao segurado que goza dos benefícios ofertados pelo INSS.

Assim, o diálogo entre os Poderes especificamente o Judiciário e o Executivo no que se refere a aplicação das súmulas consolidadas nos Tribunais Superiores (Superior Tribunal de Justiça e a Turma Nacional de Uniformização) no INSS, incluindo legislação previdenciária, pode gerar um ciclo de benefícios ao envolvidos, Judiciário, Executivo e aos cidadãos.

O Judiciário se beneficiaria com a diminuição de muitas demandas previdenciárias, uma vez que a aplicação das súmulas consolidadas acarretaria ao Executivo, em forma do INSS, a concessão de benefícios na seara administrativa, gerando ao Estado uma economia relacionada a juros e correção monetária. Dessa forma, fazendo jus ao princípio da sustentabilidade previdenciária. Consequentemente, o cidadão destinatário

do benefício, se beneficiaria com a concessão desse sem delongas, ou seja, poderia até mesmo passar a segurança de estar sobre uma proteção eficiente ao braço do Estado.

No plano prático, de que adiantaria o INSS continuar utilizando critérios para denegação dos benefícios que são revistos judicialmente? Uma objeção considerável a essa proposta seria o cumprimento da estrita legalidade na prática do ato administrativo. Ou seja, o INSS deve cumprir a lei. Tal objeção pode ser refutada com uma interpretação da possibilidade de desistência sobre demandas (Lei nº 8.213/91, art. 131) e a incorporação de critérios por matéria pacificada pelo Conselho de Recursos da Previdência Social (Instrução Normativa nº 77/2015, art. 552) com base na Teoria dos Diálogos Institucionais.

Nessa quadra, é possível considerar que há possibilidade de aplicação dos diálogos institucionais entre os Poderes Judiciário e Executivo nas demandas previdenciárias. Entretanto, não seriam resolvidos todos os problemas existentes no sistema previdenciário atual, porém alguns poderiam ser solucionados mediante essa forma de diálogo.

REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 5ª ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda: 2008.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**. 4ª ed. São Paulo: Malheiros Editores: 2005.

BATEUP, Christine. **The Dialogic Promise**: Assessing the Normative Potential of Theories of Constitutional Dialogue, 71 Brook. L. Rev. (2006). Disponível em: <http://brooklynworks.brooklaw.edu/blr/vol71/iss3/1>

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm

CLÈVE, Clemerson Merlin. LORENZETO, Bruno Meneses. **Governo democrático e jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a sério**. Tradução Nelson Boeira. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o Direito Pressuposto**. 7ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

HOGG, Peter W. and BUSHELL, Allison A.. "The Charter Dialogue between Courts and Legislatures (Or Perhaps the Charter of Rights Isn't Such a Bad Thing after All)." **Osgoode Hall Law Journal** 35.1 (1997): 75-124. Disponível em: <http://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/ohlj/vol35/iss1/2>

JUNIOR ALBUQUERQUE, Raimundo Parente de. **Juridicidade contra legem no processo administrativo, limites e possibilidades à luz dos postulados da razoabilidade e da proporcionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

LONGO FILHO, Fernando José. A última palavra e Diálogo Institucional: Relações com as teorias Democráticas em Dworkin e Waldron. **Revista Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito/UFRGS**. Porto Alegre, v. 10, n. 3 p. 90-111, 2015. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/index.php/ppgdir/article/view/58328>

MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat. **Do espírito das leis**. 2ª ed. 2ª Triagem. Apresentação: Renato Janine Ribeiro. Tradução: Cristina Murachco São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MORAES, Sandro Glasenapp. **A Previdência aos 90 anos da Lei Eloy Chaves o desafio da Sustentabilidade**. Disponível em:

<http://sandromoraes.adv.br/resources/A%20prev%20social%20nos%2090%20anos%20da%20lei%20eloy%20chaves%20-%20o%20desafio%20da%20sust.pdf>

MORAIS, Fausto Santos. **Ponderação e Arbitrariedade**: A inadequada Recepção de Alexy pelo STF. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

MAUSS, Adriano. TRICHES, Alexandre Schumacher. **Processo Administração Previdenciário**. 2 ed. ver.atual. e ampl. Caxias do Sul, RS: Plenum, 2015.

O PROCESSO COMO INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO DAS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS

Tatiana Mezzomo Casteli¹

RESUMO

Os Estados Soberanos, de forma geral, possuem sua formação fundada na positivação dos Direitos Humanos em suas cartas políticas, assim como ocorre no Brasil que através da Constituição Federal de 1988 positivou os chamados Direitos Humanos de primeira, segunda e terceira gerações. O presente estudo, fez uso do método de procedimento do tipo hipotético-dedutivo, à partir da realização de pesquisa do tipo bibliográfica. Busca elucidar a referida positivação e a análise da instrumentalidade do processo, sendo que este passa a servir como instrumento de efetivação dos Direitos Humanos e a consequente valoração dos direitos inerentes a pessoa humana, garantindo-lhe respeito e dignidade.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos humanos. Garantias Constitucionais. Instrumentalidade. Positivação. Processo.

ABSTRACT

The Sovereign States, in general, have their formation based on the positivation of Human Rights in their political letters, as it happens in Brazil, which through the Federal Constitution of 1988 affirmed the so-called first, second and third generation Human Rights. The present study made use of the hypothetical-deductive procedure method, based on a bibliographic research. It seeks to elucidate the said positivation and the analysis of the instrument of the process, which now serves as an instrument for the realization of Human Rights and the consequent valuation of the rights inherent to the human person, ensuring respect and dignity.

KEYWORDS: Human rights. Constitutional Guarantees. Instrumentality. Positivation. Process.

INTRODUÇÃO

Os direitos humanos, reconhecidos e assegurados no plano internacional, possuem relevante contribuição na construção das sociedades contemporâneas sendo que, a sua efetivação, ocorre de forma diversa de acordo com cada Estado Soberano, uma vez que seu conteúdo varia de acordo com o contexto social e costume de cada país, bem como, com a sua efetiva incorporação no ordenamento jurídico das nações.

Nesse aspecto, o presente estudo, à partir da análise da historicidade como fator relevante na construção dos direitos humanos, busca relatar a sua positivação no ordenamento jurídico brasileiro, em especial na Carta Magna.

Evidencia-se a constitucionalização do processo e os princípios a ele inerentes, corroborando-se com a visão instrumental que o mesmo exerce no Estado Democrático de Direito, vez que serve como instrumento para a efetivação dos Direitos Humanos, constitucionalmente positivados.

¹ Mestranda do PPG Direito – UPF. Especialista em Direito Público – IMED. Especialista em Direito Tributário Empresarial – IMED. Bacharel em Direito pela Universidade de Passo Fundo – UPF. Professora da Faculdade de Direito– UPF. Assessora Jurídica do Município de São Domingos do Sul. Advogada. E-mail: tatiana.casteli@hotmail.com

1 A AFIRMAÇÃO HISTÓRICA DOS DIREITOS HUMANOS

Os direitos humanos tratam de algo que é inerente à própria condição humana, e independem das inúmeras diferenças biológicas, sociais e culturais existentes entre os mais diversos indivíduos merecendo amparo e proteção a sua dignidade.

O ser humano é o único ente no mundo capaz de “amar, descobrir a verdade e criar a beleza”, sendo que o reconhecimento de tal realidade importa na afirmação de que “ninguém – nenhum indivíduo, gênero, etnia, classe social, grupo religioso ou nação – pode afirmar-se superior aos demais”.²

Tratam-se de direitos históricos e que evoluem com o passar dos anos, de acordo com as novas exigências impostas pela sociedade contemporânea.³ Dessa forma, esses direitos ao serem positivados no ordenamento jurídico de uma nação, recaem sobre todo o indivíduo sem qualquer distinção, cabendo ao Estado e as próprias pessoas, respeitar sua obrigatoriedade jurídica, e ao cidadão, exigir sua aplicação através do direito de cidadania⁴, requisito indispensável para a correta aplicação dos direitos humanos.

Lamenta-se que, na grande maioria das vezes, a aplicação efetiva dos direitos humanos é resultado de inúmeras barbáries e maldades que foram cometidas ao longo do tempo contra a pessoa humana. Nesse sentido, ressalta-se que

[...] a compreensão da dignidade suprema da pessoa humana e de seus direitos, no curso da História, tem sido, em grande parte, o fruto da dor física e do sofrimento moral. A cada grande surto de violência, os homens recuam, horrorizados, à vista da ignomínia que ao final se abre claramente diante de seus olhos; e o remorso pelas torturas, as mutilações em massa, os massacres coletivos e as explorações aviltantes faz nascer nas consciências, agora purificadas, a exigência de novas regras de uma vida mais digna para todos.⁵

A conscientização da existência dos direitos humanos teve início na limitação do poder político, ou seja, a partir do momento em que se reconheceu as instituições governamentais, não mais como serviços em benefício pessoal dos governantes, mas sim, em prol da sociedade como um todo. É nesse período histórico da humanidade que começa a surgir o esboço, do que hoje se denomina de Estado de Direito.⁶

Neste contexto,

[...] passou-se da prioridade dos deveres dos súditos à prioridade dos direitos do cidadão, emergido um modo diferente de encarar a relação política, não mais predominantemente do ângulo soberano, e sim daquele do cidadão, em

² COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Editora Saraiva, 2005. p. 01.

³ A esse respeito assevera Bobbio que “o elenco dos direitos do homem se modificou, e continua a se modificar, com a mudança das condições históricas, ou seja, dos carecimentos e dos interesses, das classes no poder, dos meios disponíveis para a realização dos mesmos, das transformações técnicas, etc. Direitos que foram declarados absolutos no final do século XVIII, como a propriedade *sacre et inviolable*, foram submetidos a radicais limitações nas declarações contemporâneas; direitos que a declaração do século XVIII nem sequer mencionavam, como os direitos sociais, são agora proclamados com grande ostentação nas recentes declarações”. BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1992. p. 18.

⁴ Para Gorczewski “[...] de uma maneira geral, se define cidadania como a qualidade ou o direito do cidadão. E cidadão como o indivíduo no gozo de direitos civis e políticos de um Estado. A idéia de cidadania está sempre ligada a um determinado Estado, e em geral expressa um conjunto de direitos que dá ao indivíduo a possibilidade de participar ativamente da vida e do governo de seu Estado”. GORCZEWSKI, Clovis. **Direitos humanos: dos primórdios da humanidade ao Brasil**. Porto Alegre. Editora Imprensa Livre, 2005. p. 18.

⁵ COMPARATO, **A afirmação histórica dos direitos humanos**, p. 37.

⁶ COMPARATO, **A afirmação histórica dos direitos humanos**, p. 40.

correspondência com a afirmação da teoria individualista, da sociedade em contraposição à concepção organicista tradicional.⁷

Em 1789, com a Revolução Francesa e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão⁸, a ideia de liberdade⁹ foi reforçada juntamente com o ideal de igualdade¹⁰. Tal movimento

[...] procurava edificar uma nova ordem sobre os *direitos naturais dos individuais* – eis o primeiro momento individualista – e não com base em posições subjectivas dos indivíduos enquanto membros integradores de uma qualquer *ordem jurídica estatal*. Os direitos do homem eram *individuais*: todos os homens nasciam livres e iguais em direito e não “naturalmente desiguais” por integração, segundo a ordem natural das coisas”, num dado estamento.¹¹

Já o espírito de fraternidade¹², prolatado com a Revolução Francesa, somente foi prestigiado em 1948 com a promulgação da Declaração Universal dos Direitos Humanos¹³, pela Assembleia Geral das Nações Unidas.¹⁴

Assim, foi ao fim da segunda guerra mundial, em resposta às atrocidades cometidas a milhões de seres humanos e horrores de toda a espécie¹⁵, que a humanidade se conscientizou do valor supremo da dignidade humana. Foi nesse período pós-guerra, que se dá definitivamente a internacionalização dos Direitos humanos.¹⁶

Desde então, muitas outras convenções, pactos e tratados de Direitos Humanos foram celebrados e ratificados por diversos Estados, assegurando direitos individuais, sociais, do meio ambiente e da própria humanidade, sempre com o intuito de preservar e assegurar a dignidade da pessoa humana.¹⁷

⁷ BOBBIO, A era dos direitos, p. 3.

⁸ Artigo 1º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão: “Os homens nascem e permanecem livre e iguais em direitos”. COMPARATO, A afirmação histórica dos direitos humanos, p. 49.

⁹ “O indivíduo passa a ser a razão da existência do Estado, tornando-se legítimo para modificá-lo quando esse se mostrar opressor. [...] A Revolução Francesa apresenta-se como marco fundamental na existência dos direitos humanos no sentido de libertação da força absoluta do Estado. Seu lema constitui, no decorrer da história, as três gerações de direito: liberdade, igualdade e fraternidade.” PILAU, Newton Cesar. **Teoria constitucional moderno-contemporânea e a positivação dos direitos humanos nas constituições brasileiras**. Passo Fundo: UPF, 2003. p. 67-68

¹⁰ Para Bobbio, “Na realidade, os homens não nascem nem livres nem iguais. Que os homens nasçam livres e iguais é uma exigência da razão, não uma constatação de fato ou um dado histórico. É uma hipótese que permite inverter radicalmente a concepção tradicional, segundo a qual o poder político – o poder sobre o homem chamado imperium – procede de cima para baixo e não vice-versa. [...] tratava-se, claramente, de uma origem não histórica e sim ideal”. BOBBIO, A era dos direitos, p. 118.

¹¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª edição. Coimbra. Portugal: Livraria Almedina, 2003. p. 57.

¹² O ideal de fraternidade, posteriormente, ensejou o surgimento dos direitos humanos de terceira geração, ou seja, “os direitos humanos de solidariedade que não buscam a garantia ou segurança individual contra determinados atos, sequer a segurança coletiva positiva própria dos de segunda geração, mas, indo além, têm como destinatário o próprio gênero humano. São direitos que refletem as potencialidades construtiva e destrutiva, ao mesmo tempo, de nosso desenvolvimento”. MORAIS, José Luis Bolzan de. **Do direito social aos interesses transindividuais**: o Estado e o Direito na ordem contemporânea. Porto Alegre: Livraria do advogado, 1996. p. 164.

¹³ Para Piovesan, a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 “introduz extraordinária inovação, ao conter uma linguagem de direitos até então inédita. Combinando o discurso liberal da cidadania com o discurso social, a declaração passa a elencar tanto direitos civis e políticos, como direitos sociais, econômicos e culturais”. PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. São Paulo: Max Limonad, 2003. p. 337.

¹⁴ COMPARATO, A afirmação histórica dos direitos humanos, p. 52.

¹⁵ Relato autêntico da experiência vivida pelo prisioneiro Primo Levi nos campos de extermínio da 2ª guerra mundial. “Pela primeira vez, então, nos damos conta de que a nossa língua não tem palavras para expressar esta ofensa, a aniquilação de um homem. Num instante, por intuição quase profética, a realidade nos foi revelada: chegamos ao fundo. Mais para baixo não é possível. Condição humana mais miserável não existe, não dá para imaginar. Nada mais é nosso: tiraram-nos as roupas, os sapatos, até os cabelos; se falarmos, não nos escutarão – e, se nos escutarem, não nos compreenderão. Roubaram também o nosso nome, e, se quisermos mantê-lo, deveremos encontrar dentro de nós a força para tanto, para que, além do nome, sobre alguma coisa de nós, do que éramos. [...] Imagine-se, agora, um homem privado não apenas dos seres queridos, mas de sua casa, seus hábitos, sua roupa, tudo, enfim, rigorosamente tudo que possuía; ele será um ser vazio, reduzido a puro sofrimento e carência, esquecido de dignidade e discernimento – pois quem perde tudo, muitas vezes perde também a si mesmo; transformado em algo tão miserável, que facilmente se decidirá sobre sua vida e sua morte, sem qualquer sentimento de afinidade humana, da na melhor das hipóteses considerando puros critérios de conveniência. Ficará claro, então, o duplo significado expressão “Campo de extermínio”, bem como o que desejo expressar quando digo: chegar no fundo”. DEL RE, Luigi. **É isto um homem?** Rio de Janeiro: Rocco, 1988. p. 24-25

¹⁶ COMPARATO, A afirmação histórica dos direitos humanos, p. 55.

¹⁷ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o direito constitucional internacional**. 6ª ed. São Paulo: Max Limonad, 2004. p. 140

Nesse diapasão, Bobbio afirma importância da positivação dos valores essenciais do ser humano, como forma de garantir-lhes a força que somente o Direito pode conferir, sem deixar de mencionar a urgência da efetivação de tais direitos. Assim como também acertou ao apontar a urgência dessa positividade vir acompanhada da efetividade.

Uma coisa é um direito; outra promessa de um direito futuro. Uma coisa é um direito atual; outra, um direito potencial; Uma coisa é ter um direito que é, enquanto reconhecido e protegido; outra é ter um direito que deve ser, mas que, para ser, ou para que passe do dever ser ao ser, precisa transformar-se, de objeto de discussão de uma assembleia de especialistas, em objeto de decisão de um órgão legislativo dotado de poder de coerção.¹⁸

Dessa forma, ao serem incorporados e positivados no ordenamento jurídico, os direitos humanos tornam-se direitos fundamentais que “criam pressupostos básicos para uma vida na liberdade e na dignidade humana”.¹⁹ Explica-se a distinção entre as expressões “direitos fundamentais” e “direitos humanos” sustentando que a primeira se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado. Em contrapartida, o vocábulo “direitos humanos” guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, “aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional)”.²⁰

Ressalta-se, porém, que a doutrina não chega a um consenso²¹ no que diz respeito a expressão terminológica dos Direitos Humanos, sejam eles positivados ou não.

Embora exista essa diferenciação entre as expressões em pauta não restam dúvidas de que os direitos fundamentais, em sua essência, sempre serão direitos humanos, uma vez que o titular desses direitos, conseqüentemente, será sempre a própria pessoa humana, de forma individual ou representada “por entes coletivos”.²²

O sistema jurídico brasileiro, através da Constituição Federal de 1988, positivou de forma expressa os chamados direitos humanos de primeira, segunda e terceira gerações, além disso, no parágrafo primeiro, do artigo 5º, estatuiu de modo expresso que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais tem aplicação imediata”, ou seja, são auto-aplicáveis.

Os direitos pertencentes à primeira geração referem-se aos direitos fundamentais do homem, afirmados nas lutas contra os governos absolutos e arbitrários, tendo por escopo limitar a atuação estatal em vista da preservação de direitos como a vida, a liberdade e a igualdade.²³

¹⁸ BOBBIO, *A era dos direitos*, p. 81.

¹⁹ OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais. In. OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. **Do formalismo no processo civil**. 2. ed. ver. e ampl. São Paulo: Editora Saraiva, 2003. p. 262

²⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 4ª ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2004. p. 35-36.

²¹ Ao tratar desse impasse, assevera Canotilho que “direitos do homem são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos (dimensão jusnaturalista-universalista); direitos fundamentais são os direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espacio-temporalmente. Os direitos do homem arramcariam da própria natureza humana e daí o seu caráter inviolável, intemporal e universal; os direitos fundamentais seriam os direitos objectivamente vigentes numa ordem jurídica concreta”. CANOTILHO, **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, p. 393.

²² SARLET, **A eficácia dos direitos fundamentais**, p. 35.

²³ BOBBIO, *A era dos direitos*, 1992.

Já os ditos de segunda geração decorrem das lutas de classes, das conquistas da classe operária no século XIX, em vista da afirmação de que o Estado deve não apenas se omitir em praticar atos lesivos à esfera de direitos humanos, mas também promover e salvaguardar situações de direitos humanos relacionadas à vida digna: trabalho, educação, saúde, moradia, dentre outros. Tratam-se do embrião dos direitos sociais.²⁴

Coube à terceira geração a preservação do meio ambiente e do consumidor, numa clara preocupação com a manutenção da vida na Terra.²⁵

2 A POSITIVAÇÃO CONSTITUCIONAL DOS DIREITOS HUMANOS E A INSTRUMENTALIDADE DO PROCESSO

A positivação dos direitos humanos na Constituição pátria é resultado da evolução do Estado como um todo, visto que, inicialmente, as constituições eram tidas apenas como cartas políticas, não sendo consideradas normas jurídicas, possuindo como seus destinatários o poder público e não o povo.

Assim, no Estado Democrático de Direito a Constituição passou a representar o fundamento do ordenamento jurídico, a Carta Magna que unifica todo o sistema jurídico e prevê que todas as demais normas devem estar em consonância com ela.²⁶

Para Bolzan de Moraes o Estado Democrático de Direito

[...] tem um conteúdo transformador da realidade, não se restringindo, como o Estado Social de Direito, a uma adaptação *melhorada* das condições sociais da existência. Assim, o seu conteúdo ultrapassa o aspecto material de concretização de uma vida digna ao homem e, passa a agir simbolicamente como fomentador da participação pública quando o *democrático qualifica o Estado, o irradia os valores da democracia sobre todos os seus elementos constitutivos e, pois, também sobre a ordem jurídica*. E mais, a idéia de democracia contém e implica, necessariamente, a questão da solução do problema das condições materiais da existência.²⁷

Nota-se então, que o fenômeno da constitucionalização do processo, impulsionou-se com a proclamação dos direitos do homem, adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em 10/12/1948, no momento em que elevou a categoria de direitos humanos as garantias processuais do devido processo legal, do acesso à justiça, da tutela efetiva, da presunção de inocência, da publicidade do processo dentre outros.²⁸

A partir daí, as constituições modernas alargaram suas disposições e passaram a elencar como direitos fundamentais da pessoa, também as garantias que o processo judicial deve ter para proteger estes direitos.²⁹⁻³⁰

Segundo Picó I Junoy

[...] La verdadera garantía de los derechos de la persona consiste precisamente en su protección procesal, para lo cual es necesario distinguir entre los derechos del

²⁴ BOBBIO, *A era dos direitos*, 1992.

²⁵ BOBBIO, *A era dos direitos*, 1992.

²⁶ STRECK; MORAIS, *Ciência política e teoria geral do estado*, p. 94.

²⁷ MORAIS, *Do direito social aos interesses transindividuais*: o Estado e o Direito na ordem contemporânea, p. 74.

²⁸ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria Processual da Constituição*. São Paulo: Celso Bastos Editor - Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 2000.

²⁹ PICÓ I JUNOY, Juan. *Las garantías constitucionales del proceso*. Barcelona: Edit. Bosch, 1997. p. 18.

³⁰ Segundo os ensinamentos de Guerra Filho “O vínculo ligando constituição e processo, que na época atual – como dissemos, já apelidada de “pós-moderna”- se mostra tão pronunciado, é uma decorrência natural do novum histórico instaurado pela modernidade, no terreno jurídico social: a consagração da vitória na luta para revolucionar a organização política pela redação de um texto constitucional, i.e. “constitutivo” de uma nova ordem jurídica”. GUERRA FILHO, op. cit., p. 29.

hombre y las garantías de tales derechos, que no son otras que los medios processales mediante los cuales es posible su realización y eficacia.³¹

Nesse contexto, as garantias constitucionais³² do processo são instrumentos de proteção dos direitos fundamentais e sua principal finalidade “no es outro que lograr la tan pretendida Justicia, reconocida en nuestra Carta Magna como valor superior del ordenamento jurídico”.³³

Portanto, a partir da constitucionalização das garantias processuais, surgiu um novo ramo de direito, denominado direito processual constitucional que se exterioriza pela tutela constitucional do processo³⁴. Assim, as normas constitucionais determinam as diretrizes do direito processual, tutelando o processo e seus princípios. “Em suma, não se pode pensar o processo na ausência da luz constitucional. Em outras palavras, a teoria do Estado e o direito constitucional fazem parte da moderna processualística.”³⁵

Seguindo a mesma linha de raciocínio, percebe-se que o “aperfeiçoamento da jurisdição constitucional é um imperativo do chamado Estado Democrático de Direito, enquanto este é uma condição política para o desenvolvimento autônomo do Direito Processual Constitucional”.³⁶

Assim, o Estado, de frente a uma sociedade³⁷ em constante transformação e cada vez mais complexa, possui a incumbência precípua de promover a efetividade das pretensões jurídicas, tendo em vista a fiscalização e o zelo dos interesses dos litigantes no processo. Dessa forma, entende-se que o ente Estatal detém o monopólio da função Jurisdicional.³⁸

Em decorrência dessa assertiva, afirma-se que o Estado de Direito³⁹ em especial, o Estado Democrático de Direito, acolheu a defesa dos direitos humanos e a democracia como fundamento, objetivando a redução das antíteses econômicas e sociais, bem como o atendimento aos interesses da maioria, tendo na Constituição sua Lei maior. Com isso normas constitucionais, que são colocadas no ápice de uma pirâmide escalonada, devem ser constantemente observadas na prestação jurisdicional que incumbe ao próprio Estado.⁴⁰

³¹ Tradução livre da autora: “A verdadeira garantia dos direitos da pessoa consiste precisamente em sua proteção processual, para a qual é necessário distinguir entre os direitos do homem e as garantias de tais direitos, que não são outras que os remédios processuais mediante os quais é possível sua realização e eficácia”. PICÓ I JUNOY, **Las garantías constitucionales del proceso**, p. 18.

³² Aduz Bonavides que “a garantia constitucional é uma garantia que disciplina e tutela o exercício dos direitos fundamentais, ao mesmo passo que rege, com proteção adequada, nos limites da Constituição, o funcionamento de todas as instituições existentes no Estado”. BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 15. Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004. p. 537.

³³ Tradução livre da autora: “não é outro que alcançar a tão pretendida Justiça, reconhecida em nossa Carta Magna como o valor superior do ordenamento jurídico”. PICÓ I JUNOY, op. cit., p. 21.

³⁴ A tutela constitucional do processo “é o conjunto de princípios e garantias vindos da Constituição (garantias de tutela jurisdicional, do devido processo legal, do contraditório, do juiz natural, exigência de motivação dos atos judiciais etc.)”. DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. Vol. I. 4. Ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p.53.

³⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas linhas do processo civil**: o acesso à justiça e os institutos fundamentais do direito processual. São Paulo: RT, 1993. p. 16

³⁶ GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo constitucional e direitos fundamentais**. São Paulo: Celso Bastos Editor - Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999. p. 21

³⁷ Ressalta Calmon de Passos que “pensar o homem sem pensar a sociedade é um contra-senso; pensar a sociedade sem pensar a organização, um despropósito; pensar a organização sem pensar o poder, um despautério”. CALMON DE PASSOS, J.J. **Processo e democracia**. In. GRINOVER. Ada Pellegrini; DINAMARCO. Cândido Rangel; WATANABE. Kazuo. (Coord.). **Participação e processo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1988. p. 83-97. p. 85.

³⁸ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2004. p. 37.

³⁹ “O Estado de Direito surge desde logo como Estado que, nas suas relações com os indivíduos, se submete a um regime de direito, quando, então, a atividade estatal apenas pode desenvolver-se utilizando um instrumental regulado e autorizado pela ordem jurídica, assim como, os indivíduos – cidadãos – têm a seu dispor mecanismos jurídicos aptos a salvaguardar-lhes de uma ação abusiva do estado.” STRECK; MORAIS, **Ciência política e teoria geral do estado**, p. 85.

⁴⁰ STRECK; MORAIS, **Ciência política e teoria geral do estado**, p. 94.

Para tanto, no desempenho de sua função jurisdicional, a fim de satisfazer a pretensão processual das partes⁴¹ o Estado regula as relações jurídicas utilizando-se do regramento jurídico e dos princípios aplicáveis ao direito a fim de buscar a realização de uma ordem jurídica justa⁴².

Busca, em verdade, tutelar os direitos fundamentais através de uma série de garantias constitucionais⁴³ previstas no artigo 5º da Constituição Federal de 1988, que possuem natureza dúplice, ou seja, caráter declaratório, pois imprimem existência aos direitos dos cidadãos e assecuratório, que ao defender o direito, limitam o poder⁴⁴.

Portanto, o fenômeno da constitucionalização das garantias processuais tem como escopo a valorização da pessoa humana e a finalidade de alcançar a justiça⁴⁵, ou seja, fazer do processo “el médio de realización de la Justicia”⁴⁶, de afirmação e aplicação dos direitos humanos, como preconizado pelo Estado Democrático de Direito.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo buscou elucidar a grande importância contida na busca incessante pela efetivação das garantias processuais constitucionais coadunada com a visão moderna do processo que o trata como instrumento de efetivação da tão pretendida justiça.

Inicialmente verificou-se a evolução dos direitos humanos, partindo-se da análise de grandes mazelas que acometeram a humanidade no perpassar dos anos, bem como, as grandes lutas históricas que culminaram, dentre outras coisas, com o reconhecimento de direitos aos cidadãos.

Enfatizou-se as gerações de direitos humanos segundo Bobbio, bem como, como ocorreu a sua positivação nos mais diversos Estados Soberanos, em especial, no Estado Democrático de Direito Brasileiro, em sua Carta Cidadã de 1988.

A partir disso as garantias processuais, constitucionalmente previstas, passaram a ganhar especial atenção pela moderna processualística, que passou a desenvolver a teoria da instrumentalidade processual, principal objeto do presente estudo.

Assim, em decorrência da Declaração Universal dos Direitos do Homem, bem como, da nova concepção do processo, a pessoa humana passou a ser o centro do sistema, merecendo respeito e proteção a sua dignidade. Coadunado com isso, as garantias processuais constitucionais, passaram a servir como efetiva proteção ao indivíduo.

⁴¹ Para RIBEIRO, a pretensão processual deve ser entendida como “uma declaración de voluntad hecha por el actor, através de una petición fundada, para obtener una sentencia.” RIBEIRO, Darci Guimarães. **La pretensión procesal y La tutela judicial efectiva**: hacia una Teoría procesal de derecho. Barcelona: J.M. Bosch Editor, 2004. p. 16 Tradução livre da autora: Uma declaração de vontade feita pelo autor, através de uma pretensão fundada, para obter uma sentença.

⁴² CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, **Teoria geral do processo**, p. 38.

⁴³ O termo garantia constitucional pode ser compreendido etimologicamente pela derivação de *garant*, cujo significado advém da palavra alemã *Sicherstellung*, isto é, de uma posição que traduz segurança e combate à fragilidade e incerteza. BONAVIDES, **Curso de direito constitucional**, p. 525.

⁴⁴ BONAVIDES, **Curso de direito constitucional**, p. 530.

⁴⁵ PICÓ I JUNOY, **Las garantías constitucionales del proceso**, p. 21.

⁴⁶ COUTERE apud PICÓ I JUNOY, **Las garantías constitucionales del proceso**, p. 21.

Desta forma, verificou-se que o processo coadunado com as garantias processuais constitucionais, que também são resultado da valorização da pessoa humana, possuem por escopo a garantia da realização da justiça e a consequente efetivação dos direitos humanos.

REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 15. Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

CALMON DE PASSOS, J.J. Processo e democracia. In. GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo. (Coord.). **Participação e processo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1988. p. 83-97.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª edição. Coimbra. Portugal: Livraria Almedina, 2003.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2004.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Editora Saraiva, 2005.

DEL RE, Luigi. **É isto um homem?** Rio de Janeiro: Rocco, 1988.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. Vol. I. 4. Ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo constitucional e direitos fundamentais**. São Paulo: Celso Bastos Editor - Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Teoria Processual da Constituição**. São Paulo: Celso Bastos Editor - Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 2000.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas linhas do processo civil**: o acesso à justiça e os institutos fundamentais do direito processual. São Paulo: RT, 1993.

MORAIS, José Luis Bolzan de. **Do direito social aos interesses transindividuais**: o Estado e o Direito na ordem contemporânea. Porto Alegre: Livraria do advogado, 1996.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais. In. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Do formalismo no processo civil**. 2. ed. ver. e ampl. São Paulo: Editora Saraiva, 2003.

PICÓ I JUNOY, Juan. **Las garantías constitucionales del proceso**. Barcelona: Edit. Bosch, 1997.

PILAU, Newton Cesar. **Teoria constitucional moderno-contemporânea e a positivação dos direitos humanos nas constituições brasileiras**. Passo Fundo: UPF, 2003.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o direito constitucional internacional**. 6ª ed. São Paulo: Max Limonad, 2004.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. São Paulo: Max Limonad, 2003.

RIBEIRO, Darci Guimarães. **La pretensión procesal y La tutela judicial efectiva**: hacia una Teoria procesal de derecho. Barcelona: J.M. Bosch Editor, 2004.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolismo multicultural. V. III: **Reinventar a Emancipação Social**: para novos manifestos. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 4ª ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2004.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência política e teoria geral do estado**. 4 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

CONSTITUCIONALISMO ALÉM DO ESTADO: UMA ABORDAGEM PLURALISTA E O REPENSAR DA DEMOCRACIA

Francine Cansi¹

Ipojucan Demétrius Vecchi²

RESUMO

O presente estudo tem por objetivo abordar as questões concernentes a integração e constitucionalização do sistema político global repensando a democracia. Através do método dedutivo e da pesquisa bibliográfica é possível constatar que sobrepostas à sociedade internacional pluralista segmentada e diferenciada de estados soberanos estão os regimes legais e políticos dos subsistemas globais funcionalmente diferenciados da sociedade mundial, cujas estruturas institucionais, órgãos decisórios e regras vinculantes adquiriram uma impressionante autonomia em relação a seus estados-membros e um ao outro. Esses “regimes” ou “subsistemas”, dos quais, o sistema político global, envolvem-se em novas formas de governança global e criação de leis que vão além da soberania dos estados. Novas formas de inter-relações globais transnacionais, infranacionais e supranacionais ainda se apoiam, suplementam e reorientam as relações internacionais. Nessa concepção do constitucionalismo para além do Estado, é possível constatar que a Democracia para além do Estado, não tem que ser necessariamente reinventada, mas, certamente, tem de se reorientar.

PALAVRAS-CHAVE: Constitucionalismo; Democracia; Soberania; Transnacionalismo.

ABSTRACT

This study aims to address the issues concerning the integration and constitutionalization of the global political system by rethinking democracy. Through the deductive method and bibliographic research it is possible to see that overlapping with the segmented and differentiated pluralist international society of sovereign states are the legal and political regimes of the functionally differentiated global subsystems of world society, whose institutional structures, decision-making bodies and binding rules have acquired an impressive autonomy from their member states and each other. These "regimes" or "subsystems", of which the global political system, engage in new forms of global governance and lawmaking that go beyond state sovereignty. New forms of transnational, subnational, and supranational global interrelationships still support, supplement, and reorient international relations. In this conception of constitutionalism beyond the state, it can be seen that democracy beyond the state does not necessarily have to be reinvented, but certainly has to be reoriented.

KEYWORDS: Constitutionalism; Democracy; Sovereignty; Transnationalism.

INTRODUÇÃO

O constitucionalismo global, enfocando o sistema político global, é um projeto normativo e político necessário à luz do escopo, ativismo e discrição em expansão dos principais da governança global. É também indispensável à legitimidade do poder público comum, crescentemente exercido por essas instituições sobre os indivíduos e não apenas sobre os partidos do Estado³. Existem abordagens que defendem e as que contestam

¹Doutoranda no Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI em Dupla Titulação com o Doutorado (IUACA) Universidade de Alicante/ Espanha. Mestre em Desenvolvimento Regional: Estado Instituições e Democracia-(Unisc/RS). Advogada. Graduada em Ciências Jurídicas e Sociais (Direito) Universidade de Passo Fundo-UPF/RS. Especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho, Especialista em Direito Processual Civil. Pós Graduanda em Gestão e Docência do Ensino Superior. Professora de Graduação e Pós-Graduação. (francine@ctmadvocacia.com).

² Doutorando no Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. Possui graduação em Direito pela Universidade de Passo Fundo (1993) e mestrado em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (2006). Advogado e Professor Universitário da Universidade de Passo Fundo. (ipojucan@upf.br)

³CASSESE, Sabino. L'erosione dello Stato: una vicenda irreversibile?. In: CASSESE, Sabino; GUARINO, Giuseppe (Ed.). *Dallo Stato monoclasse alla globalizzazione*. Milano: Giuffrè Editore, 2000. p. 15-23.

o discurso do constitucionalismo além do Estado - aceitam a visão de Hans Kelsen de que um sistema legal autônomo maduro de qualidade constitucional deve implicar uma clara hierarquia de normas e ser de caráter monista⁴.

Nesse sentido, ou segue-se a maior integração e constitucionalização do sistema político global, envolvendo o passo para um ordenamento jurídico global monista baseado em princípios cosmopolitas (especialmente direitos humanos), considerados primários e hierarquicamente superiores aos direitos humanos⁵. Ou se aceita um pluralismo jurídico global desordenado que reconhece a multiplicidade de ordens políticas e jurídicas autônomas, mas renuncia a qualquer tentativa de construir uma ordem, cuja dicotomia está entre constitucionalismo e pluralismo (equivocadamente mapeada na distinção entre monismo e dualismo) e é falaz, pois elimina a alternativa mais interessante: o pluralismo constitucional⁶.

A disputa conceitual gira, em parte, na imagem que se tem da direção em que a globalização está impulsionando os sistemas políticos e as instituições internacionais, na qual se deve evitar o pensamento evolucionário simplista, dicotômico e ingênuo, quando refletimos sobre o que é novo e tentar refinar as ferramentas analíticas da compreensão. Novas formas de inter-relações globais se apoiam o que foi criado antes. Instituições globais transnacionais, infranacionais e supranacionais ainda se sustentam, suplementam e reorientam - em vez de se afastarem completamente - as relações internacionais em que entram e a lei internacional que produzem. Não se pode admitir o abandono dos conceitos (soberania, igualdade soberana, direito internacional e assim por diante). Mas na medida em que implica a autonomia e supremacia de uma ordem legal e a autodeterminação de uma política, a soberania no sentido constitucional / constitutivo final não pode ser dividida ou compartilhada: é irredutível a um conjunto de competências⁷.

Como tal, é melhor ver as prerrogativas cambiantes de estados soberanos por meio do conceito de mudança de regimes de soberania, mais do que através de uma concepção monista de constitucionalismo cosmopolita ou de pressupostos anacronistas soberanos⁸. Uma vez dispensados as dicotomias, a questão da constitucionalização dos regimes funcionais globais (e das políticas regionais não-estatais) pode ser abordada de maneira sutil, e a utilidade do conceito de pluralismo constitucional para ordenar as relações entre as entidades jurídicas e políticas relevantes pode ser vista⁹.

Diante disso, o presente estudo tem por objetivo abordar as questões concernentes a integração e constitucionalização do sistema político global repensando a democracia.

1 CONSTITUIÇÃO / CONSTITUCIONALISMO

O conceito de constituição ou constitucionalismo na distinção kelseniana no sentido material consiste naquelas regras, procedimentais ou substantivas, que regulam a criação de normas legais gerais, estabelecem

⁴ CAETANO, Marcello. **Manual de ciência política e direito constitucional**. Coimbra: Almedina, 2015. t. 1.

⁵ LOEWENSTEIN, Karl. **Teoria de la Constitución**. Tradução de Alfredo Gallego. Barcelona: Ariel, 1976.

⁶ MIRANDA, Jorge. Democracia e Constituição para lá do Estado. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa**, Lisboa, v. 51, n. 1-2, p. 33-46, 2010. p. 33-34.

⁷ ELMAUER, Douglas. Sociedade global e fragmentação constitucional: os novos desafios para o constitucionalismo moderno. **Direito.UnB – Revista de Direito da Universidade de Brasília**, Brasília, v. 2, n. 2, p. 11-43, abr./ago. 2016.

⁸ ROQUE, Miguel Prata. **A dimensão transnacional do direito administrativo**. Lisboa: AAFDL, 2014. p. 24.

⁹ PERNICE, Ingolf. **La dimensión global del constitucionalismo multinivel: una respuesta global a los desafíos de la globalización**. Madrid: Ceu Ediciones, 2012. p. 11.

órgãos e delimitam seus poderes. Uma constituição no sentido formal é um texto escrito que tipicamente só pode ser mudado através de procedimentos especiais cujo propósito é dificultar a mudança dessas normas. A constituição formal serve para salvaguardar as normas que determinam os órgãos e procedimentos da legislação (as principais características da constituição material)¹⁰.

Consequentemente, a promulgação, alteração e anulação de leis constitucionais são tornadas mais difíceis do que as leis ordinárias. Exigem uma supermaioria - e um mecanismo processual que torna a constituição formal mais ou menos rígida e concede a suas regras classificação superior como “lei superior” sobre as regras feitas pelos órgãos estabelecidos ou regulados pela constituição. Isso cria uma estrutura dualista que requer algum corpo ou mecanismos capazes de policiar as fronteiras entre a constituição formal e a material, entre os modos de mudança específicos de cada um¹¹.

No entanto, como Kelsen apontou, uma constituição formal não é um elemento essencial de toda ordem constitucional. Mas a hierarquia normativa é uma característica central de um sistema legal e, na opinião de Kelsen, a hierarquia culmina na (a supremacia) das próprias normas constitucionais. A cadeia de justificação de validade e autoridade leva de volta à constituição do estado, mais do que um modelo para o governo, os conceitos de uma constituição - e certamente do constitucionalismo - também são carregados hoje com significados normativos¹².

O significado normativo mais mínimo do “constitucionalismo” denota o compromisso de uma comunidade política de ser governado por regras e princípios constitucionais. Um degrau na escada do significado normativo é a ideia de que uma ordem jurídica constitucional é autônoma e, estruturalmente agregada ao sistema político para que o exercício do poder político prossiga por meio dos procedimentos legalmente determinados, que asseguram a autonomia de cada domínio. Como tal, as constituições delimitam e inter-relacionam sistemas políticos de um Estado¹³.

O constitucionalismo igualmente está associado a significados que permitem avaliar a qualidade de uma ordem constitucional do ponto de vista normativo. As duas perspectivas típicas ideais são as concepções “liberais” e “democráticas / republicanas”, ou o que se chama de constitucionalismo um tanto enganadoramente limitador de poder versus constitucional (fundacional)¹⁴. O constitucionalismo liberal é, portanto, associado à ideia de limitação de poder por meio de mecanismos como a articulação e a proteção de direitos fundamentais, a separação de poderes, freios e contrapesos, e assim por diante. O constitucionalismo liberal também envolve o princípio mais geral de que o governo é limitado e regulado pela lei (e a ideia do estado de direito) e que o exercício do poder público sob a lei é para fins públicos e o bem-estar dos indivíduos que compõem a comunidade¹⁵.

Uma premissa compartilhada do constitucionalismo liberal e democrático é que os destinatários da política e das regras autoritativas (do Estado) são livres e iguais. É por isso que sujeitar o poder público à

¹⁰ Kelsen, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução João B. Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 34-36.

¹¹ Queiroz, Cristina. **Direito constitucional internacional**. Coimbra: Coimbra Editora, 2011. p.31.

¹² Kelsen, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 6ª ed. Tradução de João Batista Machado. Coimbra : Armênio Armado Editor. 1984. p. 30

¹³ Fioravanti, Maurizio. **Constitucionalismo: experiencias históricas y tendencias actuales**. Tradução de Adela Mora Canada y Manuel Martinez Neira. Madri: Editorial Trotta, 2014. p.23.

¹⁴ Hesse, Konrad. **A força normativa da constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991, p. 9.

¹⁵ Roque, Miguel Prata. **A dimensão transnacional do direito administrativo**. Lisboa: AAFDL, 2014. p. 24-25.

disciplina das normas jurídicas - à forma da lei, que alegadamente assegura a generalidade e a imparcialidade - é considerado essencial para a justificação do poder entre aqueles que concebem uns aos outros como consortes livres e iguais perante a lei¹⁶.

O constitucionalismo liberal também estabelece alguns dos poderes que separa, regulamenta processualmente e limita por direitos básicos e, na medida em que requer um estado forte para respaldá-lo, estabelece um governo eficaz. No entanto, o constitucionalismo democrático-republicano é visto como abrangente em um sentido distintivo: envolve um projeto para construir e fundar um sistema inteiramente novo de governo, não apenas para moldar ou limitar contratualmente um sistema preexistente¹⁷. Crucialmente, não reconhece nenhum resíduo de poder público que não esteja sujeito à lei constitucional ou permaneça fora dele. Nesse modelo, todos os poderes governamentais derivam sua autoridade da constituição que é suprema e sua legitimidade da atividade constitutiva - o “poder constituinte” a quem é imputada¹⁸.

Assim, o constitucionalismo democrático não é um contrato entre um governante e um governado; em vez disso, “define uma associação horizontal de cidadãos estabelecendo os direitos fundamentais que os fundadores livres e iguais mutuamente concedem uns aos outros.” No modelo democrático, a adoção de uma constituição envolve uma ação ou uma série de atos atribuíveis àqueles livres e pessoas iguais ou cidadãos - “o povo” (ou seus representantes) - que serão regulados pela constituição. Essa é a versão democrática da ideia de autodeterminação por uma comunidade política de suas formas políticas, legais e constitucionais¹⁹. O constitucionalismo é visto como facilitando o exercício da auto legislação coletiva na medida em que fornece os procedimentos necessários para identificar o soberano popular (o demos como eleitorado), para selecionar seus representantes, tomados em conjunto, o constitucionalismo liberal-democrático²⁰ como um construto normativo implica o ideal de autogoverno coletivo limitado sob a lei.

2 CONSTITUCIONALISMO GLOBAL E PLURALISMO INTERNO E EXTERNO

Constitucionalistas globais compartilham de algumas suposições fundamentais. A primeira é que a autonomia e a qualidade constitucional do sistema legal global significam o fim da soberania. Numa interpretação proeminente, o princípio da igualdade soberana enunciado na Carta das Nações Unidas e, não é de modo algum um princípio de soberania. A mudança gramatical de substantivo para adjetivo no termo que aparece na Carta, “igualdade soberana”, expressa essa transformação em ser o poder supremo de um Estado, existente à parte e antes do direito internacional, ou como indicativo da autonomia auto referencial e da supremacia do ordenamento jurídico constitucional doméstico, a “soberania” é agora vista como um conjunto de direitos e de um direito legal, status atribuído condicionalmente pelo direito internacional público positivo aos estados²¹.

¹⁶ QUEIROZ, Cristina. **Direito constitucional internacional**. Coimbra: Coimbra Editora, 2011. p.32.

¹⁷ FIORAVANTI, Maurizio. **Constitucionalismo: experiencias históricas y tendencias actuales**. Tradução de Adela Mora Canada y Manuel Martinez Neira. Madri: Editorial Trotta, 2014. p.23-24.

¹⁸ ROQUE, Miguel Prata. **A dimensão transnacional do direito administrativo**. Lisboa: AAFDL, 2014. p. 26.

¹⁹ HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991. p. 10.

²⁰ FIORAVANTI, Maurizio. **Constitucionalismo: experiencias históricas y tendencias actuales**. Tradução de Adela Mora Canada y Manuel Martinez Neira. Madri: Editorial Trotta, 2014. p.24.

²¹ CAMPILONGO, Celso Fernandes. **O direito na sociedade complexa**. São Paulo: Saraiva, 2017.

A segunda suposição compartilhada é que agora existe uma comunidade internacional de estados e indivíduos, embora os constitucionalistas globais sejam diferentes quanto à sua estrutura institucional. Segundo a versão que centra a constituição global no sistema da referida Carta, o novo princípio da igualdade soberana, articulado no artigo 2, juntamente com o princípio da igualdade de direitos e autodeterminação dos povos, o respeito pelos direitos humanos (o preâmbulo e o Artigo 1), juntamente com o objetivo de que as Nações Unidas sejam um centro para harmonizar as ações das nações para atingir estes fins comuns, tudo implica e ajuda a "Conteúdo em vez de interesse próprio nacional (estado): daí a mudança do conceito de "sociedade internacional" para "comunidade internacional"²².

Nessa leitura, a Carta não é apenas suprema sobre o direito internacional dos tratados e o direito constitucional nacional, pelo Artigo 103; a hierarquia normativa também é obtida dentro do subsistema político global em relação aos estados, assim como a unidade, universalidade e supremacia da ordem jurídica constitucional global e a existência de remédios globais (com tribunais supranacionais e domésticos agindo para impor a lei global)²³.

De fato, o terceiro pressuposto comum dos constitucionalistas globais é o monismo. Para uma ordem jurídica ser autônoma e de qualidade constitucional, nessa visão, não é suficiente que seja suprema. As ordens jurídicas subordinadas devem pertencer ao mesmo sistema legal: a supremacia e a hierarquia exigem unidade. Assim, os estados (seus tribunais, executivos e até mesmo legislaturas) são interpretados como órgãos da sociedade mundial politicamente constituída e seu sistema jurídico constitucionalizado. Esta ordem legal lhes concede uma ampla gama de autonomia, embora as intrusões na jurisdição interna não sejam triviais. O ponto é que, nessa leitura, seus sistemas internos legais, em última análise, têm sua condição de validade não em si mesma, mas na ordem jurídica internacional, superior, suprema e autônoma²⁴.

Essa abordagem parece satisfazer todos os significados da constituição e constitucionalismo descritos acima. Estritamente falando, as regras da comunidade internacional vinculam os estados como membros de uma ordem legal cuja validade é inerente à própria Carta. A suprema ordem constitucional internacional decide a competência e jurisdição das ordens jurídicas domésticas. Diferentemente da Liga das Nações anterior, não há previsão para a saída das Nações Unidas e cada estado (membro ou não) está sujeito especialmente às resoluções vinculantes do Conselho de Segurança como "lei superior" que supera outras obrigações do tratado e leis domésticas, e procedimentos que estabelecem órgãos e articulam seus poderes, incluindo regras primárias e secundárias²⁵.

Como uma constituição formal, a Carta é um documento escrito que só pode ser mudado através do procedimento de emenda estipulado que exige uma maioria de dois terços dos membros da Assembleia Geral incluindo todos os cinco membros permanentes do Conselho de Segurança (ratificado de acordo com os respectivos processos constitucionais internos dos Estados membros). A exigência de supermaioria por

²² ALÁEZ, Benito Corral. **Soberanía constitucional e integración europea**. Fundamentos: cuadernos monográficos de teoría del Estado, Derecho Público e história constitucional (versión eletrónica), n. 1, 1998. P.

²³ BARROSO, Luís Roberto. A Constituição e o conflito de normas no espaço: Direito Constitucional Internacional. **Revista Trimestral de Direito Público**. São Paulo, n. 11, 1995. p. 21.

²⁴ CAMPILONGO, Celso Fernandes. **O direito na sociedade complexa**. São Paulo: Saraiva, 2017.

²⁵ BARROSO, Luís Roberto. A Constituição e o conflito de normas no espaço: Direito Constitucional Internacional. **Revista Trimestral de Direito Público**. São Paulo, n. 11, 1995. p. 21.

emenda estabelece seu caráter formal, sua relativa rigidez e seu grau superior em relação às regras que seus órgãos fazem. Por implicação, as unidades constituintes - estados - são legalmente subordinadas à sua nova criação: suas regras se aplicam a elas, independentemente de seu consentimento individual contínuo²⁶.

Mesmo aqueles que insistem em seu status constitucional garantem que as dimensões constitucionais ainda são deficientes. Essa justificação encontra respaldo quando a afirmativa refere que não há nenhum órgão (especialmente nenhum tribunal) capaz de policiar a constituição formal ou impor a constituição material. Tampouco existe uma adequada separação interna de poderes ou um conjunto de contrapesos: não existe um sistema compulsório de solução de controvérsias nem um mecanismo para estabelecer a responsabilidade de nenhum órgão²⁷.

Nenhum tribunal tem jurisdição para avaliar ou assegurar que os poderes globais estabelecidos no sistema da Carta da ONU não atuem de maneira que contrariem os objetivos ou ultrapassem as competências estabelecidas. Nem existe um tribunal de direitos humanos com jurisdição obrigatória capaz de proteger os valores cosmopolitas básicos do sistema. Embora a igualdade soberana dos estados esteja listada como um dos seus princípios centrais, o que realmente estabelece internamente é uma hierarquia legalizada que privilegia as cinco grandes potências - os vencedores ou aliados na Segunda Guerra Mundial²⁸.

Mas o maior impedimento para a leitura constitucionalista são suas deficiências com respeito até mesmo a mínima dimensão normativa. Constitucionalismo significa, no mínimo, que os poderes e órgãos de governo estabelecidos em uma ordem jurídica constitucionalizada que são regulados e limitados por ele. Não pode haver espaço para os detentores de poder público autoritário constituído por uma ordem constitucionalista de alguma forma ainda estar fora dele²⁹.

A distinção entre o “constitucional interno” e o “pluralismo jurídico externo” a reflexão sobre a base de legitimidade da prática jurídica e política do pluralismo constitucional. O pluralismo constitucional interno refere-se a uma pluralidade de ordens constitucionais e fontes internas a uma ordem legal abrangente sem uma relação hierárquica entre elas³⁰. Envolve a coexistência de várias comunidades políticas dentro de uma comunidade política particular de comunidades, cada uma com sua própria ordem legal de qualidade constitucional³¹.

A União Europeia (EU) é o principal exemplo de pluralismo constitucional interno. Suas múltiplas ordens constitucionais autônomas, os locais de criação de normas e o poder coexistem dentro de uma ordem abrangente de ordens, que são mutuamente reconhecidos e ainda são organizados de uma maneira “heterárquica” e horizontal, e não hierárquica e vertical³². O pluralismo jurídico interno envolve, portanto,

²⁶ AFONSO, Henriqu Weil; CASTRO, Thales Cavalcanti. Constitucionalismo além do estado: perspectivas históricas e demandas emancipatórias. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, Santa Maria, v. 10, n. 2, p. 519-546, 2015. p. 519.

²⁷ SANTOS, Boaventura de Souza. **Reinventar la democracia, reinventar el estado**. Madrid: Ediciones Sequitur, 1999. p.16.

²⁸ ROSENFELD, Michel. **A identidade do sujeito constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003. P. 55.

²⁹ AFONSO, Henriqu Weil; CASTRO, Thales Cavalcanti. Constitucionalismo além do estado: perspectivas históricas e demandas emancipatórias. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, Santa Maria, v. 10, n. 2, p. 519-546, 2015. P. 519.

³⁰ MADURO, Miguel Poiars. Constitutional pluralism as the theory of European constitutionalism”, in CORREIA, FERNANDO/MACHADO, JÓNATAS/ LOUREIRO, JOÃO (coords.), **Estudos em homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho**, vol. III, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, 2012. p. 335.

³¹ BARROSO, Luís Roberto. A Constituição e o conflito de normas no espaço: Direito Constitucional Internacional. **Revista Trimestral de Direito Público**. São Paulo, n. 11, 1995. p. 24.

³² ALÁEZ, Benito Corral. **Soberanía constitucional e integración europea**. Fundamentos: cuadernos monográficos de teoría del Estado, Derecho Público e história constitucional (versión eletrónica), n. 1, 1998. P.

uma multiplicidade de fontes constitucionais cuja inter-relação não pode ser analisada em termos monistas ou dualistas. A legislação tem efeito direto, portanto, não é dualista; é supremo, mas condicionalmente, e os tribunais de cada ordem jurídica autônoma citam e dialogam um com o outro: isso não é monismo hierárquico^{33;34}.

A coordenação entre as ordens jurídicas distintas processa-se através do diálogo e da acomodação mútua: o direito tem uma autoridade normativa “negociada”, embora vinculativa, por vezes contestada, ainda que suprema, envolve, portanto, uma pluralidade de fontes constitucionais cuja inter-relação não pode ser analisada em termos monistas ou dualistas. A legislação tem efeito direto, portanto, não é dualista; é supremo, mas condicionalmente, e os tribunais de cada ordem jurídica autônoma citam e dialogam um com o outro: isso não é monismo hierárquico³⁵.

Certamente, faz parte da dinâmica do pluralismo constitucional interno que cada ordem jurídica constitucional se veja como autônoma e suprema. Da perspectiva jurídica / normativa interna da ordem constitucional de cada Estado membro, a razão pela qual as regras são diretamente efetivas, executada e suprema é, em última análise, que a ordem constitucional do Estado membro aceitou sua capacidade normativa e sua supremacia.³⁶

Do ponto de vista da ordem jurídica constitucional autônoma as suas próprias regras são supremas no seu domínio relevante e é por essa razão que são diretamente vinculativas e eficazes nos tribunais nacionais. A perspectiva interna de cada um é necessariamente “monista”. Mas do ponto de vista sociológico ou teórico externo, estes estão inter-relacionados se ordens constitucionais distintas em uma relação não-hierárquica dinâmica entre si³⁷.

A reflexividade por parte dos participantes permite uma relação dinâmica, não hierárquica, embora não desordenada, entre as ordens jurídicas informadas por uma ética da responsabilidade política e da tolerância constitucional. Em tal contexto - onde o pluralismo constitucional é interno a uma ordem legal apoiada por sua própria comunidade política - os tribunais concorrentes dentro dessa comunidade se veem vinculados tanto por sua ordem jurídica particular quanto pela ordem jurídica mais ampla na qual eles também estão situados³⁸.

O dever de um tribunal interno dentro de uma política transnacional é enquadrar argumentos que contestem uma lei ou decisão em termos gerais, invocando normas substantivas que também são consideradas aplicáveis no nível geral, mesmo quando se refere à autonomia de sua própria ordem jurídica. As relações jurídicas baseiam-se em uma legitimidade política subjacente, não apenas na cooperação e coordenação interjudicial.³⁹

³³ PERÉZ CALVO, Alberto. Las transformaciones estructurales del Estado-Nación en la Europa comunitaria. **Revista de Estudios Políticos**. Madrid, n. 99, 1998. p. 9-10.

³⁴ BALIBAR, Etienne. Nous, citoyens d'Europe? Les frontières, l'État, le peuple. Paris: Éditions La Découverte, 2001. p. 5-6.

³⁵ AFONSO, Henriqu Weil; CASTRO, Thales Cavalcanti. Constitucionalismo além do estado: perspectivas históricas e demandas emancipatórias. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, Santa Maria, v. 10, n. 2, p. 519-546, 2015. P. 520.

³⁶ ROSENFELD, Michel. **A identidade do sujeito constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003. P. 64.

³⁷ SANTOS, Boaventura de Souza. **Reinventar la democracia, reinventar el estado**. Madrid: Ediciones Sequitur, 1999. p.20.

³⁸ TOURAINE, Alain. **O que é a democracia?** Tradução de Guilherme João de Freitas Teixeira. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 1996. p. 54.

³⁹ CARVALHO, Nathalie de Paula; POMPEU, Gina Vidal Marcílio. Do neoliberalismo ao neossocialismo: a experiência do Peru. In: POMPEU, Gina Vidal Marcílio; HISSA, Carolina Soares (Org.). **O escopo do Estado e das instituições nos países da América do Sul e a inserção na economia global**. Fortaleza: Premius, 2010. p. 159-174.

É claro que essa abordagem - e a própria ideia de tolerância constitucional ou pluralismo constitucional interno - se baseia em uma cultura de fundo de acomodação e compromisso mútuos. Mas é importante ver que essa conquista política se baseia em uma realidade política: a adesão e o compromisso com uma comunidade política ou política distinta e abrangente. A forma política distintiva é um desdobramento do conceito de lei internacional de uma “ordem municipal” de dimensões transnacionais é certamente mais evocativo do conceito de federação de estados do que de uma organização de tratado internacional⁴⁰.

Para estes propósitos, porém, vale a pena enfatizar dois pontos: primeiro, o que possibilita a postura e a prática do pluralismo constitucional interno é que o caráter não-estatal, quase federativo da UE (por mais complexo e híbrido que seja sua institucional e aspectos comportamentais são) torna o interno externo: as relações entre os estados membros da UE no que diz respeito ao direito da UE, instituições e políticas públicas são compreensíveis não como internacional, mas como relações internas⁴¹. Os tratados que constituem têm uma qualidade constitucional e constituem hoje uma ordem jurídica e política autônoma, integrada nas ordens jurídicas nacionais e associada a um projeto político de formação de uma união cada vez mais estreita entre os povos da Europa.

Mas isso não significa a comunidade política que subjaz à comunidade jurídica da internacionalidade constitucional, seja uma manifestação supranacional composta direta ou exclusivamente de indivíduos. Em vez disso, significa que a comunidade política é composta de múltiplas comunidades políticas, ou múltiplas demos. Entendendo-se membros de uma união legal e política abrangente de estados e envolvida em um projeto comum em direção a uma união cada vez mais próxima, além da exigência de que todos os Estados membros sejam democracias constitucionais, institui o contexto político autodeterminante em que o pluralismo constitucional interno é possível e produtivo, em vez de desintegrados⁴².

Mas a mesma postura é inadequada em um contexto do pluralismo externo característico do sistema político global. Há uma crescente juridificação do sistema político internacional e o surgimento de uma nova camada de uma nova forma de lei: a chamada lei da humanidade que reúne o direito humanitário, a guerra e os direitos humanos voltados para pessoas e povos, e não soberania e estados⁴³.

No entanto, e apesar do aumento da comunicação e coordenação entre os atores judiciais em proliferação e as ordens jurídicas no cenário mundial, não há ordem de ordens apoiada pelo compromisso com uma nova comunidade política, há pouca legitimidade democrática subjacente ao sistema legal internacional, e certamente não há condicionalidade democrática para a adesão⁴⁴.

O direito internacional dos direitos humanos carece de eficácia e não tem a mesma função que a proteção dos direitos fundamentais nacionais. Em tal contexto, os tribunais constitucionais estão vinculados à ordem jurídica particular da comunidade política que delegou diretamente competência para revisão constitucional e da qual derivam sua legitimidade. É claro que, num mundo cada vez mais interdependente, diferentes ordens jurídicas terão que se esforçar para acomodar as reivindicações jurisdicionais e a coordenação

⁴⁰ SANTOS, Boaventura de Souza. **Reinventar la democracia, reinventar el estado**. Madrid: Ediciones Sequitur, 1999. p. 22.

⁴¹ PERÉZ CALVO, Alberto. Las transformaciones estructurales del Estado-Nación en la Europa comunitaria. **Revista de Estudios Políticos**. Madrid, n. 99, 1998. p. 20-22.

⁴² ROSENFELD, Michel. **A identidade do sujeito constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

⁴³ ROSENFELD, Michel. **A identidade do sujeito constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

⁴⁴ CAMPILONGO, Celso Fernandes. **O direito na sociedade complexa**. São Paulo: Saraiva, 2017.

judicial entre os tribunais nacionais e supranacionais existentes podem ser reforçadores de direitos e democracia⁴⁵.

Os tribunais constitucionais estão vinculados à ordem jurídica específica da comunidade política que delegou diretamente a competência para a revisão constitucional e da qual obtêm sua legitimidade. Obviamente, o objetivo não é minar o sistema legal internacional, mas promover sua constitucionalização adicional à luz de seus próprios princípios universalistas⁴⁶.

O ponto estratégico do julgamento é que um jogo cooperativo, dialógico e de soma positivo mutuamente benéfico entre ordens domésticas, regionais e internacionais poderia (apenas) se tornar possível com a maior constitucionalização do sistema legal internacional - mas isso teria que significar criação de novas instituições apropriadas e redesenho das já existentes dentro do sistema⁴⁷.

3 DEMOCRACIA PARA ALÉM DO ESTADO

A teoria democrática e oposições binárias entre o público e o privado, o doméstico e o internacional têm sido centrais em controvérsias sobre os limites apropriados ao projeto democrático.

A crescente literatura sobre a democracia transnacional tem que ser colocada no contexto de vários desenvolvimentos contemporâneos: uma intensificação da globalização, a Terceira Onda da democratização global e o surgimento de movimentos sociais transnacionais. Estes desenvolvimentos inter-relacionados - cujo significado é contestado - estimularam a reflexão sobre as condições e possibilidades de uma democracia efetiva.

A globalização econômica, exacerbou a tensão entre a democracia, como um sistema de domínio enraizado na territorialidade, e a operação de mercados globais e redes transnacionais de poder corporativo.

Este repensar da democracia também tem sido encorajado pela difusão da democracia liberal como sistema de governo político. Em comparação com o século XVIII, a democracia - e a democracia representativa liberal - emergiu como o sistema dominante do governo nacional em todo o mundo - pelo menos em um sentido formal ⁽⁴⁸⁾.

Deixando de lado o triunfalismo equivocado de Fukuyama, quaisquer que sejam as causas dessa, a democracia tornou-se um padrão político quase universal. É claro que, para muitas novas democracias, a aspiração e a retórica política excede em muito a realização de uma democracia eficaz.

Há, pois, desafios a serem confrontados pela sociedade contemporânea, superações que devem ser percebidas, sob o escudo de se ampliarem pelas desigualdades sociais, maiormente nos países subdesenvolvidos ou em processo de desenvolvimento, distinções essas que, alcançando patamares superiores,

⁴⁵ SANTOS, Boaventura de Souza. **Reinventar la democracia, reinventar el estado**. Madrid: Ediciones Sequitur, 1999. p. 23-24.

SANTOS, Boaventura de Souza. **Reinventar la democracia, reinventar el estado**. Madrid: Ediciones Sequitur, 1999.

⁴⁶ TOURAINE, Alain. **O que é a democracia?** Tradução de Guilherme João de Freitas Teixeira. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 1996. p. 71.

⁴⁷ CARVALHO, Nathalie de Paula; POMPEU, Gina Vidal Marcílio. Do neoliberalismo ao neossocialismo: a experiência do Peru. In: POMPEU, Gina Vidal Marcílio; HISSA, Carolina Soares (Org.). **O escopo do Estado e das instituições nos países da América do Sul e a inserção na economia global**. Fortaleza: Premius, 2010. p. 159-174.

⁴⁸ SANTOS, Boaventura de Souza. **Reinventar la democracia, reinventar el estado**. Madrid: Ediciones Sequitur, 1999

podem colocar em consideração as conquistas históricas do Constitucionalismo e da Democracia ⁽⁴⁹⁾.

Num mundo em que mesmo os governos mais poderosos parecem impotentes quando confrontados com as oscilações dos mercados globais ou com as atividades das corporações transnacionais, a eficácia da democracia nacional é questionada.

De acordo com Cruz ⁽⁵⁰⁾ a soberania nacional, na atualidade continua debatendo-se para conciliar-se com um fato inegável: “que as comunidades políticas – os Estados – fazem parte de uma sociedade internacional, que é regida por normas próprias e, que Estado Soberano encontra-se, forçosamente, vinculado a obrigações externas junto com os demais Estados”.

Além disso, ao procurar promover ou regular as forças da globalização, por meio de mecanismos de governança global e regional, os Estados criaram novas camadas de autoridade política que têm credenciais democráticas fracas e mantêm uma relação inequívoca com os sistemas existentes de responsabilidade nacional.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Da perspectiva do constitucionalismo, a constitucionalização do subsistema político global teria que envolver a criação de um tribunal (s) global (is) com jurisdição para revisar resoluções violadoras de direitos que tenham caráter legislativo e afetem diretamente os indivíduos - possivelmente por meio de algum tipo de procedimento de referência preliminar. Tal transformação constitucionalista, se ocorresse poderia ser entendida na tradição fundacionalista republicana como um ato de autodeterminação política, atribuível a “nós, os povos” dos estados.

Mas as dimensões desse modelo relevantes em nível global não são a ideia de fundação revolucionária, ou o exercício do “poder constituinte”, ou a vontade de uma cidadania global unida e individualizada (um demos mundial), ou como o estabelecimento de uma plena congruência entre os sujeitos e os autores do direito global.

O sistema político global reconstituído, embora ainda funcionalmente delimitado e sua principal instituição de governança global, não se tornaria, assim, uma política monista. O dualismo entre a sociedade internacional de estados e a sociedade mundial funcionalmente diferenciada ainda estaria refletido no sistema da constitucionalização e sua relação com as constituições dos Estados e teriam que ser entendidas em termos constitucionais, pluralistas e não monistas.

A ideia básica, então, é reconhecer que ordens jurídicas autônomas de qualidade constitucional podem existir no sistema político global - de estados soberanos e do sistema político global e instituições de governança global dentro dela - e que as reivindicações de autonomia, supremacia, e a qualidade constitucional pode coexistir com as reivindicações contínuas dos estados.

⁴⁹ SILVA, Carlos Roberto da; SILVA, Jéssica Caroline da. Constituição, economia e desenvolvimento. **Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**. Curitiba, 2013, vol. 5, n. 9, Jul.-Dez. p. 267-288, 2013.

⁵⁰ CRUZ, Paulo Márcio. **Fundamentos do direito constitucional**. Curitiba: Juruá Editora, 2002. p.49.

A cooperação mútua e o diálogo entre ordens legais, receptores adequados para influenciar os direitos humanos e outras preocupações, e uma ética jurídico-política de responsabilidade devem informar os esforços para lidar com reivindicações concorrentes e cooperativamente desenvolver o caráter constitucional de todas as ordens legais.

Nessa concepção do constitucionalismo para além do Estado, é possível constatar que a Democracia não tem que ser necessariamente reinventada, mas, certamente, tem de se reorientar. Repensando a via da democracia, é possível constatar que mesmo que a democracia transnacional ainda seja uma proposta sem a capacidade de aplicação plena, esta nova realidade deve pautar a evolução da democracia. Repensar a democracia, conecta-se com a intenção de captar e centrar os novos problemas de uma história que virou uma página e que volta a começar.

REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

AFONSO, Henrique Weil; CASTRO, Thales Cavalcanti. Constitucionalismo além do estado: perspectivas históricas e demandas emancipatórias. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, Santa Maria, v. 10, n. 2, p. 519-546, 2015.

ALÁEZ, Benito Corral. **Soberanía constitucional e integración europea**. Fundamentos: cuadernos monográficos de teoría del Estado, Derecho Público e história constitucional (versión eletrónica), n. 1, 1998.

BALIBAR, Etienne. **Nous, citoyens d'Europe?** Les frontières, l'État, le peuple. Paris: Éditions La Découverte, 2001.

BARROSO, Luís Roberto. A Constituição e o conflito de normas no espaço: Direito Constitucional Internacional. **Revista Trimestral de Direito Público**. São Paulo, n. 11, 1995.

CAETANO, Marcello. **Manual de ciência política e direito constitucional**. Coimbra: Almedina, 2015.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. **O direito na sociedade complexa**. São Paulo: Saraiva, 2017.

CARVALHO, Nathalie de Paula; POMPEU, Gina Vidal Marcílio. Do neoliberalismo ao neossocialismo: a experiência do Peru. In: POMPEU, Gina Vidal Marcílio; HISSA, Carolina Soares (Org.). **O escopo do Estado e das instituições nos países da América do Sul e a inserção na economia global**. Fortaleza: Premius, 2010. p. 159-174.

CASSESE, Sabino. L'erosione dello Stato: una vicenda irreversibile?. In: CASSESE, Sabino; GUARINO, Giuseppe (Ed.). **Dallo Stato monoclasse alla globalizzazione**. Milano: Giuffrè Editore, 2000.

CRUZ, Paulo Márcio. Fundamentos do direito constitucional. Curitiba: Juruá Editora, 2002.

ELMAUER, Douglas. Sociedade global e fragmentação constitucional: os novos desafios para o constitucionalismo moderno. **Direito.UnB – Revista de Direito da Universidade de Brasília**, Brasília, v. 2, n. 2, p. 11-43, abr./ago. 2016.

FIORAVANTI, Maurizio. **Constitucionalismo**: experiencias históricas y tendencias actuales. Tradução de Adela Mora Canada y Manuel Martinez Neira. Madri: Editorial Trotta, 2014.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6ª ed. Tradução de João Batista Machado. Coimbra : Armênio Armado Editor, 1984.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Trad. João B. Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoria de la Constitución**. Tradução de Alfredo Gallego. Barcelona: Ariel, 1976.

MADURO, Miguel Poiars. **Constitutional pluralism as the theory of European constitutionalism**”, in

CORREIA, FERNANDO/MACHADO, JÓNATAS/ LOUREIRO, JOÃO (coords.), Estudos em homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho, vol. III, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, 2012.

MIRANDA, Jorge. **Democracia e constituição para lá do estado**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, v. 51, n. 1-2, p. 33-46, 2010.

PERÉZ CALVO, Alberto. **Las transformaciones estructurales del Estado-Nación en la europa comunitária**. Revista de Estudios Políticos. Madrid, n. 99, 1998.

PERNICE, Ingolf. **La dimensión global del constitucionalismo multinivel: una respuesta global a los desafíos de la globalización**. Madrid: Ceu Ediciones, 2012.

QUEIROZ, Cristina. **Direito constitucional internacional**. Coimbra: Coimbra Editora, 2011.

ROQUE, Miguel Prata. **A dimensão transnacional do direito administrativo**. Lisboa: AAFDL, 2014.

SANTOS, Boaventura de Souza. **Reinventar la democracia, reinventar el estado**. Madrid: Ediciones Sequitur, 1999.

SILVA, Carlos Roberto da; SILVA, Jéssica Caroline da. Constituição, economia e desenvolvimento. Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional. Curitiba, 2013, vol. 5, n. 9, Jul.-Dez. p. 267-288, 2013

TOURAINE, Alain. **O que é a democracia?** Tradução de Guilherme João de Freitas Teixeira. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 1996.

LUIS ALBERTO WARAT E A TERAPIA DO REENCONTRO MEDIADO

Taise Fernandes Pereira¹

Janete Rosa Martins²

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo o estudo sobre a terapia do reencontro mediado de Luís Alberto Warat, o qual busca fazer uma análise sobre a importância de como os atores envolvidos em determinado conflito, possam de maneira autônoma, buscar a realização de uma mediação diferenciada, que visa a conquista pela autorrealização, autoestima e bem-estar, tendo como efeito uma harmonização das relações interpessoais. O trabalho adotou o método de pesquisa indireta, por meio de estudos a partir da obra de Luis Alberto Warat. Dessa maneira, a terapia do reencontro mediado, com base na conquista pela evolução interna de cada ser humano, elucida a necessidade de uma transformação naquilo que cada um traz consigo em seu interior. Cabe então, a cada ser humano dar uma pausa e fazer uma reflexão sobre como se está interiormente para que então o reencontro mediado seja realizado.

PALAVRAS-CHAVES: Warat. Mediação. Terapia. Reencontro. Mediado.

ABSTRACT

This paper aims to study Luis Alberto Warat's mediated reunion therapy, which seeks to analyze the importance of how the actors involved in a given conflict can autonomously seek the realization of mediation, which aims to achieve self-realization, self-esteem and well-being, with the effect of harmonizing interpersonal relationships. The work adopted the indirect research method, through studies based on the work of Luis Alberto Warat. Thus, the therapy of mediated reunion, based on the conquest of the internal evolution of each human being, elucidates the need for a transformation in what each one brings within. It is then up to each human being to pause and reflect on how he is inwardly so that the mediated reunion can be realized.

KEY-WORDS: Warat. Mediation. Therapy. Reunion. Mediated.

INTRODUÇÃO

A mediação é uma forma alternativa de resolução de conflitos, desse modo, através dela se busca que os personagens do conflito realizem a conquista pela sua satisfação, bem como a preocupação pelo bem-estar do outro. Dessa maneira, a mediação busca que todos tenham a solução para os seus conflitos, partindo da premissa que a autorrealização é possível de ser alcançada na medida em que se passa a perceber que é necessário haver o conhecimento de quem se é como ser humano e quais são os seus conflitos internos, para que então, se perceba que se amar é o primeiro passo a ser dado para que se passe a amar o outro com as suas diferenças.

Afinal, toda relação necessita de amor para que, por fim essa flua de forma a cativar o outro, e consequentemente, as relações passem a ser vividas e sentidas de forma autêntica. Como toda sensibilidade e pureza que deveriam ser as relações interpessoais. Assim, Warat possibilita uma mediação diferenciada, na medida em que se objetiva a autorrealização do ser humano.

¹ Acadêmica do 10º Semestre do Curso de Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões- URI Câmpus de Santo Ângelo. Pertence ao Grupo de Pesquisa do CNPQ -Conflito, Cidadania e Direitos Humanos, como bolsista no projeto de pesquisa PROBITI/FAPERGS denominado A terapia do reencontro mediado como resgate da cidadania e da cultura da paz. E-mail:taise_fernandes140596@hotmail.com

² Dra. Em Ciências Sociais pela UNISINOS. Professora da Pós-graduação (Mestrado e Doutorado) em Direito e da graduação e Editora da Revista Direito e Justiça – Reflexões Sóciojurídicas da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões. Pertence ao Grupo de Pesquisa do CNPQ - Conflito, Cidadania e Direitos Humanos.

1 LUIS ALBERTO WARAT E A MEDIAÇÃO

A mediação pode ser vista como uma forma de inscrição do amor no conflito³, segundo Luis Alberto Warat. Para o escritor, a mediação é uma forma ecológica de resolução de conflito⁴, e por meio dessa se busca a autorrealização do ser humano para que esse alcance autoestima, bem-estar e assim a sua satisfação pessoal e realização.

Dessa maneira, a mediação que é proposta pelo autor, é uma forma diferenciada de buscar a solução para os conflitos dos atores envolvidos em determinado problema. Uma vez que essa mediação, não visa como objetivo principal o acordo, mas sim a satisfação de cada personagem, tendo o acordo como uma consequência da autorrealização dos mesmos.

Destarte, o que o escritor elucida no trecho a seguir:

A mediação é um processo de sensibilidade que institui um novo tipo de temporalidade, de fazer do tempo um modo específico da auto-alteração. O tempo instituído como tempo da significação, da alteridade que me reconstitui como singularidade em devir. Falo do tempo do devir fazer da singularidade, do tempo que nos aproxima do que realmente sentimos, que nos conduz rumo à nossa reserva selvagem, ao centro recalcado dos próprios afetos⁵.

Logo, na mediação é necessário que os envolvidos estejam dispostos a ser mediados, e deixar se conduzir rumo à sua reserva selvagem⁶ como escreve o autor, pois os sentimentos são de extrema importância para que a mediação ocorra, sendo que ela lida com a sensibilidade de cada envolvido. Necessitando, assim de que eles busquem despertar o seu lado mais amoroso, pois:

O processo de mediação com sensibilidade é um estado de amor. Os estados de amor não têm nada a ver com os egos. Nesse sentido, se trataria de um amor tântrico. Quando se fortalece o ego, não se ama. O ego faz nascer estados de conflitividade interior que impedem nossa reserva selvagem de conhecer os segredos do amor⁷.

Desse modo, essa mediação busca a realização da simplicidade do conflito, através da sensibilidade. Tem como tentativa que os personagens do conflito busquem a sua transformação ao descobrir a simplicidade da realidade, pois a mediação, que se usa da sensibilidade, é a busca das coisas simples. Destacando que na mediação é necessário que os envolvidos coloquem toda a porção de amor possível, como o autor traz no trecho a seguir:

A mediação como processo que recupera a sensibilidade, ainda que leve ao crescimento interior na transformação dos conflitos e pretenda suprimir as neuroses da bifurcação entre a mente e os sentimentos, não pode ser percebida como uma mediação tântrica. Existem diferenças consideráveis⁸.

Como bem demonstrado, na mediação é necessário que os envolvidos estejam dispostos a querer a busca pela transformação, uma vez que é por meio dela que se passará a amar o outro com as suas diferenças, visto que “as pessoas têm que estar com seus conflitos internos resolvidos. Quem não resolve seus conflitos internos, não poder ficar aberto para o amor, não pode inscrever o amor no meio do conflito”⁹. Haja vista que

³ WARAT, Luis Alberto. **Surfando na Pororoca, O Ofício do Mediador**. Florianópolis :Fundação Boiteux,2004.

⁴ WARAT, 2004.

⁵ WARAT, 2004, p.30.

⁶ WARAT, 2004.

⁷ WARAT, 2004, p.32.

⁸ WARAT, 2004, p. 31.

⁹ WARAT, 2004, p.31.

a mediação é um instrumento para a busca do bem-estar dos personagens do conflito. É necessário que esses façam a separação entre a mente e os seus sentimentos. Porque, na maioria da vezes surgem conflitos que são alimentados na consciência de cada ser humano, não permitindo sentir o conflito de uma forma que esse possa servir como algo positivo e não somente como algo negativo que não irá auxiliar aos atores na transformação dos seus conflitos. Logo, percebe-se que a maioria das pessoas costumam observar o conflito com apenas um olhar de negatividade, por isso:

Quando um outro gera conflitos, nos agride. Instala também, em nosso interior, conflitividade que a mente e o ego, egoicamente, melodramaticamente multiplica. A mente introduz pensamentos que poluem o que sentimos, daí nasce o conflito interior. A simplicidade consiste em afastar os pensamentos para recuperar os sentimentos. Vou dar um exemplo. Estamos tendo um sentimento de amor por uma pessoa. De repente, nosso ego instala uma semente de ciúmes, um pensamento de que o outro pode estar interessado em alguém diferente de nós. Esse pensamento, que nos faz sentir instala um conflito que nos impede de desfrutar o sentimento do amor. A simplicidade consiste em nos afastarmos do pensamento que envenena para recuperar a pureza de nosso sentimento de amor, para sentirmos o amor, sendo nosso como amor.¹⁰

Assim, que ao observar o problema como algo apenas negativo, se passa a criar mais conflitividade interna, por conseguinte, na mediação é necessário que os personagens deixem de lado suas concepções, para que se possa perceber que é mais importante sentir, do que permitir que a mente introduza sempre uma segunda intenção, sendo essa a má intenção, que torna os sentimentos como algo simulado e não permite a autenticidade¹¹. Dado que, quando se há segundas intenções, se gera conflitos interiores, o que leva a sentimentos que não são positivos, como a ausência de autorrealização, “por isto, é fundamental trabalhar a sensibilidade na mediação para podermos esvaziar os espaços negativos, fazermos com que a energia circule, brote e transforme”¹².

Diante disso, a mediação de Luis Alberto Warat, a qual é carinhosamente chamada de mediação Waratiana, tem como foco a busca pela sensibilização de cada ser humano, para que os mesmos, busquem de forma autônoma a solução de seus conflitos, e possam ascender na sua transformação interior. Buscando sempre que a mediação com sensibilidade, introduza o amor para que haja a solução do conflito e para que esse seja a condição de vida de cada ser humano, “isto é, o amor como do supremo do senti-lo da existência. Por intermédio da mediação com sensibilidade se tentaria reintroduzir no conflito o amor”¹³.

Essa mediação é diferenciada, haja vista que permite que os envolvidos, tenham a oportunidade para reencontrar consigo e com a sua verdadeira essência, desse modo, Warat buscou demonstrar que a terapia do reencontro mediado é a ferramenta para que todo e qualquer indivíduo, possa conquistar a sua autorrealização, bem-estar, autonomia, e assim, a harmonização das relações interpessoais, porquanto na medida em que se passa a ter o amor próprio, será possível olhar o outro com um olhar mais amoroso.

Por conseguinte,

Na psicoterapia do reencontro se tenta ajudar as pessoas para que possam amar e construir vínculos a partir de suas identidades. Assim, o amar é apresentado às partes

¹⁰ WARAT, 2004, p.32.

¹¹ WARAT, 2004.

¹² WARAT, 2004, p. 32.

¹³ WARAT, 2004, p.33.

em vínculos conflitivos, como uma viagem interior, como um processo continuamente mutante e como uma arte: a arte de compartilhar.

A mediação, como terapia do reencontro, considera o universo conflituoso dos sentimentos amorosos a partir de uma perspectiva simultaneamente psicológica, sensível, generosa, educativa e comunitária. Um instrumento, uma linha de trabalho imprescindível para os trabalhadores da saúde, da educação, do direito, da ecologia, do trabalho comunitário, ou de psicoterapias familiares¹⁴.

Assim, a mediação de Warat preocupa-se com a realização interna de cada ser humano, trazendo como elementos para essa autorrealização, o amor e a afetividade, pois todos necessitam ser amados e amar e necessitam de reconhecimento pelo outro como alguém que também necessita ser aceito e respeitado como é. Para que se possa conquistar uma melhora na qualidade de vida, encontrar-se em equilíbrio emocional¹⁵.

Portanto, a necessidade de encontrar-se é o que leva o ser humano a criar os conflitos, por isso, a mediação Waratiana traz a terapia do reencontro mediado, como forma de busca para que o indivíduo, realize o seu encontro com o seu interior, tendo como consequência desse encontro, a sua satisfação plena, bem como o resgate de sua sensibilidade para que possa perceber e olhar o outro com mais amor.

2 A TERAPIA DO REENCONTRO MEDIADO DE LUIS ALBERTO WARAT

Partindo da premissa, como já demonstrado que a mediação é uma forma de instrumento que busca resgate nas pessoas a sua sensibilidade, construindo vínculos onde esses possam expressar a sua essência, logo, a mediação tem como foco a autorrealização do ser humano.

Desse maneira, a terapia do reencontro mediado, proposto por Warat, traz em sua origem, a importância que cada indivíduo utilize o amor como meio de perceber no outro as suas diferenças, e também o encontro com seu interior, assim:

O amor tem que ser uma possibilidade de ajuda para encontrar os caminhos do crescimento pessoal, isto que chamamos de autonomia, introduzindo-nos em territórios desconhecidos e inclusive mágicos. A mediação tem seu destino atrelado a essa necessidade de realização da autonomia.¹⁶

Logo, se percebe que a mediação proposta por Warat, traz como objeto principal de sua realização, a introdução do amor nas relações interpessoais, haja vista que esse sentimento é necessário para que então, possa ser restabelecidos vínculos durante a realização da mediação. Pois, ela tem como foco que o ser humano possa através de sua autorrealização passar a conviver uns com os outros de maneira que esses tenham a harmonização de suas relações.

Porquanto, a mediação busca por meio da terapia do reencontro mediado que as pessoas estejam cientes que é necessário haver uma transformação daquilo que trazem guardado em seu interior, resgatando a sua essência, justamente, porque como Warat elucida a seguir:

A mediação é:
A inscrição do amor no conflito/
Uma forma de realização da autonomia/
Uma possibilidade de crescimento interior através dos conflitos/
Um modo de transformação dos conflitos a partir das próprias identidades/

¹⁴ WARAT, 2004, p.40.

¹⁵ WARAT, 2004.

¹⁶ WARAT, 2004, p.41.

Uma prática dos conflitos sustentada pela compaixão e pela sensibilidade/
Um paradigma cultural e um paradigma específico do direito/
Um Direito da outridade/
Uma concepção ecológica do Direito/
Um modo particular de terapia/
Uma nova visão da cidadania, dos direitos humanos e da democracia
Vimos também que a mediação em sua identidade específica não é:
Uma resolução psico-analítica dos conflitos.
Um litígio
Um modo normativo de intervenção nos conflitos/
Um acordo de interesses/
Um modo de estabelecer promessas¹⁷

Assim, “uma terapia do reencontro mediado (TRM) ou do amor mediado poderia ser um dos modos adequados de caracterização da mediação, em sentido estrito”¹⁸. Cabendo destacar, que mediação não pode ser percebida como se essa fosse um processo psico-analítica, mas sim, que a mesma funcione como uma terapia¹⁹. Por conseguinte, a terapia do reencontro mediado, que faz parte da mediação, é precisamente para auxiliar as pessoas para que as mesmas obtenham a compreensão de seus conflitos, deixando de lado toda a negatividade que é criada em sua mente, para que enfim, possam de forma tranquila e criativa, gerenciar os seus conflitos²⁰.

A terapia do reencontro mediado, busca que os envolvidos busquem a sua autorrealização, através da verdade, tendo em vista, que na mediação é necessário que cada ator envolvido, demonstre e expresse os seus sentimentos de forma clara. Para que então, o outro possa compreender o que se quer falar, o que geralmente apenas por palavras não se é possível perceber, necessitando de que seja feita uma “leitura da linguagem corporal e do afloramento da sensibilidade”²¹.

Porquanto, essa terapia proposta por Warat “é a produção psicoterapêutica, da diferença com o outro de um conflito”²², desse modo a terapia do reencontro, busca produzir por meio da alteridade e outridade um novo significado para a divergência, a partir do encontro onde esse seja feito de forma construtiva, através do lugar do outro para que se alcance os seus sentimentos e vice-versa na busca pela assimilação do que afeta ambos²³.

Destarte, o seguinte trecho:

A mediação como terapia é assim, uma forma alternativa (com o outro) de intervenção nos conflitos. Falar da alteridade ou de outridade é dizer muito mais coisas que preferência a um procedimento cooperativo, solidário e de mútua autocomposição. Estamos falando de uma possibilidade de transformar o conflito e de nós transformarmos no conflito, tudo graças à possibilidade assistida de poder olhar a partir do olhar do outro. Colocar-nos no lugar do outro para entendê-lo e entendermo-nos. E o duplo olhar no outro: olhar duplamente direcionado ao outro. Um olhar para o outro que permita chegar à nossa reserva selvagem (com esse conceito aponto todos os componentes amorosos ou afetivos que ignoramos em nós mesmos) e à reserva selvagem do outro (o que o outro emocionalmente ignora de si mesmo. No plural dos desenvolvimentos terapêuticos e psico-analíticos, quase todas as correntes poderiam concordar com a afirmativa de que é nos espaços que construímos com o outro, no entre nós que se forma nos vínculos, onde podemos

¹⁷ WARAT, 2004, p.67.

¹⁸ WARAT, 2004, p.68.

¹⁹ WARAT, 2004.

²⁰ WARAT, 2004.

²¹ WARAT, 2004, p.68.

²² WARAT, 2004, p.69.

²³ WARAT, 2004.

adjudicar provisórias significações aos abismos interiores, situar interrogantes que procurem trazer alguma luz para o impensável em nós. E tentar encontrar que nos permita produzir, com o outro, uma diferença em nosso processo de individualização (Jung). Longe de tudo o que a essencial conversa (torne) na fala de mediomundo.

A TRM procura atingir os abismos interiores, ou esse algo chamado inconsciente principalmente mediante a criatividade (produção de novidades) com o outro.²⁴

Desta forma, a terapia do reencontro mediado visa que cada ser humano permita-se descobrir a sua essência, que muitas das vezes está guardada em seus abismos interiores, para que se perceba aquilo que é mais importante. A fim de que haja a sua autorrealização e conquista pela autonomia. Como Warat traz que “estamos cheios de abismos interiores, de obscuridades da alma, de reservas de sensibilidades, temos uma série de impensáveis, de coisas que nós negamos a saber que sabemos²⁵”. Os quais estão “loucos” para sair de abismos interiores, que por diversas vezes impedem os personagens do conflito de amar, e libertar os seus fantasmas que estão a impedir os vínculos amorosos, dando origem aos vínculos conflituosos.²⁶

Em razão de que na terapia do reencontro mediado se busca que toda relação seja baseada em laços de amor, pois na mediação Waratiana é impossível realizar a mesma, sem que esse sentimento esteja presente, logo:

A TRM é uma terapia ou uma análise vincular, desenvolvida sobre a questão de amar o inimigo. O que seria isso, que é tão cristão? Algo muito simples e profundo que Jacob mostra bem. Aquilo que detestamos no outro é algo que está em nós, na sombra de nós mesmos; se lograrmos descobrir, não significa que passaremos a nos gostar, mas sei que perderemos as razões para odiar ou matar o outro que faz o mesmo²⁷.

Por esse motivo, a terapia do reencontro mediado possibilita que o ser humano faça uma viagem ao seu interior, com o fim de que seja proporcionado e promovido o bem-estar e a melhora na qualidade de vida²⁸. Esse reencontro é realizado na medida em que é percebível o bem-estar daqueles envolvidos no conflito, no qual os mesmos terão a sua satisfação, mas sem que o outro seja deixado de lado e esquecido como ser humano. Sendo a terapia como forma de inserir na vida de cada ator a sensibilidade e sentimos que talvez durante a vida foram deixados pelos envolvidos guardados em seu interior.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Portanto, a mediação tem como objetivo principal o bem-estar daqueles personagens envolvidos no conflito. A terapia do reencontro mediado busca que cada ator possa evoluir interiormente, a fim de que o mesmo, consiga de forma autônoma solucionar qualquer conflito que possa surgir. Ser capaz de solucionar os seus próprios conflitos, requer que o ser humano seja alguém sensível ao ponto de perceber no outro, alguém que necessita ser amado e respeitado, da mesma forma que se espera que aos outros hajam em relação a si.

Toda relação que é estabelecida pelo ser humano, é uma relação que necessariamente requer que o amor esteja presente, bem como Warat traz que “por amor ou desamor sentimos alegria, tristeza, depressão,

²⁴ WARAT, 2004, p.69.

²⁵ WARAT, 2004, p.70.

²⁶ WARAT, 2004.

²⁷ WARAT, 2004, p.71.

²⁸ WARAT, 2004.

vazio impotência, ilusão, esperança”²⁹, logo, esse sentimento precisa ser resgatado em cada ser humano, para que todos possam voltar a sentir aquilo que está armazenado/guardado em seu interior.

Porquanto, é através desse sentimento que todo indivíduo será capaz de resgatar ensinamentos, ter a capacidade de desenvolver a criatividade, e por meio dessa a busca pela solução dos conflitos que surgem como efeito das relações interpessoais, afinal de contas é impossível viver sem que seja estabelecidos vínculos amorosos. Há uma necessidade de relacionar-se com o outro.

Logo, a mediação que traz a terapia do reencontro mediado como meio de resgate da sensibilidade no ser humano, é justamente uma forma de que sejam restabelecidos vínculos que foram deixados para trás na medida em que se passou a deixar o amor e o afeto de lado, como se esses sentimentos não fossem necessários para que as relações sejam mantidas.

Portanto, encontrar-se é o foco da mediação. Esse encontro que só é possível se cada um perceber, que o mesmo será realizado quando o amor for colocado em primeiro lugar e então, o amor ao próximo será efetivado, afinal de contas “a mediação é a inscrição do amor no conflito”³⁰.

REFERÊNCIA

WARAT, Luis Alberto. **Surfando na Pororoca, O Ofício do Mediador**. Florianópolis :Fundação Boiteux,2004.

²⁹ WARAT, 2004, p.75.

³⁰ WARAT, 2004, p.67.

Caroline Simor da Silva¹

Janaina Rigo Santin²

RESUMO

Este artigo discute os conceitos de democracia e das tecnologias de comunicação e informação, refletindo sobre os seus desdobramentos, avanços, mudanças e compreensões ao longo do tempo. Analisa suas relações com o direito, com a liberdade de expressão e com o surgimento das *fake news* no processo democrático. Este trabalho pretende compreender o papel da internet e das redes sociais no acesso à informação, bem como analisar como as novas tecnologias de informação e comunicação democratizam esse acesso, propondo um olhar crítico sobre o mau uso das tecnologias, com ênfase às *fake news*, notícias falsas compartilhadas e os riscos que elas trazem à democracia.

PALAVRAS-CHAVE: Democracia. Novas Tecnologias de Informação e Comunicação. *Fake news*.

ABSTRACT

This article discusses the concepts of democracy and communication and information technologies, reflecting on their developments, advances, changes and understandings over time. It analyzes its relationship with law, freedom of expression and the emergence of fake news in the democratic process. This paper aims to understand the role of the internet and social networks in access to information, as well as to analyze how new information and communication technologies democratize this access, proposing a critical look at the misuse of technologies, with emphasis on fake news, false beliefs and the risks they bring to democracy.

KEYWORDS: Democracy. New Information and Communication Technologies. Fake news.

INTRODUÇÃO

Com o avanço das novas tecnologias de informação e comunicação, as chamadas TIC's, os cidadãos puderam ter mais acesso a produção do conhecimento, à vida política e aos acontecimentos cotidianos. Da mesma forma, percebe-se o incremento cada vez maior do uso das redes sociais, mecanismos que surgiram como forma de compartilhamento diário de tudo que é feito pelas pessoas.

Assim, tanto as novas tecnologias de informação e comunicação quanto as redes sociais atuam de forma direta no processo de democratização das informações e, conseqüentemente, na democracia, sistema político que coloca o povo como personagem principal na sociedade. Porém, juntamente com esses novos acessos, trocas de informações e possibilidade de interação entre comunidades, emergem desafios. Embora cada pessoa possa ser hoje formadora de opinião, *influencer*, comunicadora ou analista de casos reais da sociedade, utilizando-se das redes sociais, blogs e salas de bate papo, é preciso resguardar os valores democráticos para não se coloque em risco, com isso, a segurança jurídica, social e humana.

A democracia, no seu conceito mais amplo, atua como um valor social, uma manifestação das vontades da sociedade e de seus governantes, que coexistem num fluxo comunicacional complexo e desafiador.

¹ Acadêmica do curso de Direito da Universidade de Passo Fundo (UPF). Membro do grupo de pesquisa Relações Sociais e Dimensões do Poder.

² Pós-Doutora em Direito pela Universidade de Lisboa; Bolsista CAPES; Doutora em Direito pela UFPR; Mestre em Direito pela UFSC; Professora do Mestrado em Direito e do Mestrado e Doutorado em História da Universidade de Passo Fundo. Passo Fundo, RS, Brasil - janainars@upf.br. Coordenadora do grupo de pesquisa Relações Sociais e Dimensões do Poder.

Compreender essas relações e atuar, seja no campo do direito, seja no campo da comunicação, para promover o desenvolvimento de uma sociedade mais evoluída, se faz necessário e surge, ainda mais na atualidade, como um caminho que precisa ser trilhado. Assim, este artigo pretende, por meio do método hipotético dedutivo, explicitar os conceitos básicos de democracia, política, sociedade e comunicação e, com isso, ao final, apresentar uma reflexão sobre os acontecimentos atuais que entrelaçam todos os conceitos sob os aspectos subjetivos das relações sociais.

1 A DEMOCRACIA NO CONTEXTO DA INTERNET E DAS REDES

Os conceitos de democracia são diversos e partem de leituras da própria sociedade. Entre aqueles que mais se adequam a sociedade atual, está o conceito trazido por Kelsen³, em que temos uma noção de duas características sociais estruturantes: igualdade e liberdade. Para ele, ao abordar esses dois princípios, tem-se a base que fundamenta a própria democracia. Em que pese esse viés dialógico, o autor também aponta para suas fragilidades, o que faz com que seu conceito se aproxime ainda mais da realidade. Se a liberdade é a expressão da vontade e a igualdade é a transformação da vontade da maioria, é possível dizer que a democracia teve e continua tendo o desafio de balancear essa via de mão dupla. A realização da vontade da maioria é, no plano das ideias, a definição de democracia. Ela é, para Kelsen, a identidade que une governantes e governados.

A importância realmente enorme da ideia de liberdade na ideologia política seria inexplicável se ela não proviesse das profundezas da alma humana, de onde provém também o instinto primitivo antiestatal que impele o indivíduo contra a sociedade. No entanto, por uma ilusão quase incompreensível, essa ideia de liberdade acaba por exprimir apenas uma determinada posição do indivíduo na sociedade. da liberdade da anarquia, forma-se a liberdade da democracia⁴.

Já para Norberto Bobbio⁵, a democracia é formada por um conjunto de normas que estabelecem quem está no comando e quais os seus procedimentos. Entre as regras fundamentais, está a liberdade e a condição de exercê-la com vistas a escolher possibilidades reais. Garantir, assim, os direitos à própria liberdade de expressão e opinião, “direitos à base dos quais nasceu o estado liberal e foi construída a doutrina do estado de direito em sentido forte”⁶.

Pela democracia não apenas se exerce o poder de voto, mas também se come, se educa e se cura⁷. Contudo, o que tem se observado nos países democráticos é que ela acaba sendo apenas uma ferramenta nas mãos dos políticos em épocas eleitorais que não resolve, por si só, os problemas sociais. Muito dessa visão surge também do descrédito com a política, permeada de denúncias de corrupção, malversação do dinheiro público e desvios ao interesse da população por seus representantes políticos. É assim que surge o termo democracia de simulação, “na qual ninguém responde, ninguém se responsabiliza, nem quem elege, nem

³ Kelsen, Hans. **A democracia**. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 26.

⁴ Kelsen, 2000, p. 29.

⁵ Bobbio, Norberto. **O futuro da democracia**: uma defesa das regras do jogo. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.

⁶ Bobbio, 1986, p. 20.

⁷ Sorj, Bernardo (organização). **Poder político e meios de comunicação**: da representação política aos reality shows. São Paulo: Paz e Terra, 2010, p. 76.

quem governa”⁸. Ou seja, se vive um simulacro democrático, que mais serve para distorcer os objetivos que estão por detrás dos atos dos governantes do que para atender a vontade popular.

No mesmo sentido pode-se perceber o avanço de um neopopulismo, com características nacionalistas e emocionais, o que fragiliza a democracia representativa, o mecanismo dos partidos e a própria sociedade. Os populismos históricos, datados do século XX, surgiram das classes populares e dos trabalhadores, já os atuais, emanam de novas ideias coletivas como os movimentos sociais e os movimentos de recuperação estética e cultural popular.

Essa estratégia exacerba extremismos e cria, de maneira simbólica, o povo como sujeito soberano, apela para o patriotismo dramático e coloca, também de maneira simbólica, o presidente (chefe de estado) em contato direto com o povo, por meio das redes, evitando assim o contato com jornalistas e os seus questionamentos, ganhando audiência através da comunicação cara a cara.⁹

A linguagem é outra mudança nesse processo de aproximação ilusória com a democracia. Pela internet, os líderes se utilizam de fala coloquial, reafirmando a existência de inimigos do pensamento pátrio, governando-se por meio do drama e colocando a sociedade em combate com os meios de comunicação tradicionais. O fazer político ganhou um novo significado na atualidade

Os meios de comunicação e os governos lutam para ser o povo diretamente, para ser a representação oficial da sociedade e a garantia da participação cidadã. Os tomadores de decisão localizam-se em três cenários: sedução locais para conquistar o público; autonomia e adaptabilidade em políticos e jornalistas; incidência permanente de modelos transacionais de negócios, mídia e política. O modelo de desenvolvimento econômico da mídia se divide entre concentração do poder de informar e opinar; estatização da propriedade; e modelos mafiosos de ação. A simultaneidade complementar dos grandes meios de comunicação que constroem uma esfera de poder na tomada de decisões; pequenos meios que constroem maneiras próximas de visibilidade; e mídia online e celular para outros modos de participação cidadã e da esfera pública.¹⁰

É possível, diante de tais constatações, lançar a pergunta sobre qual democracia deve existir realmente? A resposta passa pela análise da relação entre poder/democracia e a comunicação. Historicamente, ambos coexistem e, mais do que isso, se retroalimentam, mas a mudança de postura e o neopopulismo político alteraram bastante essa dinâmica.

Essa dinâmica passa pela opinião pública e pela forma como a própria sociedade compreende os conceitos de política e democracia. Ela pode atuar como um termômetro que, no final, guiará as decisões ou mudanças nos rumos traçados pelos governos. Como consequência dessa postura social, há que se ter energia e disposição para que exista um diálogo, ainda que se tenha que encarar as diferenças entre os grupos políticos e sociais.¹¹

Nesse sentido, pode-se refletir a democracia por dois caminhos: como um sistema de eleição de governos e como um conjunto de valores e crenças que são facilmente aceitas pela sociedade. Quando se pensa da democracia como um valor, seus procedimentos são substituídos por princípios como respeito aos direitos humanos, tolerância para a coexistência de diferentes atores sociais, não violência, não incitação ao ódio e o

⁸ SORJ, 2010, p. 76.

⁹ SORJ, 2010, p. 82.

¹⁰ SORJ, 2010, p. 86.

¹¹ FILOMENO, José Geraldo Birto. **Manual de Teoria Geral do Estado e Ciência Política**. Rio de Janeiro. Forense, 2015, p. 147.

exercício do cuidado social, sempre visando as transformações sociais¹². O que se percebe, diante de tais concepções, é que a democracia tem feito um bom caminho como um sistema burocrático de eleição, mas tem deixado a desejar no que diz respeito aos valores a que se propõe construir.

A interpretação equivocada da sua função pode ser um dos motivos pelos quais ela não cumpre sua função. Na América Latina, os cidadãos, e os próprios políticos, colocam sobre a democracia a crença de que ela pode solucionar os problemas sociais e econômicos, esquecendo-se que ela é apenas um sistema pelo qual se buscam a convivência, a inclusão e o diálogo.

Para Hannah Arendt, a política tem a sua base na pluralidade dos homens e trata, via de regra, da convivência entre os diferentes.

A política, assim aprendemos, é algo como uma necessidade imperiosa para a vida humana e, na verdade, tanto a vida do indivíduo como da sociedade. Como o homem não é autárquico, porém depende de outros em sua existência, precisa haver um provimento da vida relativo a todos, sem o qual não seria possível justamente o convívio. Tarefa e objetivo da política é a garantia da vida no sentido mais amplo. Ela possibilita ao indivíduo buscar seus objetivos.¹³

Neste contexto e a partir do surgimento do Estado nacional é consenso que existe uma obrigação do governo na garantia da liberdade da sociedade “para dentro e para fora”. Mas essa proteção não vem sem segundas intenções, visto que o próprio governo necessita desta participação para o exercício de suas próprias forças e esse controle, que ocorre em nome da liberdade, tanto social quanto dos indivíduos, estabelece limites para o exercício das ações dos governos.

A relação entre política e liberdade, em outras palavras, também é entendida nos tempos modernos de modo a ser a política um meio e a liberdade o seu objetivo mais elevado; portanto, a relação em si não mudou, embora o conteúdo e a extensão da liberdade se tenham modificado de forma bastante extraordinária.¹⁴

É justamente nesse contexto de dúvidas e diversidade de interpretações que a mídia, enquanto poder, entra no cenário. Os meios de comunicação não são poder no sentido de autoridade, influência ou dominação, mas são a representação do poder que o cidadão tem de articular agendas, definir projetos políticos, ser voz, atuar na produção da esfera política, de ouvir, ver e saber o que ocorre. De certa forma, ela intervém na tomada das decisões.

Há quem diga que para além dos três poderes constituídos (executivo, legislativo e judiciário) a sociedade conta com um quarto poder: a mídia. Este não é um conceito cuja compreensão é única, nem tampouco são todos os estudiosos que creditam como verdadeira essa posição. Contudo, a reflexão sobre como a mídia, por todos os meios pelos quais se manifesta hoje, impacta na vida das pessoas é necessária.

Essa é a defesa dos autores Pedrinho Guareschi e Osvaldo Biz¹⁵, em seu livro *Mídia & Democracia*. Para eles, o papel da mídia na sociedade conta com quatro proposições. A primeira reflete sobre a sociedade que a própria mídia constrói no sentido de que somente é real aquilo que existe “que tem valor, traz respostas, o que legitima e dá densidade ao cotidiano”, ou seja, que os fatos só passam a fazer parte da realidade a partir

¹² SORJ, 2010, p. 98

¹³ ARENDT, Hannah. **O que é política**. Rio de Janeiro. Bertrand Brasil, 1999, p. 47.

¹⁴ ARENDT, 1999, p. 75.

¹⁵ GUARESCHI, Pedrinho A, BIZ, Osvaldo. **Mídia & Democracia**. Porto Alegre. P.G, 2005

do momento em que são veiculados pelos meios de comunicação, sejam eles tradicionais ou não. Este seria, de fato, um primeiro poder. A segunda linha de raciocínio atua de forma complementar à primeira ao afirmar que a mídia, além de propor a realidade, também decide o que é verdadeiro ou não, dando aos veículos o poder de valorar o que existe. A sequência deste pensamento define a terceira proposição: a mídia como controladora da agenda de discussões da sociedade. Será que o que é debatido é o que se quer? O que é informado aos cidadãos é o que eles realmente necessitam? Ou o que é discutido é apenas parte de uma realidade, na qual a mídia é quem escolhe aquilo que deve estar na pauta? Por fim, o quarto aspecto. Nele, os autores apresentam um novo personagem estabelecido e compreendido como tal, presente nas casas. Um personagem que não apenas existe, mas com o qual também seja possível interagir e que, de uma maneira ou de outra, constitui a construção da própria subjetividade da sociedade.¹⁶

Embora seja visível essa forma de poder, também é possível observar o seu enfraquecimento ao longo dos anos, principalmente diante do surgimento das redes sociais, do aumento da interação da própria sociedade e da mudança de postura dos políticos, que hoje agem mais como celebridades do que como sujeitos de representação social. Entre os fatores, também se pode considerar a instrumentalização dos meios – como ferramentas de manutenção governamental –, a concentração da propriedade dos meios e a desconexão dos meios frente às reais necessidades e expectativas da sociedade.¹⁷

Dessa mudança, surge o ciberespaço e uma alternativa para as chamadas mídias de massa, ou meios tradicionais de comunicação, que se utilizam do disparo de informações organizadas e programadas, voltadas para um público anônimo e passivo¹⁸. Ao contrário dessa lógica, o ciberespaço não apresenta centros de distribuição, mas espaços comuns onde cada um pode buscar o que lhe interessar, não havendo, a não ser algumas limitações técnicas, maiores limitações e obstáculos à diversidade linguística da internet, o que implica também na falta de limites para sua manutenção, abastecimento e interpretação. De toda forma, essa estrutura nova e ampla não pode ser considerada completamente aleatória e suspensa. Toda rede, site, espaço, blog, página ou canal tem uma central que gera a informação. São, de alguma maneira, mantidas por alguma pessoa, empresa, instituição ou comunidade, o que significa que seus conteúdos tem uma orientação, um filtro e uma maneira definida de chegar ao público.

[...] a rede é antes de tudo um instrumento de comunicação entre os indivíduos, um lugar virtual no qual as comunidades ajudam seus membros a aprender o que querem saber. Os dados representam apenas a matéria-prima de um processo intelectual e social vivo e altamente elaborado. Finalmente, toda inteligência coletiva no mundo jamais irá prescindir da inteligência pessoal, do esforço individual e do tempo necessário para aprender, pesquisar, avaliar, integrar-se às diversas comunidades, mesmo que virtuais. A rede jamais pensará em seu lugar, e é melhor assim.¹⁹

As redes, assim como os meios tradicionais, não podem ser pensadas de forma isolada, e precisam ser debatidos de uma maneira crítica no seu atuar.

¹⁶ GUARESCHI; BIZ, 2005, p. 61.

¹⁷ SORJ, 2010, p. 99.

¹⁸ LEVY, PIERRE. **Ciberdemocracia**. Lisboa: Instituto Piaget, 2002, p. 246.

¹⁹ LEVY, 2002, p. 253.

2 O ACESSO À INFORMAÇÃO E A PARTICIPAÇÃO POPULAR POR MEIO DAS REDES

As redes de informação transformaram a realidade e as relações na sociedade. O seu acesso, cada vez mais amplo e, no caso do Brasil, sem uma regulamentação eficaz e capaz de orientar o seu uso, tem permitido interações, trocas e construções coletivas tanto para o bem, quanto para o mau. O surgimento de novas tecnologias provocou, e ainda provoca mudanças significativas nos conceitos já tão definidos como o espaço, as cidades, as comunidades e as atividades públicas. Como consequência, também é possível observar um aumento no poder de controle estratégico dos grandes poderes tradicionais sobre essas novas redes cada vez mais dispersas e coletivas²⁰.

Desta forma, na contramão do fortalecimento democrático por meio da participação dos cidadãos e do conhecimento, o uso da internet acaba por aprofundar a crise. Para Castells, “o problema, naturalmente, não está na internet, mas no tipo de política que nossas sociedades estão gerando. Uma política que em última instância molda o poder dos estados numa época em que eles se defrontam com uma transformação de seu ambiente de segurança”²¹. É o que o autor chama de “coevolução da internet e da sociedade” e a transformação política dos indivíduos, onde “o poder é exercido antes de tudo em torno da produção e difusão de nós culturais e conteúdos de informação”.

O controle sobre redes de comunicação torna-se alavanca pela qual interesses e valores são transformados em normas condutoras do comportamento humano. Esse movimento se processa, como em contextos históricos anteriores, de maneira contraditória. A internet não é um instrumento de liberdade, nem tampouco a arma de uma dominação unilateral (...). Na verdade, a liberdade nunca é uma dádiva. É uma luta constante; é a capacidade de redefinir autonomia e pôr a democracia em prática em cada contexto social e tecnológico. A internet encerra um potencial extraordinário para a expressão dos direitos dos cidadãos e a comunicação de valores humanos. Certamente não pode substituir a mudança social ou reforma política. Contudo, ao nivelar relativamente o terreno da manipulação simbólica, e ao ampliar as fontes de comunicação, contribui de fato para a democratização. A internet põe as pessoas em contato com uma ágora pública, para expressar suas inquietações e partilhar suas esperanças. É por isso que o controle dessa ágora pública pelo povo talvez seja a questão política mais fundamental suscitada pelo seu desenvolvimento”²².

Ainda que possa ser a chave para um desenvolvimento mais igual, com foco na potencialização das competências locais, organização de projetos e ações, troca de experiências e conhecimentos, ajuda mútua e uma participação mais efetiva da população das decisões políticas em âmbito local, regional e nacional, não se pode confundir essa democracia virtual com campanhas publicitárias governamentais. Há que se pontuar que a verdadeira democracia dita como eletrônica, é aquela que provoca na sociedade o desejo de participação, interação, mudança e coletividade.

Tem-se então o conceito do *ciberespaço*²³ que surge como um ponto de desconcentração e deslocalização, formulando um reequilíbrio das regiões pelo mundo. Mas, para que isso ocorra de fato, são necessários dois aspectos levantados pelo autor: o laço social e a inteligência coletiva. Para ele, todos os

²⁰ LEVY, 2002, p.190.

²¹ CASTELLS, Manuel; OLIVEIRA, José Manuel Paquete de; CARDOSO, Gustavo Leitão (Coord.). **A galáxia internet: reflexões sobre internet, negócios e sociedade**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.

²² CASTELLS, Manuel; OLIVEIRA, José Manuel Paquete de; CARDOSO, Gustavo Leitão (Coord.). **A era da informação: economia, sociedade e cultura**. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2017, p. 114.

²³ LEVY, 2010, p. 195.

recursos disponíveis nesse cenário cibernético, podem ser instrumentos de reforço aos mecanismos democráticos.

Mas esse mesmo ciberespaço que pode transformar realidades, também é um terreno disputado na concepção de Manuel Castells²⁴. Vários movimentos sociais ocorrem pela internet. Hoje, ela é a principal porta de entrada e saída das informações, das reivindicações, das dúvidas e das respostas, seja no âmbito político, ambiental, religioso ou cultura. Nesse processo, a própria internet se adapta às características do tipo de movimentação que surge na chamada era da informação e, por isso, gera conflitos de poderes. Os movimentos sociais que tem como base a mobilização por valores culturais são, segundo o autor, os primeiros a se constituir enquanto coletividade.

O surgimento do uso da web pelos movimentos sociais vem do vazio deixado pela crise nas organizações, herdadas ainda da Era Industrial.

Os partidos políticos de massa, quando e onde ainda existem, são conchas vazias, mal ativadas com máquinas eleitorais a intervalos regulares. Os sindicatos só sobrevivem abandonando suas formas tradicionais de organização, constituídas historicamente como réplicas das burocracias racionais características das grandes corporações e das agências estatais. As associações cívicas formais, e seus conglomerados organizacionais, estão em franco declínio como formas de engajamento social. [...] Isso não significa que as pessoas deixaram de se organizar e de se mobilizar em defesa de seus interesses ou na afirmação de seus valores. [...]. A internet torna-se um meio essencial de expressão e organização para esses tipos de manifestação, que coincidem uma dada hora a espaço, provocam seus impacto através do mundo da mídia, e atuam sobre instituições e organizações por meio das repercussões de seu impacto sobre a opinião pública. Esses poderes pretendem conquistar o poder sobre a mente, não sobre o Estado.²⁵

Esperava-se e ainda espera-se que a internet, e agora as redes sociais, sejam ferramentas de transformação, um instrumento que se encaixaria perfeitamente para realizar a promoção da democracia. Com a interatividade inerente da sua existência, seria possível, tendo como suporte a boa vontade do setor político e público da sociedade, que todos tivessem acesso às informações, expressando opiniões, pedindo respostas e vigiando o próprio governo. Porém, ao contrário do que se vislumbra, o que se vê é uma realidade truncada, ainda que, para Castells a internet seja um canal de comunicação horizontal não controlado e relativamente barato, e que, ao longo dos anos, as pessoas e os representantes do povo tenham acessado e interagido cada vez mais, paira sobre essas relações, certa falta de credibilidade²⁶.

O comportamento da internet tem semelhança com os movimentos sociais. A proximidade de ideais e valores comuns faz com que exista uma rede horizontal que favorece a cooperação e a solidariedade, da mesma forma que não exige uma liderança formal, fortalecendo laços como a confiança. Desse processo comum, nasce o que Castells²⁷ autodenomina “autocomunicação de massa”.

Outra semelhança é o fato de que, assim como os movimentos, as redes sociais também são, ao mesmo tempo, locais e globais, o que significa dizer que atuam no âmbito das demandas próximas aos envolvidos,

²⁴ CASTELLS, 2017, p. 114.

²⁵ CASTELLS, 2017, p. 116.

²⁶ CASTELLS, 2017, p. 130.

²⁷ CASTELLS, 2017.

assim como os mantêm, de certa forma, ligados ao que acontece no mundo. Nesse sentido, as redes também promovem suas próprias mobilizações, vinculadas às necessidades específicas a cada grupo.

REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

ARENDT, Hannah. **O que é política**. Rio de Janeiro. Bertrand Brasil, 1999.

BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**: uma defesa das regras do jogo. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.

CASTELLS, Manuel; OLIVEIRA, José Manuel Paquete de; CARDOSO, Gustavo Leitão (Coord.). **A era da informação**: economia, sociedade e cultura. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2017.

FILOMENO, José Geraldo Birto. **Manual de Teoria Geral do Estado e Ciência Política**. Rio de Janeiro. Forense, 2015.

GUARESCHI, Pedrinho A, BIZ, Osvaldo. **Mídia & Democracia**. Porto Alegre. P.G, 2005.

KELSEN, Hans. **A democracia**. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

LEVY, PIERRE. **Ciberdemocracia**. Lisboa: Instituto Piiaget, 2002

SORJ, Bernardo (organização). **Poder político e meios de comunicação**: da representação política aos reality shows. São Paulo: Paz e Terra, 2010.

.

INTEGRIDADE, JUSTIÇA SOCIAL E RELAÇÕES SOCIAIS: A FUNÇÃO DA DEMOCRACIA NA FILOSOFIA DO DIREITO DE RONALD DWORKIN

Aline Moura da Silva Boanova¹

Marcio Renan Hamel²

RESUMO

A presente pesquisa discorre sobre as contribuições de Ronald Dworkin para a ideia de direito como integridade aplicada à democracia. Sua relevância reside na necessidade de buscar alternativas para a tensão entre direito e moral. O objetivo geral é aplicar a ideia de integridade enquanto virtude política à democracia, discorrendo sobre a sua função na articulação entre direito e moral. São objetivos específicos ponderar sobre a integridade, expondo a função da democracia enquanto resultado da integridade política. A metodologia consiste em utilizar o método hipotético-dedutivo, a pesquisa será bibliográfica. Com o resultado se espera contribuir para a compreensão da função da democracia associativa, enquanto resultado da integridade política, e, por consequência, a integridade como um fator de legitimidade política.

PALAVRAS-CHAVE: Democracia; Direito; Integridade; Moral; Ronald Dworkin

ABSTRACT

This research discusses the contributions of Ronald Dworkin to the idea of law as integrity applied to democracy. Its relevance lies in the need to look for alternatives to the tension between law and morality. The general objective is to apply the idea of integrity as a political virtue to democracy, discussing its function in the articulation between law and morality. Specific objectives are to ponder integrity, exposing the function of democracy as a result of political integrity. The methodology consists of using the hypothetical-deductive method, the research will be bibliographic. The result is expected to contribute to the understanding of the function of associative democracy as a result of political integrity, and, as a consequence, integrity as a factor of political legitimacy.

KEYWORDS: Democracy; Integrity; Moral; Right; Ronald Dworkin

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa busca oferecer uma reflexão e uma compreensão acerca da função da democracia no Estado Constitucional e, especificamente, no constitucionalismo contemporâneo. Pensar a articulação entre democracia e direitos fundamentais exige, acima de tudo, pensar a difícil, mas necessária relação entre o direito e a moral, esta há muito minguada pelo Positivismo Jurídico normativista do século XX.

Entre os filósofos do direito contemporâneos, pode-se destacar a contribuição teórica de Ronald Dworkin, para quem a ideia de uma democracia constitucional deve atribuir maior atenção aos direitos e às liberdades fundamentais. Nesse quadro, Dworkin trabalha com a defesa de uma tese do “direito como integridade”, buscando justamente uma articulação entre o direito e a moral.

¹Advogada OAB/RS 107.289. Conciliadora da Justiça Federal TRF4. Mestra em Direito no Programa de Pós-Graduação em Direito *Stricto Sensu* da Universidade de Passo Fundo. Professora substituta da Faculdade de Direito - Universidade de Passo Fundo/UPF. Integrante do Projeto de Pesquisa Reconhecimento e Tolerância em Sociedades Multiculturais. E-mail: alineboanova@upf.br.

²Pós-Doutor em Direito pela URI/Santo Ângelo-RS. Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal Fluminense-RJ. Professor do PPGDireito e da Faculdade de Direito UPF. Coordenador do Projeto de Pesquisa Reconhecimento e Tolerância em Sociedades Multiculturais. E-mail: marcio@upf.br.

Dessa maneira, a presente investigação está dividida em dois momentos, sendo que na primeira parte aborda-se a tese da integridade e, na segunda parte, analisa-se a ideia e a função da democracia na teoria de Dworkin, tese que decorre da própria integridade política.

1 A IDEIA DO DIREITO COMO INTEGRIDADE DE DWORKIN

A problemática que envolve a atividade judicial no tocante às decisões está ligada à aplicação indevida do poder discricionário do juiz em interpretar o Direito, afetando a previsibilidade decisória e a segurança jurídica. A precariedade de métodos interpretativos do direito que atendam aos ideais de justiça e ofereçam legitimidade à atividade judicial, aliando os princípios, a moral, os costumes e as normas legais, revelam o subjetivismo do magistrado, afastando a prestação jurisdicional dos mandamentos que integram o Estado Democrático de Direito e a própria Constituição Federal.

Uma decisão judicial³ não pode ser tomada arbitrariamente pelo magistrado com base na discricionariedade judicial, utilizada indevidamente por conta da textura aberta do direito⁴. Nesse sentido, Ronald Dworkin, crítico do positivismo, mesmo na sua forma moderada hartiana⁵, elabora a teoria construtivista capaz de garantir, ao mesmo tempo, uma solução justa para um determinado caso, rejeitando a discricionariedade como fundamento da decisão judicial.

Dworkin é defensor de uma interpretação construtiva e, por isso mesmo, de uma teoria hermenêutica crítica. A ideia de integridade impõe ao juiz o dever de aplicar ao caso todo o conjunto de leis e o repertório de decisões judiciais pertinentes. A proposta construtivista de Dworkin busca limitar a discricionariedade do juiz que deve procurar compatibilizar sua decisão com o conjunto legislativo e jurisprudencial existente. Essa adequação se dá em termos de teoria geral explicativa. A decisão deve possuir um “poder explicativo geral e será malsucedida se deixar sem explicação algum importante aspecto estrutural”⁶, mas não precisa necessariamente ser identificada, nos mínimos detalhes, com o direito pré-existente. Poderá, inclusive, discordar de decisões e normas legais por considerá-las inadequadas à teoria geral proposta, mas não poderá descartar nenhum aspecto central ou relevante sem justificá-lo.

³ “Os juízes devem impor apenas convicções políticas que acreditam, de boa-fé, poder figurar numa interpretação geral da cultura jurídica e política da comunidade. Naturalmente, os juristas podem, razoavelmente, discordar sobre quando essa condição é satisfeita, e convicções muito diferentes, até mesmo contraditórias podem passar pelo teste. Mas algumas não. Um juiz que aceita esse limite e cujas convicções são marxistas ou anarquistas, ou tiradas de alguma convicção religiosa excêntrica, não pode impor essas convicções à comunidade com o título de Direito, por mais nobres ou iluminadas que acredite que sejam, pois elas não se podem prestar à interpretação geral coerente de que ele necessita”. DWORKIN, Ronald. **Uma questão de Princípio**. Trad. Luís Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. IX.

⁴ A textura aberta do direito, de Hart, é uma teoria onde se defende que em certas situações da vida real (nos chamados casos difíceis), em razão da indeterminação natural da linguagem e da impossibilidade de prever todas as situações futuras em regras específicas, o direito mostra lacunas (texturas abertas) em que a autoridade competente deve exercer um poder discricionário para criar o direito, balizado pela proporcionalidade. HART, Hebert L. A. **O Conceito de Direito**. 2 ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2001.

⁵ Ronald Dworkin analisou criticamente o positivismo jurídico de Hart especificamente em relação ao seu fundamento de validade, qual seja, a regra secundária de reconhecimento. Na sua crítica, em suma, Dworkin identifica, a partir da obra de Hart, as teses gerais que uma teoria, para ser classificada como positivista jurídica, deve conter, a saber: tese do fato social (que Dworkin, ironicamente, chama de tese do pedigree), tese da discricionariedade e tese da obrigatoriedade exclusiva da regra jurídica. A teoria de Hart apresenta estas teses positivistas, respectivamente, sob a seguinte denominação: a regra secundária de reconhecimento, a textura aberta das regras jurídicas e a definição de direito como um sistema de regras primárias e secundárias. HART, Hebert L. A. **O Conceito de Direito**, 2001. p. 320-323.

⁶ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jeferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 277.

A teoria de interpretação construtiva usa o direito como integridade para uma melhor justificativa e legitimação da atividade judiciária, refutando o convencionalismo⁷ e pragmatismo⁸ nas decisões judiciais. O direito como integridade “deplora o mecanismo do antigo ponto de vista de que ‘lei é lei’, bem como o cinismo do novo ‘realismo’. Considera esses dois pontos de vista como enraizados na mesma falsa dicotomia entre encontrar e inventar a lei⁹. Conforme Dworkin

(...) o direito como integridade nega que as manifestações do direito sejam relatos factuais do convencionalismo, voltados para o passado, ou programas instrumentais do pragmatismo jurídico, voltados para o futuro. Insiste em que as afirmações jurídicas são opiniões interpretativas que, por esse motivo, combinam elementos que se voltam tanto para o passado quanto para o futuro; interpretam a prática jurídica contemporânea como uma política em processo de desenvolvimento. Assim, o direito como integridade rejeita, por considerar inútil, a questão de se os juízes descobrem ou inventam o direito; sugere que só entendemos o raciocínio jurídico tendo em vista que os juízes fazem as duas coisas e nenhuma delas¹⁰.

Sobretudo, a ideia de integridade é um método de aplicação dos princípios e valores mais fundamentais na decisão jurídica, de maneira a legitimar a atividade do Poder Judiciário, atribuindo-lhe fundamento, para assim alcançar a satisfação do anseio comunitário por justiça e igualdade de tratamento¹¹.

Em síntese, a proposta da integridade busca legitimar uma decisão judicial que considere todos os aspectos fáticos, normativos e morais relevantes para a solução do caso. Com isso, cria as condições para impedir a discricionariedade do intérprete, pois a magnitude da tarefa não deixa margem a escolhas arbitrárias. Ao contrário, exige do julgador um esforço hercúleo¹² para construir uma decisão que integre materiais vastos e, não raro, conflitantes entre si.

Dworkin procura, com a ideia de integridade, atingir simultaneamente dois propósitos importantes: moldar a atitude do intérprete de maneira a excluir o recurso à discricionariedade e propor uma forma de legitimar a decisão judicial considerando devidamente os princípios legais, morais e políticos, relativos à “justiça”, à “equidade” e ao “devido processo legal”. Para Dworkin a integridade não se confunde com a justiça e com a equidade, mas está ligada a elas da seguinte maneira: a integridade só faz sentido entre pessoas que querem também justiça e equidade. Então é necessário destacar o significado de justiça, equidade e devido processo legal adjetivo para Dworkin, nesse contexto

a justiça diz respeito ao resultado correto do sistema político: a distribuição correta de bens, oportunidades e outros recursos. A equidade é uma questão da estrutura correta para esse sistema, a estrutura que distribui a influência sobre as decisões políticas da maneira adequada. O devido processo legal adjetivo é uma questão dos procedimentos corretos para a aplicação de regras e regulamentos que o sistema produziu. A supremacia legislativa que obriga Hércules a aplicar as leis, mesmo

⁷ No convencionalismo um direito ou responsabilidade só decorre de decisões anteriores se estiver explícito nessas decisões anteriores, ou se puder ser explicitado por meio de métodos ou técnicas convencionalmente aceitos pelos profissionais do direito. DWORKIN, Ronald. **Uma questão de Princípio**, 2005. p. 117.

⁸ No pragmatismo judicial os juízes sempre devem tomar decisões que sejam melhores para o futuro da comunidade, ignorando qualquer forma de coerência com o passado como algo que tenha valor por si mesmo. DWORKIN, Ronald. **Uma questão de Princípio**, 2005. p. 119.

⁹ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. 2003. p. 274.

¹⁰ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. 2003. p. 271.

¹¹ “toda decisão deve se fundar em um compromisso (pré-compreendido). Esse compromisso passa pela reconstrução da história institucional do direito – aqui estamos falando, principalmente, dos princípios enquanto indícios formais dessa reconstrução – e pelo momento de colocação do caso julgado dentro da cadeia da integridade do direito. Não há decisão que parta do “grau zero de sentido”. STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 98.

¹² Dworkin utiliza a denominação “juiz Hércules” para se referir ao julgador que seria capaz de executar tarefas extraordinárias.

quando produz uma incoerência substantiva, é uma questão de equidade porque protege o poder da maioria de fazer o direito que quer. As doutrinas rigorosas do precedente, as práticas da história legislativa e a prioridade local são em grande parte, embora de maneira distintas, questões de processo legal adjetivo, porque estimulam os cidadãos a confiar em suposições e pronunciamentos doutrinários que seria errado trair ao julgá-los depois do fato¹³.

A justificação e aplicação do direito são problemas que se podem verificar de maneira mais forte em situações de indeterminação jurídica, conforme argumenta Farias. Nesse sentido, Dworkin analisa a fundamentação das decisões por meio da elaboração jurídica de argumentos fundamentais e argumentos extraídos da determinação de objetivos. “Dworkin estabelece a distinção entre ‘regra’, ‘princípio’ e ‘políticas’ ou ‘objetivos’. Tanto as regras quanto os princípios são mandamentos cuja validade deontológica exprime o caráter da obrigação”¹⁴.

A proposta de Dworkin baseia-se em três aspectos formativos: legislativo, judiciário e sociedade. Cada uma dessas esferas exerce protagonismo na integridade, a falta da observância dos seus fundamentos por qualquer dos atores impede a efetividade da teoria. A integridade funciona como uma engrenagem, se o parlamento não considera como missão a realização de um conjunto moralmente coerente de leis, necessariamente não será possível a plena realização de uma interpretação, no mesmo sentido, pelo judiciário. Como consequência, também implicará na distorção do conceito pela sociedade. Nesse ponto a integridade se compatibiliza com o regime democrático.

O direito como integridade parte da premissa de que a comunidade personificada, fiel guardiã da justiça e da equidade, é a verdadeira autora dos direitos e deveres legais, baseado no sistema de princípios que foram justificadores de uma determinada decisão no tempo em que ocorreu. Nesse sentido a ideia de integridade, como uma virtude política, se une à democracia, conferindo legitimidade política à sociedade deliberando de forma associativa na formação de uma comunidade pautada pela harmonização de direito e moral.

2 INTEGRIDADE E LEGITIMIDADE POLÍTICA: A FUNÇÃO DA DEMOCRACIA

Dworkin considera a sociedade um importante mecanismo na estruturação do direito como integridade, ao lado dos poderes legislativo e judiciário, defendendo que a democracia deve ser compreendida como expressão comunitária, considerando a coletividade como fenômeno distinguível do somatório das vontades individuais de seus membros. Assim a integridade se liga à ideia da democracia associativa, pois também precede o comprometimento com algo que se antecipa, no caso da democracia o que se antecipa também é a compreensão daquilo que a comunidade política constrói como direito, ressaltando-se que essa construção não é a soma de diversas ideias, mas sim, um todo que se apresenta como a interpretação mais adequada do direito¹⁵.

A integridade não é um ideal político, todavia, na visão de Dworkin, ela faz parte da moral política coletiva, o que a comunidade como um todo, e não apenas as autoridades, individualmente consideradas,

¹³ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. 2003. p. 483.

¹⁴ FARIAS, José Fernando de Castro. **Ética, política e direito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p.286.

¹⁵ STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 2010, p. 101.

considera como princípios. Dessa forma, a integridade é uma virtude política a qual se refere ao compromisso de que o “(...) governo aja de modo coerente e fundamentado em princípios com todos os seus cidadãos, a fim de estender a cada um os padrões fundamentais de justiça e equidade.”¹⁶

Para Dworkin “(...) as pessoas reais na vida política comum atuam dentro de uma estrutura política e também sobre ela (...) a política é mais evolutiva que axiomática.”¹⁷ Então a integridade política supõe uma personificação particularmente profunda da comunidade ou do Estado. Pressupõe que a comunidade como um todo pode se engajar “(...) nos princípios de equidade, justiça ou devido processo legal adjetivo de algum modo semelhante àquele em que certas pessoas podem engajar-se em convicções, ideais ou projetos.”¹⁸ Nesse sentido, a sociedade passa a fazer parte da moral política coletiva. O principal efeito disso é o surgimento de uma “(...) forma especial de comunidade, especial num sentido de que promove sua autoridade moral para assumir e mobilizar monopólio de força coercitiva.”¹⁹

A partir da ideia da integridade política, surge a sua vinculação à legitimidade política, ao lado do modelo de princípios para fins de práticas associativas, no qual a comunidade e os membros aceitam que são governados por princípios comuns e não apenas por regras criadas por um acordo político. Admitem, assim, que seus direitos e deveres políticos não se esgotam nas decisões particulares constantes nas regras, mas dependem, de maneira mais ampla, do sistema de princípios que essas decisões pressupõem.²⁰

A concepção de democracia sustentada por Dworkin, a partir da denominação de “democracia associativa” significa que as pessoas se auto-governam, cada um enquanto associado pleno do direito de uma empresa política coletiva, de forma que as decisões da maioria são democráticas somente se cumprem determinadas condições que protegem a condição e os interesses de cada cidadão associado de pleno direito a esta empresa.²¹ Como consequência de tal conceito, Dworkin entende que a regra da maioria não é absoluta nesse caso, porquanto a partir do momento em que houver desrespeito às minorias será, pois, uma comunidade não democrática.

Para Dworkin, a concepção de “democracia associativa” não considera a democracia independente do resto da moralidade política, sendo que a partir dessa concepção, necessita-se uma teoria da igualdade associativa “para dizer o que é ou não é uma decisão democrática, e necessitamos recorrer às ideias de justiça, igualdade e liberdade para construir tal teoria.”²² A política, para Dworkin, ‘é uma arena de debates sobre quais princípios a comunidade deve adotar como sistema, que concepção deve ter de justiça, equidade e justo processo legal.’²³

Assim, os membros de uma comunidade política não admitem que seus direitos e deveres políticos se esgotem nas decisões particulares tomadas por suas instituições políticas, mas dependem do sistema de princípios que essas decisões pressupõem e endossam. De acordo com a concepção associativa, a democracia

¹⁶ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jeferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 201.

¹⁷ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. 2003. p. 199.

¹⁸ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. 2003. p. 202.

¹⁹ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. 2003. p. 227.

²⁰ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. 2003. p. 250.

²¹ DWORKIN, Ronald. **La democracia posible: principios para un nuevo debate político**. Traducción de Ernest Weikert García. Barcelona: Paidós Ibérica S.A., 2008. p. 168.

²² DWORKIN, Ronald. **La democracia posible**. 2008. p. 170.

²³ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. 2003. p. 254.

é um ideal substantivo e não meramente procedimental. Conforme esclarece Chueiri, a Filosofia do Direito de Dworkin faz parte de um projeto interdisciplinar no qual ela tem uma função legitimadora, pois reforça os direitos individuais, especialmente a igualdade, como base para uma democracia efetiva, revitalizando não somente sua noção, mas também do liberalismo que lhe dá sustentação²⁴.

No campo da democracia e da teoria constitucional, Dworkin representa uma visão de “democracia constitucional” onde a preocupação reside em atribuir maior ênfase aos direitos e às liberdades fundamentais, cabendo à teoria uma formulação mais jurídica junto a tentativa de articulação entre direito e a moral²⁵.

Dentro da concepção de comunidade política, Dworkin ressalta a responsabilidade de cada cidadão respeitar os princípios de equidade e justiça da organização política da comunidade particular. Dessa forma, o interesse expressado por determinada comunidade será permanente e constante. Dworkin parte, então, da concepção de direito à igual consideração e respeito, onde o sistema da integridade irá pressupor que cada pessoa em particular seja tratada com dignidade quanto qualquer outra e, de igual forma, com respeito²⁶.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir do presente estudo se demonstrou que a visão de Dworkin acerca da teoria construtivista utiliza a integridade para justificar a aplicação do direito, refutando a discricionariedade e se vinculando às ideias de justiça, equidade e devido processo legal adjetivo. Ao rejeitar a discricionariedade e as decisões pautadas somente nas regras do direito posto, se abre a possibilidade de uma interpretação mais justa e integralizada à própria comunidade política que se encontra sob seus efeitos.

A integridade impõe ao intérprete do direito a igual coerência e observância dos princípios constitucionais que personificam a comunidade política, ocasionando uma aplicação simbiótica entre direito e moral. Assim, a integridade na decisão judicial fomenta a integridade da própria comunidade política personificada e que se engaja nos princípios da equidade, da justiça e do devido processo adjetivo.

A integridade enquanto virtude política pressupõe que no modelo de democracia as pessoas governam a si mesmas cada qual como associadas de pleno direito do plano político de vida coletiva, de tal maneira que as decisões de uma maioria são democráticas apenas se garantem e consideram o plexo principiológico pautado pela justiça, equidade e devido processo legal adjetivo. Assim, a maioria tem direito de impor sua vontade apenas quando cumpre as condições da plena associação. Trata-se de uma concepção que vincula a premissa majoritária à uma democracia constitucional e que vai ao encontro da sua teoria interpretativa do direito enfatizando a liberdade e a igualdade, formando uma ideia de unidade democrática.

²⁴ CHUEIRI, Vera Karam de. Ronald Dworkin. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.) **Dicionário de filosofia do direito**. Rio de Janeiro; São Leopoldo: Renovar; Editora Unisinos, 2006. p.261.

²⁵ FARIAS, José Fernando de Castro. **Ética, política e direito**. 2004, p.225.

²⁶ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. 2003. p.257.

REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

- CHUEIRI, Vera Karam de. Ronald Dworkin. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.) **Dicionário de filosofia do direito**. Rio de Janeiro; São Leopoldo: Renovar; Editora Unisinos, 2006. p.259-263.
- DWORKIN, Ronald. **Uma questão de Princípio**. Trad. Luís Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- DWORKIN, Ronald. **La democracia posible**: principios para un nuevo debate político. Traducción de Ernest Weikert García. Barcelona: Paidós Ibérica S.A., 2008.
- DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2011.
- DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jeferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- FARIAS, José Fernando de Castro. **Ética, política e direito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- HART, Hebert L. A. **O Conceito de Direito**. 2 ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1994.
- STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 2. ed. rev. E ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

A GRATUIDADE DA JUSTIÇA COMO FORMA DE ACESSO À JUSTIÇA: UMA ANÁLISE DA APLICABILIDADE DO INSTITUTO A PARTIR DA VIGÊNCIA DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

Camila Cristina Paumann¹

Francieli Formentini²

RESUMO

O presente artigo visa analisar o instituto da gratuidade da justiça previsto nos artigos 98 a 102 do Código de Processo Civil de 2015 e sua aplicabilidade após a alteração legislativa, como forma de acesso à justiça. Para o desenvolvimento do trabalho foi realizada pesquisa bibliográfica, em meios físicos e na Internet, interdisciplinares, e capazes de construir um posicionamento acerca do tema. Por fim, o objeto da pesquisa foi analisar o instituto da gratuidade da justiça e os principais obstáculos encontrados para a concessão do benefício e ver assegurado o direito de cada cidadão independente da sua condição financeira.

PALAVRAS-CHAVE: benefício; poder judiciário; acesso.

ABSTRACT

This article aims to analyze the institute of gratuitous justice provided for in articles 98 to 102 of the 2015 Code of Civil Procedure and its applicability after the legislative amendment, as a means of access to justice. For the development of the work was conducted bibliographical research, in physical and Internet, interdisciplinary, and able to build a position on the subject. Finally, the object of the research was to analyze the institute of free justice and the main obstacles encountered in granting the benefit and to ensure the right of each citizen regardless of their financial condition.

KEYWORDS: benefit; judicial power; access.

INTRODUÇÃO

O artigo apresenta um estudo acerca das primeiras noções sobre o que dispõe no artigo 98 e seguintes do Código de Processo Civil de 2015 e suas especificidades acerca da gratuidade da justiça, bem como sobre os critérios para concessão e a definição de quais custas e despesas são abarcadas pelo instituto. Além disso, a sua regulamentação e aspectos do benefício que até então eram objeto de interpretações jurisprudenciais.

O tema abordado é de extrema relevância para compreender as especificidades do instituto a partir da vigência do Novo Código de Processo Civil, bem como sobre as diversas controvérsias que há acerca dos critérios de concessão do benefício e de sua aplicabilidade.

A partir desta pesquisa, será verificado quais as implicações práticas a partir da aplicabilidade do instituto para toda a população postulante, que tenha concessão da assistência judiciária gratuita com base na sua capacidade financeira.

¹Bacharel em direito pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul. E-mail: camila.cristinap@hotmail.com

² Professora e Coordenadora do Curso de Graduação em Direito da Unijuí - Campus Santa Rosa. Mestre pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul (2010).

1 GRATUIDADE DA JUSTIÇA: CONCEITO

Boa parte da população brasileira é considerada de baixa renda. Considerando os dados do IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística), colhidos no ano de 2016, houve um aumento de 2,5 milhões para 3,6 milhões de pessoas com baixa renda.

Estes números altíssimos são decorrentes da crise econômica que o país enfrenta e da desigualdade social. A título de exemplo, o Estado do Rio Grande do Sul apresentou uma renda per capita de R\$ 1.567,00 (um mil, quinhentos e sessenta e sete reais) no ano de 2017, conforme dados exibidos nas estatísticas da agência IBGE em notícia intitulada “PNDA contínua: 10% da população concentravam quase metade da massa de rendimentos do país em 2017”.³

O panorama exposto, impossibilita o acesso aos direitos fundamentais, ferindo gravemente os direitos de quem luta pela cidadania e pela igualdade. O Estado constitucional, ampara a população para a busca pela democracia e o concreto acesso à justiça, conforme o artigo 1º da Constituição Federal (CF)⁴, inciso II, onde: “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: II – a cidadania.”⁵

O acesso à justiça é uma garantia fundamental prevista no artigo 5º, XXXV, da CF, que estabelece que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”⁶, no entanto, para acessar ao Poder Judiciário é necessário efetuar o recolhimento de taxas judiciais e custear despesas e honorários advocatícios decorrentes do processo.

Desta maneira, aqueles que litigam judicialmente, necessitam custear o serviço, seja quando do ingresso da ação judicial mediante o recolhimento das custas iniciais ou quando vencidos, oportunidade em que deverão arcar com os ônus sucumbenciais.

Para viabilizar o acesso à Justiça para aqueles que não têm condições financeiras de custear esse serviço surgiu a “gratuidade da justiça”, que tem como conceito à garantia conferida ao cidadão de ter acesso à justiça sem necessidade de pagamento de taxa judiciária e demais despesas judiciais.

O autor Daniel Amorim Assumpção Neves afirma que a concessão do benefício da gratuidade depende da insuficiência de recursos da parte que postula, definindo a insuficiência de recursos o que “[...] se associa ao sacrifício para manutenção da própria parte ou de sua família na hipótese de serem exigidos tais adiantamentos.”⁷

A gratuidade da justiça, nomenclatura atualizada pelo Código de Processo Civil de 2015, e definida pelo Autor Mouzalas, “consiste na dispensa do adiantamento de despesas processuais e de honorários

³ IBGE. **PNAD Contínua: 10% da população concentravam quase metade da massa de rendimentos do país em 2017.** <<https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/20843-pnad-continua-10-da-populacao-concentravam-quase-metade-da-massa-de-rendimentos-do-pais-em-2017.html>> Acesso em: 29 mai. 2019.

⁴ Brasil. **Constituição da República Federativa do Brasil (1998).** Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em 24 set 2019.

⁵ Brasil, 1998.

⁶ Brasil, 1998.

⁷ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil. Volume único.** Salvador: Editora Juspodivm, 2017. Cap. 6, p.297-305.

advocáticos, e não do seu pagamento.”⁸. Assim, a gratuidade da justiça busca vencer o obstáculo econômico das custas e despesas processuais que impedem os cidadãos de acessar ao Poder Judiciário para a concretização de direitos.

Cabe ressaltar que a gratuidade da justiça não isenta “[..]do pagamento do ônus de sucumbência, custas e honorários, apenas sua exigibilidade fica suspensa até que cesse a situação de hipossuficiência ou se decorridos cinco anos”⁹, conforme previsto no artigo 98, §3º do Código de Processo Civil de 2015, que assim estipula:

§ 3º Vencido o beneficiário, as obrigações decorrentes de sua sucumbência ficarão sob condição suspensiva de exigibilidade e somente poderão ser executadas se, nos 5 (cinco) anos subsequentes ao trânsito em julgado da decisão que as certificou, o credor demonstrar que deixou de existir a situação de insuficiência de recursos que justificou a concessão de gratuidade, extinguindo-se, passado esse prazo, tais obrigações do beneficiário.¹⁰

Conforme afirma Rogerio de Vidal Cunha, as custas representam grande parte dos emolumentos do Poder Judiciário, 32,5% em 2014, bem como os honorários sucumbenciais e as despesas processuais, oferecendo escolhas e mostrando os riscos do ingresso da demanda para a parte, para que a gratuidade da justiça não se torne banalizada para o ingresso de demandas precipitadas.¹¹

É importante diferenciar a assistência jurídica da assistência judiciária, pois já houve diversos equívocos na utilização dessas expressões como se possuíssem o mesmo significado. Para Ticiano Alves e Silva, enquanto a primeira apresenta um caráter mais geral, contemplando tanto a atuação judicial ou extrajudicial, a segunda visa a defesa do sujeito em juízo, atuando como espécie do gênero que é a primeira. A assistência Judiciária tem o amparo do processo de forma gratuita por meio de Defensor Público, advogado dativo ou por núcleos de prática jurídica das faculdades de Direito.¹²

A assistência jurídica, também conhecida como “direito à orientação jurídica extrajudicial”, abrange a atividade fora do âmbito judicial, como relata Ticiano Alves e Silva:

[...] a atuação em processos administrativos, na formulação e execução de contratos, na veiculação de campanhas publicitárias que esclareçam os direitos dos cidadãos, em mediações e conciliações extrajudiciais etc. Essa nova adjetivação da assistência, que passa a ser jurídica e não mais apenas judiciária, é um dos grandes avanços da Constituição Federal de 1988, que se preocupou com o acesso à justiça para além da via jurisdicional, ou seja, de maneira global, considerando todas as possíveis vias de acesso, que, se bem assistidas, evitam mesmo os próprios litígios.¹³

Conforme escreve Fernanda Tartuce e Luiz Dellore, a assistência judiciária, possui a seguinte definição: “consiste no patrocínio da causa por advogados, sejam eles componentes do Estado, integrantes de uma entidade com ele conveniada, de entidades privadas ou mesmo particulares atuando *pro bono*.”¹⁴

⁸ MOUZALAS, Rinaldo. João Otávio Terceiro Neto. Eduardo Madruga. **Processo civil, volume único**. Salvador: Editora Juspodivm, 2016. Cap. VIII, p.191.

⁹ MOUZALAS, Rinaldo. João Otávio Terceiro Neto. Eduardo Madruga. **Processo civil, volume único**. Salvador: Editora Juspodivm, 2016. Cap. VIII, p.192.

¹⁰ BRASIL. **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 29 mai. 2019.

¹¹ CUNHA, Rogerio de Vidal. **Manual da justiça gratuita**. Curitiba: Editora Juruá, 2018.

¹² DIDIER JR, Fredie et al. Novo CPC parte geral vol 1. In: SILVA, Ticiano Alves e. **Gratuidade da Justiça no Novo CPC**. Mato Grosso: Editora JusPodivm, 2015. cap. 7, p. 806.

¹³ DIDIER JR, 2015, p. 806.

¹⁴ DIDIER JR, 2015, p.771.

Segundo Tartuce e Dellore “a justiça gratuita pode ser conceituada como a isenção do recolhimento de custas e despesas (de ordem processual ou não) que se revelam necessário ao exercício de direitos e faculdades processuais inerentes ao exercício do devido processo legal.”¹⁵

Para a autora Patrícia Marques Oliveski, esta garantia, é específica para os:

Reconhecidamente pobres na forma da lei, o que necessariamente promove a quebra do princípio da igualdade, pois o legislador previu soluções diversas para situações iguais. Assim, o cidadão comum que possui as suas limitações, mas não se enquadra na situação de pobreza exigida pela lei, vê-se impossibilitado de adentrar ao judiciário, sem que para tanto arque com as despesas necessárias. Ainda que não possua recursos e a lei lhe garanta a apreciação de sua causa pelo Judiciário, ficará sem fazê-lo, ante o teor da norma reguladora.¹⁶

Para aqueles que não se encaixavam como “reconhecidamente pobres”, conceituando-os como “todo aquele cuja situação econômica não lhe permitir pagar as custas do processo e dos honorários de advogado, sem prejuízo do sustento próprio ou da família”, era necessário a comprovação dos seus rendimentos, bem como que não consegue pagar as custas processuais.

A Lei nº 1060/50¹⁷, primeira norma regulamentadora até 2015, sofreu muitas alterações com a promulgação da legislação processual civil de 2015, sendo revogados os artigos 2º, 3º, 4º, 6º, 7º, 11º, 12º, conforme o artigo 1072, inciso III, do Código de Processo Civil, para tornar mais dinâmico e celere o trabalho do Poder Judiciário.

2 O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

Em 2015, o Código de Processo Civil, insere um capítulo, com 5 artigos, do 98 ao 102, sobre a gratuidade da justiça. Os termos do artigo 98 infere-se o seguinte:

Art. 98. A pessoa natural ou jurídica, brasileira ou estrangeira, com insuficiência de recursos para pagar as custas, as despesas processuais e os honorários advocatícios tem direito à gratuidade da justiça, na forma da lei.

§ 1º A gratuidade da justiça compreende:

I - as taxas ou as custas judiciais;

II - os selos postais;

III - as despesas com publicação na imprensa oficial, dispensando-se a publicação em outros meios;

IV - a indenização devida à testemunha que, quando empregada, receberá do empregador salário integral, como se em serviço estivesse;

V - as despesas com a realização de exame de código genético - DNA e de outros exames considerados essenciais;

VI - os honorários do advogado e do perito e a remuneração do intérprete ou do tradutor nomeado para apresentação de versão em português de documento redigido em língua estrangeira;

VII - o custo com a elaboração de memória de cálculo, quando exigida para instauração da execução;

VIII - os depósitos previstos em lei para interposição de recurso, para propositura de ação e para a prática de outros atos processuais inerentes ao exercício da ampla defesa e do contraditório;

IX - os emolumentos devidos a notários ou registradores em decorrência da prática de registro, averbação ou qualquer outro ato notarial necessário à efetivação de

¹⁵ DIDIER JR, 2015, p.772.

¹⁶ OLIVESKI, Patrícia Marques. **Acesso à justiça**. Ijuí: Editora Unijuí, 2013. Unid. 4, p. 105

¹⁷ BRASIL. **Lei 1.060, de 05 de fevereiro de 1950**. Estabelece normas para a concessão de assistência judiciária aos necessitados. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L1060compilada.htm. Acesso em 25 set 2019.

decisão judicial ou à continuidade de processo judicial no qual o benefício tenha sido concedido.¹⁸

Depreende-se do caput do referido artigo que o cidadão não precisa necessariamente ser hipossuficiente ou viver em situação de pobreza para beneficiar-se da gratuidade, basta que não tenha recursos financeiros suficientes para pagar as custas, despesas processuais e os honorários advocatícios. Assim, mesmo possuindo bens, poderá o cidadão ter concedido tal benefício, desde que não tenham renda para arcar com tais pagamentos.

Como elencado no parágrafo 2º do referido artigo “[...] a concessão de gratuidade não afasta a responsabilidade do beneficiário pelas despesas processuais e pelos honorários advocatícios decorrentes de sua sucumbência.”¹⁹ Desse modo, o magistrado fixará na sentença a quem caberá o pagamento dos ônus sucumbenciais, determinando, apenas a suspensão da exigibilidade.

Portanto, em ocorrendo a mudança financeira daquele a quem foi concedido o benefício da gratuidade da justiça a ponto de inexistir a insuficiência de recursos financeiros, no prazo de 05 (cinco) anos, poderá ser informado no processo requerendo que seja revogada a condição suspensiva. Com isso, haverá de ser realizado o pagamento dos valores estipulados na decisão judicial. Caso não ocorra alteração na situação financeira no prazo de 05 (cinco) anos, extingue-se a obrigação do beneficiário em realizar o pagamento das verbas.

Com relação as multas, o parágrafo 4º do artigo 98 deixa claro que “a concessão de gratuidade não afasta o dever de o beneficiário pagar, ao final, as multas processuais que lhe sejam impostas.”²⁰ Essa determinação legal busca também responsabilizar os beneficiários da gratuidade pelas multas processuais, conforme Mouzalas, Neto e Madruga “[...] sejam elas coercitivas, indenizatórias ou punitivas.”²¹

Rogério de Vidal Cunha, disserta sobre a ideia da modulação da gratuidade, que está estabelecida no parágrafo 5º, expondo que o juiz pode articular diferentes formas de conceder a gratuidade da justiça, podendo até concedê-la a apenas alguns atos processuais, o que se constitui como uma inovação.²²

Da mesma maneira, pode-se observar no parágrafo 6º que: “[...] conforme o caso, o juiz poderá conceder direito ao parcelamento de despesas processuais que o beneficiário tiver de adiantar no curso do procedimento”²³ podendo o magistrado ao invés de disponibilizar o benefício da gratuidade, ativar a divisão das custas processuais, sendo a gratuidade parcial ou total. Por exemplo, o magistrado determina o benefício para a perícia e não para as despesas iniciais.

No parágrafo 7º, “aplica-se o disposto no art. 95, § 3º a 5º, ao custeio dos emolumentos previstos no § 1º, inciso IX, do presente artigo, observada a tabela e as condições da lei estadual ou distrital respectiva.”²⁴

Nesse contexto, Rogério de Vidal Cunha, explica que pelo fato da taxa judicial ser um tributo, e nada mais justo que o pagamento deste tributo seja efetuado por quem utiliza desta atividade, o litigante que possui

¹⁸ BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015.** Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em 29 mai. 2019.

¹⁹ BRASIL, 2015.

²⁰ BRASIL, 2015.

²¹ MOUZALAS, 2016, p.194.

²² CUNHA, 2018.

²³ BRASIL, 2015.

²⁴ BRASIL, 2015.

o benefício da gratuidade da justiça, não arcará com os valores destas respectivas taxas, pois serão custeados sob os recursos dos cofres públicos e disponibilizados pelos servidores do Poder Judiciário.²⁵

De qualquer sorte, caso ainda haja questionamentos sobre a concessão, poderá o requerente solicitar a invalidação do ato, integral ou parcialmente, conforme disposto no parágrafo 8º do referido artigo.²⁶

Com a alteração dos dispositivos no Código de Processo Civil a solicitação do benefício pode ser feita em qualquer fase do processo, conforme artigo 99 e parágrafos, pois a poderá haver, ao longo do processo, alteração de sua condição financeira.

Ademais, o Código de Processo Civil aborda amplamente sobre os casos práticos vivenciados pelas partes necessitadas. O juiz ainda possui autoridade máxima para conceder ou não o benefício, situação essa que não foi alterada desde a Lei de 1060/50.

Augusto Tavares Rosa Marcacini citado por Tartuce e Dellore, aduz um conceito ao mencionar sobre as escolhas do magistrado sobre a reconhecida necessidade das partes:

O conceito de necessidade não é determinado mediante regras rígidas, matemáticas, não se utilizando limites numéricos determinados. Têm direito ao benefício aqueles que não podem arcar com os gastos necessários à participação no processo, na medida em que, contabilizados os seus ganhos e os seus gastos com o próprio sustento e da família, não lhe reste numerário suficiente para tanto. O direito ao benefício decorre da indisponibilidade financeira do sujeito.²⁷

Na prática forense, conforme Tartuce e Dellore, o magistrado é quem concede a gratuidade, sem desígnios objetivos. A intenção das novas normas, é para que a parte tenha a oportunidade de seguir com o andamento do processo sem ter o indeferimento logo na exordial, oportunizando a emenda à inicial para que a parte litigante discorra acerca da sua necessidade, bem como tenha a oportunidade de acostar documentos comprobatórios, quando for o caso e houver necessidade.²⁸

A oportunidade de impugnação à gratuidade da justiça, como na Lei n.º 1060/50 e no Código de Processo Civil de 2015, depreende-se que na situação de deferimento do instituto, pode a parte contrária, com o conhecimento da concessão, impugnar a concessão.

No que tange a impugnação a gratuidade da justiça, o legislador na lei 1060/50, em seus artigos 6º e 7º, ora revogados, estabelece que: “uma vez deferida a gratuidade pelo juiz, cabe ao *ex adverso* apresentar impugnação à justiça gratuita, que não suspenderá o andamento do processo e será autuado em apartado dos autos principais.”²⁹ Nesta petição, a parte adversa deve provar que o beneficiário tem condições de arcar com as custas, pois o ônus para convencimento do juiz será do impugnante.

O Código de Processo Civil de 2015 estabelece nova sistemática sobre a impugnação, sendo que deverá ser oferecida, pela parte contrária, quando for intimada da concessão do benefício. Na maioria das vezes, esta impugnação é apresentada juntamente com a peça de defesa, a contestação. A respeito da impugnação o artigo 100, dispõe o seguinte:

Deferido o pedido, a parte contrária poderá oferecer impugnação na contestação, na réplica, nas contrarrazões de recurso ou, nos casos de pedido superveniente ou

²⁵ CUNHA, 2018.

²⁶ BRASIL, 2015.

²⁷ DIDIER JR, 2015, p.778.

²⁸ DIDIER JR, 2015. cap. 5.

²⁹ BRASIL, 1950.

formulado por terceiro, por meio de petição simples, a ser apresentada no prazo de 15 (quinze) dias, nos autos do próprio processo, sem suspensão do seu curso.³⁰

Do ponto de vista teórico, o Código de Processo Civil de 2015, as alterações foram benéficas para quem requer a gratuidade, o que era necessário desde o ano de 1950. O tratamento diferenciado que o Código de Processo Civil deu ao tema, chamou atenção das partes, assistentes e magistrados. Ademais, necessária a constante evolução do direito para que seja alcançado um fácil acesso à justiça. Para Tartuce e Luiz Dellore:

A efetivação dos direitos individuais e coletivos, por meio da assistência judiciária gratuita, suplanta os limites do direito formal, do arcabouço jurídico que proclama a igualdade perante a lei e a proteção do Estado aos mais pobres. A letra fria da lei aquece-se com o calor da vida real.³¹

Afim de ver a consolidação de uma igualdade de todos perante a lei, é justo e necessário um aprimoramento na prática do que é exposto nas normas da Carta primaveril e nos dispositivos do Código de Processo Civil.

3 ASPECTOS PROCEDIMENTAIS

Para fazer jus ao benefício da gratuidade da justiça o requerente deverá expressamente requerer a concessão do mesmo, sendo que quanto ao procedimento a ser observado há determinação no artigo 99 do CPC que assim dispõe: “Art. 99. O pedido de gratuidade da justiça pode ser formulado na petição inicial, na contestação, na petição para ingresso de terceiro no processo ou em recurso.”³²

Assim, embora o autor em regra postule a gratuidade quando do ajuizamento da inicial e, o réu, quando da primeira manifestação nos autos, ao apresentar a resposta, não há impeditivos para requerer o benefício em outros momentos processuais, considerando que no decorrer do processo poderão ser alteradas as condições financeiras das partes.

Portanto, pode-se necessitar do auxílio do benefício após o ingresso da demanda, podendo a parte, em simples petição, exaurir a sua insuficiência de recursos no curso do processo. Caso este fato ocorrer, deve-se elaborar petição simples, nos autos da demanda, solicitando a gratuidade, conforme o parágrafo 1º do artigo 99: “Se superveniente à primeira manifestação da parte na instância, o pedido poderá ser formulado por petição simples, nos autos do próprio processo, e não suspenderá seu curso.”³³

A possibilidade de manejar a gratuidade da justiça em qualquer fase do processo, abre o efeito *ex nunc*, pois, de acordo com Daniel Amorim de Assumpção Neves, “[...] a concessão da gratuidade de justiça se dá com base no contraditório diferido, já que o dispositivo prevê as possíveis reações da parte contrária apenas após o deferimento do pedido pelo juiz.”³⁴ O deferimento do pedido será então, o ato de ofício praticado pelo juiz, sendo apreciado pelo mesmo os requisitos legais.

O requerimento da gratuidade da justiça deve ser analisado pelo magistrado no primeiro contato com os autos do processo, deferindo-a ou indeferindo-a. Consoante Rogerio de Vidal Cunha, quando há omissão

³⁰ BRASIL, 2015.

³¹ DIDIER JR, 2015.

³² BRASIL, 2015.

³³ BRASIL, 2015.

³⁴ NEVES, 2017, p.303.

judicial quanto a apreciação do requerimento de concessão do benefício, esta deve ser entendida como deferimento tácito, não podendo a parte restar prejudicada pelo procedimento do Poder Judiciário.³⁵

Após o deferimento do benefício, não será mais necessário requerer a gratuidade da justiça em nenhum momento do processo, pois a gratuidade é extensiva aos recursos e outros atos, inclusive, pode ser estendida à fase de cumprimento da sentença.

No que tange a comprovação dos requisitos, a lei não traz especificadamente a necessidade de apresentação de algum documento de comprovação de renda ou outra prova de insuficiência de recursos. Ademais, não estabelece um critério específico de renda para verificar-se a insuficiência de recursos. Desse modo, cabe ao julgador analisar o caso concreto e aplicar a norma, deferindo ou não o benefício.

Cabe destacar, ainda, há necessidade de requerimento expresso da parte interessada. Nesse sentido, Rogério de Vidal Cunha, afirma que o dispositivo legal “[...] é claro ao dispor que o benefício será deferido à vista de requerimento da parte interessada, assim, a justiça gratuita não pode ser concedida de ofício pelo juiz, dependendo sempre de requerimento da parte interessada não sendo lícito ao juiz [...]”³⁶, mesmo que o magistrado compreenda o estado da parte como de hipossuficiência.

O indeferimento do requerimento, como anunciado no § 2º do artigo 99, poderá ser realizado pelo magistrado caso houver a falta dos requisitos previstos no artigo 98 do Código de Processo Civil, desde que oportunizando um novo momento para que a parte comprove a sua hipossuficiência. Da decisão que indefere o benefício caberá agravo de instrumento, conforme artigo 1.015 do Código de Processo Civil, caso o benefício for decidido em sentença, recurso cabível será a apelação, conforme artigo 1009 do Código de Processo Civil.

No parágrafo 4º do referido artigo, que versa sobre “[...] a assistência do requerente por advogado particular não impede a concessão de gratuidade da justiça”,³⁷ não extingue o pagamento de honorários, caso o advogado particular entenda que o seu pagamento poderá ser baseado no ganho ou não da causa. Sendo aceito pelos juízes de direito a possível concessão da gratuidade da justiça mesmo a parte possuindo condições de remunerar apenas os honorários advocatícios. Assim como traz o parágrafo 5º:

[...] o recurso que verse exclusivamente sobre valor de honorários de sucumbência fixados em favor do advogado de beneficiário estará sujeito a preparo, salvo se o próprio advogado demonstrar que tem direito à gratuidade.³⁸

Considerando a unicidade do benefício, sendo intransferível e pessoal, o parágrafo 6º ressalva sobre, “[...] o direito à gratuidade da justiça é pessoal, não se estendendo a litisconsorte ou a sucessor do beneficiário, salvo requerimento e deferimento expressos”,³⁹ havendo multiplicidade de réus ou autores, o instituto da gratuidade é individual, cada um versará sobre o seu benefício, podendo um ter e outro não.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com a Constituição Federal, o acesso à justiça se consagra como direito fundamental para que todos tenham assistência jurídica integral e gratuita desde que comprovem a sua insuficiência de recursos. Com o

³⁵ CUNHA, 2018.

³⁶ CUNHA, 2018, p. 94.

³⁷ BRASIL, 2015.

³⁸ BRASIL, 2015.

³⁹ BRASIL, 2015.

novo Código de Processo Civil o instituto da gratuidade da justiça, que encontrava-se regulamentado apenas na Lei nº 1.060/50, está disciplinado na legislação processual civil em seus artigos 98 a 102.

Além disso, o Código de Processo Civil de 2015 revogou alguns artigos da Lei 1060/50, na busca de tornar o processo mais dinâmico e técnico para a aplicação da norma, visando o adiantamento do recolhimento das custas judiciais, podendo ser formuladas a qualquer tempo no processo.

Em se tratando de uma legislação recente, há controvérsias teóricas e principalmente na prática forense acerca da aplicação e interpretação do instituto, pois os tribunais utilizam-se de critérios para concessão do benefício, como por exemplo o implemento do patamar fixado, sendo em alguns tribunais cinco salários mínimos e outros até dez salários mínimos nacionais.

Por fim, busca-se um método de proteger o direito fundamental das partes, de forma que as alterações trazidas pelos artigos do Código de Processo Civil sejam suficientes para suprir a necessidade da prática forense, sendo consagrado a efetiva postulação do benefício da gratuidade da justiça.

REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

BRASIL. Lei 1.060, de 05 de fevereiro de 1950. Estabelece normas para a concessão de assistência judiciária aos necessitados. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L1060compilada.htm. Acesso em 25 set 2019.

Brasil. **Constituição da República Federativa do Brasil (1998)**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em 24 set 2019.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em 29 mai. 2019.

CUNHA, Rogerio de Vidal. **Manual da Justiça Gratuita**. Curitiba: Editora Juruá, 2018.

DIDIER JR, Fredie et al. NOVO CPC PARTE GERAL VOL 1. In: TARTUCE, Fernanda; DELLORE, Luiz. **Gratuidade da Justiça no Novo CPC**. Mato Grosso: Editora JusPodivm, 2015. cap. 5, p.769-786.

IBGE. **PNAD Contínua: 10% da população concentravam quase metade da massa de rendimentos do país em 2017**. <<https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/20843-pnad-continua-10-da-populacao-concentravam-quase-metade-da-massa-de-rendimentos-do-pais-em-2017.html>> Acesso em: 29 mai. 2019.

MOUZALAS, Rinaldo. João Otávio Terceiro Neto. Eduardo Madruga. **Processo Civil, Volume Único**. Salvador: Editora Juspodivm, 2016. Cap. VIII, p.191-200.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. Salvador: Editora Juspodivm, 2017. Cap. 6, p.297-305.

OLIVESKI, Patrícia Marques. **Acesso à Justiça**. Ijuí: Editora Unijuí, 2013. Unid. 4, p. 101-107.

O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA DEFESA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Priscila de Lima Rodrigues¹

Jander Rocha da Silva²

RESUMO

O presente artigo tem como base fazer um estudo de caso no tocante ao episódio do Inquérito nº 4.781 de 2019 analisando seus reflexos institucionais para o Estado Democrático de Direito no Brasil. Tal Inquérito foi aberto pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro Dias Toffoli com vistas à apurar a existência de supostos crimes na divulgação de notícias fraudulentas (*fake News*) e declarações difamatórias contra os Ministros da Suprema Corte, indicando o Ministro Alexandre de Moraes para Presidir sob sigilo. O Presidente do Supremo Tribunal tomou como base para abertura o artigo 43 do Regimento Interno da Corte, violando frontalmente o sistema penal acusatório adotado pela Constituição Federal de 1988, bem como garantias fundamentais.

PALAVRAS-CHAVE: Estado Democrático de Direito. Separação de Poderes. Sistema Penal Acusatório. Supremo Tribunal Federal.

ABSTRACT

This article is based on a case study regarding the episode of the Inquiry 4.781 of 2019 analyzing its institutional reflexes for the Democratic State of Law in Brazil. Such Inquiry was opened by the President of the Supreme Court, Minister Dias Toffoli with a view to ascertaining the existence of alleged crimes in the dissemination of fraudulent news (*fake News*) and defamatory statements against the Ministers of the Supreme Court, indicating the Minister Alexandre de Moraes to preside under secrecy. The President of the Supreme Court took as its basis for opening Article 43 of the Internal Rules of the Court, in direct violation of the criminal prosecution system adopted by the Federal Constitution of 1988, as well as fundamental guarantees.

KEYWORDS: Democratic State of Law. Criminal system accusatory Separation of Powers. Supreme Court.

INTRODUÇÃO

Confere-se ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição e a aplicação das normas e princípios ali estabelecidos, a fim de evitar violações de direitos e garantias fundamentais. Destacam-se entre tais princípios o da imparcialidade, do juízo natural e da separação entre juiz e acusação. A inobservância de qualquer um destes enseja grave insegurança jurídica e desrespeito ao regime democrático de direito. No início deste ano, no entanto, o órgão de Cúpula do Poder Judiciário cometeu um erro gravíssimo por meio de seu Presidente quando, em desobediência aos princípios constitucionais, deu abertura a investigação para apurar notícias supostamente fraudulentas (*fake News*), com o pretexto de que a imagem da Corte, de seus membros e familiares estaria sendo denegrida. Assim, utilizou-se de norma regimental para dar início ao procedimento investigativo, atribuindo a outro ministro a função de presidir o inquérito. Houve, portanto, flagrante confusão entre as funções jurisdicional e acusatória, devendo a atitude da Corte ser urgentemente corrigida, a fim de prevenir a reiteração de aberrações jurídicas como estas.

¹Bacharela em Ciências Jurídicas e Sociais. Contato: r.priscilalima@gmail.com.

²Acadêmico do curso de Ciências Jurídicas e Sociais. Contato: 154594@upf.br.

1 O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA DEFESA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

A partir do Estado Liberal, o Princípio da Separação dos Poderes revelou-se como um verdadeiro limitador do poder absoluto do Estado, estabelecendo assim limites de atuação de cada poder. É cristalino dizer que o Poder Legislativo, Judiciário e Executivo desempenham seus papéis com plena autonomia, independência e harmonia, sendo que a interferência fora dos casos previstos demonstra forte tendência ao autoritarismo e uma afronta ao Estado Democrático de Direito.

Nesse sentido Gabriela Mattos Misquita Oliveira aduz que:

O princípio da separação dos poderes é uma limitação do poder estatal mediante a desconcentração, divisão e racionalização das suas respectivas funções. Cuida-se de uma distribuição e/ou divisão entre as funções típicas do poder estatal, visto que o poder do Estado como tal é uno e indivisível, assim como é una e indivisível a soberania³.

Nessa esteira é possível dizer que “há uma divisão horizontal de poderes (de desconcentração e recíproca limitação funcional entre órgãos estatais) entre os poderes (funções) legislativo, executivo e judiciário” na qual a “horizontalidade decorre da circunstância de inexistir qualquer hierarquia entre os respectivos órgãos e funções do poder estatal, todos operando na esfera de suas competências constitucionalmente estabelecidas”⁴. Ademais, “outra importância que se constata com a separação dos poderes é a garantia de efetividade dos direitos fundamentais dos indivíduos. A Constituição Federal faz previsão das competências de cada poder e inclusive faz previsão da instituição do Ministério Público para evitar desrespeitos e arbítrios aos direitos”⁵

Diante disso, o Supremo Tribunal Federal, como guarda da Constituição, deve agir para reprimir atos contrários à liberdade e à democracia. No entanto, o órgão de cúpula do Judiciário, tido como guardião da Constituição e da ordem democrática, em crise, usurpa seu poder cometendo aberrações jurídicas, violando as normas pelas quais deveria zelar.

De acordo com a tripartição dos poderes, a atividade jurisdicional compete ao Poder Judiciário, isto é, o Estado, substituindo-se à vontade das partes, põe fim ao conflito mediante a aplicação das leis ao caso concreto. Nessa esteira, “Dizer o direito” (jurisdição) é a função típica do Poder Judiciário, a quem também é facultada atividades atípicas, como as administrativas e organizacionais. A exemplo disso, destaca-se o poder regulamentar do órgão judiciário expresso através dos regimentos, que norteiam os procedimentos internos dos tribunais, devendo, contudo, observar a legislação vigente.

Dessa forma, é fundamental estabelecer os limites de atuação do Poder Judiciário, visto que é o braço do Estado responsável pela manutenção da ordem através da aplicação das leis. Ressalta-se que sua função precípua é julgar com base no ordenamento jurídico, sendo as demais funções secundárias e restritas a sua organização interna. Além disso, ressalta-se que o provimento jurisdicional resulta do exercício do direito de ação regulado por um processo, composto por sujeitos vinculados juridicamente.

³ OLIVEIRA, Gabriela Mattos Misquita. **A importância do princípio da Separação dos Poderes para o Estado Democrático de Direito**. Jus.com Julho de 2018. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/67817/a-importancia-do-principio-da-separacao-dos-poderes-para-o-estado-democratico-de-direito>. Acesso em 11 ago 2019. p.1.

⁴ OLIVEIRA, 2018, p. 1.

⁵ OLIVEIRA, 2018, p. 1.

A Constituição, portanto, ocupa uma função central no sistema vigente, irradiando efeitos nas leis infraconstitucionais. Dessa forma, no âmbito penal e processual penal, os conteúdos das leis devem ser vinculados de forma irrestrita e obrigatória a princípios e valores previsto na Constituição. Assim, constitui objetivo justificante do Direito Penal (lato sensu) a tutela dos direitos fundamentais, reprimindo a arbitrariedade das proibições e das punições. A isso estão vinculados, especialmente, o Poder Judiciário e o Ministério Público, na medida em que têm o dever de proteger os cidadãos diante das eventuais violações que eles virem a sofrer.⁶

Sendo assim, o Direito Penal firma-se sobre princípios fundamentais a fim de evitar o autoritarismo e equívoco estatais, destacando-se o princípio do juiz natural, da imparcialidade e da separação entre juiz e acusação, denominado princípio acusatório. Esses três estão intimamente relacionados.

Em primeiro plano o juiz natural “é aquele destinado, por critérios legais, antecipados e lógicos, a analisar determinada causa concreta, guardando equidistância das partes, devendo garantir os direitos e garantias individuais”. Por isso, está previsto no art. 5º, LIII, da CF⁷, que ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente.⁸

A abrangência do juiz natural envolve o juiz imparcial, aquele que não tem a menor inclinação por qualquer das partes envolvidas, fornecendo a mais clara evidência de se tratar de um Judiciário integrante do Estado Democrático de Direito.

Nesse sentido argumenta Aury Lopes Júnior que:

A imparcialidade do julgador decorre não de uma virtude moral, mas de uma estrutura de atuação. Não é uma qualidade pessoal do Juiz, mas uma qualidade do sistema acusatório. Por isso a importância de mantê-lo longe da iniciativa probatória, pois quando o juiz atua de ofício, funda uma estrutura inquisitória.⁹

Em suma, o princípio do juiz natural, traduzindo-se como garantia das partes e condição de eficácia plena da jurisdição, consiste na prévia determinação das regras do processo (reserva legal peculiar ao devido processo legal).

Por sua vez, o princípio da imparcialidade é inerente à Justiça. Sem o julgamento imparcial, a função jurisdicional ficaria prejudicada, dando ensejo ao renascimento da justiça pelas próprias mãos¹⁰.

Diante disso, a Constituição adotou o sistema penal acusatório, caracterizado pela clara separação entre juiz e partes, para garantia da imparcialidade e efetivação do contraditório. Entende-se que esse foi o modelo instituído, pois a Carta definiu as regras do processo no artigo 5º¹¹, prevendo o princípio do juiz natural e afirmando que a acusação incumbe ao Ministério Público (art. 129). Portanto, há clara separação das funções de acusar e julgar¹².

O sistema acusatório foi adotado em substituição ao inquisitorial, vigente antes da Constituição de 1988. Sob a égide do sistema anterior, o juiz acumulava a função de acusação, interferindo nas investigações

⁶ FISCHER, Douglas. **O sistema acusatório brasileiro à luz da constituição federal de 1988 e o pl 156.** <http://www.prrj.mpf.br/custoslegis/revista_2011/2011_Dir_Penal_fischer.pdf> Acesso em: 28 de maio de 2019. Pp. 4-5.

⁷ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil (1998).** Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em 25 set 2019.

⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios constitucionais penais e processuais penais.** 2. ed. ver., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 331.

⁹ LOPES Junior, Aury. **Direito processual penal.** 14. ed. – São Paulo: Saraiva, 2017, p. 214.

¹⁰ NUCCI, 2012, pp. 331-332.

¹¹ BRASIL, 1998.

¹² LOPES JÚNIOR, 2017, pp. 44-45.

e na instrução penal. Ainda nesse sistema, “os poderes do magistrado foram posteriormente invadindo cada vez mais a esfera de atribuições reservadas ao acusador privado, até o extremo de reunir no mesmo órgão do Estado as funções que hoje competem ao Ministério Público e ao Juiz”¹³.

Atualmente, em contraposição ao sistema inquisitório e com a evolução histórica de proteção aos direitos fundamentais, existe uma estrutura dialética e imparcial. As funções de acusar, defender e julgar, são separadas, impondo-se ao juiz a imparcialidade e a equidistância da acusação e da defesa, de modo a assegurar o julgamento justo e angariar credibilidade ao sistema de justiça.

Em termos históricos “a origem do sistema acusatório remonta ao Direito grego, o qual se desenvolve referendado pela participação direta do povo no exercício da acusação e como julgador”¹⁴

Ainda sobre o sistema acusatório Aury Lopes Júnior argumenta que:

O sistema acusatório é um imperativo do moderno processo penal, frente à atual estrutura social e política do Estado. Assegura a imparcialidade e a tranquilidade psicológica ao juiz que irá sentenciar, garantindo o trato digno e respeitoso com o acusado, que deixa de ser um mero objeto para assumir sua posição de autêntica parte passiva do processo penal.¹⁵

Portanto, o processo penal acusatório é caracterizado pela clara separação entre juiz e partes, primando-se pela garantia da imparcialidade e efetivação do contraditório. Assim, é absolutamente incompatível com o sistema acusatório a prática de atos de caráter probatório ou investigatório por parte do juiz, como, por exemplo, decretação de prisão preventiva de ofício, decretação de ofício de busca e apreensão, violando claramente a imparcialidade, pois a contaminação e os pré-julgamentos feitos por um juiz inquisidor são manifestos.¹⁶

Sendo assim, o juiz deve-se manter afastado da investigação preliminar, atuando apenas como garantidor dos princípios e direitos constitucionais. Deve exercer somente o controle formal das prisões e autorizar as medidas restritivas de direito, conforme o caso. Assim, no processo penal brasileiro, o juiz não orienta a investigação policial, não existindo a figura do juiz-instrutor¹⁷.

Dessa forma, não cabe ao juiz requisitar abertura de inquérito policial, primeiramente porque é um imperativo do sistema acusatório, e também porque a ação penal de iniciativa pública é de titularidade exclusiva do MP. Mesmo sendo o delito de ação privada ou condicionada, o juiz deve remeter o IP ao MP para que este promova o arquivamento ou requeira as diligências necessárias para o exercício da ação penal¹⁸.

Nesse sentido, o Poder Judiciário, especificamente, o Supremo Tribunal Federal, com a missão de guardar a Constituição e o sistema democrático por ela adotado, deve observar os direitos e garantias fundamentais tanto na persecução penal quanto no processo judicial.

Contudo, ciente de que no sistema acusatório não se admite a condução da investigação e o início da ação penal pelo juiz, cabendo tal função ao Ministério público, nos termos do artigo 129, I, da CF¹⁹, recentemente o Presidente do Supremo Tribunal Federal, instaurou inquérito para apuração de fatos e infrações

¹³ LOPES JÚNIOR, 2014, p.98.

¹⁴ LOPES JÚNIOR, 2014, p.93.

¹⁵ LOPES JÚNIOR, 2014, p. 95

¹⁶ LOPES JÚNIOR, 2017.

¹⁷ LOPES JÚNIOR, 2017.

¹⁸ LOPES JÚNIOR, 2017.

¹⁹ BRASIL, 1998.

correspondente a notícias supostamente fraudulentas, que segundo o ministro, poriam em risco a honorabilidade e a segurança do Supremo Tribunal Federal, de seus membros e de seus familiares. Além disso, nomeou para a condução da investigação outro ministro da Corte. Determinou, ainda, o cumprimento de medidas cautelares penais sem prévia manifestação do titular da ação penal.

A abertura do inquérito baseou-se em opiniões e comentários aleatórios manifestados nas redes sociais – que, aliás, estão acobertados pelo direito fundamental à liberdade de expressão – e submeteu os cidadãos a gravosas restrições, como apreensão de documentos e equipamentos eletrônico, bem como desativação de contas nas redes sociais. Tudo isso com inobservância do devido processo legal.

Essa iniciativa demonstra flagrante desrespeito à Constituição, aos princípios fundamentais e ao Estado Democrático de direito. Na perspectiva constitucional, a decisão que determinou a instauração de ofício do inquérito não observou o princípio acusatório (separação dos poderes de acusar e julgar) e violou o princípio da imparcialidade e do juiz natural.

Também houve interferência na função do Ministério Público, concentrado poderes na figura do juiz, pois é sabido que, nos termos do artigo 129, da Constituição, cabe ao Ministério Público, entre outras funções, promover ação penal pública e requisitar a instauração de inquérito policial e diligências investigatórias.

Assim, a decisão que determinou a instauração de ofício do inquérito e designou relator específico, dando-lhe poderes instrutórios, quebrou a imparcialidade do juízo e obstruiu o acesso do titular constitucional da ação penal à investigação.

Cumprе ressaltar que a Corte fundamentou a abertura do inquérito no artigo 43 de seu Regimento Interno, desconsiderando normas constitucionais e infraconstitucionais:

Art. 43. Ocorrendo infração à lei penal na sede ou dependência do Tribunal, o Presidente instaurará inquérito, se envolver autoridade ou pessoa sujeita à sua jurisdição, ou delegará esta atribuição a outro Ministro.

Pelo entendimento da referida norma regimental, só seria possível a instauração de inquérito pelo STF se o cometimento da infração ocorresse no recinto do Tribunal e se envolvesse autoridade ou pessoa sujeita a sua jurisdição. No caso em tela, as partes envolvidas foram a Revista Crusoé, o site O Antagonista e diversos cidadãos, não havendo enquadramento no artigo citado.

Além disso, as pessoas indicadas não são detentoras da prerrogativa de foro privilegiado, devendo ser julgadas e processadas conforme a regra geral. Contudo, mesmo que houvesse competência do Supremo para processar e julgar o caso, a *notitia criminis* deveria ser encaminhada a Polícia Federal e a Procuradoria-Geral da República.

Importa ressaltar que não houve sequer o envio dos autos do inquérito ao Ministério Público, conforme determina a legislação processual penal. Mesmo assim, cumprindo seu papel, a Procuradora-Geral da República manifestou-se pelo arquivamento do inquérito, decisão que restou indeferida.

Não bastasse a violação das normas existentes pela Corte, houve ainda inovação legal com o indeferimento da decisão tomada pela Chefe do Ministério Público Federal. O Código Processual Penal prevê a possibilidade de o juiz encaminhar os autos ao procurador-geral, se não concordar com manifestação do MP pelo arquivamento do IP, nos termos do artigo 28. Essa conduta, no entanto, quase recursal, não mostra-se condizente com o sistema acusatório, estando a sistemática do artigo ultrapassada. O ideal, no entendimento

de Lopes Junior, seria instituir uma fase intermediária, proporcionando aos possíveis interessados (sujeito passivo do IP e vítima) a possibilidade de se manifestarem sobre o pedido de arquivamento, utilizando-se de uma via recursal adequada para impugnar a decisão, se fosse o caso.

Assim, o arquivamento promovido pela Procuradoria-Geral mostrou-se irrecusável no caso em tela. Nesse sentido, colaciona-se o entendimento do relator Ministro Celso de Mello referente ao inquérito 510-DF:

Deveras, a jurisprudência do E. STF é uníssona no sentido de que o monopólio da ação penal pública, incondicionada ou condicionada, pertence ao Ministério Público. Trata-se de função institucional que lhe for deferida, com exclusividade, pela Constituição Federal de 1998. É incontestável jurídico-processual do Chefe do Ministério Público que requer, na condição de *'dominus litis'*, o arquivamento judicial de qualquer inquérito ou peça de informação. Inexistindo, a critério do Procurador-Geral elementos que justifiquem o oferecimento de denúncia, não pode o Tribunal, ante a declarada ausência de formação da *'opinio delicti'*, contrariar o pedido de arquivamento deduzido pelo Chefe do Ministério Público. Precedentes do Supremo Tribunal Federal. (Inq 510-DF, Rel. Min. Celso de Mello *DJ 19.04.91*).²⁰

No processo penal, portanto, quem exerce a pretensão acusatória é o ministério público (ou querelante), cabendo ao juiz, se acolher a acusação, exercer o poder de punir. Verifica-se, portanto, que são dois poderes distintos: o de acusar e o de punir.

O caso em tela gera grande descrédito em relação à Justiça, instaurando-se um clima de forte insegurança jurídica e institucional diante de tantos erros graves e inadmissíveis cometidos pelo órgão de cúpula do Poder Judiciário, a quem compete a guarda da Constituição. Coloca, ainda, o Estado democrático de Direito em risco, haja vista que um dos Poderes viola normas e princípios constitucionais e ultrapassa seus limites de atuação.

É extremamente preocupante que a Constituição e os princípios basilares do Estado Democrático de Direito estejam sendo violados de maneira tão escancarada, justamente por quem possui o dever de protegê-los.

Sendo assim, se não forem tomadas medidas com urgência, abre-se perigosa margem ao autoritarismo e, conseqüentemente, à redução dos direitos e garantias individuais. Por essa razão, agindo a autoridade em desacordo com suas funções, resta aplicar a Lei nº 1.079/50, que regula os crimes de responsabilidade, para afastá-lo do cargo, objetivando com isso a manutenção da ordem e do regime democrático.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nessa esteira, a conduta do STF, ao propor a abertura de investigações, nomeando outro magistrado para conduzi-las e ao desconsiderar a manifestação do órgão acusatório pelo arquivamento do feito, decretando medidas assecuratórias de ofício em fase pré-processual, mostra-se visivelmente contrária ao sistema acusatório brasileiro e extremamente abusiva, sendo inclusive objeto de pedido de *impeachment*.

Não bastasse essas aberrações jurídicas, o presidente da Corte segue cometendo ataques frontais à ordem jurídica do país, havendo, inclusive, mais um pedido de impedimento tramitando, este em relação a outro fato ocorrido no mês de julho, o qual não é objeto do presente estudo.

²⁰ NUCCI, 2012, p. 124.

Portanto, em defesa aos princípios, direitos e garantias fundamentais, previstos na Constituição, importa registrar os absurdos jurídicos cometidos pela mais alta Corte de justiça do país, a qual deveria, além de proteger a Carta, impedir toda e qualquer afronta ao Estado Democrático de Direito, evitando reincidências dessa natureza. Outrossim, não se pode admitir que atitudes inquisitórias e autoritárias ocorram com a naturalidade que ocorreram. Contudo, não seria de se espantar que o fato fosse “abafado” e nenhuma medida tomada a fim de corrigir o erro cometido pelo Supremo.

REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil (1998)**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em 25 set 2019.

FISCHER, Douglas. **O sistema acusatório brasileiro à luz da constituição federal de 1988 e o pl 156**. <http://www.prrj.mpf.mp.br/custoslegis/revista_2011/2011_Dir_Penal_fischer.pdf> Acesso em 28 de mai 2019.

LOPES Junior, Aury. **Direito processual penal**. 14. ed. – São Paulo: Saraiva, 2017.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios constitucionais penais e processuais penais**. 2. ed. ver., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

OLIVEIRA, Gabriela Mattos Misquita. A importância do princípio da Separação dos Poderes para o Estado Democrático de Direito. Jus.com Julho de 2018. Disponível em <<https://jus.com.br/artigos/67817/a-importancia-do-principio-da-separacao-dos-poderes-para-o-estado-democratico-de-direito>>. Acesso em 11 ago 2019.

A CRISE DE EFETIVIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS, PODER LOCAL E REFORMA DO ESTADO

Jander Rocha da Silva¹

Janaína Rigo Santin²

RESUMO

A crise de efetividade dos Direitos Sociais é um tema caro ao Ente Público, pois com as crescentes demandas, escassez orçamentária, inchaço da máquina administrativa e irresponsabilidade fiscal, acabaram tornando o Estado brasileiro quase que ineficaz para prestar aquilo está positivado na Constituição Federal de 1988. No presente trabalho, apresentam-se através do método hipotético-dedutivo, alternativas ao Poder Público para efetivação dos Direitos Fundamentais Sociais positivados no artigo 6º da Constituição Federal. Alternativas estas, que contemplam a necessidade de um Federalismo Fiscal mais justo através da descentralização de recursos, a defesa de uma Administração Pública Gerencial galgada nos pilares da responsabilidade fiscal, no planejamento, no cumprimento de metas, na participação popular, a Reforma Administrativa do Estado, para que assim o Estado retome a sua capacidade orçamentária na promoção das políticas públicas relacionadas ao suprimento das demandas sociais. Nessa perspectiva, um Estado economicamente sustentável, com equilíbrio fiscal e do tamanho certo, pode melhorar a sua capacidade de atender ao interesse público e as crescentes demandas advindas da sociedade.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos Sociais. Poder Local. Responsabilidade Fiscal. Reforma do Estado. Administração Pública Gerencial. Boa Administração.

ABSTRACT

The crisis of effectiveness of the so-called Social Fundamental Rights is a subject dear to the Public Ente, because with the growing demands, budget scarcity, swelling of the administrative machinery and fiscal irresponsibility, ended up making the Brazilian state almost ineffective to provide that is positively in the 1988' Brazilian Federal Constitution. In the present study, alternatives to the government are presented through the hypothetical-deductive method for the implementation of Social Fundamental Rights in article 6 of Constitution. These alternatives, which address the need for fairer fiscal federalism through the decentralisation of resources, the defense of a galvanised managerial public administration in the pillars of fiscal responsibility, in the planning, in the fulfillment of goals, in popular participation, the Administrative Reform of the State, so that the State resumes its budgetary capacity in the promotion of public policies related to the supply of social demands.

KEYWORDS: Social Rights. Local Power. Fiscal Responsibility. State Reform. Gerencial Administrative Public. Good Administration.

INTRODUÇÃO

É inegável que a Constituição Federal de 1988, a chamada “Constituição Cidadã” representou um grande marco na história constitucional brasileira, pois trouxe a consolidação dos Direitos Fundamentais no Brasil. A Carta Magna, ainda, foi intitulada nas palavras do Deputado Ulisses Guimarães, como o documento da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da democracia, da cidadania e da justiça social³. Compreende-se como Direitos Sociais aquilo que está positivado no Artigo 6º da Constituição Federal: “São direitos sociais

¹ Acadêmico da Graduação do Curso de Direito da Universidade de Passo Fundo - 154594@upf.br

² Pós-Doutora em Direito pela Universidade de Lisboa; Bolsista CAPES; Doutora em Direito pela UFPR; Mestre em Direito pela UFSC; Professora do Mestrado em Direito e do Mestrado e Doutorado em História da Universidade de Passo Fundo. Passo Fundo, RS, Brasil - janainars@upf.br.

³ SANTIN, Janaína Rigo. **Estado, constituição e administração pública no século XXI**: novos desafios da cidadania e do poder. Belo Horizonte: Arraes, 2017.

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”.

No entanto, mais de 30 anos se passaram da promulgação da Constituição Federal, e a crise de efetividade dos Direitos Sociais é um tema de tamanha relevância para o contexto da administração pública brasileira, pois diante das limitações orçamentárias, da escassez de recursos, do mal gerenciamento e planejamento da máquina pública, o poder público encontra, atualmente, graves dificuldades para efetivar tais direitos. O objetivo do presente trabalho, pelo método hipotético-dedutivo, é construir uma visão clara acerca das alternativas que podem ser adotadas para busca da efetivação de tais direitos, como a necessidade de construir um Federalismo Fiscal mais justo através de um novo Pacto Federativo com ênfase no Poder Local (Municípios), a defesa de uma Administração Pública Gerencial galgada na responsabilidade fiscal, no planejamento e no cumprimento de metas por parte dos gestores públicos, para busca do bem da coletividade. Ainda assim, destaca-se a necessidade de uma Reforma Administrativa do Estado, voltando-se para o cumprimento das atividades essenciais, em especial no tocante aos Direitos Sociais.

1 DIREITOS SOCIAIS: PERSPECTIVA HISTÓRICA E O CONTEXTO DE CRISE

Os Direitos Fundamentais desde o reconhecimento nas primeiras Constituições acabaram passando por inúmeras transformações, “tanto no que diz respeito ao conteúdo, quanto no que concerne à titularidade, eficácia e efetivação, razão pela qual se fala até mesmo num processo de autêntica mutação histórica, vivenciada pelos direitos fundamentais”⁴. Para uma possível ilustração desse processo de mutação, elaborou-se a ideia de que essa evolução poderia ser compreendida mediante identificação de três “gerações de direitos humanos fundamentais”⁵.

Para Manoel Gonçalves Ferreira Filho, a chamada doutrina dos Direitos Fundamentais “revelou uma grande capacidade de incorporar desafios”. A “primeira geração enfrentou o problema do arbítrio por parte do Estado, do poder governamental com as liberdades públicas”. Já a segunda, “enfrentou as desigualdades e dos extremos desníveis sociais vivenciados pelas classes mais baixas da sociedade, com os direitos econômicos”. E a terceira e última geração, “enfrentou a luta contra a deterioração da qualidade de vida humana e outras mazelas, com os direitos de solidariedade”⁶. Em se tratando de uma perspectiva histórico-constitucional, os direitos sociais, objeto do presente estudo, foram inseridos de forma embrionária nas Constituições Francesas de 1793 e 1848⁷. Nesse período, a Declaração francesa de 1793 já apresentava preocupações de cunho social, tendo como exemplo o artigo 21 na qual previa que os socorros públicos são uma dívida sagrada.

Art.21 Os socorros públicos são uma dívida sagrada. A sociedade deve a subsistência aos cidadãos infelizes, quer seja procurando-lhes trabalho, quer seja assegurando os meios de existência àqueles que são impossibilitados de trabalhar.⁸

⁴ 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, p. 258.

⁵SARLET, 2009, pp. 258 -259.

⁶ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos Humanos Fundamentais** – 14.ed. – São Paulo: Saraiva, 2012, p. 33.

⁷ SARLET, 2013, p. 261.

⁸ **DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO**. (1793). Disponível em <http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/dec1793.htm>. Acesso em 26 de setembro de 2019.

Porém, não restam dúvidas que a “consolidação dos Direitos Econômicos e Sociais ficaram por conta da Constituição francesa de 1848, ano ao qual a Europa passava por grandes transformações e revoluções que derrubaram a monarquia francesa com forte atuação dos trabalhadores e desempregados, levando à Segunda República Francesa”⁹. Já Manoel Gonçalves Ferreira Filho ressalta que “foi ao término da Primeira Guerra Mundial na qual foram reconhecidos oficialmente os novos direitos fundamentais, tidos como direitos econômicos e sociais, que caracterizam pela não exclusão das liberdades públicas”¹⁰. É nesse contexto de pós-guerra que são positivados nas primeiras décadas do século XX os direitos sociais, “muito por influência da Revolução Russa, da Constituição Mexicana de 1917 e da Constituição de Weimar de 1919, legitimando assim o Estado Social, Estado de bem-estar social, *Welfare State* ou Estado da providência”¹¹. Nesse sentido, em relação a Constituição alemã de 1919, Paulo Bonavides afirma que “com o advento dos direitos fundamentais da segunda geração, os publicistas alemães, a partir de Carl Schmitt, descobriram também o aspecto objetivo, a garantia de valores e princípios com que escudar e proteger as instituições.”¹²

No entanto, é com o fim da Segunda Guerra Mundial que além dos novos direitos que acabaram sendo consagrados no âmbito constitucional de diversos países, estes acabaram sendo objetos de diversos pactos internacionais, dentre elas a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, a qual é considerada “o Estatuto da liberdade de todos os povos, a Constituição das Nações Unidas, a carta magna das minorias oprimidas, o código de nacionalidade, a esperança, enfim, de promover, sem distinção de raça, sexo e religião, o respeito a dignidade do ser humano”¹³. Para Maria do Socorro Azevedo Queiroz¹⁴,

é possível constatar de que a tese que prevaleceu nos países ocidentais foi a do socialismo moderado, com a formação do Estado Social voltado a representar uma providência para os trabalhadores, intervindo na propriedade privada, na liberdade de contratar e de trocas, com fim de humanizar as relações sociais.

Por sua vez, no Brasil, a Constituição Federal de 1988 foi a primeira Constituição brasileira a prever um título específico para os chamados Direitos e Garantias Fundamentais (Título II), sendo também consagrados Direitos Sociais básicos e de caráter mais geral, bem como foi previsto um extenso elenco de direitos dos trabalhadores. Nas palavras de Flávia Piovesan, “a Constituição de 1988 redefine o Estado brasileiro, bem como os direitos fundamentais, sendo projetada a instituição de um Estado democrático com o objetivo de assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça social.”¹⁵ No texto da Constituição Federal de 1988 é facilmente perceptível que o art. 6º sedia os direitos sociais básicos¹⁶, inserindo-se num contexto mais amplo no plano constitucional. O preâmbulo “já evidencia o forte compromisso com a justiça social, comprometimento esse reforçado pelos princípios fundamentais elencados no Título I da CF, dentre os quais se destaca o princípio da

⁹ FERREIRA FILHO, 2012, pp.63-64.

¹⁰ FERREIRA FILHO, 2012, p. 59.

¹¹ FERREIRA FILHO, 2012, p. 59.

¹² BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 565.

¹³ BONAVIDES, 2011, p. 578.

¹⁴ QUEIROZ, Maria do Socorro de Azevedo. **Judicialização dos Direitos Sociais prestacionais**: A efetividade pela interdependência dos direitos sociais direitos fundamentais na Constituição brasileira. Curitiba: Editora Juruá, 2011, p. 23.

¹⁵ PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. São Paulo: Max Limonad, 1998, p. 206.

¹⁶ 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 (BRASIL, Constituição Federal, 1988).

dignidade da pessoa humana, positivada como fundamento do próprio Estado Democrático de Direito”¹⁷, buscando assim o compromisso com a realização dos Direitos Sociais.

É inegável que a Constituição Federal de 1988 “representou um grande marco nas lutas pelos direitos fundamentais no Brasil, já que a sociedade civil estava amordaçada por mais de 20 anos de forte autoritarismo (característico da ditadura militar)”¹⁸. Após 21 anos sob a vigência de um regime militar, a Constituição Federal de 1988 foi denominada pelo então Presidente da Assembleia Nacional Constituinte, Deputado Ulysses Guimarães como “Constituição Cidadã”, instituindo assim o Estado Democrático de Direito no Brasil, fato que trouxe inúmeras inovações, dentre elas, o amplo tratamento conferido aos Direitos Fundamentais. É destaque que, a atual Constituição versa de forma clara em seu Título II sobre os “Direitos e Garantias Fundamentais”, dedicando-se o artigo 6º aos Direitos Sociais, que estabelece estes como dever do Estado de prestá-los.

Na visão de Paulo Roberto de Figueiredo Dantas, “os Direitos Fundamentais de segunda geração, também conhecidos como liberdades concretas, positivas ou reais, são os Direitos Sociais, Econômicos e Culturais”¹⁹. Ao considerar “esses referidos direitos, fundamentados no princípio da igualdade, impõem ao Estado um dever de agir, visando à obtenção da igualdade substancial, e não apenas formal entre os indivíduos”. Agora, ao adentrar diretamente “à temática quanto à titularidade dos direitos sociais, pode-se dizer que o homem na sua individualidade é o seu detentor, podendo exigir o respeito, proteção ou promoção destes direitos individualmente, todavia, deve-se atentar ao princípio da universalidade”, que contribuir para que os direitos sociais sejam concebidos como direitos de índole coletiva, pelo qual se relaciona à própria expressão “direito social.”²⁰

Quando se delimita os Direitos Fundamentais alertando para a existência de um “núcleo essencial”, procura-se garantir um rol mínimo de direitos que devem ser assegurados e invioláveis, são como “cláusulas pétreas” dos direitos fundamentais. Por sua vez, “quanto ao sujeito passivo dos direitos sociais, o Estado deve atuar como protetor e implementador de políticas públicas efetivando as normas programáticas de maneira substancial como prescrito na nossa Constituição.”²¹

Os Direitos Fundamentais têm uma importância, dignidade e força constitucionalmente reconhecidas que, no domínio das relações gerais entre o Estado e o indivíduo, elevam o bem, a posição ou a situação por ele tutelada à qualidade de limite jurídico-constitucional à atuação dos poderes públicos. Por outro lado, no plano das relações entre os poderes públicos, que os bens, posições ou situações tuteladas pelos Direitos Fundamentais são retirados da plena disponibilidade decisória do poder político democrático, sendo a sua garantia atribuída, em última análise, ao poder judicial, designadamente à justiça constitucional.²²

¹⁷ SARLET, 2013, p. 543.

¹⁸ SANTIN, 2017, p. 139.

¹⁹ DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. **Direito Processual Constitucional**. 5 ed. revisada e ampliada. São Paulo: Atlas, 2014, p. 314.

²⁰ BERNARDINO, Laerty Morelin. STIPP, Luna. **Direitos Fundamentais e Sociais: Desafios da contemporaneidade para resguardar os direitos da pessoa**. XXIV Congresso Nacional do Conpedi. Organização CONPEDI/ UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara, 2015. Disponível em: <<https://www.conpedi.org.br/publicacoes/66fsl345/g5zmv4pn/8Zt5E3Q2i5t49JcS.pdf>> Acesso em: 05 de julho de 2018, pp. 14-15.

²¹ BERNARDINO, 2015, p. 14.

²² LOPES, Maisa de Souza OLIVEIRA, Thiago Ferraz de. **A reserva do possível e o mínimo existencial na efetivação dos direitos sociais**. XXIV Congresso Nacional do Conpedi. Organização CONPEDI/ UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara, 2015. Disponível em: <<https://www.conpedi.org.br/publicacoes/66fsl345/g5zmv4pn/QlbaMY4p7fk6dPUs.pdf>> Acesso em: 24 jan. 2019, p. 151.

Portanto, não há o que se discutir no tocante ao prestador, pois o sujeito passivo dos Direitos Sociais é o Estado, responsabilizando-se pelo atendimento, prestação e promoção de políticas públicas, que se comparado com a Constituição brasileira de 1988, aparece de forma bastante cristalina. O texto afirma o “dever do Estado” de propiciar a proteção da saúde, à educação, à cultura, ao lazer, turismo e desporto. Igualmente o direito ao trabalho que se garante pelo socorro da previdência social ao desempregado. No entanto, “a garantia que o Estado, como expressão da coletividade organizada, dá a esses direitos é a instituição dos serviços públicos a eles correspondentes, o que trata de uma garantia institucional”²³. Nesse sentido:

[...] Como direitos fundamentais do indivíduo inserido na comunidade, tanto o Estado (sociedade política) como a comunidade (espaço da sociedade civil) são os agentes devedores de direitos fundamentais sociais prestacionais, tendo como princípio a solidariedade, assentado no objetivo constitucional de construção de uma sociedade livre, justa e solidária.²⁴

Na tentativa de buscar efetivar os Direitos Sociais, o Estado utiliza-se de instrumentos como a instituição das chamadas políticas públicas. Na visão de Payão “na literatura especializada, não há um consenso quanto à definição do que seja política pública.”²⁵ No entanto, a autora “caracteriza como um termo abstrato que se materializa por meio de instrumentos variados (programas políticos) conforme a área de abrangência: saúde, educação, moradia ou cultura por exemplo”²⁶. É possível assim, “identificar uma estreita relação entre os temas das políticas públicas e dos direitos humanos, pois uma das características do movimento de ampliação do conteúdo jurídico da dignidade humana é a multiplicação das demandas por direito sociais”²⁷. Nessa linha de análise, é possível afirmar que os direitos sociais justificam a existência de políticas públicas, já que estas se constituem em ações estatais voltadas às garantias constitucionais.

Logo, é possível caracterizar que, as políticas públicas representam o conjunto de ações, programas, e decisões tomadas pelos governos nas diferentes esferas da federação (Municipal, Estadual e Federal) com a participação direta ou indireta de entes públicos ou privados, estabelecendo assim, um viés administrativo e político. Também é possível dividir tais políticas em Políticas Públicas de Estado, as quais possuem guarida Constitucional, e Políticas de Governo, que são determinadas por quem ocupa o poder de forma temporária. Nesse sentido, desde 1988 a economia brasileira passou por diversas crises, em destaque a mais recente, a que legou ao país, uma recessão econômica como nunca visto desde 1930.²⁸ Fato este que culminou em uma queda brutal na arrecadação de tributos, impactando de forma direta na prestação dos serviços públicos e em especial nas políticas públicas de Estado mais prementes, como a saúde, a educação e moradia, ao passo que levou inúmeros gestores públicos²⁹ e a decretar situação de calamidade financeira sob a administração pública. Essa situação permanece até os dias atuais, com baixo crescimento econômico e fraco desempenho na economia desde a redemocratização³⁰.

²³ FERREIRA FILHO, 2012, p. 69.

²⁴ QUEIROZ, 2011, pp.59-60.

²⁵ PAYÃO, Jordana Viana. **Políticas públicas em tempos de crise**. XXVI Congresso Nacional do Conpedi Brasília, 2017. Disponível em: <https://www.conpedi.org.br/publicacoes/roj0xn13/z73o8t52/Vz23qf3I5us4O4Yj.pdf>. Acesso em 26 set 2019, p. 11.

²⁶ PAYÃO, 2017, p.11.

²⁷ PAYÃO, 2017, p.11.

²⁸ OLIVEIRA, Grazielle; CORONATO Marcos. **Como o Brasil entrou, sozinho, na pior crise da história**. Época, 04 de abril de 2016.

²⁹ CONFEDERAÇÃO Nacional dos Municípios, RBSTV Governo do RS decreta calamidade financeira na administração pública. G1 RS, 22 de novembro de 2016.

³⁰ MOTA, Camila Veras. **Por que o crescimento do PIB brasileiro não decola?** BBC BRASIL, São Paulo, 30 maio de 2018.

Nessa esteira, em decorrência da sangria fiscal vivenciada pela administração pública brasileira, passa a haver a redução nos repasses de verbas em áreas como a saúde por parte da União aos Estados, Distrito Federal e Municípios, bem como na desatualização da tabela do Sistema Único de Saúde (SUS)³¹ cuja defasagem é de cerca de 20 anos. Os sucessivos atrasos em repasses por parte de alguns Estados aos Municípios agrava ainda mais a prestação do serviço nessa área, o resultado disso foi o fechamento de milhares de leitos hospitalares pelo Brasil, o atraso de salários dos profissionais da área da saúde, estrutura precárias das casas hospitalares e a falta de medicamentos no sistema público de saúde.³²

No caso da Educação, outro Direito Social de extrema importância para o futuro do país, também vem sofrendo cortes na área da pesquisa, da ciência e tecnologia. No quesito educação básica, o Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica, o conhecido FUNDEB, na qual a União transfere aos Estados e Municípios, também sofre com a diminuição dos recursos³³, fato que sobrecarrega o orçamento dos respectivos entes da federação, os quais são obrigados a utilizarem recursos próprios em uma situação que já é de cobertor curto. Já na área da habitação e moradia, a redução nos subsídios do principal programa desenvolvido pela União, o “Minha casa minha vida”, é cada vez maior, à medida que se agrava a crise fiscal em âmbito federal.³⁴

É cristalino que a crise no âmbito da administração pública não data dos dias de hoje. Por vários anos, grande parte dos gestores públicos que estiveram à frente do Executivo da União, Estados, Distrito Federal e Municípios gastaram de forma desenfreada, resquícios também de uma administração totalmente patrimonialista, revestidos de um manto populista, deixando assim, severos problemas fiscais aos seus sucessores, cuja a população acaba sendo a maior prejudicada.³⁵

Sem dúvidas, a irresponsabilidade fiscal o populismo com as contas públicas, o não comprometimento dos gestores públicos com uma boa administração, o inchaço da máquina estatal e as brutais desigualdades em nível de distribuição de receitas, contribuíram sensivelmente para a geração da chamada Crise Fiscal do Estado, que impacta, atualmente, na prestação dos serviços públicos e reflete diretamente nos Direitos Sociais. Há um descumprimento das promessas constitucionais e uma verdadeira crise de efetividade destes direitos, pois o ente público, sem recursos para investimentos e muitas das vezes para o próprio custeio, fica amarrado diante da crescente demanda da sociedade. Afinal, as demandas da sociedade são ilimitadas ao passo que o orçamento público é limitado³⁶.

O contexto de escassez de recursos e em contrapartida a alta demanda de prestações sociais, ademais como os Direitos Sociais, pressupõem grandes disponibilidades financeiras por parte do Estado, rapidamente, se aderiu à construção dogmática da

³¹ CONFEDERAÇÃO NACIONAL DOS MUNICÍPIOS. **Secretários municipais de Saúde criticam defasagem dos valores da tabela do SUS**. 21 de junho de 2017.

³² MERLIN, Guacira. **Falta de repasses do estado a hospitais do RS provoca atraso de salários e adiamento de cirurgias**. RBSTV GIRS, 12 de novembro de 2018.

³³ SENADO FEDERAL. **Estados e municípios: endividados e com receita em queda**. Senado Federal Em discussão, setembro de 2015. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/emdiscussao/edicoes/pacto-federativo/realidade-brasileira/endividados-e-com-receita-em-queda>. Acesso em: 21 de dezembro de 2018.

³⁴ FRAZÃO, Fernando. **Subsídios terão redução de R\$ 23 bilhões em 2019** - Jornal do Comércio <https://www.jornaldocomercio.com/_conteudo/economia/2018/10/651500-subsidios-terao-reducao-de-r-23-bilhoes-em-2019.html> Acesso em: 10 de outubro de 2018.

³⁵ TOMAZELLI, Idiana; GAVRAS, Douglas. **Estudo indica que 16 Estados correm risco de insolvência**. O Estado de São Paulo, São Paulo, 07 de novembro de 2018.

³⁶ SANTOS, Darcy Francisco Carvalho dos. **O custo do Populismo**, Zero Hora, Porto Alegre, 17 de julho de 2018.

reserva do possível (Vorbehalt des Möglichen) para traduzir a ideia de que os Direitos Sociais só existem quando e enquanto existir dinheiro nos cofres públicos.

37

Partindo dessa perspectiva, assim como a Constituição Federal de 1988 protege o mínimo existencial e a dignidade da pessoa humana, diante das limitações orçamentárias estatais passou-se a alegar o princípio da reserva do possível como um limitador à prestação dos Direitos Sociais. Tal princípio começou a se destacar na Alemanha em 1970, onde constatou-se que para o alcance da efetividade do conceito, deveriam ser observadas as limitações orçamentárias do Estado, uma vez que, retratam a saúde econômica e financeira da Administração³⁸. Por essa visão, “observa-se que, a Reserva do Possível se insere no âmbito judicial em ações relativas à exigibilidade de direitos fundamentais sociais ante a omissão ou deficiência da prestação estatal, constituindo-se em uma matéria de defesa do Estado”³⁹. Sendo assim, “é compreendida no sentido de insuficiência de recursos orçamentários, sendo utilizada como justificativa para não concretização de políticas públicas destinadas à efetivação dos direitos fundamentais sociais”⁴⁰.

A cláusula da reserva do possível, trazida do direito constitucional alemão, “é utilizada como critério para limitar os deveres estatais de prestação, principalmente os direitos sociais, ao entender como aquilo que o indivíduo pode razoavelmente exigir da coletividade – somente se for razoável, o Estado não pode se negar a fornecer.”⁴¹ Porém em contraposição à reserva do possível, Ingo Sarlet afirma que “não restam dúvidas que toda a atividade estatal e todos os órgãos públicos se encontram vinculados pelo princípio da dignidade da pessoa humana, impondo um dever ao Estado de respeito e proteção”⁴². Deve, portanto, por obrigação constitucional, o Estado efetivar os Direitos Fundamentais Sociais.

2 MUNICIPALIZAÇÃO E PODER LOCAL

Em primeiro momento cabe demonstrar a diferenciação entre Estado Federado, Estado Unitário e Confederação, ambos caracterizados como formas de Estado. Configura-se um Estado Unitário aquele em que há a centralização das decisões político-administrativas, sendo um ente totalmente dependente do poder central. O Estado Federado, objeto de estudo do presente tópico, é fortemente distinguido pela descentralização das decisões político-administrativas na repartição das competências entre os Entes Federados e na garantia de autonomia financeira, orçamentária e legislativa entre os respectivos entes. Já a confederação de Estados “consiste na junção de dois ou mais deles mediante um tratado, pacto ou convenção, e com vistas a obtenção de um determinado resultado, admitindo-se secessão, uma vez atingido o objetivo comum visado.”⁴³

³⁷ LOPES, Maisa de Souza OLIVEIRA, Thiago Ferraz de. **A reserva do possível e o mínimo existencial na efetivação dos direitos sociais**. XXIV Congresso Nacional do Conpedi. Organização CONPEDI/ UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara, 2015. Disponível em: <https://www.conpedi.org.br/publicacoes/66fsl345/g5zmv4pn/qlbaMY4p7fk6dPUs.pdf>. Acesso em 24 jan. 2019, p. 20.

³⁸ BERNARDINO, 2015, p. 20.

³⁹ LOPES; OLIVEIRA, 2015, p. 22.

⁴⁰ LOPES; OLIVEIRA, 2015, p. 22.

⁴¹ RABELO, Janaina 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**, 2012. Disponível em <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=1b12189170921fa4>. Acesso em: 24 jan. 2019, p. 4.

⁴² SARLET, 2009, p. 106.

⁴³ FILOMENO, José Geraldo Brito. **Manual de Teoria Geral do Estado e Ciência Política**. 8.ed – Forense, 2012, p. 126.

O federalismo teve sua origem nos Estados Unidos da América em decorrência da ruptura das Treze Colônias Americanas com a Grã-Bretanha e do frágil modelo de confederação adotado, pois o mesmo não foi capaz de suprir as necessidades básicas do povo americano, que preservava o direito a um governo local. Naquele contexto, “o modelo de confederação gerava alta desconfiança entre a população na capacidade de um governo fortemente centralizado de suprir as demandas.”⁴⁴ Assim, optou-se na época pelo modelo federativo, com soberania reservada ao poder central e autonomia aos estados. Para Filomeno, “caracteriza-se a federação, por conseguinte, pela coexistência de poderes de esferas diversas, e na qual se observa uma descentralização política e administrativa”⁴⁵.

Já Dalmo de Abreu Dallari afirma que a federação é uma forma de Estado capaz de “corresponder as necessidades e aspirações da nossa época”, sendo assim uma aliança ou união de Estados que tem por base jurídica uma Constituição e não um tratado. O Estado federado orienta-se por algumas características fundamentais como a inexistência ao direito de secessão, a base jurídica com pilares em uma Constituição, como já mencionado acima, a autonomia política, administrativa e orçamentária de cada ente federado e a distribuição constitucional de competências.⁴⁶

Segundo Ferreira Filho⁴⁷, em se tratando das competências entre os entes da federação, a Constituição Federal de 1988 estabeleceu dois tipos de competências: legislativa e administrativa. No tocante à legislativa, há competências exclusivas da União, dos Estados-membros, do Distrito Federal e dos Municípios, bem como competências concorrentes deferidas a União, Estados e Distrito Federal, não atribuindo aos Municípios tal competência legislativa com os demais entes. No entanto, é possível enfatizar também a competência tributária de cada Ente, que será abordado mais à frente.

É fato que “a discriminação de competências está contemplada no federalismo brasileiro desde 1891, com pequenas alterações trazidas pelas Constituições de 1934, 1946 e 1967, que proporcionaram em termos gerais uma ampliação dos poderes legislativos dos Estados e, subsidiariamente, dos Municípios.”⁴⁸ No entanto “a repartição de competências introduzidas pela Constituição de 1988 é bastante complexa”⁴⁹.

Entende-se como competência privativa aquela que atribui à União legislar sobre determinada matéria, podendo delegá-la a outro ente. Em se tratando de competência exclusiva, caberá unicamente a um determinado ente legislar sobre determinada matéria, impedindo a delegação de competência. Em se tratando das “competências dos municípios estão dispostas no artigo 30, inciso I, de forma privativa, referida como interesse local”⁵⁰. Assim, para o autor, “A competência do município, portanto, também é enumerada”⁵¹. Por sua vez, “o Estado tem a competência denominada remanescente ou residual estabelecida pelo artigo 25,

⁴⁴ SANTOS, Ronaldo Alencar; ANDRADE, Priscilla Lopes. **A evolução histórica do federalismo brasileiro: uma análise da histórico-sociológica a partir das Constituições Federais.** Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=a424ed4bd3a7d6ae>. Acesso em 26 set 2019.

⁴⁵ FILOMENO, 2012, p. 128.

⁴⁶ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado.** 30 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. pp. 251 – 254.

⁴⁷ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional.** 35.ed – São Paulo: Saraiva, 2009, p. 61.

⁴⁸ TRISTÃO, José Américo Martelli. *A Administração Tributária Dos Municípios Brasileiros: uma avaliação do desempenho da arrecadação.* São Paulo, 2003. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/2568/86620.pdf>. Acesso em: 19 mar. 2019, p. 69.

⁴⁹ TRISTÃO, 2003, p. 6-8.

⁵⁰ TRISTÃO, 2003, p.68.

⁵¹ TRISTÃO, 2003, p. 68.

parágrafo primeiro da Constituição Federal de 1988⁵². Por outro lado, a competência comum ou concorrente é deferida à União, aos Estados e ao Distrito Federal (não aos Municípios) (art.24), competindo à União estabelecer apenas normas gerais (art. 24 §1º). Aos Estados e ao Distrito Federal cabe complementar essas normas, adaptando-as às suas peculiaridades, chamando-se esta competência complementar como suplementar⁵³.

A competência comum, na visão de Nagib Slaibi Filho, é aquela atribuída à União, Estados e o Distrito Federal⁵⁴. Por sua vez, Manoel Gonçalves Ferreira Filho salienta que a competência administrativa é, em princípio, correlata à competência legislativa. Assim, quem tem competência para legislar sobre uma matéria, tem competência também para exercer a função administrativa quanto a ela. Entretanto, há todo um campo que é comum no plano administrativo à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios (art.23). Neste âmbito, todos esses entes federativos devem cuidar do cumprimento das leis, independentemente da origem federal, estadual, distrital ou municipal⁵⁵.

Tratando-se da atividade financeira e tributária do Estado, é possível dizer que o Poder Público “existe para a consecução do bem comum”⁵⁶ como também, para efetivar os Direitos básicos consagrados na Carta Magna, em especial os Direitos Sociais. É cristalino que, para a consecução desse fim, é necessário angariar recursos, receitas públicas sejam elas provenientes de receitas originárias ou derivadas. Compreende-se como “receitas originárias aquelas que se originam do patrimônio do Estado”⁵⁷, como receitas das estatais e rendimentos e exploração de seus bens e recursos naturais.

Já as receitas derivadas são aquelas que advém do pagamento de tributos, nos termos do Artigo 3º do Código Tributário Nacional.⁵⁸ Nesse sentido, o tributo é uma forma de angariar recursos para os cofres públicos através de receitas derivadas. No entanto, existem tributos cuja finalidade principal é fiscal, ou seja, arrecadatória, como Imposto sobre serviços (ISS), Imposto sobre circulação de mercadorias e serviços (ICMS) e Imposto de Renda (IR), havendo também tributos com a finalidade precípua de intervir numa situação social ou econômica, com a finalidade extrafiscal⁵⁹. Seguramente, “as transferências intergovernamentais de recursos podem ser usadas de forma a compensar diferenças regionais de receitas, ou custos e benefícios externos decorrentes de ações locais”⁶⁰. Dentre as transferências federais destacam-se: Fundo de Participação dos Estados, Fundo de Participação dos Municípios, Fundo de Participação nas Exportações, Salário Educação (FNDE).

Já em relação às transferências realizadas pelos Estados-membros aos Municípios destacam-se “os repasses de 25% do ICMS (Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços) arrecadado e 50% do IPVA (Imposto sobre Propriedade de Veículos Automotores) ao Município de origem”⁶¹, além de eventuais

⁵² TRISTÃO, 2003, p. 68.

⁵³ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 35.ed – São Paulo: Saraiva, 2009, p. 62.

⁵⁴ SLAIBI FILHO, Nagib. **Direito Constitucional**. 3.ed – Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 627.

⁵⁵ FERREIRA FILHO, 2009, p. 62.

⁵⁶ ALEXANDRE, Ricardo. **Direito Tributário**. 12 ed. Editora JusPodivm. Salvador, 2018, p. 40.

⁵⁷ ALEXANDRE, 2018, p.40.

⁵⁸ Tributo “é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada, dentro da presente definição engloba impostos, taxas, contribuição de melhoria, empréstimos compulsórios e contribuições sociais.

⁵⁹ ALEXANDRE, 2018, p.43.

⁶⁰ TRISTÃO, 2003, p. 65.

⁶¹ TRISTÃO, 2003, p. 76.

convênios firmados entre o Estado-membro e o município, como na área da saúde e educação por exemplo. No entanto, uma característica do sistema de transferências atual no Brasil é o fluxo vertical para baixo dos recursos. Ou seja, em sua maioria, governo federal transfere recursos aos Estados.

No tocante a municipalização como forma de efetivar os Direitos Fundamentais Sociais, em primeiro plano, é possível ressaltar que “a tradição política e as relações entre os entes da administração pública estão assentadas em uma forte centralização política”, nesse sentido, “o Estado brasileiro sempre deteve a prerrogativa de estabelecer as diretrizes sociais, econômicas e políticas, num ajuste centralizador e unilateral”⁶². Partindo desse pressuposto, Ladislau Dowbor afirma que “a dramática centralização do poder político e econômico que caracteriza esta forma de organização da vida em sociedade leva, em última instância, a um divórcio profundo entre as necessidades dos cidadãos e o conteúdo das decisões sobre o desenvolvimento econômico e social”⁶³.

Contrapondo essa visão centralizadora, Janaína Rigo Santin afirma que “por ser mais próximo do cidadão, o Poder Local é mais factível de ser democratizado e de oportunizar uma maior participação da comunidade”⁶⁴. Com essas palavras, evidencia-se que a vida acontece no município, ou seja, no poder local e não no Estado, na União. É cristalino que os gestores públicos municipais (Prefeitos) bem como os integrantes do Legislativo Municipal (Vereadores) possuem contato quase que diário com a população, conhecendo as demandas da comunidade e os desafios que precisam ser enfrentados. Diferentemente do Poder Estadual e Federal que estão longe das demandas da comunidade local. Nesse aspecto, Janaina Rigo Santin defende que:

[...] afinal, é muito mais ao cidadão conhecer e contatar com o seu prefeito, secretários e vereadores quando comparado às possibilidades de contato com a Presidência da República ou seus Ministros. É o novo papel a ser assumido pelas células municipais, diante das mudanças por que passa o Estado Nacional⁶⁵.

Em se tratando da temática relacionada ao Poder Local, em âmbito nacional criou-se em 8 de fevereiro de 1980 a chamada Confederação Nacional dos Municípios, sendo esta uma organização apartidária, sem fins lucrativos que consolida o movimento municipalista brasileiro, com o objetivo de dar maior autonomia aos municípios, bem como ser uma voz ativa na luta por uma repartição mais justa das receitas tributárias (Federalismo Fiscal). Nesse sentido, é possível compreender as bases do movimento municipalista brasileiro nos dias atuais, já que a cultura administrativa brasileira ao longo da história sempre esteve voltada ao Poder Central:

Contrapondo este ponto da história do Brasil com os dias atuais, é válido destacar que os discursos municipalistas, defensores de uma visão na qual a gestão democrática municipal constitui-se como sustentáculo de um desenvolvimento político imbuído de participação popular, e que tenha por reflexo o crescimento do Brasil nação, encontram neste ato do Império, argumento comprobatório de que a América portuguesa se manteve unida e sujeita a um governo central por conta da descentralização de prerrogativas políticas e administrativas⁶⁶.

Sem dúvidas, “o Poder Local, apresenta-se, pois como uma alternativa onde os próprios indivíduos, mediante uma participação política ativa dentro do seu município ou comunidade pleiteiam os seus direitos

⁶² SANTIN, p.146, 2017.

⁶³ DOWBOR, 2008, p.20.

⁶⁴ SANTIN, 2017, p.153.

⁶⁵ SANTIN, 2017, p. 154.

⁶⁶ SANTIN, Janaína Rigo; RODIGHERI, Bruno Nogueira. **O poder local na federação brasileira**. Argumenta Journal Law, Jacarezinho – PR, Brasil, n. 25. p. 275-299.

sociais que o Estado já não tem mais condições de efetivar”⁶⁷. Ainda assim, é cada vez mais “evidente que o paradigma do Estado-Nação, desenvolvido na modernidade, está em crise, não podendo mais garantir sozinho e de forma centralizada a efetivação dos direitos sociais”⁶⁸ surgindo assim, essa alternativa de descentralização das decisões.

Além disso, hoje em dia há um clamor maior por parte da sociedade, “pois as pessoas querem participar mais e serem ouvidas pelos mecanismos institucionais de poder”, estando assim “cansadas de governos que lhes cobram muito a título de tributos, mas que não lhes dá a devida contrapartida na forma de serviços públicos, em especial os garantidores dos direitos sociais”⁶⁹. Dentre as experiências concretas dessa nova forma de governança local, ressaltase o exemplo da Bolívia que iniciou no ano de 1994 um amplo processo de participação popular através da Lei de Participação Popular e a Lei de Descentralização Administrativa, ambas as legislações “mudaram substancialmente as bases e a forma de conceber o Estado, as noções e práticas da gestão municipal e o exercício da democracia em nível local”⁷⁰.

Já no tocante as experiências em âmbito nacional, certamente um dos maiores exemplos de manifestação do poder local foi o processo do Orçamento Participativo, implementado na Prefeitura Municipal de Porto Alegre/RS no ano de 1989, considerada uma experiência de participação democrática e de identificação de subjetividades, um notável exercício de cidadania. Pois além de aproximar a comunidade para definição das principais questões locais, o orçamento também possui como grande trunfo a criação de uma consciência política, conscientizando os cidadãos de seus direitos e da força de suas reivindicações. Cabe ainda salientar, que a Lei 10.257/01, conhecida como o Estatuto da Cidade, também faz menção em seu artigo 44 sobre a participação da população em reuniões, audiências e debates para elaboração do Plano Plurianual, da Lei de Diretrizes Orçamentárias e da Lei Orçamentária Anual Municipais, sob pena de vício formal no processo legislativo.

Art. 44. No âmbito municipal, a gestão orçamentária participativa de que trata a alínea f do inciso III do art. 4º desta Lei incluirá a realização de debates, audiências e consultas públicas sobre as propostas do plano plurianual, da lei de diretrizes orçamentárias e do orçamento anual, como condição obrigatória para sua aprovação pela Câmara Municipal⁷¹.

Com advento da Lei Complementar nº 101, de 04 de maio de 2000, a chamada Lei de Responsabilidade Fiscal, revolucionou e quebrou paradigmas no âmbito da gestão pública brasileira, pois “tornou-se obrigatório que todos os governos, nos três entes federativos, implementassem a gestão orçamentária participativa e transparente”⁷². Sendo assim, “todos os governos, independente do partido político e da esfera governamental, devem elaborar suas leis orçamentárias em conjunto com a população”⁷³.

Agora, se for tomada como base a grave crise de efetividade dos Direitos Sociais vivenciada tanto pela sociedade, que em muitos casos carece da prestação de serviços públicos essenciais, quanto pela administração

⁶⁷ SANTIN, 2017, p. 152.

⁶⁸ SANTIN, 2017, p. 153.

⁶⁹ SANTIN, 2017, p. 152.

⁷⁰ SANTIN, 2017, p. 158.

⁷¹ BRASIL, Lei 10.257, de 10 de julho de 2001. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LEIS_2001/L10257.htm. Acesso em 26 set 2019.

⁷² SANTIN, 2017, p. 158.

⁷³ SANTIN, 2017, p. 158.

pública brasileira, com um orçamento cada vez mais “apertado”, é possível apresentar alternativas concretas para garantia da efetivação dos Direitos Sociais ora previstos em nossa Carta Magna. Dentre essas alternativas, apresenta-se a necessidade do “empoderamento” orçamentário dos entes municipais, dotando-os de mais recursos para execução de políticas públicas nas mais diversas áreas de atuação estatal, em especial os direitos previstos no artigo 6º da Constituição Federal, objeto do presente trabalho.

Além do incremento orçamentário, destaca-se também a necessidade dos gestores públicos municipais agir em observância a Lei Complementar nº 101, de 04 de maio de 2000, a Lei de Responsabilidade Fiscal, bem como, ter um controle mais rigoroso por parte dos Tribunais de Contas Estaduais na fiscalização dos gastos públicos e execução das políticas públicas⁷⁴. Ademais, a implementação da administração pública gerencial e a superação do patrimonialismo também se faz necessário. Além disso, a sociedade também possui um papel preponderante neste processo, tendo assim uma postura mais ativa nas decisões administrativas e orçamentárias do Poder Local. Nesse aspecto, Santin enfatiza que além de ser um exercício de cidadania, “a participação do povo na gestão fiscal é instrumento fundamental para que as pessoas compreendam o funcionamento da administração pública e os seus limites, passando a decidir com efetivo conhecimento de causa”⁷⁵.

No entanto, para que os municípios passem a ter um incremento em seus respectivos orçamentos, destaca-se um importante passo a ser dado no tocante à reformulação do chamado Pacto Federativo, pois ano após ano, consolida-se cada vez a mais a hegemonia da União face aos demais entes da federação no tocante ao Federalismo Fiscal. É importante ressaltar que Pacto Federativo, além da repartição das receitas tributárias compreendidas entre os artigos 157 a 159 da Constituição Federal de 1988, consiste também em algumas garantias constitucionais da Federação brasileira, como por exemplo, a repartição de competências administrativas, imunidades recíprocas de impostos e o controle de constitucionalidade.

É notório que o Federalismo Fiscal certamente é umas das principais demandas dos Estados e Municípios, pois aproximadamente 68% dos tributos arrecadados no Brasil vão diretamente para a União, que todos os meses distribui um percentual para Estados, Municípios e o Distrito Federal. Ao final desses repasses, perto de 58% da arrecadação fica em Brasília, 24% vai para os Estados e 18 % para os Municípios, o que justifica a “Marcha dos Prefeitos” à Brasília e o Fórum Permanente dos Governadores para discussões de interesse dos respectivos entes federativos, bem como o clamor por uma Federalismo Fiscal mais justo. Sendo assim, face a esse quadro caótico da administração pública brasileira, é possível reforçar a tese da necessidade de um novo Pacto Federativo, ou seja, de um Federalismo Fiscal mais efetivo, que empodere os entes municipais para assim, fazer garantir a efetivação dos Direitos Sociais.

3 POR UM NOVO PACTO FEDERATIVO E A REFORMA DO ESTADO

Para que um novo Pacto Federativo se concretize, este deverá vir acompanhada de uma ampla Reforma Administrativa do Estado em nível Federal, pois a União certamente se converterá como a grande perdedora de recursos, já que os Estados e principalmente os Municípios serão dotados de mais recursos para busca da

⁷⁴ PITOMBO, João Pedro. **Congresso e tribunais de contas afrouxam limite de gastos dos municípios**. Folha de São Paulo, São Paulo, 27 de dezembro de 2018.

⁷⁵ SANTIN, 2017, p. 161.

efetivação dos Direitos Sociais, fato este que inverterá a atual lógica centralizadora. No entanto para este empoderamento de recursos é necessário que os Municípios sigam os preceitos gerenciais da administração pública, prezando em suma pela responsabilidade fiscal, no planejamento e no cumprimento de metas diante desse incremento de receitas em seus respectivos orçamentos.

No tocante a Administração Pública Gerencial, em primeiro plano cabe discutir a cultura administrativa brasileira praticada pelos gestores públicos. Sem dúvidas, uma boa qualidade da gestão é uma ferramenta essencial para busca da efetivação dos Direitos Fundamentais Sociais. Na visão de Diogo de Figueiredo Moreira Neto, a cultura dos administradores brasileiros se traduz em “uma triste tradição fiscal e orçamentária” onde se gasta mais do que se arrecada, se iniciam obras sem saber se irão concluí-las, superfaturam contratos para obter proveito, dentre outras mazelas administrativas.⁷⁶

Dentro do contexto histórico, a Administração Pública brasileira passou por diversas etapas, como a do patrimonialismo, passando pelo modelo burocrático até chegar ao marco fundamental do gerencialismo com a Emenda Constitucional nº 19/98. No entanto, tais modelos não são estanques e coexistem entre si, já que antes do surgimento da Administração Pública burocrática, o aparato estatal era patrimonialista, no qual o patrimônio público e o privado eram confundidos, existindo o nepotismo, o empreguismo e a corrupção e até hoje estes traços patrimonialistas persistem na gestão pública brasileira, caracterizados pela apropriação privada do dinheiro público. Ou seja, o modelo patrimonialista tem suas bases nos modelos de Estados Absolutistas que se firmaram entre os séculos XVII e XVIII⁷⁷ e altera seu *modus operandi* ao longo do tempo e em cada região. Porém, no Brasil, ele persiste ainda hoje. Nesse sentido, Graham Stephan Bentzen Campelo ressalta:

Um modelo como esse gera, por certo, o clientelismo, a troca de favores, o prevalecimento de interesses privados em detrimento do interesse público, faz surgir um modelo do público vinculado ao particular sem a referência de interesse público, como princípio norteador das condutas estatais.⁷⁸

O ex-Ministro da Administração Federal e Reforma do Estado Luiz Carlos Bresser Pereira conceitua o patrimonialismo como “a incapacidade ou a relutância de o príncipe distinguir entre o patrimônio público e seus bens privados”⁷⁹. Nessa linha de análise, após o Patrimonialismo, sendo este ainda não superado, surge então o modelo de Administração Burocrática em um contexto onde se permeava o modelo de Estado liberal. Conceituando esse modelo, é possível dizer que “entende-se por administração burocrática aquela cuja legitimidade baseia-se em normas legais racionalmente definidas”⁸⁰. É fato que “as burocracias têm sua fonte de legitimidade no poder Racional-Legal. Em seu tipo ideal, as organizações são sistemas sociais racionais, tendo como características o formalismo e a impessoalidade”⁸¹. No entanto, “também é possível citar pontos negativos da administração pública burocrática, comumente declinados, ineficiência, incapacidade de voltar-

⁷⁶ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Considerações sobre a lei de responsabilidade fiscal** (finanças públicas democráticas). Renovar. Rio de Janeiro, 2001, p. 84.

⁷⁷ CAMPELO, Graham Stephan Bentzen. **Administração Pública no Brasil: Ciclos entre patrimonialismo, burocracia, e gerencialismo, uma simbiose de modelos**. 2010. Disponível em: <https://fundaj.emnuvens.com.br/CIC/article/view/871/592>. Acesso em 10 set 2018, p. 3.

⁷⁸ CAMPELO, 2010, p.04.

⁷⁹ BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. **A Reforma do Estado dos anos 90: Lógica e Mecanismos de Controle**. Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado. Brasília, 1997. Disponível em <http://www.bresserpereira.org.br>. Acesso em 18 set 2018.

⁸⁰ CAMPELO, 2010, p.10.

⁸¹ CAMPELO, 2010, p. 10.

se para o serviço aos cidadãos vistos como clientes, sendo perceptível tais deficiências com a implementação do modelo burocrático”⁸².

A administração pública burocrática e sua burocracia weberiana eram adequadas para um pequeno Estado Liberal; no quadro dos Estados democráticos e sociais do final do século, em um mundo mais competitivo do que em qualquer outra época de sua história, não havia alternativa senão enveredarem pela reforma da gestão pública ou reforma gerencial.⁸³

Assim, no Brasil, o modelo de Administração Burocrática “surge a partir de 1930, época da aceleração da industrialização brasileira, em que o Estado assume o papel decisivo, intervindo pesadamente no setor produtivo de bens e serviços, caracterizando as ideologias já antes citadas do modelo de Estado do bem-estar social”⁸⁴. Porém, “tendo em vista a inadequação do modelo, a administração burocrática implantada a partir de 1930 sofreu sucessivas tentativas de reforma”⁸⁵. Tal reforma operada em 1967, pelo decreto-lei nº 200, “constitui um marco na tentativa de superação da rigidez burocrática, podendo ser considerada o primeiro momento da administração gerencial no Brasil”⁸⁶.

Por sua vez, já no panorama internacional, o gerencialismo ou Administração Pública Gerencial teve sua origem “a partir do final da segunda grande guerra no século XX, as nações tiveram de se mobilizar para recuperar suas economias e modernizar indústrias a fim de alcançar um novo patamar de bem estar social”⁸⁷. Porém no Brasil, este modelo só chegou a partir de 1990, e teve “sua motivação na agenda econômica, caracterizada pela crise financeira do Estado, com influência da vertente gerencial inglesa e com premissas gerencialistas do modelo americano”⁸⁸. Assim, em 1995 “através do Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, procurou-se definir as instituições e estabelecer as diretrizes para a implantação de uma administração pública gerencial no país”⁸⁹. Seguramente, “os princípios norteadores do gerencialismo baseiam-se nos seguintes fatores: interesse público, responsabilidade (*accountability*), descentralização, participação social (capital social), transparência, honestidade, liderança e eficiência”⁹⁰.

No que diz respeito a descentralização, é possível dizer que se trata de um “traço marcante do gerencialismo”, pois a “medida em que funções e comandos de poderes estatais que, em regra, ficavam enclausurados nos agentes hierárquicos ou entidades da administração pública”⁹¹. Já a participação social também é um traço marcante desta forma de administração, pois estimula a cidadania e a participação dos administrados nas decisões locais. Ainda assim, é possível dizer que a Administração Pública Gerencial busca “promover maior eficiência e eficácia das atividades do setor público, através de modelos de avaliação de desempenho, novas formas de controlar o orçamento e serviços públicos direcionados às preferências dos

⁸² CAMPELO, 2010, p.11.

⁸³ BRESSER PEREIRA, 2008, p.95.

⁸⁴ CAMPELO, 2010, p.13.

⁸⁵ CAMPELO, 2010, p.14.

⁸⁶ CAMPELO, 2010, p.14.

⁸⁷ CAMPELO, 2010, p. 16.

⁸⁸ OLIVEIRA, André Browne Ribeiro; SILVA, Uilcleides Braga da Silva; BRUNI, Adriano Leal. Gerencialismo e desafios contemporâneos da gestão dos custos públicos no Brasil. **Revista de Estudos Contábeis**, p. 63-82. Londrina, 2012, p. 2.

⁸⁹ BRESSER PEREIRA, 2008, p. 98.

⁹⁰ CAMPELO, 2010, p. 19.

⁹¹ CAMPELO, 2010, p. 19.

cidadãos”⁹² sendo estes “métodos típicos do gerencialismo, que hoje são parâmetros fundamentais a partir dos quais diversos países, de acordo com as suas condições locais, modificam as antigas estruturas administrativas”⁹³. Destaca-se que o foco do modelo gerencial “é voltado para o cidadão, e não para os próprios procedimentos, como no modelo burocrático, apesar de coexistirem, ainda, com o escopo burocrático e heranças patrimonialistas encravadas no modelo mental da gestão pública brasileira”⁹⁴.

Com o advento da Lei de Responsabilidade Fiscal, no ano de 2000, deu-se sequência à implementação da chamada “Administração Pública Gerencial” consolidada pela Emenda Constitucional nº 19/98, inaugurou-se um novo conceito de gestão fiscal, em que o equilíbrio das contas públicas erige-se em dever do administrador público na qual submete este ao exercício da prudência fiscal. O objetivo desta Lei, além de reger as finanças públicas, possibilita “corpo à política de estabilização fiscal, bem como para regulamentar dispositivos da Constituição Federal que demandavam uma Lei Complementar”⁹⁵, pois “a própria Constituição, em seus artigos 163, 165 e 169, demandava regulamentação”⁹⁶. Certamente, com o advento desta Lei, representou uma quebra de paradigmas, pois historicamente “os aspectos dominantes das finanças públicas brasileiras foram, sempre e secularmente fincados em nossa cultura, o patrimonialismo e o personalismo”⁹⁷ tendo como herança “a crônica imprevisão, a improvisação administrativa, o apelo à demagogia fácil, a multiplicação de obras inconclusas, o acúmulo de déficits públicos, e até bem recentemente os flagelos da inflação, da estagnação e do endividamento crescentes”⁹⁸.

Em suma, é possível dizer que “o orçamento serviu, durante mais de um século, muito mais aos interesses dos políticos e do aparelho do Estado do que aos da sociedade.”⁹⁹ É possível afirmar que a Lei “atribuiu grande destaque aos princípios garantidores de uma gestão eficiente, responsável, transparente e participativa atualizando aqueles estabelecidos na Magna Carta de 1988”¹⁰⁰. Através da visão de Moreira Neto, destacam-se alguns princípios setoriais da gestão financeira-orçamentária da administração pública, como o princípio do planejamento, “que exigia a previsão de receitas e fixação de despesas de custeio e de capital em orçamento público, como a lei a ser observada”¹⁰¹ e do equilíbrio fiscal, em que passa-se “a exigir que a execução orçamentária se conduza de forma a balancear as despesas não só com a realidade numérica da arrecadação da receita, como também das peculiaridades da realidade socioeconômica” do ente público.¹⁰²

No entanto, a respectiva lei, além de controlar os gastos públicos da União, Estados, Distrito Federal e Municípios bem como dos demais poderes (Legislativo e Judiciário) condicionando-o a capacidade arrecadatória dos respectivos entes federativos, “a Lei de Responsabilidade Fiscal representa um avanço na maneira de administrar os recursos que os contribuintes colocam à disposição dos gestores com vistas ao bem comum”¹⁰³. Seguramente, “a responsabilidade fiscal pressupõe tanto responsabilidade na realização dos gastos

⁹² OLIVEIRA; SILVA; BRUNI, 2012, p. 05.

⁹³ OLIVEIRA; SILVA; BRUNI, 2012, p. 05.

⁹⁴ CAMPELO, 2010, p. 23.

⁹⁵ ABRAHAM, Marcus. **Lei de Responsabilidade Fiscal Comentada**. 2 ed. Forense. Rio de Janeiro, 2017, p. 8.

⁹⁶ ABRAHAM, 2017, p. 08.

⁹⁷ MOREIRA NETO, 2001, p. 83.

⁹⁸ MOREIRA NETO, 2001, p. 84.

⁹⁹ MOREIRA NETO, 2001, p. 84.

¹⁰⁰ SANTIN, 2017, p. 159.

¹⁰¹ MOREIRA NETO, 2014, p. 61.

¹⁰² MOREIRA NETO, 2014, p. 61.

¹⁰³ SANTIN, 2017, p. 161.

como a preocupação com o controle das receitas”¹⁰⁴. Sendo que “a partir disso potencializam-se todos os demais princípios que norteiam a gestão fiscal responsável (planejamento, equilíbrio fiscal, prudência, controle, responsabilidade, transparência e responsividade ou *accountability*)”¹⁰⁵. A Lei ainda define mecanismos adicionais de controle das finanças públicas em anos eleitorais. Tudo isso com vistas a garantir uma gestão pública saudável e sustentável financeiramente, capaz de garantir a prestação dos serviços públicos essenciais muitos deles já previstos constitucionalmente através dos Direitos Fundamentais Sociais positivados no artigo 6º da Constituição Federal de 1988.

A Lei também estabelece infrações e penalidades para os gestores públicos, permitindo, “que os mecanismos de participação no processo político sirvam como instrumento de controle e punição dos governantes que não agirem de maneira correta, e ao mesmo tempo reconheça na população e no mercado os bons administradores”¹⁰⁶. Ainda assim este documento também consolidou importantes mecanismos de participação popular na construção orçamentária como mencionado no capítulo anterior, e transparência nos gastos públicos, no entanto, “não basta apenas a publicidade dos atos do gestor público, mas é necessária uma atitude positiva maior: a conduta administrativa e transparente e a participação dos administradores nas decisões sobre disposição e execução orçamentária”¹⁰⁷.

Nessa esteira, é possível dizer que “os casos de irresponsabilidade fiscal que assolavam nosso país antes da edição da LRF foram significativamente reduzidos”¹⁰⁸. No entanto, com o passar do tempo, a Lei de Responsabilidade Fiscal tem sofrido inúmeras tentativas de flexibilização, como ocorreu em dezembro de 2018, tudo isso em decorrência do agravamento da crise fiscal dos Estados e Municípios¹⁰⁹. Porém a flexibilização desta legislação pode representar um agravamento ainda maior da qualidade administrativa brasileira e levar às consequências ainda mais graves na parte fiscal, como por exemplo, o caos financeiro dos Estados brasileiros, levando o Estado do Rio Grande do Sul, do Rio de Janeiro e de Minas Gerais a decretar Estado de Calamidade Financeira sob a administração pública. Nessa perspectiva, “a crise fiscal definia-se pela perda em maior grau de crédito público e pela incapacidade crescente do Estado de realizar uma poupança pública que lhe permitisse financiar políticas públicas”¹¹⁰.

Bresser Pereira também afirma que “um Estado em crise fiscal, com poupança pública negativa, sem recursos para realizar investimentos e manter em bom funcionamento das políticas públicas existentes, muito menos para introduzir novas políticas públicas, é um Estado imobilizado” incapaz de suprir as demandas da sociedade¹¹¹. Portanto, é possível dizer que uma gestão pública equilibrada, saudável e responsável é capaz de produzir grandes conquistas no campo da elaboração de políticas públicas que visem à efetivação dos Direitos Sociais. Certamente, o longo caminho que o Brasil percorreu na busca pela implementação do gerencialismo

¹⁰⁴ SANTIN, 2017, p. 162.

¹⁰⁵ SANTIN, 2017, p. 160.

¹⁰⁶ SANTIN, 2017, p. 162.

¹⁰⁷ SANTIN, 2017, p. 159.

¹⁰⁸ ABRAHAM, 2017, p. 15.

¹⁰⁹ CUNTO, Raphael di. **Câmara aprova flexibilização na LRF e multa de 50% para distrato**. Valor Econômico, Brasília, 06 de dezembro de 2018.

¹¹⁰ BRESSER PEREIRA, 1997, p.14.

¹¹¹ BRESSER PEREIRA, 1997, p. 39.

na década de 1990 não foi em vão, pois consolidou pilares importantes que antes não eram observados, como por exemplo a responsabilidade fiscal.

Em se tratando da atualidade, o tema Reforma do Estado retornou a pauta das grandes reformas a serem realizadas pela Administração Pública Federal, pois passados mais de 20 anos do marco reformista iniciado por Bresser, o Estado brasileiro voltou a crescer de forma vertiginosa eclodindo em severa crise fiscal, em que o Estado brasileiro não cabe mais dentro do seu próprio orçamento, estrangulando assim a capacidade de investimento, sobretudo no tocante a elaboração de políticas públicas voltadas a efetivar os Direitos Fundamentais Sociais.

Cabe assim aos atuais e futuros gestores públicos, seguir e aperfeiçoar o modelo de Administração Pública Gerencial para que se cumpra o que determina a Constituição Federal de 1988, seguindo também os preceitos de uma boa administração pública. Preceituando-se de que uma boa administração pode ser definida como uma gestão eficiente, moderna, capaz de atender aos interesses públicos dando resolução aos problemas administrativos, financeiros e estruturais que permeiam o poder público. Ademais, elenca-se a noção do agir do gestor público de forma cautelosa, prudente e conforme a probidade, bem como a observância dos princípios que norteiam a Administração.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Analisando o contexto histórico de surgimento dos Direitos Sociais, seguramente é possível dizer que tais direitos representaram um avanço importante no sentido de promover a justiça social, o acesso aos serviços públicos essenciais e a promoção da igualdade através da intervenção estatal, pois com a positivação dos direitos de segunda geração nos ordenamentos jurídicos constitucionais, tais direitos acabaram sendo assegurados e elevados a categoria de Direitos Fundamentais, como o exemplo brasileiro.

Sendo o Estado Brasileiro caracterizado pela Constituição Federal de 1988 como um Estado Democrático e Social, elenca-se o dever do Ente Público de buscar a plena efetivação dos Direitos Fundamentais Sociais (Artigo 6º) através da ação positiva do Estado na elaboração de políticas públicas que sejam efetivas. No entanto, é importante ressaltar que a Administração Pública encontra vários obstáculos para buscar a chamada efetivação dos Direitos Fundamentais Sociais, obstáculos esses de ordem material, financeira e cultural.

Como descrito no presente trabalho, é notório que a Administração Pública Brasileira como um todo, independente de ente federativo, tem amargado nos últimos anos uma grave crise fiscal que empata diretamente nos direitos consagrados no Artigo 6º da Constituição Federal. Direitos estes como a saúde, a educação, o trabalho, a moradia, e a segurança, tem recebido inúmeros cortes orçamentários, ainda que em algumas áreas existam percentuais mínimos estabelecidos como, por exemplo, a saúde e a educação (esta vinculação é objeto de pressão para que seja retirada das garantias constitucionais).

No entanto, para real superação desta crise, é preciso apresentar alternativas no plano administrativo. Dentre as alternativas, está a defesa de uma Administração Pública Gerencial, contrapondo os modelos patrimonialistas e burocráticos, pois o modelo gerencial preza por uma nova postura diante da administração da coisa pública, com planejamento, metas e resultados a serem alcançados.

A experiência nacional de tentativa de implementação do gerencialismo trouxe valores administrativos importantes, como por exemplo a responsabilidade fiscal, que foi positivada no ordenamento jurídico brasileiro através da Lei Complementar nº 101 de 04 de maio de 2000. Sem dúvidas, com a observância constante da Lei de Responsabilidade Fiscal por parte do Gestor Público, bem como uma fiscalização mais rígida por parte dos Tribunais de Contas e a participação da sociedade na elaboração das peças orçamentárias e na fiscalização dos gastos públicos, também corrobora para busca da efetivação dos direitos consagrados no Artigo 6º da Carta Magna de 1988. É importante salientar que sem o princípio básico da responsabilidade sobre os gastos públicos, se torna inócuo a busca pela efetivação dos Direitos Fundamentais Sociais, pois significa dizer que o Estado continuará gastando mais do que se arrecada de forma desenfreada, o que ocasiona a falta de recursos e para custeio e investimentos.

Ainda partindo da visão administrativa gerencial, elenca-se uma importante questão: a Reforma do Estado. É cristalino que nos últimos anos o crescimento do tamanho do Estado se deu de forma vultuosa, fazendo com que a estrutura administrativa tenha se tornado uma estrutura inchada, cara ao contribuinte e ineficiente, capaz muitas das vezes de não prestar serviços públicos essenciais à população, em especial no que diz respeito aos Direitos Fundamentais Sociais. É importante que o Estado tenha uma delimitação clara em que campo deve realmente atuar, pois é matematicamente impossível do ponto de vista orçamentário o Estado atuar em todas as áreas prestando serviços de forma direta, como por exemplo serviços de natureza econômica que podem ser repassados à iniciativa privada, através de privatizações, concessões e parcerias público privadas, deixando assim de onerar os cofres públicos. Mas é importante ter claro que a Reforma do Estado deve obedecer ao regime jurídico vigente, em especial no tocante à ordem Constitucional.

Outro importante meio na busca pela efetivação dos Direitos Fundamentais Sociais, está na valorização do Poder Local, ou seja, o Ente Federativo mais próximo do cidadão que é o Município. Sem dúvidas é no Município que a vida acontece e os Gestores Públicos (Prefeitos) e Vereadores estão mais próximos das demandas da comunidade. Ainda assim, é mais fácil para a população exercer a sua cidadania através da participação nas grandes decisões e na fiscalização do Ente Público. No entanto, apesar da Constituição Federal de 1988 elevar o Município a categoria de Ente Federativo, o atual Federalismo Fiscal desprestigia a figura municipal no tocante a distribuição de recursos, pois os mesmos acabam ficando com cerca de 17 a 18% do bolo tributário¹¹². Sendo assim recursos que fazem falta no momento atender as demandas locais.

No que tange ao Poder Local, se faz necessário que a população através do voto popular, eleja gestores públicos, (independentemente de agremiações partidárias) comprometidos com as boas práticas administrativas e com a responsabilidade fiscal, contribuindo assim para a mudança na cultura administrativa brasileira. Além disso, reitera-se que a fiscalização e a participação popular se fazem necessária para o exercício da cidadania.

Sendo assim, conclui-se o presente trabalho enfatizando que a busca pela efetivação dos Direitos Fundamentais Sociais dever ser perseguido constantemente pelo Ente Público através de Gestores Públicos comprometidos com o bem comum e com o bom gerenciamento da coisa pública, mas também é importante ressaltar que a participação e fiscalização da comunidade é uma estratégia fundamental nesta caminhada, pois

¹¹² FAMURS, 2015.

com essa atitude se traduz em uma maneira concreta e factível do exercício pleno da cidadania e da participação da comunidade nas decisões locais.

REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

ABRAHAM, Marcus. **Lei de Responsabilidade Fiscal Comentada**. 2 ed. Forense. Rio de Janeiro, 2017.

ALEXANDRE, Ricardo. **Direito Tributário**. 12 ed. Editora JusPodivm. Salvador, 2018.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais**. O princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BERNARDINO, Laerty Morelin. STIPP, Luna. **Direitos Fundamentais e Sociais**: Desafios da contemporaneidade para resguardar os direitos da pessoa. XXIV Congresso Nacional do Conpedi. Organização CONPEDI/ UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara, 2015. Disponível em: <<https://www.conpedi.org.br/publicacoes/66fsl345/g5zmv4pn/8Zt5E3Q2i5t49JcS.pdf>> Acesso em: 05 de julho de 2018.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BRASIL. Constituição (1824) **Constituição Política do Império do Brasil**. Rio de Janeiro, 1824. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/. Acesso em: 20 de setembro de 2018.

BRASIL. **Código Tributário Nacional**. Disponível na internet via: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5172.htm> Acesso em: 02 de setembro de 2018.

BRASIL. **Lei 10.257, de 10 de julho de 2001**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/110257.htm. Acesso em 30 de maio de 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45-9**, Relator Min. Celso de Mello, Brasília, DF, 29 de abril de 2004.

BRASIL. **Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul**. Apelação Cível nº 70077737757, da Oitava Câmara Cível, Porto Alegre, RS, 13 de dezembro de 2018.

BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. **A Reforma do Estado dos anos 90**: Lógica e Mecanismos de Controle. Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado. Brasília, 1997. Disponível em: <<http://www.bresserpereira.org.br>> Acesso em 18 set 2018.

BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. **Democracia, Estado Social e Reforma Gerencial**. RAE, p.112-116, São Paulo, 2010. Disponível em: <http://www.bresserpereira.org.br/Papers/2010>. Acesso em 02 set 2018.

BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. **Burocracia Pública na Construção do Brasil**. Disponível em http://www.bresserpereira.org.br/BOOKS/Burocracia_Publica_construcao_Brasil.pdf. Acesso em 04 jul 2018.

CAMPELO, Graham Stephan Bentzen. **Administração Pública no Brasil**: Ciclos entre patrimonialismo, burocracia, e gerencialismo, uma simbiose de modelos. 2010. Disponível em: <<https://fundaj.emnuvens.com.br/CIC/article/view/871/592>>. Acesso em 10 set 2018

CARTA dos Direitos Fundamentais da União Europeia, Nice. 18 de dezembro de 2000. Disponível em <http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf>

CONFEDERAÇÃO Nacional dos Municípios, RBSTV Governo do RS decreta calamidade financeira na administração pública. G1 RS, 22 de novembro de 2016.

CONFEDERAÇÃO Nacional dos Municípios. *Secretários municipais de Saúde criticam defasagem dos valores da tabela do SUS*. 21 de junho de 2017.

CUNTO, Raphael di. **Câmara aprova flexibilização na LRF e multa de 50% para distrato**. Valor Econômico, Brasília, 06 de dezembro de 2018.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 30 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. **Direito Processual Constitucional**. 5 ed. revisada e ampliada. São Paulo: Atlas, 2014.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO. (1793). Disponível em <http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/dec1793.htm>. Acesso em 26 de setembro de 2019.

DECRETADA calamidade pública na saúde da zona Sul do Estado. Correio do Povo, Porto Alegre.

DOWBOR, Ladislau. **O que é Poder Local**. São Paulo: Brasiliense, 2008.

ESTADOS e municípios: endividados e com receita em queda. Senado Federal Em discussão, setembro de 2015. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/emdiscussao/edicoes/pacto-federativo/realidade-brasileira/endividados-e-com-receita-em-queda>> Acesso em: 21 de dezembro de 2018

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos Humanos Fundamentais** – 14.ed. – São Paulo: Saraiva, 2012.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 35.ed – São Paulo: Saraiva, 2009.

FILOMENO, José Geraldo Brito. **Manual de Teoria Geral do Estado e Ciência Política**. 8.ed – Forense, 2012.

FRANÇA. **Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1793**. Disponível em <https://www.senat.fr/lng/pt/declaration_droits_homme.html> Acesso em: 21 de dezembro de 2018

FRAZÃO, Fernando. **Subsídios terão redução de R\$ 23 bilhões em 2019** - Jornal do Comércio <https://www.jornaldocomercio.com/_conteudo/economia/2018/10/651500-subsidios-terao-reducao-de-r-23-bilhoes-em-2019.html> Acesso em: 10 de outubro de 2018

LOPES, Maisa de Souza OLIVEIRA, Thiago Ferraz de. **A reserva do possível e o mínimo existencial na efetivação dos direitos sociais**. XXIV Congresso Nacional do Conpedi. Organização CONPEDI/UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara, 2015. Disponível em: <<https://www.conpedi.org.br/publicacoes/66fsl345/g5znv4pn/QlbaMY4p7fk6dPUs.pdf>> Acesso em: 24 jan. 2019.

MARTELLO, Alexandre. **Gasto com servidores ativos e aposentados supera metade da arrecadação em 24 de 26 estados, apontam dados do Tesouro**. G1, Brasília, 06 de maio de 2018.

MERLIN, Guacira. **Falta de repasses do estado a hospitais do RS provoca atraso de salários e adiamento de cirurgias**. RBSTV G1RS, 12 de novembro de 2018.

MORAES, Daniela Pinto Holtz. **Efetividade dos direitos sociais: Reserva do possível, mínimo existencial e ativismo judicial**. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XIII, n. 76, maio 2010. Disponível em http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7701. Acesso em 22 mar. 2019.

MOTA, Camila Veras. **Por que o crescimento do PIB brasileiro não decola?** BBC BRASIL, São Paulo, 30 maio de 2018.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Considerações sobre a lei de responsabilidade fiscal (finanças públicas democráticas)**. Renovar. Rio de Janeiro, 2001.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. 16 ed. Forense. Rio de Janeiro, 2014.

OLIVEIRA, Grazielle; CORONATO Marcos. [Como o Brasil entrou, sozinho, na pior crise da história. Época, 04 de abril de 2016.](#)

OLIVEIRA, André Browne Ribeiro e; SILVA, Uilcleides Braga da Silva; BRUNI, Adriano Leal. Gerencialismo e desafios contemporâneos da gestão dos custos públicos no Brasil. **Revista de Estudos Contábeis**, P. 63-82. Londrina, 2012.

PACÍFICO, Andrea Pacheco. Os federalismos brasileiro e estadunidense na construção da democracia. **Revista de Estudos Internacionais**. UEPB. ISSN 2236-4811, Vol. 3 (1), 2012. Disponível em <<http://www.revistadeestudosinternacionais.com/uepb/index.php/article/viewFile/108/pdf>>

PAYÃO, Jordana Viana. **Políticas públicas em tempos de crise**. XXVI Congresso Nacional do Conpedi Brasília, 2017. Disponível em <https://www.conpedi.org.br/publicacoes/roj0xn13/z73o8t52/Vz23qf3I5us4O4Yj.pdf>.

PITOMBO, João Pedro. **Congresso e tribunais de contas afrouxam limite de gastos dos municípios**. Folha de São Paulo, São Paulo, 27 de dezembro de 2018.

QUEIROZ, Maria do Socorro de Azevedo. **Judicialização dos Direitos Sociais prestacionais: A efetividade pela interdependência dos direitos sociais direitos fundamentais na Constituição brasileira**. Curitiba: Editora Juruá, 2011.

RABELO, Janaina 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**, 2012. Disponível em <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=1b12189170921fa4>. Acesso em 24 jan. 2019.

SANTIN, Janaína Rigo; Bitencourt, Jean Carlos Menegaz. **Teoria do Federalismo e Jurisdição constitucional**. XXIV Congresso Nacional do Conpedi. Organização CONPEDI/ UFMG/FUMEC/Dom

SANTIN, Janaína Rigo. **Estado, constituição e administração pública no século XXI: novos desafios da cidadania e do poder**. Belo Horizonte: Arraes, 2017.

SANTIN, Janaína Rigo; RODIGHERI, Bruno Nogueira. **O poder local na federação brasileira**. Argumenta Journal Law, Jacarezinho – PR, Brasil, n. 25. p. 275-299.

SANTIN, Janaína Rigo. A Constituição Federal de 1988 e o princípio da dignidade da pessoa humana. **Jurisvox**. Patos de Minas: UNIPAM, (9): 117-124, out. 2008. Disponível em: <<http://jurisvox.unipam.edu.br/documents/48188/50622/a-constituicao.pdf>> Acesso em: 19 jan. 2019.

SANTOS, Ronaldo Alencar; ANDRADE, Priscilla Lopes. **A evolução histórica do federalismo brasileiro: uma análise da histórico-sociológica a partir das Constituições Federais.** Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=a424ed4bd3a7d6ae>>

SANTOS, Darcy Francisco Carvalho dos. **O custo do Populismo**, Zero Hora, Porto Alegre, 17 de julho de 2018.

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.

SOUZA, Marcelle. **Educação básica: Falta de vagas é o principal motivo de ações na Justiça.** UOL, São Paulo, 30 de dezembro de 2013.

SLAIBI FILHO, Nagib. **Direito Constitucional.** 3.ed – Rio de Janeiro: Forense, 2009.

TOMAZELLI, Idiana; GAVRAS, Douglas. **Estudo indica que 16 Estados correm risco de insolvência.** O Estado de São Paulo, São Paulo, 07 de novembro de 2018.

TRISTÃO, José Américo Martelli. **A Administração Tributária Dos Municípios Brasileiros: uma avaliação do desempenho da arrecadação.** São Paulo, 2003. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/2568/86620.pdf>. Acesso em 19 mar 2019.

FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO FRENTE À AÇÃO PENAL 937¹

Carolina Zanata dos Santos²

Daniela Simon³

RESUMO

A temática estudada insere-se no âmbito dos direitos constitucional e processual penal e lastreia-se na questão de ordem proposta na Ação Penal 937. A Ação Penal objeto de estudo refere-se ao estabelecimento de um marco temporal de fixação de competência por prerrogativa de função e limitação desta aos crimes praticados no exercício de cargos por determinados agentes públicos. Discute-se, então, através da utilização do método dedutivo e da técnica de pesquisa bibliográfica, a aplicabilidade dos postulados decididos na Ação Penal 937 não apenas a deputados e senadores, mas, também, às demais autoridades públicas com prerrogativas de foro, conferindo efetividade ao postulado da *Ratio Decedendi*. Finalmente, conclui-se pela imprescindibilidade do nexo causal, com fundamento na teleologia do instituto do foro privilegiado e demais elementos de interpretação constitucional. Ademais, os reflexos desta decisão merecem projeção nos posteriores julgamentos, irradiando efeitos às demais autoridades que possuam prerrogativa de foro em razão da função.

PALAVRAS-CHAVE: Prerrogativa funcional. Princípios constitucionais. *Ratio Decedendi*.

ABSTRACT

The theme studied is within the scope of constitutional and procedural criminal rights and is based on the issue of order proposed in Penal Action 937. The Criminal Action object of study refers to the establishment of a timeframe for establishing jurisdiction by prerogative of function and its limitation to crimes committed in the exercise of positions by certain public agents. Therefore, through the use of the deductive method and the technique of bibliographic research, the applicability of the postulates decided in the Penal Action 937 is discussed, not only to deputies and senators, but also to the other public authorities with forum privileges, conferring effectiveness to the *Ratio Decedendi* postulate. Finally, it is concluded that the causal link is indispensable, based on the teleology of the institute of the privileged forum and other elements of constitutional interpretation. In addition, the reflexes of this decision deserve projection in the subsequent judgments, radiating effects to the other authorities that have forum prerogative due to the function.

KEYWORDS: Functional prerogative. Constitutional principles. *Ratio Decedendi*.

INTRODUÇÃO

O presente estudo surge diante da inquietação provocada pelo crescimento alarmante da corrupção em nosso país, deixando cada vez mais a população desacreditada em relação aos políticos, governadores e autoridades que comandam o Brasil.

A questão do foro privilegiado é matéria polêmica e atual, tanto no âmbito político como também relacionada à opinião pública brasileira, sendo que, atualmente, tramitam projetos de lei sobre o assunto e, recentemente, o Supremo Tribunal Federal (STF) aprovou a limitação do foro para crimes cometidos por deputados e senadores.

Há muito se vem discutindo sobre a possibilidade de limitação ao foro especial por prerrogativa de função, e em como ela se tornou um privilégio em razão da pessoa possuidora, e não em razão da função exercida, como determinado na Constituição Federal de 1988.

¹ Artigo desenvolvido com a orientação do Professor Dr. Giovanni Corralo.

² Acadêmica de Graduação da Faculdade de Direito. Universidade de Passo Fundo. Passo Fundo (RS), Brasil. E-mail: 150382@upf.br

³ Acadêmica de Graduação da Faculdade de Direito. Universidade de Passo Fundo. Passo Fundo (RS), Brasil. E-mail: 150383@upf.br

Assim, objetiva-se analisar a Ação Penal 937, com a Questão de Ordem suscitada e seu julgamento, cujo enredo ensejou em profunda mudança no instituto do foro por prerrogativa de função de autoridades públicas. Ainda, visa-se a examinar a aplicabilidade da *Ratio Decedendi* às demais autoridades e avaliar possíveis desdobramentos decorrentes da nova interpretação do foro por prerrogativa de função adotada pelo STF.

O presente estudo organiza-se em três questões de alta relevância.

Primeiramente, abordar-se-á o fundamento utilizado para existência desta competência especial no ordenamento jurídico, seguido pela análise da compatibilidade do foro privilegiado com certos princípios constitucionais no ordenamento jurídico, em especial o princípio da isonomia em seus aspectos formal e material, do juiz natural e do duplo grau de jurisdição.

Finalmente, vislumbrar-se-á a Ação Penal 937, verificando-se a possibilidade de aplicação da *Ratio Decedendi* utilizada no julgamento da referida ação às demais autoridades, considerando que o caso concreto objeto de apreciação refere-se apenas a deputados e senadores.

Ainda, este estudo é viabilizado, em termos metodológicos, pelo emprego do método dedutivo e a técnica da pesquisa bibliográfica, na qual foram pesquisados alguns dos principais doutrinadores que escrevem sobre o tema, assim como a legislação vigente, súmulas e artigos científicos relacionados ao fato abordado.

1 O FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

O sistema jurídico brasileiro estabelece que determinadas pessoas são detentoras de foro especial, ou seja, não serão julgadas e processadas por órgãos comuns, mas, sim, por órgãos superiores como o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal.

A situação referenciada gera a competência *ratione personae*, que trata da atribuição de norma especial para sujeitos, em vista da visibilidade e relevância do trabalho exercido, ocasionando, assim, julgamento por tribunal distinto daquele previsto pelo procedimento comumente utilizado.

Essa competência não se fixa em função da pessoa e, sim, da investidura da função pública, ou seja, do agente público como ente estatal e não como pessoa, de forma que, cessada a função, cessará também a prerrogativa.

O Supremo Tribunal Federal dispõe que o foro privilegiado perfaz um direito assegurado constitucionalmente, sendo outorgado por razões atinentes ao cargo do agente, tais como em razão de cargo ou de mandato ainda titularizado por aquele que sofre persecução penal instaurada pelo Estado, sob pena de tal prerrogativa tornar-se inaceitável privilégio de caráter pessoal⁴.

Segundo a Constituição de 1988, art. 102, I, alíneas “b” e “c”⁵, cabe ao STF o julgamento de Presidente da República e Vice-Presidente, assim como de membros do Congresso Nacional, de seus próprios Ministros

⁴ BRASIL, STF, AP 937 QO/RJ, 2018, p. 232.

⁵ Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I - processar e julgar, originariamente: [...] b) nas infrações penais comuns, o Presidente da República, o Vice-Presidente, os membros do Congresso Nacional, seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República; c) nas infrações penais comuns e nos crimes de responsabilidade, os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, ressalvado o disposto no art. 52, I, os membros dos Tribunais Superiores, os do Tribunal de Contas da União e os chefes de missão diplomática de caráter permanente; [...]. BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 08 ago. 2019.

e do Procurador-Geral da República, além de Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, nos crimes comuns e, nas infrações penais comuns e nos crimes de responsabilidade, os Ministros de Estado, os membros dos Tribunais Superiores (STJ, TST, TSE e STM), do Tribunal de Contas da União e chefes de missão diplomática de caráter permanente.

Ao Superior Tribunal de Justiça (STJ), conforme redação do art. 105, I, alínea “a” da Constituição Federal de 1988⁶, incumbe o julgamento, nos crimes comuns, de Governadores de Estados e do Distrito Federal e, nestes crimes e naqueles de responsabilidade, os Desembargadores dos Tribunais de Justiça, os membros de Tribunais de Contas dos Estados, Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais Regionais Eleitorais e do Trabalho, Conselhos e Tribunais de Contas dos Municípios e agentes do Ministério Público da União que atuem nos Tribunais.

Aos Tribunais Regionais Federais, por sua vez, atribui-se o julgamento, nos crimes comuns e de responsabilidade, de Juízes Federais da área de sua jurisdição, Juízes do Trabalho, Juízes Militares e Procuradores da República, da área de sua jurisdição, de acordo com o artigo 108, I, alínea “a”, presente na Constituição Federal de 1988⁷.

Conforme o art. 29, X, da Constituição Federal de 1988⁸, o “[...] julgamento do Prefeito perante o Tribunal de Justiça [...]”, bem como a Súmula nº 702 do STF prevê que “a competência do TJ para julgar prefeitos restringe-se aos crimes de competência da Justiça comum estadual; nos demais casos, a competência originária caberá ao respectivo tribunal de segundo grau”⁹.

Dispõe o artigo 96, inciso III, da Carta Magna¹⁰ a competência do Tribunal de Justiça para julgamento de Juízes Estaduais, do Distrito Federal e Territórios, bem como de membros do Ministério Público, nos crimes comuns e de responsabilidade, excetuada a competência da Justiça Eleitoral.

⁶Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça: I - processar e julgar, originariamente: a) nos crimes comuns, os Governadores dos Estados e do Distrito Federal, e, nestes e nos de responsabilidade, os desembargadores dos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, os membros dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, os dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais Regionais Eleitorais e do Trabalho, os membros dos Conselhos ou Tribunais de Contas dos Municípios e os do Ministério Público da União que oficiem perante tribunais; [...]. BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 08 ago. 2019.

⁷ Art. 108. Compete aos Tribunais Regionais Federais: I - processar e julgar, originariamente: a) os juízes federais da área de sua jurisdição, incluídos os da Justiça Militar e da Justiça do Trabalho, nos crimes comuns e de responsabilidade, e os membros do Ministério Público da União, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral; [...]. BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 08 ago. 2019.

⁸Art. 29. O Município reger-se-á por lei orgânica, votada em dois turnos, com o interstício mínimo de dez dias, e aprovada por dois terços dos membros da Câmara Municipal, que a promulgará, atendidos os princípios estabelecidos nesta Constituição, na Constituição do respectivo Estado e os seguintes preceitos: [...] X - julgamento do Prefeito perante o Tribunal de Justiça; [...]. BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 08 ago. 2019.

⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula 702. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2662>>. Acesso em: 08 ago. 2019.

¹⁰Art. 96. Compete privativamente: [...] III - aos Tribunais de Justiça julgar os juízes estaduais e do Distrito Federal e Territórios, bem como os membros do Ministério Público, nos crimes comuns e de responsabilidade, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral. BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 08 ago. 2019.

2 ANÁLISE DA COMPATIBILIDADE DO FORO PRIVILEGIADO COM OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA ISONOMIA, DO JUIZ NATURAL E DO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO

2.1 Princípio da isonomia: aspectos formal e material

É inquestionável a relevância do princípio da isonomia na Constituição Federal de 1988, sendo considerado direito fundamental em que se estrutura o Estado Democrático de Direito Brasileiro.

Conforme a redação do artigo 3º da Constituição Federal de 1988¹¹:

Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Ademais, essa preocupação é reforçada com a redação do artigo 5º, caput e I, da Constituição Federal¹² estabelecendo que todos são iguais perante a lei, dando função mandamental a todo o sistema jurídico brasileiro.

Salutar vislumbrar que o princípio da igualdade deve ser analisado sob dois aspectos, quais sejam, a igualdade formal e material.

Além disso, sinaliza o autor Bizon que

[...] o enunciado constitucional, ao contrário do que possa parecer, não quer significar que o legislador deva tratar a todos de maneira abstratamente igual. O tratamento igual será destinado àqueles que são, pelo legislador, considerados iguais sob determinados critérios tidos como importantes [...]¹³.

Nessa concepção, permite-se, assim, a real igualdade, diferente do que ocorreria com a generalização do conceito de igualdade, presente no seu aspecto formal.

Denominada igualdade real ou substancial, a igualdade material tem por finalidade igualar os indivíduos, que essencialmente são desiguais.

A doutrina e jurisprudência dos tribunais brasileiros entendem que o foro especial por prerrogativa de função não constitui um privilégio, de forma que não viola o princípio da igualdade estabelecido pelo art. 5º, caput da Constituição Federal de 1988¹⁴.

Isso porque, é a própria Constituição Federal que o estabelece, por decisão do Poder Constituinte originário, fazendo, portanto, uma exceção expressa ao princípio da isonomia.

¹¹ BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 08 ago. 2019.

¹² 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: I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição; BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 08 ago. 2019.

¹³ BIZON, Caio Afonso. O Foro Especial Por Prerrogativa de Função em Face do Princípio da Igualdade. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, 2011. Disponível em: <[http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-18/RBDC-18-287-Monografia_Caio_Afonso_Bizon_\(O_Foro_Especial_por_Prerrogativa_de_Funcao_em_face_do_Principio_da_Igualdade\).pdf](http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-18/RBDC-18-287-Monografia_Caio_Afonso_Bizon_(O_Foro_Especial_por_Prerrogativa_de_Funcao_em_face_do_Principio_da_Igualdade).pdf)>. Acesso em: 09 ago. 2019, p. 296.

¹⁴ BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 08 ago. 2019.

2.2 Princípio do duplo grau de jurisdição

O princípio do duplo grau de jurisdição confere segurança jurídica, também cerne do Estado Democrático de Direito. É certo que, caso não houvesse a aplicabilidade real de tal princípio, como no passado, o autoritarismo e as infinitas decisões absurdas preponderariam e efetivar-se-iam os interesses do próprio Estado.

Conforme Cintra, Dinamarco e Grinover¹⁵ “Os tribunais de segundo grau, formados em geral por juízes mais experientes e constituindo-se em órgãos colegiados, oferecem maior segurança [...]”. Desta forma, o direito de ter a demanda apreciada pelos tribunais superiores não pode ser afastado.

No entanto, de acordo com Alvim¹⁶, ainda que a interposição de recurso tenha vinculação ao duplo grau de jurisdição, existe discussão acerca desta pressupor necessariamente a presença de duas instâncias, com órgãos de julgamento distintos.

Não obstante as discussões apresentadas pela doutrina, entendendo-se que o duplo grau é uma garantia constitucional, haveria ainda a necessidade de harmonizá-lo com a previsão - também constitucional - da prerrogativa de foro em razão da função.

3 PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL

A inserção deste princípio, no artigo 5º inciso XXXVII “não haverá juízo ou tribunal de exceção” e inciso LIII, da Constituição Federal de 1988¹⁷ – “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente” –; revela o grau de importância dispensada pelo legislador original, consagrando-o como uma garantia individual estabelecida em favor das pessoas submetidas a processo penal.

Nesse contexto, não se vislumbra que o foro por prerrogativa de função afronta ao princípio do juiz natural, pois a própria Carta Magna prevê a legalidade do instituto em tela, fixado pela competência funcional, hierárquica, *ratione personae* para ocupantes de cargos ou funções públicas.

A Súmula 704 STF afirma que: “Não viola as garantias do juiz natural, da ampla defesa e do devido processo legal a atração por continência ou conexão do processo do corréu ao foro por prerrogativa de função de um dos denunciados.”¹⁸.

Verifica-se a possibilidade de julgamento pelo STF em um único processo, quanto a réus que não têm foro por prerrogativa de função, quando o julgamento em separado puder trazer algum prejuízo relevante à prestação jurisdicional. Tal reunião por conexão ou continência não resulta em violação aos princípios constitucionais.

¹⁵ CINTRA, Antônio C. de A.; DINAMARCO, Cândido R.; GRINOVER, Ada P. **Teoria Geral do Processo**. 22. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006. Disponível em: <https://www.academia.edu/3624797/Teoria_Geral_do_Processo_-_Ada_Pellegrini_Grinover_Ant%C3%B4nio_Carlos_de_Ara%C3%BAjo_Cintra_and_C%C3%A2ndido_Rangel_Dinamarco>. Acesso em: 11 ago. 2019, p. 81.

¹⁶ ALVIM, José Eduardo C. **Teoria Geral do Processo**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 314.

¹⁷ 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: [...] XXXVII - não haverá juízo ou tribunal de exceção; [...] LIII - ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente; BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 11 ago. 2019.

¹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula 704. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2645>>. Acesso em: 11 ago. 2019.

A decisão pela manutenção da unidade de processo e de julgamento perante o Supremo Tribunal Federal ou pelo desmembramento da ação penal está sujeita a questões de conveniência e oportunidade, como permite o art. 80 do Código de Processo Penal¹⁹.

4 ANÁLISE DA AÇÃO PENAL 937

A Ação Penal 937 do Rio de Janeiro foi proposta pelo Ministério Público Eleitoral do Estado do Rio de Janeiro em face de Marcos da Rocha Mendes, pela prática do crime de captação ilícita de sufrágio²⁰.

À época da denúncia, o réu ocupava o cargo de prefeito e, portanto, possuía foro por prerrogativa de função no Tribunal Regional Eleitoral²¹.

O Tribunal Regional Eleitoral (TRE-RJ) do Rio de Janeiro recebeu a denúncia em 30 de janeiro de 2013. Contudo, com o encerramento do mandato na prefeitura de Cabo Frio, o Tribunal Regional Eleitoral declinou de sua competência em favor do Juízo da 256ª Zona Eleitoral do Rio de Janeiro²².

Com a tramitação em primeira instância, o mesmo Tribunal Regional Eleitoral, em sede de habeas corpus, anulou o recebimento da denúncia e os atos posteriores, uma vez que, naquele momento, o acusado já não ocupava o cargo que lhe proporcionava prerrogativa de foro em razão da função²³.

Diante da decisão proferida no HC, o juízo eleitoral de 1ª instância proferiu nova decisão de recebimento da denúncia em 14 de abril de 2014 e realizou a instrução processual, tendo as partes apresentado as respectivas razões finais²⁴.

Entretanto, em razão da diplomação do réu, em 10 de fevereiro de 2015, como Deputado Federal, o juízo da 256ª Zona Eleitoral/RJ declinou da competência para o Supremo Tribunal Federal, por meio de decisão proferida em 24 de abril de 2015²⁵.

Neste mesmo ano, na data de 13 de setembro, assumiu efetivamente o mandato de deputado federal, em virtude da perda de mandato do titular Deputado Eduardo Cunha²⁶.

Por fim, o réu, Marcos da Rocha Mendes, foi novamente eleito prefeito da cidade de Cabo Frio e renunciou ao mandato de deputado federal, assumindo o cargo na prefeitura em 1º de janeiro de 2017²⁷.

Durante a tramitação da ação penal junto ao Supremo Tribunal Federal, restou suscitada Questão de Ordem²⁸.

Tal Questão demandou a manifestação do plenário do Supremo Tribunal Federal em duas questões principais e relevantes para o Ministro Relator Luís Roberto Barroso: (1) possibilidade de restringir as normas

¹⁹Art. 80. Será facultativa a separação dos processos quando as infrações tiverem sido praticadas em circunstâncias de tempo ou de lugar diferentes, ou, quando pelo excessivo número de acusados e para não lhes prolongar a prisão provisória, ou por outro motivo relevante, o juiz reputar conveniente a separação. BRASIL. **Decreto-Lei 3.689 de 1941. Código de Processo Penal**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 14 ago. 2019.

²⁰BRASIL, STF, AP 937 QO, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, j. 03.05.2018, p. 24.

²¹BRASIL, STF, AP 937 QO, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, j. 03.05.2018, p. 24.

²²BRASIL, STF, AP 937 QO, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, j. 03.05.2018, p. 24.

²³BRASIL, STF, AP 937 QO, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, j. 03.05.2018, p. 24.

²⁴BRASIL, STF, AP 937 QO, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, j. 03.05.2018, pp. 24-25.

²⁵BRASIL, STF, AP 937 QO, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, j. 03.05.2018, p. 25.

²⁶BRASIL, STF, AP 937 QO, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, j. 03.05.2018, p. 25.

²⁷BRASIL, STF, AP 937 QO, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, j. 03.05.2018, p. 25.

²⁸BRASIL, STF, AP 937 QO, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, j. 03.05.2018, p. 25.

da Constituição Federal de 1988 sobre o foro por prerrogativa de função através da interpretação pelo tribunal e (2) a necessidade de delimitar um marco temporal que defina a competência para processar e julgar ações penais, em qualquer órgão²⁹.

Em relação ao primeiro ponto, busca-se limitar a competência jurisdicional originária do STF para as acusações de crimes cometidos simultaneamente: (i) no exercício do cargo, após a diplomação, para os parlamentares; ou após a investidura no cargo, para outras autoridades; e, também, (ii) em razão do cargo, ou seja, que guardem conexão direta ao desempenho deste³⁰.

Quanto ao segundo ponto, objetiva-se definir um momento processual a partir do qual a competência se fixa até o julgamento da ação penal³¹.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Plenário do Supremo Tribunal Federal decidiu, por maioria dos votos, que o foro por prerrogativa de função deve ser restrito aos crimes cometidos no exercício do cargo e em razão das funções a ele relacionadas³².

Por maioria dos votos, ainda, o Tribunal resolveu questão de ordem no sentido de fixar as teses:

- (i) O foro por prerrogativa de função aplica-se apenas aos crimes cometidos durante o exercício do cargo e relacionados às funções desempenhadas; e
- (ii) Após o final da instrução processual, com a publicação do despacho de intimação para apresentação de alegações finais, a competência para processar e julgar ações penais não será mais afetada em razão de o agente público vir a ocupar outro cargo ou deixar o cargo que ocupava, qualquer que seja o motivo³³.

A adoção de tal critério demonstra-se como a mais adequada, já que se trata de um marco temporal objetivo, de fácil aferição.

No julgamento da Ação Penal 937, o Supremo Tribunal Federal conferiu interpretação restritiva teleológica, reconhecendo incidir o fenômeno de mutação constitucional.

Nas lições do Professor Lenza,

As mutações, por seu turno, não seriam alterações “físicas”, “palpáveis”, materialmente perceptíveis, mas sim alterações no significado e sentido interpretativo de um texto constitucional. A transformação não está no texto em si, mas na interpretação daquela regra enunciada. O texto permanece inalterado³⁴.

Desta feita, mutação constitucional não é a mudança em seu texto, e sim a mudança de significado de um dispositivo constitucional. Assim, não seria necessário uma alteração literal no texto, mas uma mudança interpretativa. Percebe-se, então, que a mutação constitucional é fruto da relação entre a norma constitucional e a realidade.

²⁹ BRASIL, STF, AP 937 QO, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, j. 03.05.2018, pp. 25-26.

³⁰ BRASIL, STF, AP 937 QO, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, j. 03.05.2018, p. 25-26.

³¹ BRASIL, STF, AP 937 QO, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, j. 03.05.2018, p. 26.

³² BRASIL, STF, AP 937 QO, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, j. 03.05.2018, p. 428.

³³ BRASIL, STF, AP 937 QO, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, j. 03.05.2018, p. 428.

³⁴ LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 20. ed. São Paulo: Saraiva. 2016. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547212087/cfi/162!4/4@0.00:14.4> Acesso em: 09 ago. 2019, p. 162.

A *Ratio Decedendi* do voto condutor, e da maioria que lhe seguiu, reconhece que haveria uma mutação constitucional do sentido e alcance da garantia constitucional de foro por prerrogativa de função, em razão da disfuncionalidade na *práxis* do instituto jurídico diante das percepções historicamente consideradas.

Ademais, salutar destacar que normas que estabeleçam exceções ao princípio da igualdade devem ser interpretadas restritivamente e a existência do foro por prerrogativa de função representa uma exceção ao princípio republicano e ao princípio da igualdade.

Por conseguinte,

Na referida decisão foi formada norma concreta e geral no sentido de restringir as interpretações – ainda que presentes na literalidade do texto constitucional – que não condiziam com a teologia do instituto, concluindo-se que a norma formada pela dissociação do enunciado-texto e a interpretação confere-lhe sentido completo, de acordo com o espírito dos princípios constitucionais.³⁵

O entendimento do STF restringindo o foro por prerrogativa de função formalmente não vale para todas as hipóteses de foro privilegiado, já que a decisão proferida na AP 937 QO restringindo o foro abrangeu, formalmente, apenas Deputados Federais e Senadores.

A aplicação da *Ratio Decedendi* da Ação Penal 937 é realidade que merece ser utilizada em posteriores julgamentos às demais autoridades, assim como o STJ seguiu tal paradigma. Ainda, considerando que o fundamento da prerrogativa de função refere-se à função, eleva-se à pressuposto de legitimidade o nexo de causalidade entre o crime e a função desempenhada.

Por conseguinte, a partir da pesquisa bibliográfica e da análise do processo judicial conclui-se pela razoabilidade da aplicação da *Ratio Decedendi* consolidada na Ação Penal 937 às demais autoridades detentoras desta prerrogativa, por meio de uma interpretação ampliativa dos fundamentos utilizados.

Tal interpretação ampliativa decorre da imprescindibilidade do nexo de causalidade com a função desempenhada, tendo em vista que o fundamento para justificar a legitimidade da competência *ratione personae* relaciona-se com a função desempenhada.

REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

ALVIM, José Eduardo C. **Teoria Geral do Processo**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

BIZON, Caio Afonso. **O Foro Especial Por Prerrogativa de Função em Face do Princípio da Igualdade**. Revista Brasileira de Direito Constitucional, 2011. Disponível em: <<http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-18/RBDC-18-287->

Monografia_Caio_Afonso_Bizon_(O_Foro_Especial_por_Prerrogativa_de_Funcao_em_face_do_Principio_da_Igualdade).pdf>. Acesso em: 09 ago. 2019.

³⁵ COELHO, Carolina R. Jatobá. Foro por Prerrogativa de Função: comentários à questão de ordem na Ação Penal 937 pelo Supremo Tribunal Federal. **Revista de Direito Administrativo**: vol. 2 num. 6/2018, p. 225-239. Disponível em:<<https://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9a0000016c78a195963ba1b8d8&docguid=Ic637f9a0a1e511e89ae9010000000000&hitguid=Ic637f9a0a1e511e89ae9010000000000&spos=3&epos=3&td=9&contex=45&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 09 ago. 2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil (1988)**. Promulgada em: 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 11 ago. 2019.

BRASIL. **Decreto-Lei 3.689 de 1941. Código de Processo Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 14 ago. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno, **AP 937 QO, j. 03.05.2018**, Rel. Min. Luís Roberto Barroso. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15339218738&ext=.pdf>. Acesso em: 11 ago. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula 702. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2662>>. Acesso em: 08 ago. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula 704. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2645>>. Acesso em: 11 ago. 2019.

CINTRA, Antônio C. de A.; DINAMARCO, Cândido R.; GRINOVER, Ada P. **Teoria Geral do Processo**. 22. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006. Disponível em: <https://www.academia.edu/3624797/Teoria_Geral_do_Processo_-_Ada_Pellegrini_Grinover_Ant%C3%B4nio_Carlos_de_Ara%C3%BAjo_Cintra_and_C%C3%A2ndido_Rangel_Dinamarco>. Acesso em: 11 ago. 2019.

COÊLHO, Carolina R. Jatobá. Foro por Prerrogativa de Função: comentários à questão de ordem na Ação Penal 937 pelo Supremo Tribunal Federal. **Revista de Direito Administrativo**: vol. 2 num. 6/2018, p. 225-239. Disponível em: <<https://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9a0000016c78a195963ba1b8d8&docguid=Ic637f9a0a1e511e89ae9010000000000&hitguid=Ic637f9a0a1e511e89ae9010000000000&spos=3&epos=3&td=9&context=45&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 09 ago. 2019.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 20. ed. São Paulo: Saraiva. 2016. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547212087/cfi/162!/4/4@0.00:14.4>>. Acesso em: 09 ago. 2019.

AS PRERROGATIVAS PARLAMENTARES CONSTITUCIONAIS E A ATUAÇÃO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL À LUZ DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

Matheus H. da Silva¹

Tássia A. Gervasoni²

RESUMO

O presente trabalho tem como intuito verificar se a interpretação do Supremo Tribunal Federal sobre as prerrogativas parlamentares, encontradas no art. 53 do texto constitucional, respeita os limites do exercício da jurisdição constitucional. O método de abordagem do trabalho será o dedutivo e o método de procedimento a ser adotado será o monográfico e histórico. Para verificar empiricamente se a supramencionada Corte está aplicando adequadamente as imunidades parlamentares, serão analisadas decisões proferidas pelo Tribunal, no lapso temporal de seis meses, sendo o período adotado o de 01/01/2017 a 01/06/2017. A pesquisa será realizada por meio da ferramenta "pesquisa de jurisprudência", disponibilizada no site do Supremo Tribunal Federal, sendo as palavras utilizadas para a pesquisa "prerrogativa parlamentar". Com o resultado da pesquisa, notou-se que o Supremo Tribunal Federal, dentro do aludido marco temporal, aplicou as prerrogativas parlamentares adequadamente, ou seja, respeitando os limites do exercício da jurisdição constitucional.

PALAVRAS-CHAVES: Jurisdição constitucional; Prerrogativas parlamentares; Separação dos poderes; Supremo Tribunal Federal.

ABSTRACT

This paper aims to verify if the interpretation of the Supreme Court on the parliamentary prerogatives, found in article 53 of the constitutional text, respects the limits of the exercise of constitutional jurisdiction. The method of approach of the work will be the deductive and the method of procedure to be adopted will be the monographic and historical. In order to empirically verify whether the Supreme Court is properly applying parliamentary immunities, it will be analyzed decisions rendered by the Court within a period of six months, from 01/01/2017 to 06/01/2017. The research will be conducted through the tool "jurisprudence search", available on the website of the Supreme Court, and the keywords used for the search was "parliamentary prerogative". With the result of the research, it was noted that the Supreme Court, within the alluded time frame, applied the parliamentary prerogatives properly, that is, respecting the limits of the exercise of constitutional jurisdiction.

KEYWORDS: Constitutional Jurisdiction; Parliamentary prerogatives; Separation of powers; Supreme Court.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como tema a interpretação utilizada pelo Supremo Tribunal Federal sobre as prerrogativas constitucionais dos parlamentares. Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, houve substancial mudança no modo de se olhar o papel desempenhado pela jurisdição constitucional no ordenamento jurídico pátrio. Levando em conta que o Supremo Tribunal Federal é quem por último interpreta o texto constitucional, bem como da importância do princípio da separação dos poderes, mormente em Estados

¹ Graduado em Direito pela Faculdade Meridional - IMED, Pós-graduando em Direito Constitucional pela Academia Brasileira de Direito Constitucional - ABDConst. Advogado.

² Doutora em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos, com período sanduíche na Universidad de Sevilla (Espanha). Mestre e Graduada em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul. Professora de Direito Constitucional e Teoria do Estado na Faculdade Meridional - IMED. Professora do PPGD - Mestrado na IMED. Pesquisadora do Grupo de Pesquisa Estado e Constituição, vinculado ao CNPq. Advogada

Constitucionais, mostra-se extremamente pertinente verificar como a cúpula do Poder Judiciário vem interpretando as garantias inerentes aos membros do Congresso Nacional.

Por outro lado, o trabalho tem como objetivo acompanhar o desenvolvimento da interpretação usada pelo Tribunal Supremo sobre os poderes dos parlamentares, previstos no art. 53, da Constituição Federal de 1988 e, quiçá, se essa interpretação está dentro dos limites do exercício da jurisdição constitucional.

Para justificar a elaboração desse trabalho, é preciso ter como premissa a importância das prerrogativas parlamentares para o exercício regular da atividade legiferante no contexto jurídico arquitetado pela Constituição, bem como da sua relevância para haver harmonia entre os poderes estatais, dando eficácia ao princípio da separação dos poderes.

Para analisar a interpretação da Suprema Corte sobre a aplicação das prerrogativas parlamentares, será realizada pesquisa empírica dos julgamentos da citada Corte dentro de determinado lapso temporal, verificando se as suas fundamentações estão de acordo com as bases teóricas desenvolvidas no trabalho e, ao final, será verificado se o Supremo Tribunal Federal está aplicando as imunidades dos congressistas em consonância com o princípio da separação dos poderes e se está respeitando os limites do exercício da jurisdição constitucional.

Além disso, o método de abordagem do trabalho será o dedutivo, ou seja, serão estabelecidas premissas maiores que serão aplicadas às premissas menores. Portanto, serão conceituados os limites da jurisdição constitucional e, posteriormente, serão analisadas as decisões do Supremo Tribunal Federal. O método de procedimento a ser adotado pelo trabalho será o monográfico e histórico, pois será enfatizada a importância da Constituição Federal, o conceito de separação de poderes, exercício e limites da jurisdição constitucional, bem como as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal no que tange à aplicação das prerrogativas parlamentares. A técnica de pesquisa será feita por documentação indireta.

De outra banda, o problema da pesquisa surge com o novo paradigma estabelecido pela Constituição, já que ela alterou a noção de jurisdição constitucional, expandindo as atribuições do Poder Judiciário, notadamente do Supremo Tribunal Federal, a quem incumbe, dentre outras tarefas, a guarda do texto constitucional.

Contudo, a Constituição tem como um dos seus pilares a separação dos poderes (art. 2º, CF/88) que é uma forma de limitação do poder estatal, onde cada poder fiscaliza o outro de forma harmônica. Porém, para que haja essa harmonia entre os três poderes, estes gozam de determinadas garantias/prerrogativas. Destarte, levando em conta que o Supremo Tribunal Federal é quem por último interpreta a Constituição, torna-se imprescindível a verificação de como o órgão máximo do Poder Judiciário vem aplicando as normas constitucionais inerentes às prerrogativas, mormente as parlamentares previstas no art. 53, da referida Carta, pois, ante a crise política que o Brasil vivencia, a Corte Suprema é constantemente instigada a se manifestar sobre as prerrogativas dos congressistas, determinando seu alcance, ou seja, a eficácia das aludidas garantias. Diante disso, a partir das decisões do Supremo Tribunal Federal, como vem sendo a interpretação dada às prerrogativas parlamentares insculpidas no art. 53 da Constituição?

Desse problema surgem duas respostas hipotéticas possíveis, quais sejam, (a) o Supremo Tribunal Federal está aplicando as prerrogativas parlamentares dentro dos limites do exercício da jurisdição

constitucional ou (b) o Supremo Tribunal Federal está aplicando as aludidas prerrogativas de forma discricionária, por vezes, extrapolando os limites da jurisdição constitucional.

Assim, o trabalho será composto por quatro tópicos. O primeiro tópico é destinado ao novo modo de compreender o exercício da jurisdição constitucional, especificadamente a importância da Constituição Federal de 1988; o segundo tópico trabalhará com as prerrogativas parlamentares e sua umbilical ligação com os princípios da separação dos poderes e soberania popular. Por outro lado, o terceiro momento é destinado aos limites da jurisdição constitucional, precisamente trabalhando com o conceito do princípio da separação dos poderes e suas imbricações com a atividade judicante, enquanto, por fim, no último tópico serão analisadas as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal verificando se elas estão dentro dos limites do exercício da jurisdição constitucional.

1 A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E SUA IMPORTÂNCIA PARA O DIREITO BRASILEIRO

Com o advento da Constituição Federal de 1988, houve substancial alteração no modo de compreender o exercício da jurisdição constitucional, pois há um deslocamento de tensão da legislação em direção à jurisdição constitucional. A referida Constituição é, indubitavelmente, o texto jurídico-político mais avançado, em termos de direitos fundamentais, já elaborado no Brasil.

Inspirada nas Constituições do segundo pós-guerra, a Constituição brasileira de 1988 é compromissória e dirigente, ou seja, ela vincula toda atividade estatal, mormente no que tange os direitos sociais, não há mais um grau de liberdade (absoluta) de conformação do legislador. Portanto, há uma mudança de perspectiva da Constituição, que deixa de ser meramente programática³.

A característica marcante do texto constitucional brasileiro, como já referido, é o seu comprometimento com a transformação da realidade social, ou seja, há uma feição nitidamente compromissória e dirigente, tal conclusão é facilmente extraída por uma leitura rasa do Preâmbulo e do Título dos Princípios Fundamentais. São indicativos de uma ordem constitucional voltada ao ser humano e ao seu desenvolvimento, lembrando que pela primeira vez na história do constitucionalismo brasileiro a dignidade da pessoa humana foi expressamente guindada à condição de fundamento do Estado Democrático de Direito, além de ser uma das premissas do Estado no plano do direito internacional⁴.

Ademais, a Lei Fundamental, além de dirigente é caracterizada por ser um texto analítico, conter uma pluralidade de direitos fundamentais nas suas diversas dimensões⁵. Portanto, com uma extensa gama de direitos e garantias fundamentais, com direitos sociais, com as ações constitucionais, enfim, tudo que a sociedade brasileira reivindicou foi positivado no texto constitucional para que fosse cumprido.

Com efeito, talvez a maior conquista do constitucionalismo brasileiro é a normatividade da Constituição de 1988, pois agora ela é norma que goza de imperatividade e, assim, deve ser cumprida, deixando

³ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 4.ed. São Paulo:Revistas dos tribunais, 2014. p.126.

⁴ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. São Paulo:Revista dos Tribunais, 2012. p.244.

⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. Porto Alegre:Livraria do Advogado, 2012. p.64.

de ser mera faculdade do legislador. Destarte, as normas constitucionais vinculam todos os poderes da república, tendo como seu guardião máximo o Supremo Tribunal Federal. Daí toda a importância do papel da jurisdição constitucional e do seu exercício, mormente quando se fala de controle de constitucionalidade das leis infraconstitucionais.

2 PRERROGATIVAS PARLAMENTARES CONSTANTES NO NOVO TEXTO CONSTITUCIONAL: SUA UMBILICAL LIGAÇÃO COM A DEMOCRACIA E SEPARAÇÃO DOS PODERES

Como a separação dos poderes será objeto de tópico específico, apenas serão feitos alguns sucintos apontamentos. A separação dos poderes consiste, em síntese, na distribuição de funções do Estado e tem como espoco evitar a tirania, dessa forma, protegendo os direitos fundamentais, as liberdades públicas, garantindo a própria democracia.

A lei maior preconiza que os poderes são independentes e harmônicos entre si e, para haver essa independência, são outorgadas a cada poder prerrogativas ou garantias que asseguram o exercício do múnus público discriminado pelo próprio legislador constituinte; na realidade, não há somente prerrogativas, mas também vedações com o mesmo intuito.

Como é cediço, o parlamento é a representação do povo, cuja função precípua é a edição das leis e fiscalização das contas públicas. A Constituição Federal de 1988 proclama no seu artigo 1º, parágrafo único que "todo poder emana do povo, que o exerce por meio de seus representantes eleitos, ou diretamente nos termos desta Constituição"⁶. O aludido dispositivo consagra o princípio democrático ou da democracia, assim, verifica-se a importância do Poder Legislativo, pois é a instituição que é composta pelos representantes do povo, ou seja, o parlamento é a exteriorização da vontade popular.

Diante desse cenário proporcionado pela Constituição de 1988, é inequívoca a importância do Congresso Nacional, assim como de seus membros. Nesta senda, para que os congressistas exerçam esse elevado encargo público, a Carta de 88 outorga prerrogativas, para que esse exercício não sofra a interferência ilegítima dos demais poderes. As assim denominadas prerrogativas parlamentares estão previstas no artigo 53 e seguintes do texto constitucional.

No entanto, antes de salientar os aspectos ou características de tais garantias do parlamento brasileiro, mister abordar o surgimento das prerrogativas parlamentares, isto é, analisar seu contexto histórico. O aludido instituto deita raízes no ordenamento jurídico inglês; naquela época, as imunidades parlamentares nasceram com o propósito de garantir a independência do Parlamento, por meio da concessão de liberdade aos parlamentares que não seriam responsabilizados pelas suas palavras, ficando protegidos do arbítrio do monarca. Desta forma, consagrou-se no ordenamento jurídico inglês a *freedom of speech* (liberdade de palavra) e a *freedom from arrest* (imunidade em face da prisão), na conhecida *Bill of Rights*, oriunda da Revolução Gloriosa de 1688⁷.

⁶ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em: 07 out. 2017.

⁷ STRECK, Lenio Luiz; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; NUNES, Dierle; Comentário aos artigos 53 a 56. In: CANOTILHO, J.J. Gomes, MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W. (Coords). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p.2262-2263.

Os contornos antes descritos de modo geral são utilizados na maioria dos países europeus, podendo-se referenciar França e Alemanha. Por outro lado, nos países latinos (Brasil, Argentina, Espanha e Itália), há certa ampliação acerca da interpretação das prerrogativas parlamentares. No Brasil, a corrente doutrinária prevalecente chama-se de moderada, pois defende a existência das imunidades parlamentares, mas de forma limitada e contida, não admitindo que se instaurem corporativismos, devendo a aplicação dos institutos ficar vinculada aos atos realizados em razão do múnus público atribuído ao Poder Legislativo, evitando a institucionalização da impunidade e a tolerância de abusos. Este último entendimento é o adotado pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal⁸.

A Constituição Federal de 1988 no seu Título IV, Capítulo I, Sessão V, dos artigos 53 ao 56, institui e disciplina o denominado Estatuto dos Congressistas. Este Estatuto estabelece as normas que regulamentam as imunidades e vedações parlamentares, assim como trata sobre prerrogativas de foro e processo. Portanto, essas normas constitucionais fundam e disciplinam o regime jurídico dos congressistas.

Dessa forma, o texto constitucional concede aos parlamentares imunidade por suas palavras, opiniões e votos (imunidade material), de igual forma, desde a diplomação, concede o foro por prerrogativa de função perante a Corte Suprema do país, bem como a garantia de não ser preso, salvo nos casos de flagrante delito por crime inafiançável (imunidade formal).

Importa lembrar que as imunidades só são aplicáveis quando o parlamentar estiver no exercício do mandato legislativo ou em razão dele, ou seja, fora dessas hipóteses os parlamentares respondem como qualquer cidadão pelos seus atos. Assim sendo, como já salientado, a Constituição tem como propósito garantir o regular funcionamento dos trabalhos legiferantes, evitando que os membros das casas legislativas sofram interferências externas dos demais poderes e da sociedade. Ou seja, as imunidades não são privilégios, pois são concedidas ao parlamento em consonância com o princípio da separação dos poderes, da soberania popular e com a própria democracia. Nesta senda, salienta a doutrina⁹:

[...] a inviolabilidade parlamentar objetiva torna as atividades parlamentares imunes às pressões externas, preservando a liberdade, a autonomia e a independência do Parlamento, em relação aos demais Poderes do Estado e da sociedade, não amordaçando seus membros. Essa garantia possui estreita conexão com o princípio representativo, salvaguardando a representatividade democrática, protegendo a liberdade de expressão do investido enquanto representante de cidadãos que o elegeram.

Portanto, as prerrogativas parlamentares são inerentes ao Poder Legislativo e asseguram a independência desse poder frente aos demais, bem como evita a interferência indevida de agentes externos nas casas legislativas. Assim, nota-se que as imunidades parlamentares garantem o regular exercício do múnus público atribuído aos representantes do povo, em consonância com os princípios da soberania popular e separação dos poderes.

⁸ Como pode-se perceber nos seguintes julgados do STF: HC 115.397, INQ 3.932, INQ. 1.958, AO 2.002 e INQ 2.332 (rol exemplificativo).

⁹ VEROSE, Osmar; MACHADO, Marsal C. Inviolabilidade dos parlamentares. In: LEITE, George S.; STRECK, Lenio L.; JUNIOR, Nelson N. (Coords). **Crise dos Poderes da República**: Judiciário, Legislativo e Executivo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 697.

No entanto, como enfatizado, as prerrogativas parlamentares não blindam o parlamentar de eventuais responsabilidades, especificadamente quando os atos dos congressistas não tiverem vinculação com a atividade legiferante, isto é, não guardarem relação com o mandato parlamentar (razão *in officio*) ou em razão dele (prática *propter officium*).

De outra banda, verifica-se que essa análise do lícito e do ilícito é uma tarefa complexa, pois pode existir uma linha muito tênue entre o exercício regular do Direito e o abuso de poder ou autoridade. Tal circunstância envolve um aspecto importante do constitucionalismo moderno, qual seja, o princípio da separação dos poderes que é considerado um elemento intrínseco do Estado Democrático de Direito.

Assim, como os poderes constituídos se fiscalizam, impõe-se apreciar em quais hipóteses um poder pode interferir na independência do outro de modo legítimo; esse será o objeto do próximo tópico, mormente em relação ao diálogo institucional do Poder Judiciário com o Legislativo, pois o alcance das imunidades parlamentares é subsumida à interpretação realizada na atividade jurisdicional.

3 O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

Como anteriormente referido, o Brasil positivou esse princípio desde a sua primeira Constituição, com ressalva da de 1937 e, embora a separação dos poderes estivesse contida no texto constitucional de 1967, tinha pouca aplicabilidade, haja vista o contexto do Direito brasileiro da época, que era de um Estado de Exceção.

A divisão de funções ou tarefas é um verdadeiro mecanismo de controle do poder estatal, por isso mesmo que se amolda perfeitamente às Constituições do segundo pós-guerra, que têm como escopo a racionalização e legitimação da máquina estatal, bem como a limitação do poder em prol das garantias individuais, num primeiro momento e, depois, em função das demais dimensões dos direitos fundamentais. Portanto, o princípio é inerente à Constituição, pois sem a divisão de funções em um Estado, não há como afirmar que se tenha uma Constituição, é um vínculo indissolúvel.

Como é cediço, cada poder não exerce unicamente uma função, por vezes acaba exercendo a função típica de outro órgão. Fala-se em função típica, aquela exercida precipuamente por um órgão, o Poder Legislativo cria as leis, o Executivo administra os recursos financeiros do Estado e o Judiciário aplica a legislação, ou seja, julga. Por outro lado, a função atípica é aquela exercida de forma excepcional, caracterizada por uma atuação extravagante da instituição, pois, *prima facie*, flexibiliza a atribuição de outro poder.

Além disso, a conformação da separação das funções centraliza-se em duas premissas. A primeira é a independência entre os poderes, dessa forma não há qualquer relação hierárquica entre eles, razão pela qual jamais um poder pode estar subordinado ao outro. A segunda premissa diz respeito à limitação recíproca entre os poderes (*Check and Balances*), é o elemento que estabelece equilíbrio entre as instituições, impedindo que um se sobressaia em relação ao outro¹⁰.

De outra banda, tal como as regras jurídicas os princípios constitucionais gozam de normatividade e, portanto, são de cunho imperativo. Assim sendo, o princípio da separação dos poderes também norteia a

¹⁰ LORENCINI, Bruno César. Garantias da magistratura na Constituição Federal brasileira. In: LEITE, George S.; STRECK, Lenio L.; JUNIOR, Nelson N. (Coords). **Crise dos Poderes da República**: Judiciário, Legislativo e Executivo. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2017. p. 125-126.

aplicação do Direito positivo, dessa forma é indubitável que o juiz ou tribunal no momento da aplicação das leis e da Constituição deve atentar para a força do aludido princípio.

O dispositivo da divisão de funções impõe especialmente ao Judiciário, órgão incumbido de realizar a prestação jurisdicional, uma posição de deferência em relação aos demais órgãos estatais; denomina-se de autorrestrição (*judicial self restraint*) essa prática de deferência, consubstanciando um princípio de interpretação constitucional¹¹. Contudo, essa noção de autocontenção judicial, extraída da separação dos poderes, não pode acarretar mitigação das tarefas constitucionais incumbidas ao Judiciário e ao próprio Supremo Tribunal Federal, guardião precípua da Constituição, sob pena de retroceder-se ao Estado Liberal onde o legislador era onipotente.

Portanto, como demonstrado, a separação dos poderes tem o propósito de elidir a tirania, dessa forma evita a concentração de poder em um único órgão. O aludido princípio é pautado em duas premissas, quais sejam, a independência que veda qualquer subordinação de um poder ao outro e a fiscalização recíproca na medida em que os poderes se fiscalizam.

Todavia, não raras vezes, o princípio é desrespeitado pelos poderes, como se pretende demonstrar no próximo tópico, em que serão analisadas determinadas decisões relacionadas com as prerrogativas parlamentares proferidas pelo Supremo Tribunal Federal à luz do princípio da separação dos poderes.

4 PRERROGATIVAS PARLAMENTARES E O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

O presente tópico caracteriza-se por apresentar e analisar as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal dentro de do lapso temporal de seis meses, sobre a temática da separação dos poderes.

Para que a pesquisa pudesse ser realizada em prática, foi necessário aplicar delimitações à busca das prerrogativas parlamentares. O instrumento utilizado foi de "Pesquisa de Jurisprudência" proporcionado pelo site do Supremo Tribunal Federal. Também foi necessário delimitar o lapso temporal e fixação da palavra-chave da pesquisa. Optou-se pelo lapso temporal de seis meses, compreendido entre 01/01/2017 e 01/06/2017¹². Assim, foram obtidas seis decisões¹³ com correspondência sintática à palavra-chave "prerrogativa parlamentar" presente nas ementas das decisões e na forma de fixação utilizada pelo tribunal.

Ademais, algumas decisões que serão especificadas não serão esmiuçadas pois não guardam relação com o objeto da pesquisa, que são as prerrogativas parlamentares previstas no art. 53 da Constituição Federal de 1988 e que já foram objeto de exame no presente trabalho. Estabelecidas as premissas, passa-se a apresentar as decisões do Supremo Tribunal Federal que foram obtidas.

O Agravo Regimental na Reclamação 25. 497/RN envolveu a apreciação do Supremo Tribunal Federal da decisão do Relator Ministro Dias Toffoli, que negou seguimento à Reclamação manuseada pelo reclamante

¹¹SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**.p.219.

¹²Optou-se pelo lapso temporal em destaque em razão do momento vivenciado pelo Parlamento brasileiro que se vê desacreditado e desprestigiado, diante das várias denúncias e investigações criminais envolvendo deputados federais e senadores, principalmente na operação "lava-jato".

¹³Quais sejam, Agravo Regimental na Reclamação 25.497/RN, Ação Penal 912, Inquérito Policial 3.990/DF, Agravo Regimental na Queixa-Crime 5.875/DF, Agravo Regimental no Inquérito Policial 4.183/DF e Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.197/RO.

contra ato do juiz federal da 14ª Vara Federal da Seção Judiciária de Paraíba, que teria usurpado a competência da Corte Suprema.

No caso, o reclamante salientava que houve usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal, pois no curso das interceptações telefônicas os investigadores se depararam com diálogos que envolviam determinado Deputado Federal, que goza de prerrogativa de função. Diante de tal situação, o reclamado deveria ter remetido os autos, ou seja, declinado à competência ao Supremo Tribunal Federal, juízo natural para julgar a aludida autoridade detentora do foro especial e não desmembrado o feito em relação ao parlamentar.

O Supremo Tribunal Federal manteve o teor da decisão agravada e, conseqüentemente, negou provimento ao Agravo Regimental. Argumentou a Corte que a simples menção do nome de parlamentar, seja em depoimentos prestados por testemunhas ou investigados, seja em diálogos capturados por interceptação telefônica, não tem o condão de atrair a competência da jurisdição especializada. Ademais, foi ressalvado que para ser atraída a competência do Supremo Tribunal Federal deveria haver indícios de participação concreta e ativa do titular da prerrogativa em ilícitos penais. Ainda, por fim, foi esclarecido que nenhuma medida cautelar foi empreendida contra o parlamentar e que os fatos relacionados ao parlamentar não tinham nenhuma ligação com o objeto da investigação e, mesmo assim, é inviável a análise do conjunto fático-probatório.

No caso acima narrado, nota-se que o Supremo Tribunal Federal entendeu que sua competência não foi violada. Na ação, a Corte discutiu a aplicação do foro por prerrogativa de função, visto que houve encontro fortuito de evidências capazes de ensejar a responsabilização penal do congressista e, portanto, a discussão pautava-se na (in)competência do juízo (reclamado) para determinar a gravação das interceptações telefônicas que envolviam autoridade com foro especial.

O tribunal respeitou seus precedentes¹⁴, assim como a prerrogativa parlamentar e, veladamente, a separação dos poderes, pois toda a decisão que tutela a inviolabilidade parlamentar concomitantemente tutela a separação dos poderes, é uma relação intrínseca, semelhante à relação regra-princípio, por de trás de toda regra há um princípio e vice-versa. Como bem esclarecido na fundamentação da decisão, a simples menção ao nome de autoridade com foro especial não possui o condão de atrair a competência do tribunal. Percebe-se que nenhuma medida judicial foi empreendida contra o parlamentar, bem como não havia nenhuma prova robusta de que o congressista teria auxiliado concretamente na prática delituosa. Portanto, o foro por prerrogativa de função do parlamentar não foi violado, pois ele não estava sendo investigado pelo juízo reclamado e tampouco era parte na ação penal.

De outra banda, na Ação Penal 912 e a Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.197 não serão analisadas, em razão de não guardarem relação com o objeto da pesquisa.

Já no Inquérito Policial 3.990/DF a Corte analisou a denúncia oferecida pelo Procurador-Geral da República contra Deputados Federais, pelo possível cometimento dos crimes de corrupção passiva majorada (art. 317, §1º do Código Penal) e de lavagem de dinheiro (art. 1º, §4º da Lei nº 9.613/1998) na forma do art. 29 e 69 do Código Penal, assim como do crime de organização criminosa (art. 2º, §§ 3º e 4º da Lei nº 12.850/2013).

¹⁴ HC nº 82.647/PR, AP nº 933-QO/PB e Rcl nº 2.101/DF-AgR.

No aludido julgamento, o tribunal analisou a questão do foro por prerrogativa de função; tendo em vista que os denunciados são congressistas (deputados federais), o tribunal é o juízo natural para processamento e julgamento do feito. Ademais, os acusados alegaram como causa de nulidade, entre outras, que o desmembramento dos autos em relação a alguns investigados causaria prejuízo à defesa. Contudo, a Corte Suprema repeliu a arguição, salientando que, de regra, só julga a autoridade com foro por prerrogativa de função, não havendo no que se falar em prejuízo, pois foi possível individualizar as condutas dos agentes e, portanto, eventuais crimes de corrupção ativa ficarão a cargo do juízo de primeiro grau.

Ao final do julgamento, o Supremo Tribunal Federal recebeu a denúncia do Ministério Público em relação apenas a três deputados, sendo a denúncia rejeitada quanto aos demais (art. 395, inciso III, CPP).

Na aludida ação, a Corte respeitou a imunidade formal do parlamentar, qual seja, a do foro por prerrogativa de função, visto que os congressistas gozam do referido foro especial. Portanto, o tribunal respeitou o disposto nos artigos 53, §1º e 102, inciso I, 'b' da Constituição Federal de 1988.

Por outro lado, no que se refere à alegação de prejuízo à defesa em virtude do desmembramento dos autos em relação aos demais agentes investigados, a Corte Suprema também aplicou a sua jurisprudência, que é no sentido de que, de regra, só julga as autoridades com prerrogativa de função, sendo que os eventuais coautores ou partícipes do delito ficam a cargo da jurisdição ordinária. Ademais, excepcionalmente o Supremo Tribunal Federal julga também os coautores e partícipes, quando a cisão dos fatos implique prejuízo ao julgamento, ou seja, prejudique a elucidação dos fatos¹⁵.

Ainda, importa enfatizar que as imunidades não devem ser estendidas aos agentes que não exercem função pública com foro especial, pois como alhures esclarecido o foro por prerrogativa de função é outorgado a instituição garantindo o regular exercício do múnus público atribuído ao agente, não se trata, portanto, de privilégio pessoal.

Assim, o Supremo Tribunal Federal respeitou a imunidade formal dos parlamentares, assim como decidiu constitucionalmente pela manutenção da cisão processual, pois como demonstrado na decisão foi possível identificar as condutas dos agentes possibilitando o desmembramento do feito.

Por outro lado, no Agravo Regimental da Queixa-Crime 5.875/DF, a Corte Suprema apreciou o agravo regimental interposto contra decisão do Ministro Relator Celso de Mello, o qual julgou extinta a queixa crime oferecida em face de Deputada Federal pelo cometimento de crime contra a honra. Alegava a agravante que as pronúncias da parlamentar não guardavam conexão com o exercício do mandato popular, pois vinculada à propaganda partidária divulgada em rede social (*Twitter*), proferida em ambiente externo ao do parlamento, o que descaracteriza o debate parlamentar.

Na ocasião, a Corte aplicou a imunidade material, prevista no *caput* do artigo 53 da Constituição Federal. Entendeu que a manifestação da congressista se deu *propter officium* em meio de comunicação social, assim como não sofre condicionamentos normativos que subordinem a inviolabilidade material a critérios de espacialidade, sendo irrelevante que ato por ela amparado seja proferido nas dependências do Congresso Nacional. Ademais, foi ressaltado que os atos dos parlamentares em função do seu mandato não se restringem ao recinto das Casas Legislativas.

¹⁵ Inq 2.560, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, DJe de 23.05.2016.

De outra banda, o relator alertou que as inviolabilidades parlamentares devem ser interpretadas em consonância com a exigência de preservação da independência do congressista no exercício do mandato. No julgamento, foi mantida a decisão recorrida e negado provimento ao recurso.

No aludido julgamento, a Corte Suprema aplicou a imunidade material, prevista no *caput* do artigo 53 da Constituição Federal de 1988. O tribunal refutou a Queixa-Crime oferecida pela querelante e, corretamente, entendeu que os fatos eram atípicos em razão da imunidade material concedida aos parlamentares, pois, embora as pronúncias tenham sido vinculadas a rede social, a incidência da norma não se restringe às pronúncias proferidas no recinto parlamentar.

Na fundamentação da decisão, fica claro que os pronunciamentos do congressista se deram em razão da sua função (prática *propter officium*), se a Corte tivesse decidido de maneira diferente poderia ter criado um precedente perigoso, pois seria uma decisão ocasional (*ad hoc*), não respeitando a coerência dos seus próprios julgados (Inq 2874-AgR/DF) e consequentemente criando constrangimentos inconstitucionais aos mandatários do povo.

Já no Agravo Regimental do Inquérito nº 4.183 Distrito Federal, o tribunal analisou a alegação de usurpação da sua competência, pois a investigação criminal teria encontrado elementos indiciários sobre prática delitiva por parte de parlamentar.

A Suprema Corte rechaçou a alegação, em suas razões afirmou que houve mero encontro fortuito de elementos indiciários da prática, em tese, de ilícitos penais por parte de autoridade com prerrogativa de função. Ainda, entendeu que a simples circunstância do parlamentar ser sócio da empresa investigada não possui o condão de fixar a competência da corte. Ao final, foi negado provimento ao recurso.

A decisão acima narrada é semelhante à primeira decisão analisada no trabalho (Agravo Regimental na Reclamação 25. 497/RN), a Corte acertadamente manteve coerência entre os julgados, reforçou a ideia de que o simples fato de haver menção ao nome do parlamentar não possui o condão de atrair a jurisdição da Suprema Corte.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No presente trabalho foi demonstrada, num primeiro momento, toda a importância da Constituição Federal de 1988, que estabeleceu um novo paradigma para o Direito brasileiro, qual seja, o do Constitucionalismo Contemporâneo, trazendo à sociedade brasileira uma real democracia participativa, garantindo estabilidade as instituições republicanas, assim como legitimidade ao aparato estatal, além de garantir direitos fundamentais das mais diversas dimensões.

Posteriormente foram abordados os contornos do alcance das prerrogativas parlamentares previstas no artigo 53 da Constituição Federal de 1988, demonstrando que elas são inerentes ao Parlamento, como Poder independente e não aos seus membros particularmente como muito criticado pela sociedade e pela mídia. Ainda foi enfatizada a relação intrínseca das aludidas imunidades com os princípios da separação dos poderes e da soberania popular, demonstrando o verdadeiro *telos* das prerrogativas parlamentares.

No terceiro tópico, foi desenvolvido o tema da separação dos poderes descrevendo a sua importância para o Direito brasileiro, sendo característica da identidade da Constituição, bem como demonstrado como o princípio da separação dos poderes manejado ou interpretado de maneira inadequada pode causar enfraquecimento da jurisdição constitucional.

Por fim, foram apreciadas as decisões da Corte Suprema que envolviam a aplicação das prerrogativas parlamentares, com o intuito de verificar se o referido tribunal estava interpretando as inviolabilidades do Parlamento dentro dos limites do exercício da jurisdição constitucional. Analisadas as decisões do Supremo Tribunal Federal dentro das premissas estabelecidas no presente trabalho, nota-se que a Corte respeitou as prerrogativas parlamentares e consequentemente o princípio da separação dos poderes.

Na pesquisa, dentro do lapso temporal de seis meses, foram encontradas seis decisões fazendo menção à prerrogativa parlamentar, sendo que quatro delas foram apreciadas minuciosamente em razão de que duas decisões encontradas não guardavam relação com o objeto da pesquisa.

Dentre as decisões apreciadas, verifica-se que a Corte Suprema atenta para sua jurisprudência e não proferiu nenhuma decisão, dentro do lapso temporal analisado, desprestigiando as imunidades parlamentares. Ademais, em nenhuma das decisões o Supremo Tribunal Federal foi além da sua missão constitucional, ou seja, posicionou-se dentro dos limites da jurisdição constitucional.

A Suprema Corte aplicou as imunidades parlamentares regulamentadas no artigo 53 de forma constitucional, pois sempre atreladas à concepção de que as referidas prerrogativas deveriam ser incididas quando o ato do congressista guardasse relação com o mandato parlamentar (razão *in officio*) ou fosse praticado em razão dele (prática *propter officium*).

REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em: 07 out. 2017.

LORENCINI, Bruno César. Garantias da magistratura na Constituição Federal brasileira. In: LEITE, George S.; STRECK, Lenio L.; JUNIOR, Nelson N. (Coords). **Crise dos Poderes da República**: Judiciário, Legislativo e Executivo. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. São Paulo. Revista dos Tribunais. 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11.ed. Porto Alegre. Livraria do Advogado. 2012.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 4.ed. São Paulo. Revistas dos tribunais. 2014.

STRECK, Lenio Luiz; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; NUNES, Dierle; Comentário aos artigos 53 a 56. In: CANOTILHO, J.J. Gomes, MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W. (Coords). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

VEROSE, Osmar; MACHADO, Marsal C. Inviolabilidade dos parlamentares. In: LEITE, George S.; STRECK, Lenio L.; JUNIOR, Nelson N. (Coords). **Crise dos Poderes da República:** Judiciário, Legislativo e Executivo. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2017.

O TEMA N. 988 DOS RECURSOS ESPECIAIS REPETITIVOS DO STJ E A SISTEMÁTICA DO AGRAVO DE INSTRUMENTO NO CPC DE 2015

Jovana de Cezaro¹

Nadya Regina Gusella Tonial²

RESUMO

O presente estudo visa analisar a sistemática do agravo de instrumento instituída pelo Código de Processo Civil (CPC), à luz do Tema n. 988 dos Recursos Especiais Repetitivos do Superior Tribunal de Justiça (STJ). Objetiva-se compreender se a regulação do agravo de instrumento no CPC de 2015 concretiza a efetividade processual. Para tanto, utiliza-se o método dialético, com o intuito de investigar o que a doutrina e a jurisprudência argumentam, por meio de quatro posições diferentes sobre o assunto. Disso constata-se que, a corrente que melhor compreende o sentido da norma é a que defende a interpretação extensiva da taxatividade do rol do artigo 1.015 do CPC. Por esse pensamento, com base em comparações, o agravo de instrumento pode ser interposto a outras situações não previstas no mencionado artigo. Assim, verifica-se que a interpretação extensiva é a capaz de concretizar a efetividade e trazer um resultado útil ao processo.

PALAVRAS-CHAVE: Agravo de Instrumento. Decisões interlocutórias. Efetividade. Taxatividade extensiva. Tema n. 988.

ABSTRACT

The present study aims at analyzing the systematics of the instrument aggravated by the Code of Civil Procedure (CPC), in light of Theme n. 988 of the Special Repetitive Resources of the Superior Court of Justice (STJ). The objective is to understand if the regulation of the instrument aggravation in the CPC of 2015 concretizes the procedural effectiveness. For that, we use documentary and dialectical methods to investigate what doctrine and jurisprudence argue through four different positions on the subject. From this it is said that the current that best understands the meaning of the norm is the one that defends the extensive interpretation of the rate of the list of article 1.015 of the CPC. By this thought, based on comparisons, the grievance of instrument can be brought to other situations not foreseen in the mentioned article. Thus, it is verified that the extensive interpretation is the one able to concretize the effectiveness and bring a useful result to the process.

KEYWORDS: Instrument aggravated. Interlocutory decisions. Effectiveness. Extensive taxactivity. Theme n. 988.

INTRODUÇÃO

O presente estudo constitui-se na análise da atual sistemática do agravo de instrumento positivada no artigo 1.015 do Código de Processo Civil (CPC), para investigar se as alterações trazidas pela novel legislação são capazes de concretizar o princípio da efetividade processual.

Justifica-se a importância da pesquisa, face a alteração trazida pelo legislador no CPC de 2015, a qual causa uma forte discussão na doutrina e jurisprudência, mormente, no que se refere a interposição do agravo de instrumento e o uso do rol do artigo 1.015 como taxativo, meramente exemplificativo, taxativo com a possibilidade de interpretação extensiva ou de taxatividade mitigada.

¹ Acadêmica do curso de Direito da Universidade de Passo Fundo-UPF. E-mail: jovnadc@hotmail.com.

² Doutoranda em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí-UNIVALI. Mestre em Direito pela UNISINOS. Professora Titular I da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo - UPF. Advogada. E-mail: nadyatonial@gmail.com.

Com isso, tem-se um duplo propósito: objetiva-se analisar a evolução histórica do agravo de instrumento até chegar a atual sistemática no CPC, bem como verificar a natureza do rol do artigo 1.015 da codificação processual civil e sua relação com o princípio da efetividade processual.

1 DO AGRAVO: LINEAMENTO HISTÓRICO

Observando a evolução histórica dos recursos no processo, pontua-se que em Portugal, no Século XIII, o sistema jurídico passou a admitir dois tipos de sentença: as interlocutórias, com a possibilidade de serem apeláveis, restando imutáveis se não impugnadas; e as sentenças definitivas, das quais não caberia recurso³.

Desse modo, no reinado de D. Afonso III (1.248 a 1.279), durante a monarquia portuguesa, surgiu o recurso de “suplicação” ou “sopricação”, que permitia a parte vencida buscar revisão do ato da autoridade superior, ou seja “a parte apenas *suplicava, implorava, à mesma autoridade* prolatora da sentença, que reexaminasse a causa”, difundindo assim a apelação para todas as sentenças, tanto interlocutórias, quanto definitivas e até mesmo para extrajudiciais. Já, por volta de 1.425 a 1.429, surgiu a Casa da Suplicação que julgava as apelações e as suplicações. Mais tarde o recurso de “sopricação” passou a ser conhecido como agravo ordinário⁴.

Após, o rei de Portugal, D. Afonso IV (1.325 a 1.357), visando pôr fim na má-fé das partes, que apelavam somente para prolongar as demandas, criou a regra da irrecorribilidade das decisões interlocutórias, as quais, salvo as que causassem dano irreparável ou decisão que colocasse fim ao feito, não seriam mais apeláveis. Com essa limitação, a faculdade de apelar foi reduzida e inúmeras decisões ficaram sem recurso⁵.

Ainda, com a finalidade de reparar os danos sofridos, as partes podiam utilizar as “querimas” ou “querimônias”, que consistiam em queixas ou reclamações, “acompanhadas de informações colhidas e apresentadas pela parte, que se julgava prejudicada”, levadas ao Magistrado de grau superior, sendo resolvidas através da expedição de cartas de justiça⁶. Destaca-se que, “as *querimas* eram dirigidas aos magistrados superiores, através de um instrumento, que eram as cartas ou *estormentos*, contra decisões interlocutórias. Muito semelhantes, portanto, aos nossos atuais agravos”⁷.

Logo após, essas cartas foram proibidas e em 1.446, D. Afonso V, instituiu as Ordenações Afonsinas, que além de manter a proibição de apelar das interlocutórias, estabeleceu que todo juiz, antes de proferir a sentença definitiva, podia revogar sua interlocutória⁸.

O agravo de instrumento, tal como se apresenta hoje surgiu, ainda que timidamente, com as Ordenações Afonsinas, mas adquiriu as características definitivas somente nas Ordenações Manuelinas. No

³ GIORGIS, José Carlos Teixeira. **Notas sobre o agravo**: de acordo com as Leis n. 9.139, de 30.11.95, e 9.245, de 26.12.95. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996. p. 15-16.

⁴ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Os agravos no CPC brasileiro**. p. 20

⁵ ALLA, Valentina Jungmann Cintra. **O recurso de agravo e a Lei 9.139, DE 30.11.1995**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998. p. 21.

⁶ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Os agravos no CPC brasileiro**. p. 33-34.

⁷ CÔRTEZ, Osmar Mendes Paixão. **A evolução do agravo de instrumento**: justificativa e consequências da atual sistemática. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 288, p. 235-250, fev. 2019. p. 04.

⁸ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Os agravos no CPC brasileiro**. p. 33-34.

decorrer do tempo houve a alteração do significado da palavra agravo, que deriva do verbo latino *aggravare* e significa uma ofensa, sendo utilizado no sentido de gravame⁹.

Observa-se que, nas Ordenações Manuelinas existiam somente três tipos de sentença, quais sejam, as interlocutórias, as interlocutórias mistas e as definitivas. Das primeiras cabia agravo de instrumento ou de petição¹⁰. Ainda, com o surgimento e utilização dos agravos de petição, de instrumento e nos autos do processo, passaram a desaparecer as “querimas”¹¹.

Com a independência do Brasil, em 1822, existiu a necessidade de elaborar uma legislação própria, porém, como a criação desse regramento iria demorar, o Brasil, temporariamente, permaneceu utilizando a legislação de Portugal, ou seja, as Ordenações Filipinas surgidas em 1603, que previam cinco espécies de agravos: ordinário, de ordenação não guardada, de instrumento, de petição e no auto do processo¹².

Somente no ano de 1832 passou a vigor o Código de Processo Criminal do Império que revogou a legislação portuguesa e deu início ao direito processual brasileiro. O citado Código trouxe em seu artigo 14 a revogação do agravo ordinário, bem como a união dos agravos de petição e de instrumento, tornando-os agravo no auto do processo. Já, o agravo de ordenação não guardada continuou vigendo no sistema¹³.

Em 1841 foi reformulado o sistema recursal, sendo restabelecidos o agravo de instrumento e de petição e excluído o agravo de ordenação não guardada. Os demais, agravos de instrumento, agravos de petição e agravo no auto do processo continuaram existindo. Com o passar do tempo houve uma intensa instabilidade do agravo, ora sendo abolido, ora restaurado¹⁴.

A Constituição de 1891 outorgou aos Estados, e não a União, o poder de legislar sobre direito processual. Com a sua promulgação, em fevereiro de 1891, foram alargados os casos em que os agravos de petição e de instrumento poderiam ser utilizados. Faz-se necessário abordar que, o Código de Processo Civil e Comercial do Rio Grande do Sul, Lei n. 65 de 15 de janeiro de 1908, foi o segundo a ser publicado¹⁵.

Essa realidade perdurou até a outorga da Constituição de 1937, momento que a competência de legislar sobre direito processual passou a ser, privativamente, da União. Dessa forma, foi elaborado o projeto do CPC de 1939, que entrou em vigor em 1940, extinguindo os Códigos Estaduais até então existentes, marcando uma nova era no processo civil brasileiro, em especial, com relação ao recurso de agravo.

⁹ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Os agravos no CPC brasileiro**. p. 21.

¹⁰ O que diferenciava o agravo de instrumento e o agravo de petição era o critério territorial, ou seja, quando o juízo de origem era situado mais perto da Corte, dentro de cinco léguas, ou até mesmo na Corte era utilizado o agravo de petição. Quando o juízo de origem era situado longe da Corte utilizava-se o agravo de instrumento. O agravo de petição não existia nas Ordenações Afonsinas, sendo uma inovação das Ordenações Manuelinas (GUEDES, 2009, p.218-219).

¹¹ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Os agravos no CPC brasileiro**. p. 34-38.

¹² CARNEIRO, Athos Gustavo. **Recurso Especial, Agravos e Agravo Interno**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 172-174.

¹³ COSTA, Moacyr Lobo da. **Breve notícia histórica do direito processual civil brasileiro e de sua literatura**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970. p. 06-08.

¹⁴ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Os agravos no CPC brasileiro**. p. 43-44.

¹⁵ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Os agravos no CPC brasileiro**. p. 43-50.

2 O AGRAVO DE INSTRUMENTO NAS CODIFICAÇÕES PROCESSUAIS DE 1939 E DE 1973

O CPC de 1939, Decreto-Lei n. 1.608, trouxe um grande avanço ao direito processual civil pátrio. O mesmo teve a finalidade de consolidar os códigos estaduais, além de superar problemas ligados as Ordenações lusitanas, e promoveu uma modernização no sistema processual¹⁶.

Porém, o CPC de 1939 não logrou êxito no que tange à simplificação processual. Quanto aos recursos caracterizou-se por ser, excessivamente, confuso e imperfeito, visto que, uma parcela considerável das decisões se enquadrava em mais de uma espécie recursal, e outra, não se encaixava em nenhuma modalidade recursal existente. Também, a mencionada codificação possuía um elevado número de recursos que desembocavam nos tribunais superiores.¹⁷

A mencionada codificação trouxe o agravo no artigo 841, destacando três modalidades, quais sejam: de instrumento, de petição e no auto do processo, todos com prazo de interposição de cinco dias¹⁸.

O agravo de petição só era utilizado se a decisão não fosse definitiva, mas terminativa e não se encaixasse no rol taxativo do agravo de instrumento. O agravo nos autos atendia a necessidade de recorrer das interlocutórias, elencadas no artigo 851 do CPC de 1939, não interrompendo o desenvolvimento processual¹⁹.

O agravo de instrumento era recurso cabível contra decisões interlocutórias expressamente indicadas no rol do artigo 842²⁰, do CPC de 1939. Dessa forma era cabível contra as decisões que não admitissem outro recurso, e também contra decisões em que outros recursos não fossem admitidos²¹.

Tal realidade fez com que o mandado de segurança fosse utilizado como sucedâneo recursal, para os casos que não coubesse o recurso de agravo. Assim, o agravo de instrumento, no diploma de 1939, segundo Wambier deu “origem a um instrumento, ou seja, a um autuado constituído de recurso e traslado de todas as peças do processo importantes a solução do recurso”²².

No Código em destaque, o agravo de instrumento era interposto na primeira instância, com prazo de cinco dias, contando da intimação pessoal do advogado nas comarcas do interior, ou da publicação no Diário

¹⁶ VIANA, Juvêncio Vasconcelos. **História do processo: uma análise do código de processo civil de 1939 sob o prisma terminológico**. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br:8080/portal/sites/default/files/anexos/18284-18285-1-PB.pdf>>. Acesso em 27 de abril de 2019.

¹⁷ OLIVEIRA, Pedro Miranda de. **Novíssimo sistema recursal conforme o CPC/2015**. 2. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2016. p. 31-32.

¹⁸ GIORGIS, José Carlos Teixeira. **Notas sobre o agravo: de acordo com as Leis n. 9.139, de 30.11.95, e 9.245, de 26.12.95**. p. 19.

¹⁹ DIDIER JÚNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro. **Curso de Direito Processual Civil**- Vol. 3, 13. ed. Bahia: JusPODIVM, 2016. p. 202-203.

²⁰ Artigo 842 do CPC de 1939: “Além dos casos em que a lei expressamente o permite, dar-se-á agravo de instrumento das decisões: I, que não admitirem a intervenção de terceiro na causa; II, que julgarem a exceção de incompetência; III, que denegarem ou concederem medidas requeridas como preparatórias da ação; IV - que receberem ou rejeitarem “*in limine*” os embargos de terceiro. V, que denegarem ou revogarem o benefício de gratuidade, VI, que ordenarem a prisão; VII, que nomearem ou destituírem inventariante, tutor, curador, testamenteiro ou liquidante; VIII, que arbitram, ou deixarem de arbitrar a remuneração dos liquidantes ou a vintena dos testamenteiros; IX, que denegarem a apelação, inclusive de terceiro prejudicado, a julgarem deserta, ou a relevarem da deserção; X, que decidirem a respeito de erro de conta ou de cálculo; XI, que concederem, ou não, a adjudicação, ou a remissão de bens; XII, que anularem a arrematação, adjudicação, ou remissão cujos efeitos legais já se tenham produzido; XIII, que admitirem, ou não, o concurso de credores, ou ordenarem a inclusão ou exclusão de créditos; XV, que julgarem os processos de que tratam os Títulos XV a XXII do Livro V, ou os respectivos incidentes, ressalvadas as exceções expressas; XVI, que negarem alimentos provisionais; XVII, que, sem caução idônea, ou independentemente de sentença anterior, autorizarem a entrega de dinheiro ou quaisquer outros bens, ou a alienação, hipoteca, permuta, sub-rogação ou arrendamento de bens.”

²¹ DIDIER JÚNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro. **Curso de Direito Processual Civil**. p. 201.

²² WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Os agravos no CPC brasileiro**. p. 63.

Oficial, nas comarcas da Capital, não possuindo, em regra, efeito suspensivo, com remessa imediata ao tribunal²³.

Sendo assim, não era qualquer decisão interlocutória que poderia ser agravada, mas somente o que estava taxativamente previsto nos artigos 842, 850 e 868 do CPC de 1939 (*numerus clausus*) ou em legislação extravagante. A taxatividade do rol despertou diversas discussões diante da dificuldade de esgotar na lei todas as situações agraváveis.

O CPC de 1939 vigorou até 1973, quando a Lei n. 5.869 passou a instituir um novo CPC. Aquela legislação alterou profundamente o recurso de agravo de instrumento e, diferentemente, do Código de 1939, passou a admiti-lo como recurso cabível contra toda e qualquer decisão interlocutória²⁴.

Em um primeiro momento, no CPC de 1973, somente era admitido o agravo de instrumento²⁵. Posteriormente, a Lei n. 8.950, passou a prever que o recurso era de agravo. Sendo assim, a modalidade recursal recebeu a designação genérica de agravo, sendo admitido nas modalidades de instrumento ou retido²⁶.

Logo, na sistemática trazida pelo CPC de 1973, o prazo do recurso continuou sendo de cinco dias e deveria ser interposto na primeira instância, por meio de petição, contendo, também, as peças que deveriam ser deslocadas para a formação do instrumento²⁷. Sendo deferida a formação do agravo, o juízo *a quo*, em cinco dias, determinava a intimação do agravado para juntar documentos novos e indicar suas peças. Nesse caso abria vista ao agravante, para no prazo de cinco dias se manifestar²⁸.

Em seguida, seguiam os autos, para que no prazo de quinze dias, ocorresse a extração, conferência e conserto dos traslados, podendo esse prazo ser prorrogado por mais dez dias. Formado o instrumento, o agravado era intimado, para no prazo de cinco dias responder o recurso. Ao juiz era facultado modificar ou manter sua decisão. Ainda, com exceção ao artigo 558, o agravo de instrumento, na legislação originária, não era dotado de efeito suspensivo²⁹.

No decurso da vigência do CPC de 1973, os dispositivos legais que tratavam do recurso de agravo de instrumento sofreram várias modificações, as principais operadas pelas Leis n. 9.139, Lei n. 10.352 e Lei n. 11.187.

A Lei n. 9.139/1995 alterou o prazo de interposição do agravo, passando a ser de dez dias e com a interposição diretamente no tribunal, porém, com o encargo de informar o juízo de primeira instância da distribuição do recurso. Também, passou a permitir que o relator viesse a conferir, em casos enumerados, efeito suspensivo³⁰.

²³ DIDIER JÚNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro. **Curso de Direito Processual Civil**. p. 202.

²⁴ SICA, Heitor Vitor Mendonça. **Recorribilidade das interlocutórias e sistema de preclusão no Novo CPC- primeiras impressões**. Disponível em <https://edisdisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4230963/mod_resource/content/1/Heitor%20Sica%20-%20Recorribilidade%20das%20interlocuto%CC%81rias%20e%20sistema%20de%20precluso%CC%83es%20no%20Novo%20CPC.pdf>. Acesso 04 dez 2018, p. 03.

²⁵ Artigo 496 do CPC de 1973: “São cabíveis os seguintes recursos: [...] II - agravo de instrumento”.

²⁶ SOUZA, Daniel Andrade de. **Agravo de Instrumento: do seu surgimento aos dias de hoje**. 2011. Trabalho de Conclusão de Curso (Especialização em Direito Processual Civil) - Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP, Curso de Pós-Graduação Lato Sensu em Direito Processual Civil, Brasília-DF, 2011. p. 14.

²⁷ ALLA, Valentina Jungmann Cintra. **O recurso de agravo e a Lei 9.139, DE 30.11.1995**. p. 26.

²⁸ ALLA, Valentina Jungmann Cintra. **O recurso de agravo e a Lei 9.139, DE 30.11.1995**. p. 26.

²⁹ DIDIER JÚNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro. **Curso de Direito Processual Civil**. p. 203.

³⁰ SOUZA, Daniel Andrade de. **Agravo de Instrumento: do seu surgimento aos dias de hoje**. p. 17-19.

Ainda, regulamentou a figura do agravo retido. Segundo Didier Junior e Cunha “criou-se a obrigatoriedade da retenção do agravo, quando às decisões posteriores a sentença, com exceção da decisão que dissesse respeito à inadmissibilidade da apelação, que haveria de ser atacada por agravo de instrumento”³¹.

Já, a Lei n. 10.352/2001 inseriu três regras ao agravo de instrumento: “(a) a obrigatoriedade da petição que informava ao juiz de primeira instância a interposição do agravo no tribunal, (b) o processamento e a conversão em agravo retido e, por fim, a (c) antecipação da tutela recursal”³². Ainda, devia ser comunicado ao juízo *a quo* a interposição do agravo de instrumento, sob pena de inadmissibilidade do recurso, desde que arguido e provado pelo agravado, porém, falhou a lei no que se refere ao momento ou prazo de alegação³³.

Após, a Lei n. 11.187/2005 trouxe mudanças com relação à utilização do agravo de instrumento, com a finalidade diminuir o número de interposição. Logo, a Lei n. 10.352/2001 disciplinou a opção de transformar o agravo de instrumento em agravo retido, enquanto a Lei n. 11.187/2005 estabeleceu a obrigatoriedade da conversão, momento que o agravo retido transformou-se na regra geral³⁴.

O agravo de instrumento passou a ser utilizado quando houvesse decisão que pudesse causar lesão grave ou de difícil reparação à parte. Se tal requisito não fosse demonstrado, não era admitida a forma instrumental e deveria ser utilizado o agravo retido. Ainda, cabia agravo de instrumento quando inadmitida a apelação, quanto aos efeitos em que ela era recebida, e também em casos de liquidação de sentença e na execução. Se interposto fora dessas hipóteses seria transformado em agravo retido³⁵.

A grande consequência desse modelo adotado pelo CPC de 1973 e reformas subsequentes foi a sobrecarga do sistema judiciário. Os tribunais ficaram abarrotados de agravos de instrumento, que, na muitas vezes, mostravam-se protelatórios ou infundados. Desse modo, houve necessidade de mudar novamente o modelo de interposição do agravo de instrumento, o que aconteceu com o CPC de 2015.

3 A SISTEMÁTICA DO AGRAVO DE INSTRUMENTO NO CPC DE 2015

O CPC de 2015 adotou uma nova sistemática com relação ao agravo de instrumento, visto que enumerou as hipóteses de cabimento desse recurso, nos termos realizados pelo CPC de 1939. Essa opção trouxe uma latente discussão a respeito da natureza do rol do artigo 1.015, dividindo a doutrina em quatro correntes.

Assim, caberá agravo de instrumento nas hipóteses positivadas no rol do artigo 1.015³⁶ do CPC, visto que o legislador elencou quais as decisões interlocutórias que possuem recorribilidade imediata, nos incisos do mencionado artigo.

³¹ DIDIER JÚNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro. **Curso de Direito Processual Civil**. p. 204.

³² DIDIER JÚNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro. **Curso de Direito Processual Civil**. p. 204.

³³ SOUZA, Daniel Andrade de. **Agravo de Instrumento: do seu surgimento aos dias de hoje**. p. 20.

³⁴ ARAÚJO, José Henrique Mouta. **O recurso de agravo e as diretrizes estabelecidas pela lei 11.187/2005**. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 130, p. 109-122, dez. 2005. p. 03.

³⁵ DIDIER JÚNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro. **Curso de Direito Processual Civil**. p. 204-205.

³⁶ Cabe agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias que versarem sobre: I - tutelas provisórias; II - mérito do processo; III - rejeição da alegação de convenção de arbitragem; IV - incidente de desconconsideração da personalidade jurídica; V - rejeição do pedido de gratuidade da justiça ou acolhimento do pedido de sua revogação; VI - exibição ou posse de documento ou coisa; VII - exclusão de litisconsorte; VIII - rejeição do pedido de limitação do litisconsórcio; IX - admissão ou inadmissão de intervenção de terceiros; X - concessão, modificação ou revogação do efeito suspensivo aos embargos à execução; XI - redistribuição do ônus da prova nos termos do [art. 373, § 1º](#); XII - (VETADO); XIII - outros casos expressamente referidos em lei. Parágrafo único. Também caberá agravo de instrumento contra decisões interlocutórias proferidas na fase de liquidação de sentença ou de cumprimento de sentença, no processo de execução e no processo de inventário.

O agravo de instrumento caberá contra as decisões interlocutórias que versem sobre o deferimento ou indeferimento das tutelas provisórias (inciso I), sejam elas de natureza cautelar ou antecipada, de urgência ou de evidência, antecedentes ou incidentais, conforme previsão dos artigos 294 a 311 do CPC de 2015³⁷.

Segundo Zavascki essa espécie de tutela é utilizada em “situação de risco ou de embaraço à efetividade da jurisdição, a saber: risco de dano ao direito, risco de ineficácia da execução, obstáculos que o réu maliciosamente põe ao andamento normal do processo e assim por diante”, ou seja, em situações nas quais se exige rapidez e andar célere³⁸.

O segundo caso traz à baila que no curso do processo é possível haver decisões interlocutórias de mérito (inciso II), em que o juiz profere julgamento antecipado parcial do mérito, com o fracionamento da solução do mérito. Explica Câmara que é possível “que uma parcela seja apreciada em decisão interlocutória enquanto outra parcela será resolvida em sentença”³⁹. Complementa Donizetti,

[...] em caso de cumulação de pedidos, o juiz poderá conhecer e julgar um ou mais deles antecipadamente, via decisão interlocutória, se existir pedido incontroverso ou a causa estiver madura para julgamento, ainda que os demais pedidos cumulados no mesmo processo não estejam preparados para julgamento⁴⁰.

Dessa decisão é cabível o agravo de instrumento, “eis que, apesar de decidir o mérito de parte do processo, não põe fim à fase cognitiva, pelo que não pode ser equiparada a sentença e, por conseguinte, impugnada via apelação”⁴¹.

Na terceira hipótese do rol, observa-se que as partes têm opção de submeter a solução de suas lides ao juízo arbitral mediante convenção de arbitragem (inciso III). A mesma é gênero, do qual há duas espécies, quais sejam a cláusula compromissória e o compromisso arbitral. Em virtude da convenção de arbitragem transfere-se o litígio para competência do árbitro⁴².

A existência de convenção de arbitragem deve ser alegada pelo réu como preliminar de contestação. Se o juiz rejeitar a alegação, o processo continuará tramitando na jurisdição estatal, dessa forma cabe o agravo de instrumento para eventual remessa ao juízo arbitral, sob pena de preclusão. Se o juiz acolher a alegação extinguirá o feito sem resolução de mérito⁴³.

O quarto caso refere-se ao incidente de desconconsideração da personalidade jurídica (inciso IV), que é uma modalidade de intervenção de terceiros, instaurada a pedido da parte ou do Ministério Público. Tal incidente pode trazer um sério abalo aos sócios, em razão do impacto patrimonial em seus bens, dessa forma é necessária sua resolução antes da sentença. Assim, o incidente de desconconsideração da personalidade jurídica suporta agravo de instrumento contra a decisão que acolher ou negar o pedido de desconconsideração⁴⁴.

Já, o quinto caso relaciona-se a gratuidade da justiça, que é direito constitucional garantido a todos que comprovem insuficiência de recursos. Desse modo, cabe agravo de instrumento da decisão interlocutória que

³⁷ GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Novo curso de Direito Processual Civil, processo nos tribunais e meios de impugnação das decisões**. Vol. 3, 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 305.

³⁸ ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação de tutela**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 28.

³⁹ CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 523.

⁴⁰ DONIZETTI, Elpídio. **Curso Didático de Direito Processual Civil**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2018. p. 1408.

⁴¹ DONIZETTI, Elpídio. **Curso Didático de Direito Processual Civil**. p. 1408.

⁴² DIDIER JÚNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro. **Curso de Direito Processual Civil**. p. 215.

⁴³ GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Novo curso de Direito Processual Civil, processo nos tribunais e meios de impugnação das decisões**. p. 306.

⁴⁴ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil comentado**. 16. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 2239.

nega o benefício da gratuidade ou que revoga o mesmo (inciso V). Essas são situações graves para aqueles que necessitam da gratuidade da justiça, e não tem acesso a ela, por isso se admite a imediata impugnabilidade⁴⁵. Todavia, não caberá agravo de instrumento da decisão que deferir pelo pedido de gratuidade da justiça ou rejeitar o pedido de revogação, sendo, nessa hipótese, levantada em preliminar de apelação ou contrarrazões de apelação⁴⁶.

O sexto motivo do rol traz a possibilidade de agravar decisão que verse sobre exibição ou posse de documento ou coisa (inciso VI). A exibição de documento ou coisa pode ser postulada contra um terceiro ou contra a parte contrária, ainda, “quando requerida contra a parte contrária, haverá um incidente processual, a ser resolvido por decisão interlocutória”, porém “se requerida contra um terceiro, tem-se um processo incidente, a ser encerrado por sentença”⁴⁷.

O sétimo caso diz respeito a exclusão de litisconsorte (inciso VII), ocorrida na fase de saneamento. Trata-se de decisão que precisa ser apreciada de imediato a fim de não causar prejuízo a marcha processual, visto que “não faria sentido a parte aguardar a prolação da futura sentença para, somente então, atacar a decisão que exclui um dos litisconsortes.” Desse modo “aguardar a sentença conspiraria contra o princípio da duração razoável do processo e contra o princípio da eficiência, protraindo para momento posterior uma questão que precisa ser controlada desde logo”⁴⁸. Se não interposto o agravo de instrumento a questão se sujeita a preclusão.

O oitavo caso se refere ao litisconsórcio, no que tange ao pedido de limitação do número de litisconsortes (inciso VIII), que se indeferido cabe agravo de instrumento. Observa-se, que o mencionado pedido “só pode ser formulado quando o litisconsórcio for facultativo, tem a intenção de evitar que o processo seja tumultuado, em decorrência da presença exagerada de pessoas em um dos polos da relação processual”⁴⁹. O litisconsórcio multitudinário muitas vezes pode comprometer a rápida solução do litígio ou dificultar a defesa, o juiz pode determinar a limitação do número de litisconsortes, envolvendo o desmembramento do processo⁵⁰.

Por sua vez, o nono caso traz a intervenção de terceiros (inciso IX), que é uma forma de um terceiro integrar a relação processual, em que originariamente não figurava, essa intervenção pode acontecer de modo espontâneo ou provocado. A intervenção de terceiro consiste na assistência, na denúncia a lide, no chamamento ao processo, na desconsideração da personalidade jurídica e na participação do *amicus curiae*. Caberá agravo de instrumento tanto na decisão que deferir quanto da que indeferir a intervenção⁵¹.

⁴⁵ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil comentado**. p. 2232.

⁴⁶ KOZIKOSKI, Sandro Marcelo. **Sistema Recursal CPC 2015: em conformidade com a Lei 13.256/2016**. Salvador: JusPODIVM, 2016. p. 169.

⁴⁷ DIDIER JÚNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro. **Curso de Direito Processual Civil**. p. 220.

⁴⁸ DIDIER JÚNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro. **Curso de Direito Processual Civil**. p. 220.

⁴⁹ MONTENEGRO FILHO, Misael. **Curso de Direito Processual Civil: de acordo com o novo CPC**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 724.

⁵⁰ DIDIER JÚNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro. **Curso de Direito Processual Civil**. p. 221-222.

⁵¹ SICA, Heitor Vitor Mendonça. Do Agravo de Instrumento. In: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dirlene; CUNHA, Leonardo (orgs). **Comentários ao Código de Processo Civil**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 1376.

O décimo caso trata dos embargos à execução, que em regra, não possuem efeito suspensivo, mas em casos específicos e respeitados os requisitos legais, o juiz pode conceder. Da decisão que defere, indefere, modifica ou revoga (inciso X) o efeito suspensivo cabe agravo de instrumento⁵².

A redistribuição do ônus da prova nos termos do [art. 373, § 1º](#) (inciso XI), aparece como décimo primeiro caso, revelando hipótese fundada em lei ou em determinação judicial, em que o agravo de instrumento pode ser interposto para atacar decisão que inverte o ônus da prova, como a que não o inverte⁵³. Na concepção de Didier Junior e Cunha,

[...] é possível que o juiz, nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou a excessiva dificuldade de produção da prova ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, redistribuir o ônus da prova, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído⁵⁴.

Também, como décimo segundo modo, o legislador previu que o agravo de instrumento é cabível em outras hipóteses previstas em lei. Observa-se que, esses outros casos esparsos serão passíveis de agravo de instrumento (inciso XIII), desde que criados por lei federal⁵⁵. Desse modo, cabe agravo de instrumento no caso do artigo 354 do Código de 2015, se as decisões proferidas com base nos artigos 485 e 487, II e III, forem parciais. Também na situação do artigo 356, § 5º se o juiz decidir parcialmente o mérito em relação um dos pedidos formulados ou parcela deles e do artigo 1.037, § 13, I, entre outros.

Por último, conforme o parágrafo único do artigo 1.015, é admitido agravo de instrumento contra as decisões proferidas na fase de liquidação de sentença ou de cumprimento de sentença, como também no processo de execução e no processo de inventário. Isso porque, segundo Theodoro Junior, “esses procedimentos terminam por decisões que não comportam apelação”⁵⁶, ou seja, não podem ser apreciadas por meio de preliminar de apelação ou contrarrazões.

Didier Jr e Cunha afirmam que a lista taxativa de decisões agraváveis, que se refere o artigo 1.015 do CPC, aplica-se apenas à fase de conhecimento, sendo assim, na fase de liquidação de sentença, na de cumprimento de sentença, no processo de execução e no processo de inventário e partilha, “toda e qualquer decisão interlocutória é agravável. Não há limitação”⁵⁷.

Portanto, ao elencar as decisões interlocutórias recorríveis por agravo de instrumento no artigo 1.015 do CPC de 2015, o legislador externou que o referido rol é taxativo. Porém, grande parte dos doutrinadores posicionam-se contra a taxatividade da lista de decisões.

⁵² MARANHÃO, Clayton. **Agravo de instrumento no código de processo civil de 2015: entre a taxatividade do rol e um indesejado retorno do mandado de segurança contra o ato judicial**. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 256, p. 147-168, jun. 2016. p. 14.

⁵³ MONTENEGRO FILHO, Misael. **Curso de Direito Processual Civil**: de acordo com o novo CPC. p. 722.

⁵⁴ DIDIER JÚNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro. **Curso de Direito Processual Civil**. p. 224.

⁵⁵ DIDIER JÚNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro. **Curso de Direito Processual Civil**. p. 224.

⁵⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**- v.3. 49. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 1044.

⁵⁷ DIDIER JÚNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro. **Curso de Direito Processual Civil**. p. 225.

Dessa maneira, a enumeração das hipóteses de cabimento do agravo de instrumento, fomentou forte discussão na doutrina, a respeito da natureza do rol do artigo 1.015 do CPC de 2015, tendo em vista que ele deveria abranger todas as situações que necessitassem de julgamento imediato da lide, mas, na prática, a mencionada enumeração mostrou-se ineficiente. Com isso, a doutrina dividiu-se em quatro correntes para interpretar o cabimento do agravo de instrumento.

A primeira corrente afirma que somente as decisões interlocutórias previstas no rol do artigo 1.015 do CPC são recorríveis, visto que a lista legal é taxativa e não permite interpretação analógica ou extensiva⁵⁸. Já, a segunda defende que o referido rol é somente exemplificativo, assinalando que todas as decisões interlocutórias são recorríveis via agravo de instrumento⁵⁹.

A terceira posição sustenta que existe uma taxatividade, porém cabe interpretação extensiva, visto que, a taxatividade não é incompatível com a interpretação ampliada⁶⁰. Um quarto pensamento é esposado pela ministra Nancy Andrighi que, com fundamento na efetividade do processo, sustenta que existe uma taxatividade mitigada, em que além dos casos previstos no rol do artigo 1.015 do CPC, podem ser agravadas decisões interlocutórias que envolvem questões urgentes, com prejuízo irremediável à parte⁶¹.

Recentemente, a Corte Especial do STJ, por meio do julgamento dos Recursos Especiais números 1696396/MT e 1704520/MT, processados e julgados sob o rito dos recursos repetitivos, decidiu cancelando a posição da ministra Nancy Andrighi, ou seja, optou pela taxatividade mitigada do rol do artigo 1.015 do CPC de 2015⁶².

Ao julgar o Tema nº 988 dos Recursos Repetitivos, a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça fixou a seguinte tese: “O rol do art. 1.015 do CPC é de taxatividade mitigada, por isso admite a interposição de agravo de instrumento quando verificada a urgência decorrente da inutilidade do julgamento da questão no recurso de apelação”.

Destaca-se que o STJ, na decisão dos recursos especiais repetitivos, constante no Tema n. 988, optou pela taxatividade mitigada do rol do agravo de instrumento. Tal entendimento, se constitui em precedente vinculativo e deve ser seguido pelos tribunais. Contudo, ainda mantém-se na doutrina a discussão quanto a natureza do rol do artigo 1.015 do CPC de 2015, que trata do agravo de instrumento.

⁵⁸ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil comentado**. p. 2232.

⁵⁹ FERREIRA, William Santos. **Cabimento do agravo de instrumento e a ótica prospectiva da utilidade – O direito ao interesse na recorribilidade de decisões interlocutórias**. In Revista de Processo, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 194-197.

⁶⁰ DIDIER JÚNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro. **Curso de Direito Processual Civil**. p. 209.

⁶¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.704.520 – MT** Relatora Ministra Nancy Andrighi. Disponível em <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201702719246>>. Acesso 29 de abril de 2019. p. 98.

⁶² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.704.520 – MT**. p. 98.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O agravo de instrumento, no CPC de 2015, é um recurso utilizado para atacar as decisões interlocutórias elencadas no artigo 1.015. Todavia, o agravo de instrumento já existia no ordenamento processual brasileiro e, ao longo do tempo, sofreu inúmeras alterações em sua aplicação.

O CPC de 1939, que surgiu com objetivo de consolidar os códigos estaduais, trouxe modernização ao sistema processual e operou uma grande mudança, principalmente, no panorama recursal, visto que, estabeleceu um rol taxativo de decisões interlocutórias que poderiam ser agravadas. Após, a codificação processual civil de 1973 passou a admitir o agravo de instrumento contra toda e qualquer decisão interlocutória, optando pela ampla recorribilidade imediata.

O CPC de 2015 retroagiu ao sistema processual de 1939 e criou um rol de decisões interlocutórias recorríveis por agravo de instrumento. Com a tentativa de enumeração das hipóteses de cabimento de agravo de instrumento, levantou-se uma discussão a respeito da natureza do rol do artigo 1.015 do CPC de 2015. Com isso, observam-se quatro correntes que debatem a questão.

Para sanar as dúvidas de interpretação, recentemente, a Corte Especial do STJ, decidiu pela taxatividade mitigada do rol do artigo 1.015 do CPC de 2015. Tal decisão criou precedente vinculativo que se apresenta por meio do Tema n. 988 dos Recursos Especiais Repetitivos do STJ. Porém, mesmo com a decisão, percebe-se que a matéria, ainda, desperta discussões.

Portanto, constata-se que o atual regime do agravo de instrumento promove a efetividade processual, momento que os Tribunais conseguem julgar um maior número de recursos e proferem a decisão em um menor espaço de tempo, o que possibilita concretizar a duração razoável do processo e trazer um resultado útil à demanda.

Contudo, a fim de evitar que sucessivos recursos paralise a marcha processual, tragam morosidade ao procedimento e dificultem a concretização da celeridade processual, a interpretação que melhor se aplica a norma é a extensiva, visto que elimina o apego exacerbado ao texto legal e com isso promove a concretização do princípio da efetividade processual conjugado ao processo justo.

REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

ALLA, Valentina Jungmann Contra. **O recurso de agravo e a Lei 9.139, de 30 de novembro de 1995**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.

ARAÚJO, José Henrique Mouta. **O recurso de agravo e as diretrizes estabelecidas pela lei 11.187/2005**. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 130, p. 109-122, dez. 2005.

BRASIL. **Código de Processo Civil. Lei 1.608, de 18 de setembro de 1939**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/De11608.htm>. Acesso em 17 de outubro de 2018.

BRASIL. **Código de Processo Civil. Lei 13.105, de 16 de março de 2015**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 25 de outubro de 2018.

- BRASIL. **Código de Processo Civil. Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973.** Disponível em <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/Leis/L5869impressao.htm>. Acesso em 17 de outubro de 2018.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Tema 988.** Disponível em: <http://www.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp>. Acesso em 30 de maio de 2019.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro.** 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016.
- CARNEIRO, Athos Gustavo. **Recurso Especial, Agravos e Agravo Interno.** 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.
- CÔRTEZ, Osmar Mendes Paixão. **A evolução do agravo de instrumento: justificativa e consequências da atual sistemática.** Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 288, p. 235-250, fev. 2019.
- COSTA, Moacyr Lobo da. **Breve notícia histórica do direito processual civil brasileiro e de sua literatura.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970.
- DIDIER JÚNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro. **Curso de Direito Processual Civil-** Vol. 3, 13. ed. Bahia: JusPODIVM, 2016.
- DONIZETTI, Elpídio. **Curso Didático de Direito Processual Civil.** 21. ed. São Paulo: Atlas, 2018.
- FERREIRA, William Santos. **Cabimento do agravo de instrumento e a ótica prospectiva da utilidade – O direito ao interesse na recorribilidade de decisões interlocutórias.** In Revista de Processo, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 194-197.
- GIORGIS, José Carlos Teixeira. **Notas sobre o agravo:** de acordo com as Leis nº 9.139, de 30.11.95, e 9.245, de 26.12.95. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.
- GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Novo curso de Direito Processual Civil, processo nos tribunais e meios de impugnação das decisões.** Vol. 3, 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- GUEDES, Clarissa. A impugnação das decisões interlocutórias no direito lusitano. **Revista Eletrônica de Direito Processual- REDP**, Rio de Janeiro, v. IV, 2009, n. 04, p. 199-239, julho a dezembro de 2009.
- KOZIKOSKI, Sandro Marcelo. **Sistema Recursal CPC 2015: em conformidade com a Lei 13.256/2016.** Salvador: JusPODIVM, 2016.
- MARANHÃO, Clayton. **Agravo de instrumento no código de processo civil de 2015:** entre a taxatividade do rol e um indesejado retorno do mandado de segurança contra o ato judicial. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 256, p. 147-168, jun. 2016.
- MONTENEGRO FILHO, Misael. **Curso de Direito Processual Civil: de acordo com o novo CPC.** 12. ed. São Paulo: Atlas, 2016.
- NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil comentado.** 16. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.
- OLIVEIRA, Pedro Miranda de. **Novíssimo sistema recursal conforme o CPC/2015.** 2. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.
- SICA, Heitor Vitor Mendonça. **Do Agravo de Instrumento.** In: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dirlene; CUNHA, Leonardo (orgs). **Comentários ao Código de Processo Civil.** 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- _____. **Recorribilidade das interlocutórias e sistema de preclusão no Novo CPC- primeiras impressões.** Disponível em https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4230963/mod_resource/content/1/Heitor%20Sica%20-

[%20Recorribilidade%20das%20interlocuto%CC%81rias%20e%20sistema%20de%20precluso%CC%83es%20no%20Novo%20CPC.pdf](#). Acesso em 04 de dezembro de 2018.

SOUZA, Daniel Andrade de. **Agravo de Instrumento: do seu surgimento aos dias de hoje**. 2011. Trabalho de Conclusão de Curso (Especialização em Direito Processual Civil) - Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP, Curso de Pós-Graduação Lato Sensu em Direito Processual Civil, Brasília-DF, 2011.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**- v.3. 49. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

VIANA, Juvêncio Vasconcelos. **História do processo: uma análise do código de processo civil de 1939 sob o prisma terminológico**. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br:8080/portal/sites/default/files/anexos/18284-18285-1-PB.pdf>>. Acesso em 27 de abril de 2019.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Os agravos no CPC brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação de tutela**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

ANÁLISE ÀS ALTERAÇÕES DO NCPC: DA PETIÇÃO INICIAL À AUDIÊNCIA PRELIMINAR

Rafael Eduardo de Oliveira¹

Eduardo Meyer Mendes²

RESUMO

A elaboração de um Novo Código de Processo Civil, foi de suma importância para o direito brasileiro, pois trouxe modificações importantes no que tange a movimentação processual, pois, como é sabido, o judiciário recebe uma gama de processos todos os dias, acabando por atrasar a chamada efetividade da prestação jurisdicional, que seria resolver tudo para todos em tempo hábil. Com a chegada do NCPC, poderá ocorrer algumas melhorias, no que se refere a seara processual, porque junto dele, surgem as soluções alternativas de conflitos, onde sua aplicação é pré-processual, isto é, resolver litígios sem precisar da instauração de um processo, através da conciliação e da mediação. Fatores de grande relevância para tentar diminuir a quantidade exacerbada de processos na seara judicial brasileira. O intuito é realizar uma explanação sobre a importância de soluções alternativas para resolver litígios, bem como destacar a petição inicial.

PALAVRAS-CHAVE: conciliação, mediação, petição inicial.

ABSTRACT

The elaboration of a New Code of Civil Procedure - NCPC, was of utmost importance for Brazilian law, because it brought important changes regarding the procedural movement, because, as is well known, the judiciary receives a range of processes all the days, eventually delaying the so-called effectiveness of the court service, which would solve everything for everyone in a timely manner. With the arrival of the NCPC, there may be some improvements regarding the procedural area, because along with it, alternative conflict solutions arise, where its application is pre-procedural, that is, to settle disputes without the need for the establishment of a dispute. through conciliation and mediation. Factors of great relevance to try to reduce the exacerbated amount of lawsuits in the Brazilian judicial area. The purpose is to provide an explanation of the importance of alternative solutions to resolve disputes. Finally, the initial petition stands out.

KEYWORDS: conciliation, mediation, inicial petition.

INTRODUÇÃO

O código de processo civil apresenta uma trajetória desde a Constituição Federal de 1934, pois não só a Constituição Federal de 1934, mas também a de 1937 exigiam a criação de um código, para legislar sobre processos civis, que até então era responsabilidade dos Estados. Alguns doutrinadores consideram isto como uma “descentralização”, e a sociedade necessitava uma centralização processual para todo o País, afinal, toda sociedade modifica-se com o passar do tempo; o número da população se altera, aumentando assim a necessidade da modificação de suas regras. Então foi aprovado em regime democrático o Código de Processo Civil pelo decreto de nº 1.680, de 18 de setembro de 1939, publicado no Diário Oficial de 13 de outubro de

¹ Acadêmico do 8º Semestre do Curso de Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI - Campus de Santo Ângelo. Pertence ao Grupo de Pesquisa do CNPQ – Avanços e Retrocessos do NCPC. E-mail: rafaeduardooliveira@hotmail.com

² Mestre em Desenvolvimento: Direitos humanos e desenvolvimento, pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul (2013). Pós-graduado em Direito Tributário pela Unissul e Pós-Graduado em Direito Processual Civil pelo Iesa. Professor da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI - Campus Santo Ângelo, nas disciplinas de D. Tributário, Processo Civil e Prática Jurídica. Pertence ao Grupo de Pesquisa do CNPQ – Avanços e Retrocessos do NCPC. E-mail: eduardomendes@san.uri.br

1939, entrando em vigor no dia 1º de fevereiro de 1940. Atualmente a Constituição Federal prevê em seu artigo 22, I ³a competência de a União legislar sobre normas do Código Civil, sobre normas processuais.

Dito isso, discorre-se um pouco sobre a questão histórica do processo, a partir de então, faz-se uma análise da atualidade. Entrou em vigor na sexta feira dia 18 de março de 2016 o Novo Código de Processo Civil (NCPC), que veio com a promessa de agilizar as decisões judiciais por meio de medidas como o estímulo ao acordo entre as partes e a limitação no número de recursos. As inovações podem reduzir até pela metade a duração dos processos, problema esse que é vigente e gerador de incômodos para as partes litigantes no que tange à duração processual. O CPC regula a tramitação das ações judiciais da maioria dos ramos do direito. Inclui o Direito Civil, Tributário, Comercial, o Previdenciário e questões relacionadas à família, ao consumo e aos servidores públicos, entre outras. Trata dos interesses dos indivíduos desde antes do nascimento e até mesmo depois da morte, por meio dos sucessores; entre outras regulamentações.

Sendo assim, a pesquisa foi gerada, com o objetivo de conhecer e se aperfeiçoar com o novo Código de Processo Civil, que aparenta trazer modificações significativas para o direito. Desse modo, faremos uma análise sobre determinados artigos específicos, são eles: artigos 319 inciso VII ⁴e 334 do respectivo código.⁵

1 ARTIGO 319: DA PETIÇÃO INICIAL E SUAS RESPECTIVAS ALTERAÇÕES

Determinado artigo supracitado, relata sobre os requisitos da petição inicial, fato muito importante para movimentar a inércia jurisdicional, pois como é sabido, o processo, inicia-se com a petição inicial, esta, encontra-se presente na primeira fase do processo, a chamada fase postulatória, a qual irá da petição inicial à contestação. Em regra, a referida peça deve ser sempre protocolada de forma escrita para dar início ao prazo de citação do réu, com exceção da lei 9.099/1995. O artigo 14 parágrafo 3º, traz consigo o pedido oral em casos de Juizados Especiais e, no que tange aos mesmos, é importante destacar que poderá ocorrer sem a presença de advogado, basta que o valor não ultrapasse o montante de 20 salários mínimos, sendo que o mesmo valor serve para os pedidos orais, dispensando a peça escrita.

O processo tem um perfil cronológico, não sendo instantâneo, isto é, tem de consumir tempo para que seja capaz de prestar tutela jurisdicional. O fato é, que o estado ideal que deve ser alcançado, de acordo com o direito fundamental à tutela tempestiva, é ser prestado em tempo razoável, isto significa dizer, que o processo deve consumir apenas o tempo absolutamente necessário, não incorrendo em dilações indevidas no seu curso. Dilações essas, chamadas de tempo patológico, por isso que, os prazos existem, para balizar no tempo o exercício das diversas posições jurídicas que os seus participantes titulariam ao longo do procedimento. O prazo processual vai iniciar na data que for protocolada a petição inicial, que dará início as relações jurídicas processuais, quais sejam: citação, resposta do réu, audiência preliminar, fase de saneamento, produção de provas, entre outros.

3 Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: I - direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho;

4Art. 319. A petição inicial indicará: VII - a opção do autor pela realização ou não de audiência de conciliação ou de mediação.

5 Art. 334. Se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de conciliação ou de mediação com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, devendo ser citado o réu com pelo menos 20 (vinte) dias de antecedência.

O princípio da inércia ou princípio da demanda previsto no artigo 2º do NCPC, significa que, veda-se o início do processo por iniciativa do magistrado, dando à parte e ao interessado o poder exclusivo de iniciar a lide, através da busca da tutela jurisdicional. Prioriza-se nesse caso, a autonomia de vontade das partes, em poder movimentar o judiciário por livre e espontânea manifestação, sem que tenha algum ordenamento os obrigando a realizar esse feito. Assim sendo, exige-se a iniciativa processual da parte que teve algum dos seus direitos prejudicados ou lesados, cabendo ao magistrado dar prosseguimento ao processo. Porém, há situações em que o princípio da inércia será afastado, como por exemplo, razões de ordem pública e igualitárias, onde o magistrado atuará de ofício.

O NCPC trouxe alterações em seu artigo 319, o qual apresenta os requisitos da peça inicial. A primeira mudança foi referente à competência de juízo, que irá indicar a aptidão para o julgado de tal fato, ressaltando que, caso o endereçamento da petição inicial for de juízo incompetente, isto por si só não acarretará o indeferimento da mesma. Presente no inciso I do artigo 319, onde anteriormente eram utilizadas as palavras “juiz ou tribunal”, hoje é exposto “o juízo”. Isto, a fim de sistematizar o inciso no qual é exposto à mudança. Tem-se a segunda modificação, onde se refere na identificação das partes, trata-se da qualificação dos componentes na petição inicial, onde foi acrescentado a necessidade do número de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas ou no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica, no endereço eletrônico e na qualificação, isto a fim de extinguir casos de homônimos, acabando por extinguir “falhas” na identificação do réu. Segundo Fredie Didier Jr:

A razão do requisito em tela, é evitar o processamento de pessoas incertas, bem como verificar a incidência de algumas normas que tem por suporte algum desses qualificativos, como, por exemplo, consentimento de pessoas casadas (artigo 73 §1º do CPC), domicílio necessário de funcionário público (artigo 76 do C.C) exigências de caução às custas para os autores estrangeiros ou nacionais não residentes⁶.

A declaração de existência de união estável tornou-se obrigatória, inclusive em casos que, por meio de procuração ou citação do cônjuge, devido à necessidade do consentimento do outro em ações sobre regime de separação de bens (Art. 73. CPC). Informações estas, que não são suficientes para indeferimento da petição inicial. Por fim, a parte autora pode requerer ao juiz diligências necessárias para obter tais informações (artigo 73 par.1º).

1.2 DA REALIZAÇÃO OU NÃO DA AUDIÊNCIA DE CONCILIAÇÃO E MEDIAÇÃO

O inciso VII, relata sobre a opção do requerente pela realização ou não de audiência de conciliação ou de mediação, o qual também é um dos requisitos da peça inicial e, acabou ganhando mais força com o NCPC devido a sua importância quando envolve a solução de litígios. Nesse sentido, Marinoni infere que:

Trata-se de previsão que visa estimular a solução consensual dos litígios, concedendo à autonomia privada um espaço de maior destaque no procedimento. Além disso, constitui manifestação de uma tendência mundial de abrir o

⁶ JUNIOR, Fredie Didier. **Curso de Direito Processual Civil**, vol. 1, 18º ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2015, p. 549.

procedimento comum para os meios alternativos de solução de disputas, tornando a solução judicial uma espécie de *ultima ratio* para composição de litígios⁷.

Mostra-se devidamente claro, a importância de se realizar determinada audiência, pois, mesmo que não haja uma solução do litígio de forma imediata, determinado procedimento será relevante para as partes e seus procuradores se inteirarem do caso, conhecendo melhor uns aos outros, e talvez, podendo ocasionar em um futuro acordo com o decorrer da lide.

Todavia, caso o autor não tivesse interesse na realização da audiência preliminar, notar-se-ia uma conexão entre os assuntos abordados, pois, o mesmo, deveria indicar na petição inicial, e o réu devendo apresentar uma petição em no máximo 10 dias antecedente a data da audiência, mostrando o seu desinteresse de forma expressa na realização da audiência preliminar, baseando-se no artigo 334 parágrafo 5º do CPC. A referida audiência não será realizada se ambas as partes expressamente mostrarem o seu desinteresse dentro dos requisitos expostos na lei. A exceção a essa regra, está presente no Direito de Família, onde, mesmo que ambas as partes, não demonstrem interesse, esta será realizada do mesmo modo.

A audiência preliminar é a primeira audiência do processo judicial, trazendo alguma possível oportunidade de as partes chegarem ao acordo entre si, e justamente uma das novidades em termos procedimentais do Novo Código que prevê a audiência de conciliação ou de mediação antes da apresentação da defesa pelo demandado, ou seja, antes da contestação. Determinado procedimento, será coordenado por um conciliador, que deverá atender os requisitos previstos no artigo 334 parágrafo 1º do NCPC⁸, mediando uma composição civil. O fato de a audiência preliminar ser antes da contestação do réu, está, todavia, visando o estabelecimento de um acordo entre as partes, sendo assim, caso isso ocorrer, não haveria necessidade da utilização da peça contestacional.

Contudo, trata-se de previsão que visa estimular a solução consensual dos litígios, situação essa, muito semelhante aos “tribunais de vizinhança”, que acontecem em alguns países, onde, havendo conflitos entre vizinhos, ou algum incômodo que afeta uma parcela significativa de moradores, organiza –se uma pequena reunião para que possam solucionar os empecilhos, sem levar isso ao tribunal.

A conciliação e mediação são necessárias atualmente, para que se possa solucionar conflitos, pois, no cenário atual do sistema judiciário, é mais rápido e eficaz o entendimento entre as partes, de modo que, tanto a mediação quanto a conciliação têm características semelhantes, ambas necessitam de um terceiro que assista a resolução do conflito, visando amenizar as angústias entre as partes através de diálogos, buscando trazer a paz social. O NCPC trouxe consigo a novidade da auto - composição, ou seja, a possibilidade de as partes dialogar e resolver a lide dando um fim ao conflito, antes mesmo de enfrentar o magistrado.

Diferente da mediação, a conciliação possui algumas características, são elas: não havendo ou havendo vínculo anterior, admitir-se-á conciliação, bem como, admite-se sugestões. Na mediação se atua quando há vínculo anterior, pois a mesma busca restabelecer os vínculos entre as partes. Já a conciliação, não tem

⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sergio Cruz. MITIDIERO DANIEL. **Novo Curso de Processo Civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 178.

⁸ Art. 334 (..) § 1º O conciliador ou mediador, onde houver, atuará necessariamente na audiência de conciliação ou de mediação, observando o disposto neste Código, bem como as disposições da lei de organização judiciária. CPC

importância com o restabelecimento de vínculos, por esse motivo é mais célere, enquanto que a mediação é mais demorada. Determinado tema, é abordado pelo doutrinador Didier, vejamos:

Mediação e conciliação são formas de solução de conflitos pelas quais um terceiro intervém em um processo negocial, com a função de auxiliar as partes a chegar à auto composição. Ao terceiro não cabe resolver o problema, como acontece na arbitragem: o mediador / conciliador exerce um papel de catalisador da solução negocial do conflito. Não são, por isso, espécies de *heterocomposição* do conflito; trata-se de exemplos de auto composição, com a participação de um terceiro.⁹

O NCPC apresenta no artigo 167 alguns princípios a fim de nortear os novos profissionais auxiliares da justiça. De todo modo, tanto a conciliação quanto a mediação estão pautadas pelos seguintes princípios:

Independência: a atuação de mediadores e conciliadores deve se dar de forma livre e autônoma, sem qualquer forma de subordinação, influência ou pressão com relação às partes envolvidas na disputa;

Imparcialidade: a atividade de mediadores e conciliadores deve se dar com ausência de favoritismo, preferência ou preconceito, de maneira que valores pessoais não interfiram na atividade. Mediadores e conciliadores devem atuar de maneira equidistante e livre de quaisquer comprometimentos, sejam de que ordem forem com relação às partes envolvidas na disputa e jamais devem aceitar qualquer espécie de favor ou presente;

Autonomia da vontade: a performance de mediadores e conciliadores deve respeitar os diferentes pontos de vista das partes, permitindo-lhes a liberdade para chegar a suas próprias decisões, voluntárias e não coercitivas, em todo e qualquer momento do processo, sendo-lhes facultado, inclusive, a desistência e a interrupção da mediação e da conciliação a qualquer momento, se assim lhes aprouver;

Confidencialidade: estende-se a todas as informações produzidas no curso do procedimento, cujo teor não poderá ser utilizado para fim diverso daquele previsto por expressa deliberação das partes. Além disso, o conciliador e o mediador, assim como os membros de suas equipes, não poderão divulgar ou depor acerca de fatos ou elementos oriundos da conciliação ou da mediação;

Oralidade: o processo é oral, e a estrutura de comunicação é aberta e flexível, tendo em vista que a preocupação na mediação é a de que as partes compreendam as visões e perspectivas umas das outras, mesmo sem necessariamente concordar, e que seus interesses sejam discutidos, para que opções possam ser exploradas sem comprometimento, até que um acordo seja alcançado;

Informalidade: é um processo informal, construído pelas próprias partes com ajuda do mediador, em que estas devem focar mais seus interesses e possíveis soluções para o problema do que em formalmente expor e convencer umas às outras sobre suas posições jurídicas;

Decisão informada: o jurisdicionado deve estar plenamente informado quanto aos seus direitos e ao contexto fático no qual está inserido.

Ainda tratando dos aspectos que compõem a mediação e conciliação, faz-se presente um conciliador, que desempenha um papel ativo no processo, pois poderá sugerir a solução para o litígio, em contrapartida o mediador tem uma característica diversa ao processo, pois irá servir como comunicador entre os

⁹ JUNIOR, Fredie Didier. **Curso de Direito Processual Civil**, vol. 1, 18º ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2015, p. 273.

interessados, tentará controlar o conflito facilitando o diálogo entre as partes, ao contrário do conciliador, este não propõe soluções ao litígio. Todavia a conciliação é mais indicada em casos que não há vínculo anterior, ao contrário da mediação que é indicada para casos em que há algum tipo de vínculo. Assim sendo, em ambas ocasiões, deverá ser vetado qualquer meio que cause constrangimento ou intimidação às partes.

Ressalta-se que, audiência de mediação e conciliação pode correr de forma judicial ou extrajudicial. Judicialmente quando já existe o processo judicial, razão pela qual há vinculação com o poder judiciário, sendo assim, o mediador ou conciliador atuam como auxiliares da justiça, respeitando as regras previstas pelo código. Ambos profissionais, deverão passar por um cadastro, bem como por curso de capacitação e deverão atender aos requisitos do art. 11 da lei 13.140/2015.

Como as normas jurídicas tendem a acompanhar a evolução da sociedade, não é possível imaginar as ciências jurídicas estagnadas no tempo. Atualmente quando o magistrado é provocado para solucionar um litígio, este impõe a sua decisão. É sabido que o Poder Judiciário encontra-se abarrotado de questões judiciais que exigem uma solução, isso pode ser analisado em dois pontos, o ponto positivo, mostrando a conscientização dos indivíduos sobre os seus direitos, e o ponto negativo, referente ao excesso de demandas. Devido ao acúmulo de processos, faz-se de suma importância a necessidade de um novo meio de solução de conflitos, que não seja o processo judicial.

A partir do Código de Processo Civil, via de regra, em toda ação cível a audiência de mediação e conciliação deverão ocorrer antes da apresentação de contestação, como já mencionado, porém existem exceções; em casos de improcedência liminar do pedido ou quando o requerido alegar em preliminar de contestação a incompetência absoluta ou relativa do juízo, bem como quando as partes manifestarem expressamente o desinteresse da audiência preliminar, nestes casos, não ocorrerá os referidos procedimentos. Agora, sendo deferida a petição inicial, o juiz designará a data da audiência e determinará a citação do réu, citação esta que deve ser de no mínimo 20 dias antecedente à data da audiência preliminar.

A citação pode ser feita por carta ou mandado ao réu, convocando-o na presença de um advogado ou Defensor Público, na data e no horário designado. Novamente encontram-se algumas peculiaridades, quando envolver questões relacionadas ao Direito de Família, pois nesse ramo, a citação, ocorrerá com antecedência mínima de 15 dias da data designada para a audiência, devendo estar desacompanhada da cópia da petição inicial, e devendo ser assinada pelo próprio titular.

Assim sendo, estando a petição inicial apta e não sendo o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará a devida audiência com antecedência mínima de 30 dias, devendo ser citado o réu com pelo menos 20 dias de antecedência. Fato importante nesse caso, é o direito de escolha das partes, observando o princípio da autonomia da vontade, pois, a audiência não será realizada se ambas as partes, autor e réu, manifestarem expressamente desinteresse na composição consensual, ou seja, se apenas uma das partes exarar seu desinteresse, a audiência será realizada mesmo assim, devido ao silêncio da outra parte.

No caso do direito discutido não permitir a autocomposição, a audiência também não será realizada, porém, a hipótese de desinteresse exige maior cautela. O requerente deverá indicar, na peça inicial, seu desinteresse na autocomposição, e o réu, por petição apresentada com dez dias de antecedência, contados da data da audiência. Caso houver litisconsórcio, o desinteresse na realização da audiência deve ser manifestado

por todos os litisconsores. O legislador refere que ambas as partes devem expressamente manifestar o desinteresse na composição consensual, salvo em ações de família onde a audiência preliminar é indispensável, conforme já mencionado.

O conciliador ou mediador, atuarão necessariamente na audiência de conciliação ou de mediação, observando o disposto no artigo 165, §§ 2º e 3º. Poderá haver mais de uma sessão destinada às referidas audiências, não excedente a dois meses da primeira, desde que necessárias à composição da lide. O não comparecimento injustificado do demandante ou do demandado a audiência de conciliação é considerado ato atentatório à dignidade da justiça e será sancionado com multa de até dois por cento da vantagem econômica pretendida ou do valor da causa, revertida em favor da União ou do Estado, conforme prevê o artigo 334 § 8º do NCPC.

Conjuntamente a esse tópico, referente às audiências preliminares, teremos alguma relação do Direito Processual Brasileiro, com o direito estrangeiro, referente ao que se chama de “modelo multiportas”. Segundo Luiz Guilherme Marinoni:

Com essa designação, pretende-se fazer ver que a solução judicial não é, e não deve ser, para a maioria dos litígios, a única via de solução cabível. Em verdade, sabe-se que, muitas vezes, a decisão judicial não é a solução mais adequada, considerando que suas características tendem a acirrar o conflito que eventualmente existe entre as partes¹⁰.

Assim sendo, uma jurisdição preocupada com a pacificação social, deve oferecer aos litigantes um conjunto de opções para a composição da controvérsia, de modo que as partes possam eleger o mecanismo que lhes ofereça a solução mais adequada e vantajosa, diante do caso concreto. Priorizando mais uma vez, a autonomia da vontade das partes que compõem a lide.

Por fim, é obrigatório e de grande relevância a criação de centros de solução de conflitos pelos tribunais, previsto no artigo 165, caput do NCPC e, nos artigos 8º e 11º da resolução nº125/2010 do CNJ. Estes centros além de orientar e atender o cidadão na solução do litígio será responsável pelas audiências auto compositivas e, também por sessões pré-processuais de mediação e conciliação, somente sendo possível audiências preliminares em próprio juízo excepcionalmente.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Portanto, o presente trabalho visa demonstrar uma análise sobre as alterações do NCPC referente à audiência preliminar, bem como demonstrar também uma visão correlata referente a petição inicial. Além disso, permite-se uma discussão sobre a contribuição para a sociedade e para o mundo jurídico, observando os procedimentos cabíveis para realização da audiência preliminar e seus resultados, decerto que a conciliação e a mediação, têm – se apresentado de suma importância para soluções de conflitos de direitos disponíveis.

O NCPC manteve seu padrão de objetividade, cabendo então aos seus operandos se adaptarem e até mesmo buscarem por profissionais qualificados, dentre outras áreas, como psicologia, assistência social entre

¹⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sergio Cruz. MITIDIERO DANIEL. Novo Curso de Processo Civil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 181.

outras, para um melhor desenvolvimento e qualificação profissional. Entretanto toda alteração necessita de um tempo para adaptação. Com as novas legislações não seria diferente, sendo que, com a inserção dos referidos dispositivos legais, estes demonstram uma organização processual, pois o código de processo civil caracteriza-se como uma legislação organizada e de linguagem clara. A audiência de mediação e conciliação no código anterior era vista como uma nova etapa processual que resultaria em mais tempo, ou seja, que iria retardar a solução do conflito.

Com a alteração da lei 13.105/2015, trouxe mais liberdade para as partes dentro do processo civil, como mostra na opção pela audiência de conciliação ou não, consagrando então princípios importantes da legislação processual. Assim, chega-se à conclusão de que a sociedade cada vez tem utilizado mais o mecanismo processual, fazendo-se necessário a modificação do CPC, com o intuito de buscar maior efetividade jurisdicional, sendo possível notar o amadurecimento nos processos cíveis desde a alteração da lei, que justificou a criação do novo código.

Neste sentido é possível observar que a conciliação e mediação têm auxiliado para com a resolução de alguns litígios, os quais não irão “abarroter” o judiciário, pois com a autocomposição, o conflito dar-se-á por encerrado.

REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

BUENO, Cássio Scarpinella. **Novo Código de Processo Civil anotado**. São Paulo: Saraiva, 2015.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Reconstruindo a teoria geral do processo**. Salvador: JusPodivm, 2012.

JUNIOR, Fredie Didier. **Curso de Direito Processual Civil**, vol. 1, 18ª ed., Salvador: JusPodivm, 2015. p.273; p.549.

MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART Sérgio Cruz. MITIDIERO Daniel. **Novo Curso de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p.178;p.181.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. Editora Revista dos Tribunais, 5ª Ed. 2015.

SCARPINELLA BUENO, Cassio. **Novo Código de Processo Civil- Anotado**. São Paulo: Saraiva, 2015.

DIREITOS HUMANOS DOS PRESOS NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Franciélly Addevico Moura¹

RESUMO

O Estado viola direitos ao mesmo tempo em que possui o dever de garantir que toda pessoa humana tenha o direito à vida e a integridade física respeitados, bem como, dispor de mecanismos e recursos efetivos de proteção. Nessa ótica, cabe invocar a aplicação e proteção dos direitos fundamentais, sendo esses na condição de direitos de defesa do indivíduo contra ingerências do Estado em sua liberdade e propriedade, que objetivam a limitação do poder estatal e outorgando-lhe um direito subjetivo que permita evitar interferências indevidas no âmbito de proteção do direito fundamental ou, mesmo a eliminação de agressões que esteja sofrendo em sua esfera de autonomia pessoal. Nesse contexto, o presente trabalho busca analisar um panorama atual acerca da atual realidade das condições dos presos e verificar medidas cabíveis em casos de violação de direitos humanos dos presos.

PALAVRAS-CHAVES: Estado Democrático de Direito; Direitos Humanos Fundamentais; Preso; Dignidade Humana

ABSTRACT

The State violates rights while having a duty to ensure that every human being has the right to life and physical integrity, as well as effective protection mechanisms and resources. From this point of view, it is appropriate to invoke the application and protection of fundamental rights, which are the condition of the rights of defense of the individual against interference of the State in their freedom and property, which aim to limit state power and granting them a subjective right to avoid undue interference in the context of the protection of fundamental rights or even the elimination of aggressions that are under its personal autonomy. In this context, this paper seeks to analyze a current panorama of the current reality of prison conditions and to verify appropriate measures in cases of violation of prisoners' human rights.

KEYWORDS: Democratic State of Law; Fundamental Human Rights; Stuck; Human dignity

INTRODUÇÃO

Direitos Humanos como melhor definição, para uma parte da doutrina, se perfaz no conjunto institucionalizado de direitos e garantias do ser humano que tem a finalidade básica o respeito a sua dignidade, por meio de sua proteção contra arbítrio do poder estatal e o estabelecimento de condições mínimas de vida e desenvolvimento da personalidade humana. A proteção de maneira institucionalizada dos direitos da pessoa humana contra os excessos do poder cometidos pelos órgãos do Estado ou regras para estabelecer condições humanas e desenvolvimento da personalidade humana.

Nesse contexto, verifica-se em recentes notícias veiculadas pela mídia, que em muitos presídios ou até mesmo em frente a delegacias devido a superlotações na região de Porto Alegre, presos são mantidos em tratamento desumano ou degradante por não se obter estrutura mínima para abrigar seres humanos na condição de presos.

¹Graduanda em Direito pela Universidade de Passo Fundo. Integrante do Grupo de Pesquisa vinculado ao PPGD DireitoUPF com tema “A crise da democracia na América Latina e a desjudicialização de procedimentos através da implementação de políticas públicas como forma de acesso à justiça”. Email: 176284@upf.br

O presente trabalho trata sobre o descumprimento dos direitos fundamentais e de direitos humanos com relação a população carcerária que por vezes são vistas como coisas e não como cidadãos dignos de direitos mínimos de sobrevivência. Busca-se ainda demonstrar tais desrespeitos a direitos e à integridade do preso onde o Estado viola princípios constitucionais.

Para as pessoas mais desavisadas, infelizmente ainda a grande maioria da população, o preso deixa de ser um indivíduo dotado de direitos, e passa a ser tratado como coisa, que vive em um mundo à parte da realidade, onde a força bruta do Estado anula o ser dotado de razão à medida que passa a intimidá-lo com o pretexto de manter a ordem e a segurança social.

O estudo foi realizado devido a pesquisas com alguns doutrinadores da área de direitos humanos, direitos fundamentais e com a entrevista de Gilmar Bortoloto promotor de Justiça e do Controle de Execuções Criminais do Ministério Público /RS, e com pesquisas em artigos científicos. Nesse contexto a problemática do trabalho gira em torno das seguintes perguntas: A dignidade humana está presente nos estabelecimentos carcerários? Ouve um desrespeito aos direitos da pessoa do preso? O Estado possui algum dever enquanto Estado –Membro e inclusive Estado Democrático de Direito?

1 DIREITOS DO PRESO E SITUAÇÃO CARCERÁRIA

Isso ocorre porque muitas vezes o preso deixa de ser visto como cidadão que tem assegurado todas as garantias constitucionais, pelo simples fato de estar privado de sua liberdade, o que não pode mais ser tolerado. O cidadão-presos precisa ser reconhecido como ser dotado de dignidade, entendendo-se esta como qualidade inerente à essência do ser humano, bem jurídico absoluto, portanto, inalienável, irrenunciável e intangível.

É preciso compreender que o preso conserva os demais direitos adquiridos enquanto cidadão, que não sejam incompatíveis com a "liberdade de ir e vir", à medida que a perda temporária do direito de liberdade em decorrência dos efeitos de sentença penal refere-se tão-somente à locomoção. Isso, invariavelmente, não é o que ocorre.

Em uma visita realizada no Presídio Central de Porto Alegre, em 20 de maio de 2005, já se podia constatar que alguns dos direitos fundamentais do cidadão-presos ainda não estavam presentes naquele lugar. Perderam-se em algum lugar do passado, com a separação do Estado e da sociedade, talvez. Quando a ética esteve separada do direito, e valores como justiça passaram a justificar ações nem sempre relacionadas à salvaguarda dos direitos do indivíduo.

O Presídio Central de Porto Alegre foi recentemente considerado o pior do Brasil no relatório da CPI do Sistema Carcerário da Câmara dos Deputados, aprovado em 08 de julho de 2008, diante de suas péssimas condições atuais. Pelas informações recebidas da direção daquela casa prisional, na contagem feita no dia 18.05.05, 3.667 cidadãos-presos encontravam-se recolhidos.

A quantidade de presos provisórios aguardando julgamento é fator decisivo na questão da superlotação carcerária. Essa categoria de detidos é alocada com os presos condenados, justamente por não se ter estabelecimentos suficientes para esse tipo de preso, o que acaba inflando as penitenciárias, em nítido

desacordo com as Regras Mínimas para o Tratamento de Reclusos, em que os presos provisórios deverão ser mantidos separados dos condenados.

Valendo lembrar que o documento supramencionado é enfático ao determinar que os presos provisórios deverão ser mantidos separados dos condenados, o que não acontece na maior parte dos presídios brasileiros. Segundo o autor Cezar Roberto Bitencourt² afirma que a prisão ao invés de

[...] frear a delinquência, parece estimulá-la, convertendo-se em instrumento que oportuniza toda espécie de desumanidade", até porque não traz "nenhum benefício ao apenado; ao contrário, possibilita toda sorte de vícios e degradações [...]

As condições das celas da casa prisional para que se tenha a certeza de que as integridades físicas e morais do cidadão-presos não são respeitadas. Cada uma das celas da Galeria F do Presídio Central tem capacidade para 08 cidadãos-presos. Porém, em nenhuma delas, na visita realizada em 2005, havia menos de 14 pessoas. A média referida pelos próprios responsáveis pela segurança do presídio era de 18 indivíduos por cela, em um lugar, frise-se, que possuía 08 camas, e com espaço disponível (entre os beliches) em torno de 3m².

Andrei Schmidt³, afirma que é preciso buscar o máximo bem-estar possível dos não-desviados, mediante a descrição legal de condutas passíveis de serem punidas, limitada, entretanto, pelo mínimo mal-estar necessário aos desviados, a fim de evitar a "severidade das penas" e o "abolicionismo total".

As violações aos direitos humanos dos presos têm sido consequência do descaso dos governantes, legitimado pela sociedade, que vê no sofrimento do preso uma espécie de pena paralela. Ao ser sentenciado, o indivíduo passa à guarda do Estado, o qual tem o dever de zelar pelos demais direitos do apenado, não atingidos pela sentença. Lamentavelmente, não é essa a realidade.

2 CONTEXTO HISTÓRICO DA RESTRIÇÃO DE LIBERDADE HUMANA

A sociedade, esquecida das atrocidades já cometidas em nome da lei, parece persegui-las, pretendendo dar ao cidadão-presos o mesmo tratamento daquele que perdeu a vida por conta das barbáries praticadas nas guerras que marcaram o século passado.

Maquiavel⁴ ainda em 1513, quando procurou saber se para um príncipe era melhor ser temido ou amado pelo povo, assim conclui:

Governantes sem legitimidade e sem escrúpulos, preocupados apenas com a preservação de seus privilégios, sem nenhuma possibilidade de serem amados, usaram amplamente o terror para manter o povo intimado e submisso. E o próprio povo, por sua **ignorância, companheira inseparável dos preconceitos**, muitas vezes colaborou para que seus dominadores usassem da violência.

²BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da Pena de Prisão**: causas e alternativas. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. Acesso 25 de Jul 2019, p. 157

³SCHMIDT, Andrei Zenkner. As razões do Direito Penal segundo o modelo garantista. **Revista da Ajuris**. Porto Alegre: Ajuris, v. 1, n. 75, p. 136-158. Acesso 26 de Jul 2019

⁴MAQUIAVEL, Nicolau. **O príncipe**. São Paulo: Penguin Classics Companhia das Letras, 2010, p. 31.

De acordo com Valdir Sznick⁵, A tortura, em sua evolução histórica, foi empregada, de início, como meio de prova, já que, através da confissão e declarações, se chegava à descoberta da verdade; ainda que fosse um meio cruel, na Idade Meia e na Inquisição, seu papel é de prova no processo, possibilitando com a confissão a descoberta da verdade. Foi a tortura, posteriormente, utilizada como *pena* (entre os antigos e romanos), bem como *prova* propriamente dita.

De acordo com Mário Coimbra⁶ na Antiguidade a principal finalidade da tortura era mesmo a retribuição do mal causado pelo delito, daí aplicarem-se métodos de expiação que implicavam em dores praticamente insuportáveis, entre prisão e tormento. As infrações tinham uma natureza muito mais ligada ao conceito de pecado do que uma ofensa à sociedade. Esse caráter explicava a desproporção entre a conduta e a sua punição.

A confissão era prova suficiente para a condenação. Desde que sem defeitos e aceitável, não havia a necessidade de realizar mais nenhuma prova, interrompendo-se o processo. Para tanto, a confissão era avaliada com cautela, ainda mais quando obtida mediante tortura.

Os medievais buscavam a justiça e cultivavam a benevolência. Inúmeros benefícios aos presos foram registrados na época, como possibilidade de afastamento para tratamento de saúde até mesmo de familiares, de tirar férias em casa, e até mesmo indulto total da pena.

Cesare Beccaria⁷ defende que é querer subverter a ordem das coisas exigir que um homem seja ao mesmo tempo acusador e acusado, que a dor se torne o caminho da verdade, como se o critério dessa verdade residisse nos músculos ou nas fibras de um infeliz. Ainda segundo o autor,

[...] Efetivamente, o inocente submetido à tortura tem tudo contra si: ou será condenado por confessar o crime que não cometeu, ou será absolvido, porém após ter passado por tormentos que não mereceu. Os culpados, ao contrário, tem por si um conjunto favorável; será absolvido se souber suportar a tortura com coragem, e fugirá aos suplícios que pesavam sobre si, sofrendo após ter passado por tormentos que não mereceu.⁸

Elio Gaspari⁹ identificou relatos de pessoas e documentais do período, dada em dezembro de 1969, pelo então tenente Ailton Joaquim a oficiais do Exército no quartel da Vila Militar no Rio de Janeiro, momento em que, segundo o autor, a ditadura deixa de se envergonhar de si própria. Os presos foram enfileirados perto do palco, e o ‘tenente Ailton’ identificou-os para os convidados. Com a ajuda de slides, mostrou desenhos de diversas modalidades de tortura. Em seguida os presos tiveram de ficar só de cuecas. Um deles receberia choques elétricos e depois de algumas descargas, o tenente-mestre ensinou que se devem dosar as voltagens de acordo com a duração dos choques, lembrando que o objetivo do interrogador é obter informações e não matar o preso.

⁵SZNICK, Valdir. **Tortura: histórico, evolução, crime**. São Paulo: Leud, 1998. p. 21. Acesso 25 de Jul 2019

⁶COIMBRA, Cecília Maria Bouças; ROLIM, Marcos. **Tortura no Brasil como herança cultural dos períodos autoritários**. Revista CEJ. Brasília, nº14, ago. 2002. Pg . 16/17. Acesso 26 de Jul de 2019

⁷BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução de Lucia Guidicini e Alessandro Berti Contessa. São Paulo: Martins Fontes, 1997. Pg 35. Acesso 25 de Jul de 2019

⁸BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução de Lucia Guidicini e Alessandro Berti Contessa. São Paulo: Martins Fontes, 1997. Pg 37. Acesso 25 de Jul de 2019

⁹GASPARI, Elio. **A ditadura envergonhada**. São Paulo: Companhia das Letras, 2002. p. 362. Acesso 25 de Jul de 2019

3 DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS

Direitos Fundamentais são direitos naturais e inalienáveis estando em vigor numa ordem jurídica concreta, os quais devem estar positivados e objetivados numa determinada Constituição, além de direcionadas ao grupo de pessoas de determinada jurisdição, com base no regime estatal vigente.

Os direitos fundamentais, na condição de direitos de defesa do indivíduo contra ingerências do Estado em sua liberdade e propriedade, objetivam a limitação do poder estatal e outorgando-lhe um direito subjetivo que permita evitar interferências indevidas no âmbito de proteção do direito fundamental ou, mesmo, a eliminação de agressões que esteja sofrendo em sua esfera de autonomia pessoal.

Direitos Humanos são conjunto institucionalizados de direitos e garantias do ser humano que tem a finalidade básica o respeito a sua dignidade, por meio de sua proteção contra arbítrio do poder estatal e o estabelecimento de condições mínimas de vida e desenvolvimento da personalidade humana. A proteção de maneira institucionalizada dos direitos da pessoa humana contra os excessos do poder cometidos pelos órgãos do Estado ou regras para estabelecer condições humanas e desenvolvimento da personalidade humana.

Na concepção de Ingo Wolfgang Sarlet¹⁰ a dignidade humana constitui-se em:

[...] qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que 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 co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

Num país onde o preso não perde somente a liberdade, mas também a sua dignidade, frente aos abusos cometidos pelo poder punitivo, o operador do Direito deve estar comprometido com a garantia dos direitos do cidadão, sem perder de vista que está lidando com um dos mais importantes direitos.

De acordo com o artigo 5º da Constituição Federal¹¹ no que diz respeito ao direito à integridade pessoa. Toda pessoa tem direito a que se respeite sua integridade física, psíquica e moral. Ninguém será submetido a tortura, nem a penas ou trato cruéis ou degradante. Observa-se que não há restrição de pessoas, não se vislumbrando qualquer termo que impeça os privados de liberdade de terem preservados sua honra e dignidade. Toda pessoa privada de liberdade deve ser tratada com o devido respeito à dignidade inerente ao ser humano.

Pode-se entender como tortura qualquer ato pelo qual dores e sofrimento agudos, físicos ou mentais, são infligidos intencionalmente a uma pessoa a fim de obter, dela ou de terceira pessoa, informações ou confissões de castiga-la por ato que ela ou terceira pessoa tenha cometido, não necessariamente cause dor física ou angustia psíquica. Na Lei que define os crimes de tortura, a Lei 9.445 de 7 de abril de 1997¹², em seu inciso I, assim dispõe:

¹⁰SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 5. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. P. 60. Acesso 25 de Jul 2019

¹¹BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso 25 de Jul. 2019.

¹²BRASIL. **Lei Crimes de Tortura**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9455.htm. Acesso em: 25 de Jul. 2019.

Inciso I - Submeter pessoa presa ou sujeita a medida de segurança a sofrimento físico ou mental, por intermédio da prática de ato não previsto em lei ou não resultante de medida legal. (Pena de dois a oito anos de reclusão). Inciso II - Aquele que se omite em face dessa conduta, quando tinha o dever de evitá-las ou apurá-las, incorre na pena de detenção de um a quatro anos.

4 PANORAMA ACERCA DA SITUAÇÃO CARCERÁRIA

Alguns afirmam que¹³ “os negros, os pobres e os miseráveis são as vítimas preferenciais da tortura nas delegacias, numa dupla discriminação racial e social”.

Sucessivos relatórios da Anistia Internacional¹⁴ mostram a persistência da tortura nos países democráticos, incluindo o Brasil. Em relatório publicado pela entidade no ano de 1971, foram apontadas oficialmente mais de mil pessoas vítimas de tortura no Brasil. Na grande maioria dos casos, é praticada por agentes públicos policiais e a todo esse problema se une, ainda, a falta de prestação de informações por parte, principalmente, dos Estados-membros.

Em 2004, o relatório geral da Anistia Internacional¹⁵ revelou situações em que as denúncias de tortura são especialmente preocupantes. Nações sob governos ditatoriais, países onde a democracia sucedeu a ditadura, mas não houve reforma dos sistemas de investigação e da Justiça criminal (nesse grupo está o Brasil), lugares onde a tortura aparece em casos isolados de abuso de poder e os eventos ocorridos na prisão iraquiana.

Devido o desprezo e o desrespeito pelos direitos da pessoa resultaram em atos bárbaros que ultrajaram a consciência da humanidade. Considerando essencial que os direitos da pessoa sejam protegidos pelo império da lei, para que a pessoa não seja compelida, como último recurso, a rebelião contra tirania e a opressão.

Deveres do Estado Enquanto Estado-Membro:

O Estado tem compromisso em garantir que toda pessoa, cujos direitos e liberdades reconhecidos no presente pacto hajam sido violados, possa dispor de um recurso efetivo, mesmo que a violência tenha sido perpetrada por pessoas que agiram no exercício de funções oficiais. Reconhecendo que esses direitos decorrem da dignidade da pessoa humana.

O Ministro do Supremo Tribunal Roberto Barroso¹⁶ afirma que:

[...] O Estado é civilmente responsável pelos danos, inclusive morais, comprovadamente causados aos presos em decorrência de violações à sua dignidade, provocadas pela superlotação prisional e pelo encarceramento em condições desumanas ou degradantes. Em razão da natureza estrutural e sistêmica das disfunções verificadas no sistema prisional, a reparação dos danos morais deve ser efetivada preferencialmente por meio não pecuniário, consistente na remição de 1 dia de pena por cada 3 a 7 dias de pena cumprida em condições atentatórias à dignidade humana, a ser postulada perante o Juízo da Execução Penal. Subsidiariamente, caso o detento já tenha cumprido integralmente a pena ou não seja

¹³ BIAZEVIC, Daniza Maria Haye. **A história da tortura**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/8505/a-historia-da-tortura/2>. Acesso em 25 de Jul de 2019.

¹⁴ ANISTIA. **Tortura e legado da ditadura**. Disponível em: <https://anistia.org.br/wp-content/uploads/2014/09/Br-Nos-tratam-como-animais-Tortura-e-legado-da-ditadura-militar.pdf>. Acesso 25 de Jul 2019.

¹⁵ ANISTIA. **Informe 2015/2016 Estado de Direitos Humanos no mundo**. Disponível em: https://anistia.org.br/wp-content/uploads/2016/02/Informe2016_Final_Web-1.pdf. Acesso 25 de Jul 2019.

¹⁶ STF. **Recurso Extraordinário 580.252**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE580252LRB.pdf>. Acesso em: 25 de Jul. 2019.

possível aplicar-lhe a remição, a ação para ressarcimento dos danos morais será fixada em pecúnia pelo juízo cível competente.

Os Estados que participam do pacto tomarão medidas efetivas a fim de prevenir e punir a tortura no âmbito de sua jurisdição. Todos os atos de tortura e tentativas de praticar atos dessa natureza sejam considerados delitos em seu direito penal, estabelecendo penas severas para a sua punição, que levem em conta sua gravidade.

Obrigam-se também, os Estados, a tomar medidas efetivas para prevenir e punir outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes, no âmbito de sua jurisdição.

E assim reconhecendo que os direitos essenciais da pessoa humana não derivam do fato de ser ela nacional de determinado Estado, mas sim do fato de ter como fundamento os atributos da pessoa humana, razão por que justificam uma proteção internacional, de natureza convencional, coadjuvante ou complementar da que oferece o direito interno dos Estados americanos.

Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais ingerências ou tais ofensas. A disposição precedente não autoriza a suspensão de direito à integridade pessoal.

De acordo com Gilmar Bortolotto¹⁷, promotor de justiça e do controle de execuções criminais do Ministério Público/RS diz que muitas pessoas denunciam o desrespeito a direitos e à integridade do preso, sem dúvida a maneira que as penas são executadas, o Estado perde a legitimidade perante o condenado, que identifica o ente público como um violador.

Afirma ainda o autor Gilmar¹⁸ que os presos reclamam das condições de cumprimento da pena, falta de assistência e violações em geral, bem como, as condições de saúde dos presos são muito ruins. Sendo uma população extremamente vulnerável e que cumpre penas em condições insalubres. O Estado tem um débito a saldar no que diz respeito com a assistência à saúde no sistema prisional.

Lembrando que a Lei nº 7.210/1984 - Lei de Execução Penal ¹⁹ assegura, em seu capítulo II, assistência ao preso, determinando que o recluso tenha direito à alimentação, vestuário, instalações higiênicas, além de atendimentos de saúde – médico, odontológico e farmacêutico, assistência jurídica, educacional, social e religiosa, além de acompanhamento ao egresso e assistência à família.

As doenças mais decorrentes em presos são a Aids, as doenças oportunistas, tuberculose, hepatites, doenças de pele que por muitas vezes são contraídas dentro do sistema prisional e os atendimentos são feitos por amostragem. Quando há médico no estabelecimento, a assistência se dá no interior da casa prisional, se houver condições. Se caso não haja profissional de saúde, na rede pública. O fato é que a precariedade é imensa.

5 PESQUISAS SOBRE SITUAÇÃO CARCERÁRIA

¹⁷Rio Grande do Sul. Assembleia Legislativa. Comissão de Cidadania e Direitos Humanos. **Relatório Azul 2009: garantias e violações dos direitos humanos.** Porto Alegre: Corag, 2009. p.85. Disponível em: http://www.al.rs.gov.br/Download/CCDH/RelAzul/relatorio_azul%202009.pdf. Acesso em 20 de Jul. 2019.

¹⁸Rio Grande do Sul. Assembleia Legislativa. Comissão de Cidadania e Direitos Humanos. **Relatório Azul 2009: garantias e violações dos direitos humanos.** Porto Alegre: Corag, 2009. p.85. Disponível em: http://www.al.rs.gov.br/Download/CCDH/RelAzul/relatorio_azul%202009.pdf. Acesso em 20 de Jul. 2019.

¹⁹ BRASIL. **Lei de Execução Penal - Lei nº 7.210/1984.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm. Acesso em: 25 de Jul. 2019.

De acordo com o Juiz Douglas de Melo Martins²⁰, relatou as condições de violação aos direitos humanos a que os presos estão submetidos, incluindo relatos de estupro dentro do complexo. O Juiz concluiu, ainda, que há ocorrência de tortura cometida pelos agentes estatais, afirmando, no entanto, que “o Estado tem se mostrado incapaz de apurar, com o rigor necessário, todos os desvios por abuso de autoridade, tortura, outras formas de violência e corrupção praticadas por agentes públicos”.

Ainda segundo afirmam Gomes e Macedo²¹ que no Brasil, por causa de atos desumanos e cruéis é que a Comissão Interamericana de Direitos Humanos esteve monitorando o sistema carcerário, situação está que demonstrou sua manifestação, além de demais órgãos quanto à grave situação do sistema prisional.

Importante salientar que no dia 18 de novembro de 2010 esta comissão relatou por meio da imprensa 21 mortes em decorrência dessa desumanização dentro dos complexos prisionais nos Estados de Manaus e Maranhão enfatizando, quanto à responsabilidade objetiva do Estado em promover condições mínimas de convivência dentro desses sistemas.

As condições mínimas que vão desde as estruturas e até mesmo diante da própria operacionalidade desses complexos. Ausência do respeito aos direitos humanos das pessoas presas, demonstrando a inconstitucionalidade e consequente ilegalidade dos sistemas prisionais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Existe um mínimo do patamar civilizatório que deve ser respeitado, mas que não é plenamente concretizado em face da atual realidade brasileira. Na prática existem diversas violações às regras e garantias do Estado Democrático de Direito, que são afrontadas, em plena luz do dia. O princípio da dignidade humana não é respeitado, assim gerando, cada vez mais, desigualdade.

O Estado tem o dever de garantir condições mínimas de sobrevivência, se comprometendo a proteger todo ato ou tentativa de tortura como integrante dos Estados – Membros através do pacto de direitos humanos. O bem-estar corporal e o abrigo vão gerar os direitos a uma habitação confortável e inviolável e a um meio ambiente saudável. O que na prática não ocorre.

Além de tais violações do texto constitucional incluindo direitos fundamentais, direitos humanos, dignidade da pessoa humana e integridade física e moral em relação ao preso é importante analisar as penas na antiguidade através da tortura para obtenção da confissão e compararmos com o que vivemos hoje.

REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

ANISTIA. **Tortura e legado da ditadura.** Disponível em: <https://anistia.org.br/wp-content/uploads/2014/09/Br-Nos-tratam-como-animais-Tortura-e-legado-da-ditadura-militar.pdf> . Acesso 25 de Jul 2019.

²⁰ RANGEL, Anna Judith. **Violações aos direitos humanos dos encarcerados no Brasil: perspectiva humanitária e tratados internacionais.** Disponível em: <https://ninhajud.jusbrasil.com.br/artigos/123151293/violacoes-aos-direitos-humanos-dos-encarcerados-no-brasil-perspectiva-humanitaria-e-tratados-internacionais>. Acesso 25 de Jul 2019.

²¹ GOMES, Luiz Flávio; MACEDO, Natália. **Novas violações de direitos humanos nos cárceres brasileiros.** Disponível em: <http://www.lfg.com.br>. Acesso em 25 de Jul.2019.

ANISTIA. **Informe 2015/2016 Estado de Direitos Humanos no mundo.** Disponível em: https://anistia.org.br/wp-content/uploads/2016/02/Informe2016_Final_Web-1.pdf . Acesso 25 de Jul 2019.

ANGELO, Milton. **Direitos Humanos.** Editora De Direito ,1998.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das pena.** Tradução de Lucia Guidicini e Alessandro Berti Contessa. São Paulo: Martins Fontes, 1997.Pg 35. Acesso em: 25 de Jul. 2019.

BIAZEVIC, Daniza Maria Haye. **A história da tortura.** Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/8505/a-historia-da-tortura/2>. Acesso em 25 de Jul de 2019.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da Pena de Prisão: causas e alternativas.** 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 157.Acesso em 25 de Jul 2019.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 25 de Jul. 2019.

BRASIL. **Lei Crimes de Tortura.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9455.htm . Acesso em: 25 de Jul. 2019.

BRASIL. **Lei de Execução Penal - Lei nº 7.210/1984.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm . Acesso em: 25 de Jul. 2019.

COIMBRA, Cecília Maria Bouças; ROLIM, Marcos. **Tortura no Brasil como herança cultural dos períodos autoritários.** Revista CEJ. Brasília, nº14, ago. 2002. Acesso em 26 de Jul de 2019.

GASPARI, Elio. **A ditadura envergonhada.** São Paulo: Companhia das Letras, 2002. p. 362.Acesso 25 de Jul de 2019

GOMES, Luiz Flávio; MACEDO, Natália. **Novas violações de direitos humanos nos cárceres brasileiros.** Disponível em: <http://www.lfg.com.br>. Acesso em :25 de Jul.2019.

MAQUIAVEL, Nicolau. **O príncipe.** São Paulo: Penguin Classics Companhia das Letras, 2010 P 31. Acesso em: 26 de Jul de 2019.

RANGEL, Anna Judith . **Violações aos direitos humanos dos encarcerados no Brasil: perspectiva humanitária e tratados internacionais.** Disponível em: <https://ninhajud.jusbrasil.com.br/artigos/123151293/violacoes-aos-direitos-humanos-dos-encarcerados-no-brasil-perspectiva-humanitaria-e-tratados-internacionais>. Acesso 25 de Jul 2019.

Rio Grande do Sul. Assembleia Legislativa. Comissão de Cidadania e Direitos Humanos. **Relatório Azul 2009:** garantias e violações dos direitos humanos. Porto Alegre: Corag, 2009. p.85. Disponível em: http://www.al.rs.gov.br/Download/CCDH/RelAzul/relatorio_azul%202009.pdf . Acesso em 20 de Jul. 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988.** 5. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. P. 60.Acesso em: 25 de Jul 2019.

SCHMIDT, Andrei Zenkner. As razões do Direito Penal segundo o modelo garantista. **Revista da Ajuris.** Porto Alegre: Ajuris, v. 1, n. 75, p. 136-158.Acesso em 26 de Jul 2019.

STF. **Recurso Extraordinário 580.252.** Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE580252LRB.pdf> . Acesso em: 25 de Jul. 2019.

SZNICK, Valdir. **Tortura:** histórico, evolução, crime. São Paulo: Leud, 1998. Acesso 25 de Jul 2019

O PAPEL DA VERDADE NA SOCIEDADE DE RISCO

Marcelo Gonçalves¹

RESUMO

A contemporaneidade é um momento extremamente complexo, com vários elementos influenciando na sua compreensão, tornando inevitável a eleição de um paradigma, como suporte teórico, para leitura da sociedade. O risco é um elemento presente na atualidade, marcada pela incerteza, e pelo anseio de colonização do futuro, e é sob esse paradigma que é feita a leitura do papel da verdade na sociedade de risco (BECK), como elemento produtor de certezas. O método de pesquisa utilizado foi o hipotético-dedutivo, com o uso do método de procedimento bibliográfico. A primeira seção terá por objetivo fixar o risco como marco teórico de leitura da contemporaneidade. A segunda seção, então, tentará compreender o papel da verdade na atualidade, marcada pelo risco. A conclusão alcançada é que a verdade assume um papel fundamental na sociedade de risco, e deve obedecer à ética como meio de conter possíveis abusos que possam ser cometidos.

PALAVRAS-CHAVE: Contemporaneidade; ética; risco; verdade.

ABSTRACT

Contemporaneity is an extremely complex moment, with several elements influencing its comprehension, making inevitable the election of a paradigm, as theoretical support, for reading society. Risk is a present-day element, marked by uncertainty, and by the yearning for colonization of the future, and it is under this paradigm that the role of truth in the risk society (BECK) is read as an element that produces certainties. The research method used was hypothetic-deductive, with the method of bibliographic procedure. The first section will aim to establish risk as a theoretical framework for reading contemporaneity. The second section, then, will attempt to understand the role of truth in the present, marked by risk. The conclusion reached is that truth assumes a fundamental role in the society of risk, and must obey ethics as a means of containing possible abuses that may be committed.

KEYWORDS: Contemporaneity; ethics; risk; truth.

INTRODUÇÃO

A sociedade contemporânea é de extrema complexidade e de difícil compreensão. Atualmente, o convívio em comunidade é marcado por uma constelação de relações, que flertam com o passado e o futuro da humanidade, no mesmo tempo.

O risco é um dos elementos de compreensão do momento atual. Ele pode ser somado a muitos outros, como a globalização, o consumismo, a velocidade dos eventos sociais, entre outros, propostos por vários autores. Assim, é elegido, apenas, um possível paradigma de leitura da contemporaneidade, a fim de ser observado os seus reflexos na compreensão da atualidade.

A relação entre risco e verdade é muito próxima. Isso porque, a certeza decorre geralmente da verdade cientificamente produzida. A verdade, por sua vez, possui uma estreita vinculação com a noção de poder, pois quem é capaz de produzir verdade, fatalmente, será o detentor do poder, que assumirá várias formas de

¹ Graduado em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade de Passo Fundo, no ano de 2015. Especialista em Advocacia Criminal pela Universidade de Passo Fundo - ano de obtenção: 2017. Mestrando em Direito no Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* da Universidade de Passo Fundo, linha de pesquisa "Relações Sociais e Dimensões do Poder", desde 2018. Advogado.

exercício na sociedade. Nesse sentido, saber é poder, e esse poder estabelece a forma como se darão as relações sociais, e os conflitos entre comunidades e classes.

Assim, o objetivo desse ensaio é discorrer sobre a relação entre risco, verdade, poder e ética, dentro das relações sociais, na mistura da contemporaneidade. O método de abordagem utilizado é o hipotético-dedutivo, partindo-se da hipótese do uso da verdade como meio excludente e mitigador do risco, reduzindo-a a compreensão da carga ética das decisões que tentar prevenir e controlar o risco. O método de procedimento será o bibliográfico, por meio da análise de obras e periódicos vinculados ao tema.

A primeira seção terá de fixar o risco como marco teórico de leitura da contemporaneidade, baseando-se, predominantemente, na proposta de Ulrich Beck², em um diálogo com Zygmunt Bauman³. A segunda seção, então, tentará compreender o papel da verdade na atualidade, marcada pelo risco, tendo como apoio a proposta de Castor Ruiz⁴, e mais uma vez, o diálogo com Zygmunt Bauman.

A verdade assume uma função relevante em comunidades cujo objetivo é colonizar o futuro, para garantir o sucesso das gerações advindas. A ética, por sua vez, precisa andar ao lado do processo de formação da verdade, para que sejam evitados abusos e violações, em nome de um novo mito chamado “futuro”, que fatalmente se tornará realidade.

1 O RISCO COMO UM PARADIGMA DA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA

O risco é um dos aceitáveis elementos de compreensão da contemporaneidade, que é fruto da combinação dos vários outros componentes da sociedade atual (medo, velocidade, consumo e globalização, entre outros). Obviamente o conceito de risco decorre do temor do incerto, mas o risco vai além, porque ele é algo gerado pela sociedade a partir de decisões que buscam, ao fim, eliminar os riscos. O paradoxo para compreensão é sedutor no sentido do que o risco exsurge das decisões cuja finalidade é reduzi-los.

Ulrich Beck⁵ cunhou o conceito de “sociedade de risco”, no sentido de que a contemporaneidade pode ser interpretada como a era do risco, a era das incertezas. A sociedade industrial não foi o ápice da humanidade, pois houve outros eventos de igual relevância; contudo, a produção social de riqueza está junto da produção social de riscos⁶. Assim sendo, a toda oportunidade que o mundo dá um passo a frente, a humanidade cria novos riscos, que são marcados pela dúvida.

O paradigma sociológico do risco não é mais as classes, ou os movimentos sociais, mas a convivência constante com a incerteza do futuro, tornando-se uma sociedade catastrófica, na qual “[...] o estado de exceção ameaça converter-se em normalidade.”⁷.

² BECK, Ulrich. **A Europa alemã: a crise do euro e as novas perspectivas de poder**. 1ª ed. Traduzido por Kristina Michanelles. São Paulo: Paz e Terra, 2015.

³ BAUMAN, Zygmunt. **A vida fragmentada: ensaios sobre a moral pós-moderna**. Lisboa: Relógio D'Água Editores, 2007.

⁴ RUIZ, Castor M. M. Bartolomé. **Labirintos do poder: o poder (do) simbólico e os modos de subjetivação**. Porto Alegre: Escritos Editora, 2004. P. 243.

⁵ BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**. Traduzido por Sebastião Nascimento. 2. Ed. São Paulo: Editora 34, 2011.

⁶ BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**. P. 23.

⁷ BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**. P. 96.

A sociedade moderna começa a obter uma nova compreensão sobre o risco. O autoconhecimento das gerações ajuda a alimentar o sentimento de medo. A sociedade contemporânea, após abandonar conceitos da sociedade industrial, marcada pela solidez, começa a reconhecer a existência de riscos e o tema passa a permear o debate público. Segundo Beck⁸:

[...] Sociedade do risco significa: o passado perdeu o seu poder de determinação sobre o presente. Entra em seu lugar o futuro – ou seja, algo que não existe, algo fictício e construído – como a causa da vida e da ação no presente. Quando falamos de riscos, discutimos algo que não ocorre mas que pode surgir se não for imediatamente alterada a direção do barco. Os riscos imaginários são chicote que fazem andar o tempo presente. Quanto mais ameaçadoras as sombras que pairarem sobre o presente anunciando um futuro tenebroso, mais fortes serão os abalos, hoje solucionados pela dramaturgia do risco.

A sociedade de risco é um contraste total com a sociedade industrial, visto que os riscos surgem do progresso e do conhecimento, que marcam a contemporaneidade, que abandona a certeza do passado da sociedade industrial. O risco não é fruto da ignorância, mas da autocompreensão da sociedade contemporânea. A ciência nunca esteve tão evoluída e tão preparada para colonizar o futuro, ou seja, realizar previsões e antecipar riscos e catástrofes⁹. Dessa maneira, também, conclui De Giorgi¹⁰:

A sociedade moderna é caracterizada pela sua grande capacidade de controlar as indeterminações. E, assim, de produzi-las, este paradoxo acrescenta a necessidade de proteção e de segurança. É a necessidade de agir para que as indeterminações não adquiram valor de estrutura: a necessidade de evitar que o desvio se estabilize. Digamos que é a necessidade de evitar aquela normalidade de grau inferior, que flui por debaixo da normalidade que conhecemos quando a razão está em sintonia com o tempo. Esta normalidade de grau inferior produz insegurança. Naturalmente, na medida em que cresce a certeza de que as indeterminações que entram novamente na esfera desta segunda normalidade podem ser capazes de evitar situações que não se sabe se ocorrerão, consolamo-nos com o recurso à moral, ou mesmo, já que não temos mais, como dizia Marx, as armas da crítica, consolamo-nos com a crítica das armas.

A consideração do risco como um possível paradigma da contemporaneidade, portanto, é inevitável. Nunca a comunidade internacional esteve suplantada de um volume tão grande de informações, em algumas vezes indiscerníveis, elevando assim, a já referida capacidade de autocompreensão. Hoje, a credibilidade da informação é indispensável, pois dela será extraída uma certeza, que poderá ser utilizada para uma decisão que reduzirá o grau de incerteza.

A ignorância do risco, por sua vez, é o meio de potencializar a sua criação. Beck¹¹ menciona duas fases na sociedade de risco: uma primeira fase que nega todo o risco, seguindo o consenso desenvolvimentista, a produção industrial, o pleno emprego e a geração constante de riqueza, e todos os aspectos restantes (pobreza, falta de reconhecimento, desigualdade social, entre outros) são negados; na segunda fase, está situada a

⁸ BECK, Ulrich. **O que é globalização? Equívocos do globalismo, respostas à globalização**. Traduzido por André Carone. São Paulo: Paz e Terra, 1999. P. 178.

⁹ BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**.

¹⁰ DE GIORGI, Raffael. O risco na sociedade contemporânea. Traduzido por Cristiano Paixão, Daniela Nicola e Samantha Dobrowolski. **Revista CCJ** nº 28, Ano 15, junho de 1994 – p. 45-54. Disponível em: file:///Platao/www/arquivos/RevistasCCJ/Seque...Giorgi-O_risco_na_sociedade_contemporanea.html. Acesso em: 21/agosto/2000, p. 1994, p. 4.

¹¹ BECK, Ulrich. **Liberdade ou capitalismo/Ulrich Beck conversa com Johannes Willms**. Traduzido por Luiz Antônio Oliveira de Araújo. São Paulo: Editora UNESP, 2003.

sociedade do risco, pois a consciência da incerteza abala o consenso desenvolvimentista que determinava o período anterior.

Bauman¹² sugere uma compreensão da proposta de Beck, a partir das mudanças que a identificação dos riscos gera na contemporaneidade. A primeira é que os riscos contemporâneos são invisíveis e incertos, o que demanda um potencial científico maior, para o combate aos novos perigos, ou seja, é exigido mais da verdade, do que anteriormente. A segunda alteração é a elevação da racionalidade, visto que é através da ciência é possível determinar o risco, medindo-o objetivamente, nascendo a probabilidade. A terceira modificação é a identificação do caráter reflexivo da modernidade.

Para Beck¹³, o mundo está situado em uma época preocupada com os riscos, forçada a convivência com o futuro de forma constante, o que passa a orientar as ações, transformando-se na força política que move planeta. Existe uma diferença entre riscos (enquanto acontecimento antecipado) e catástrofe (acontecimento real). Isso conduz a outra circunstância, sendo indiferente se está se vivendo objetivamente em um mundo mais seguro, a antecipação dos riscos e catástrofes força o Estado a adotar medidas preventivas¹⁴.

Assim, os riscos são analisados, objetivamente, por critérios científicos, através de métodos de probabilidade e estatística. Nesse sentido, arremata Ulrich Beck¹⁵:

Primeiro, intensifica-se o *cientificização* dos riscos; e segundo – uma coisa leva à outra -, a *comercialização* do risco se intensifica. Erra-se o alvo ao se considerar o assinalamento de ameaças e riscos do desenvolvimento civilizacional como *mera crítica*; ele é *também* – mesmo com toda a *resistividade* e as *acrobacias da demonização* – um *fato de fomento econômico de primeira ordem*. Isto torna-se patente no desenvolvimento dos setores e ramos econômicos correspondentes, assim como no aumento dos gastos públicos do meio ambiente, o combate às enfermidades civilizacionais etc. [...].

Através da compreensão científica do risco, é trazida uma carga de racionalidade e análise objetiva dos riscos, criando a possibilidade de aceitabilidade de riscos¹⁶. Com efeito, com o advento da racionalidade, sobreveio o próprio entendimento dos riscos. Entretanto, junto com essa consciência dos riscos, veio a tentativa de controlá-los, vindo acompanhado com as decisões a criação de novos riscos, formando um paradoxo de racionalidade dos riscos.

Dessa forma, Beck¹⁷ identifica o dilema da sociedade de risco:

[...] a sociologia do risco, tal como a própria sociedade de risco, enfrentam um dilema: por um lado têm de pensar o impensável, antecipando o ato; por outro, é possível que esta intenção de esclarecimento aponte novos caminhos para possíveis autores de atentados. Portanto, a análise do risco é arriscada porque pensar em perigos até à datas impensáveis pode contribuir, involuntariamente, para lhes dar origem. No entanto, um mundo em que, com intenção preventiva, a fantasia civilizacional do perigo se solta da trela dos acidentes e é atizada contra o desencadeamento intencional de catástrofes, ameaça eliminar os fundamentos da liberdade e da democracia.

¹² BAUMAN, Zygmunt. *Ética pós-moderna*. Traduzido por João Rezende Costa. São Paulo: Paulus, 1997.

¹³ BECK, Ulrich. *A sociedade de risco mundial: em busca da segurança perdida*. 1ª ed. Traduzido por Marian Toldy e Teresa Toldy. Lisboa: Edições 70, 2016. P. 32.

¹⁴ BECK, Ulrich. *A sociedade de risco mundial: em busca da segurança perdida*. P. 35.

¹⁵ BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. P. 67.

¹⁶ BECK, Ulrich. *A sociedade de risco mundial: em busca da segurança perdida*. P. 38.

¹⁷ BECK, Ulrich. *A sociedade de risco mundial: em busca da segurança perdida*. P. 41.

O que gera o risco não é a possibilidade da produção de incertezas, mas o anseio do controle constante. A sociedade de risco de Beck também poderia ser chamada de sociedade do controle, pois é essa a alteração de paradigma promovida pelo autoconhecimento. Quando Beck¹⁸ afirma que a sociedade era ignorante aos riscos na primeira modernidade, e agora compreende os riscos na segunda modernidade, ele diz que a capacidade de controlar o risco conhecido que é o novo paradigma.

Dessa maneira, segundo Beck¹⁹, surge uma forma original de interpretação do risco:

[...] A diferença decisiva entre os riscos tradicionais e os modernos encontra-se num outro nível: os riscos derivados das tecnologias industriais e das tecnologias de larga escala resultam de decisões conscientes – decisões que são tomadas no âmbito de organizações privadas e/ou públicas, para alcançar vantagens económicas e aproveitar as oportunidades que daí advêm; em segundo lugar, estas decisões são tomadas com base num cálculo no qual os perigos são considerados como o lado negativo do progresso. Portanto, estes perigos associados à industrialização não se transformam numa questão política devido à sua dimensão, mas sim uma característica social: eles não desabam fatalmente sobre nós; pelo contrário, fomos nós próprios que os criámos, eles são produto da mão e da mente humanas, resultantes da associação entre conhecimento técnico e cálculo do benefício económico. Este tipo de riscos também se distingue claramente dos efeitos da guerra, uma vez que nasce por via pacífica, prospera nos centros de racionalidade, ciência e bem-estar e está sob a proteção daquela que têm de velar pela ordem pública.

Uma carga de racionalidade é imposta na sociedade de risco. A colonização do futuro, pela angústia do controle do incerto, gera a necessidade de que a ética das decisões que abrangem a compreensão dos riscos seja considerada. Isso porque, segundo Beck²⁰, o risco é uma constante da sociedade contemporânea. Dessa forma, surge a necessidade de uma ética singular que surgirá da sociedade de risco, através da noção de responsabilidade:

[...] A nova ética, ao sugerir o princípio da precaução como resposta às ameaças da sociedade de risco acumuladas pelo progresso tecnológico, afasta-se ou complementa a velha ética, ao expandir sua capacidade de cuidar não apenas das gerações presentes, mas sobretudo das futuras. Dos questionamentos derivados da sociedade de risco irrompem conceitos que provocam e tornam visíveis tensões quanto ao sentido da existência do ser humano e da sua responsabilidade na construção de um mundo que atenda aos seus próprios anseios e dos outros sistemas vivos.²¹

O sucesso da ciência, portanto, amplia o espectro do risco. Quanto maior for a capacidade de determinação do futuro, mais presença os riscos terão na sociedade. As consequências de segundo grau, ou efeitos secundários, assumem o papel de novos riscos, pois os determináveis são controlados, porém, os que surgiram a partir do controle dos primeiros não têm como se saber: “[...] o controlo do controlo do controlo pode tornar-se uma fonte de perigos e efeitos secundários dos perigos, sem fim à vista.”²²

Considerando a necessidade de uma carga de racionalidade sobre o risco, é perceptível que o elemento central da contemporaneidade não é essencialmente o risco, mas o controle. Nessa perspectiva, é de ser reconhecida que, o ponto nerval, não é a ansiedade coletiva, sob uma perspectiva subjetiva, porém a tentativa

¹⁸ BECK, Ulrich. *A sociedade de risco mundial: em busca da segurança perdida*. P. 47.

¹⁹ BECK, Ulrich. *A sociedade de risco mundial: em busca da segurança perdida*. P. 59-61.

²⁰ BECK, Ulrich. *A Europa alemã: a crise do euro e as novas perspectivas de poder*. P. 28.

²¹ ANDRADE, Júlio Cesar de Oliveira Sampaio de. SOUZA-LIMA, José Edmilson de. *Sociedade de risco e empresas jornalísticas*. Rev. Ciênc. Admin., Fortaleza, v. 16, n. 1, p. 242-257, jan./jun., 2010. P. 244.

²² BECK, Ulrich. *A sociedade de risco mundial: em busca da segurança perdida*. P. 49.

constante da sociedade industrial (primeira modernidade) em seguir tentando controlar o futuro (sociedade de risco – segunda modernidade), a partir de instrumentos moldados em período anterior, e não preparados para a atualidade.

2 A ÉTICA DA VERDADE NA SOCIEDADE DE RISCO

A revolução tecnológica, o processo de autocompreensão da humanidade e o foco no progresso transformam a contemporaneidade em um mar de incertezas, o que faz com que a sociedade seja crítica de seu próprio desenvolvimento²³.

De fato, um traço da sociedade, consequência da modernidade reflexiva, são as contradições entre conquistas e perigos dominantes; a autoconfrontação leva à superação de desafios modernos, como a globalização, a pobreza, a crise ambiental, os riscos tecnológicos, a turbulência dos mercados financeiros, e o desequilíbrio político internacional²⁴.

Diante disso, é visível que surge a necessidade criar instrumentos capazes de estabelecer confiança no futuro. A modernidade tende a criar formas de proteção para a administração dos riscos. A tranquilidade da cotidianidade somente pode ser estabelecida através da institucionalização de certezas, e a segurança de um futuro concreto. A colonização do futuro está presente na sociedade, a todo o momento fazendo planos para evitar que o pior aconteça.

Nesse sentido, Bauman refere o surgimento do “espectro da incerteza”, que é destruído por meio da redução do domínio das escolhas do indivíduo:

O espectro da incerteza é, portanto, exorcizado através de dispositivos de controle. A certeza é reestabelecida por forças exteriores ao indivíduo – a partir de *fora*. Em última análise, o remédio moderno para incerteza consistiu na restrição do domínio da escolha. Não do domínio teórico e abstrato da escolha, que a modernidade continuou a alargar, aumentando assim o volume da angústia e do medo, mas um domínio da escolha prático, pragmático e sensível, um domínio de escolhas “realistas” e de custo não demasiado elevado – domínio que se mostra como o mais provavelmente dos “interesses” daquele que deve escolher e que, por isso, será também provavelmente o escolhido. [...] ²⁵.

A incerteza passa a ser dominada pela restrição das opções de escolhas que cada um possui. Isso deve ser observado sobre duas perspectivas. Do ponto de vista individual, a capacidade de cada ser humano realizar suas escolhas e determinar seu futuro. Sob esse ponto, está se falando em liberdade e capacidade de autodeterminação. Cabe ao Estado, somente garantir um ambiente de liberdade e racionalidade, a fim de permitir que cada pessoa faça as escolhas corretas. Do ponto de vista coletivo, a sociedade começa a lançar mão de meios de coerção e persuasão restringindo a amplitude das escolhas do indivíduo, para reduzir o grau de incerteza, e garantir o futuro.

²³ MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. **Sociedade de risco e Direito Penal: uma avaliação de novas tendências político-criminais**. São Paulo: IBCCRIM, 2005. P. 31.

²⁴ ANDRADE, Júlio Cesar de Oliveira Sampaio de. SOUZA-LIMA, José Edmilson de. **Sociedade de risco e empresas jornalísticas**. P. 248.

²⁵ BAUMAN, Zygmunt. **A vida fragmentada: ensaios sobre a moral pós-moderna**. Lisboa: Relógio D'Água Editores, 2007. P. 114.

A preocupação do Estado com devir não é de hoje. Toda vez que a Constituição Republicana garante o direito à previdência, eleva os direitos sociais ao patamar de direitos fundamentais, tutela a economia, o meio ambiente, é o direito se manifestando em defesa do futuro. A própria necessidade de jurisprudência dever ser estável, íntegra e coerente, é um reflexo da sociedade de risco, que também busca segurança jurídica. Esses são elementos que tentam criar limites de ação ao sujeito, a fim de estabelecer segurança para o futuro.

O risco reflete a complexidade da sociedade contemporânea. A liquidez moderna²⁶ gera um cenário de extrema incerteza e riscos. Assim, a sociedade é demandada a criar mecanismo de redução de complexidade, trazendo de volta a certeza. Assim, o direito assume o papel de dizer as coisas certas. Segundo David Sánchez Rubio²⁷, os processos sociopolíticos e socioeconômicos de transformação e reestruturação do capitalismo afetam diretamente o papel e a função do direito positivo, que é transformado num fiador do futuro.

A produção da certeza se torna um elemento central da tentativa de controle da sociedade de risco. As instituições voltam-se ao cálculo, retardamento e impedimento dos riscos. Essas circunstâncias geram, por sua vez, uma sobrecarga do direito, conforme afirma De Giorgi²⁸:

[...] O risco baseia-se na suportabilidade, na aceitabilidade e não, na certeza das próprias expectativas: por isso, os riscos não podem ser transformados em direito, ainda que possam ser monetarizados. O risco sobrecarrega o direito: trata-se, no entanto de estratégias de retardamento do risco [...], não de estratégias que evitam o risco. O sistema mais diretamente interessado é a economia: isto ocorre seja porque os riscos podem ser monetarizados, seja porque as possibilidades de dívida são infinitas.

Obviamente que, quando possível monetarizar o risco, esse é mais fácil de ser compreendido, contido ou contingenciado. A economia trabalha com a ideia de crédito, com vários elementos ficando para o futuro. Um financiamento habitacional é voltado para a análise de risco, visto que se trata de longos parcelamentos, que, ao se tratar de Brasil, já teve inúmeras moedas, em períodos curtíssimos de tempo, é um risco absurdo de ser assumido. Porém, na ponderação de interesses, é mais viável economicamente insistir no crédito, no que temer constantemente o futuro.

O direito é sobrecarregado com a demanda de ser o veículo condutor da verdade (certeza) na sociedade de risco. No Brasil, em que toda e qualquer demanda pode chegar ao Poder Judiciário, essa função é acentuada, do direito como um redutor das incertezas da sociedade.

Todavia, o direito não pode simplesmente proibir o risco. Esse é um ponto relevante, visto que o legislativo não pode impedir toda e qualquer conduta que gere dano ou risco, sob pena de coibir o progresso, ou violar garantias constitucionais de liberdade. O Poder Executivo tenta lidar com o risco através de Agências Reguladoras (baseadas em lei) que reduzem o volume de incerteza e criam um cenário de maior segurança.

Ao Estado é relegado o papel de contenção dos riscos. O Poder Judiciário é sobrecarregado com as demandas de criação da certeza. Assim, a maior influência do risco na sociedade contemporânea é a demanda por verdade e certeza. Logo, a problemática dos riscos globais é diretamente vinculada a questão da

²⁶ BAUMAN, Zygmunt. **O mal-estar da pós-modernidade**. Traduzido por Mauro Gama, Cláudia Martinelli Gama; revisão técnica Luís Carlos Fridman. Rio de Janeiro: Zahar, 1998.

²⁷ RUBIO, David Sanchez; DE FRUTOS, Juan Antonio. **Teoría crítica el derecho; nuevos horizontes**. Sa Luis de Potosí; CENEJUS, 2013. P. 22.

²⁸ DE GIORGI, Raffael. **O risco na sociedade contemporânea**. P. 7.

problemática da invisibilidade (na contemporaneidade, os medos – riscos – são marcados pela difusão e incompreensão), e essa problemática da invisibilidade é diretamente ligada a questão do poder. O poder de dizer a certeza e determinar o futuro, por critérios, obviamente, puramente científicos.

A retórica do poder, a partir da ideia de verdade, é uma das bases de toda a compreensão de Estado e sociedade, no sentido que afirma Bauman²⁹:

A noção de verdade pertence à retórica do poder. Ela não tem sentido a não ser no contexto da oposição – adquire personalidade própria somente na situação de desacordo, quando diferentes pessoas se apegam a diferentes opiniões, e quando se torna o objeto da disputa de *quem está certo e quem está errado* – e, quando, por determinadas razões, é importante para alguns ou todos os adversários demonstrar ou insinuar que é *o outro lado* que está errado. Sempre que a veracidade de uma crença é asseverada é porque a aceitação dessa crença é contestada, ou se prevê que seja contestável. A disputa acerca da veracidade ou falsidade de determinadas crenças é sempre simultaneamente o debate acerca do direito de alguns de *falar com a autoridade* que alguns outros deveriam *obedecer*; a disputa é acerca do estabelecimento ou reafirmação das relações de superioridade e inferioridade, de dominação e submissão, entre os detentores de crenças.

Nesse aspecto, o papel da verdade assume um novo relevo na sociedade contemporânea. Quando mais criteriosa for a previsão, mais credibilidade ela receberá. A verdade sempre carrega em si uma pesada suspeita, por sua pretensão absoluta e universal³⁰, buscando em outros elementos a sua legitimação, em especial, a razão e o método científico.

A verdade passa a noção de segurança, e a concessão de segurança de seu povo é um dos elementos de legitimação do próprio Estado³¹. Portanto, a racionalidade da incerteza assume o papel de legitimação do Estado, porque as normas são submetidas a um procedimento de validação racional³². Por consequência, as decisões emanadas com base nessa norma devem abarcar os riscos que advêm dessa decisão, logo, o indivíduo pode presumir que o que Estado disser não é arriscado³³. Todavia, como já afirmado, essa certeza não virá, porque conceitualmente impossível.

Sobre a verdade na contemporaneidade, é importante mencionar Castor Ruiz, que identifica, especificamente, a carga de racionalidade que a verdade traz consigo na sociedade contemporânea:

A verdade das sociedades modernas fabrica-se legitimada pelos critérios da racionalidade. Algo é verdadeiro se é racional. Enquanto nas sociedades tradicionais os modos da verdade estavam embalados nas crenças religiosas, nas sociedades modernas, a verdade se efetiva nos discursos da racionalidade. São discursos que incorporam a racionalidade como elemento estruturador da verdade. A racionalidade moderna usa a argumentação científica e a prova empírica como métodos de fundamentação última de sua verdade. O método empírico se apresenta como o método verdadeiro por excelência, ainda mais como o único método que legitima o estatuto de verdadeiro a qualquer discurso ou saber. As outras perspectivas de verdade que não se pautam pelo método empírico-científico aparecem como falsas.³⁴

²⁹ BAUMAN, Zygmunt. **O mal-estar da pós-modernidade**. P. 143.

³⁰ RUIZ, Castor M. M. Bartolomé. **Labirintos do poder: o poder (do) simbólico e os modos de subjetivação**. P. 243.

³¹ BECK, Ulrich. **Liberdade ou capitalismo**/Ulrich Beck conversa com Johannes Willms. P. 122.

³² MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. **Sociedade de risco e Direito Penal: uma avaliação de novas tendências político-criminais**. P. 76.

³³ MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. **Sociedade de risco e Direito Penal: uma avaliação de novas tendências político-criminais**. P. 77.

³⁴ RUIZ, Castor M. M. Bartolomé. **Labirintos do poder: o poder (do) simbólico e os modos de subjetivação**. P. 254.

O Poder Judiciário já vem discutindo a sociedade de risco, e trazendo esse paradigma para o debate. Mas o direito, em si, não deveria servir como um garantidor contra os riscos da sociedade contemporânea. Isso porque, o Judiciário não pode intervir de ofício (Princípio da Inércia da Jurisdição), sendo que as políticas públicas deveriam ser utilizadas como instrumento redutor da insegurança.

Quanto mais a incerteza tenta ser controlada, mais descontrole surge. Toda vez que o grupo detentor do poder busca mitigar um risco, acaba gerando mais riscos. Essa situação eleva muito a carga de racionalidade das decisões na contemporaneidade. Já foi dito aqui, mais de uma vez, que o paradoxo do risco é que as decisões que tentam por fim a ele, ou seja, gerar certeza, criam, às vezes, mais riscos do que reduziram. A questão que remanesce é como a sociedade lida com essa contradição constante. Viver em sociedade é transformado em um aporismo.

A percepção do risco varia a partir da perspectiva de análise. O medo é um elemento mais subjetivo da pessoa humana, parte de um receio que algo ruim aconteça. A sociedade criou um padrão de normalidade que abrange vários fatores de uma vida plena: família estruturada; emprego estável; possibilidade de lazer; segurança das instituições; confiança na sociedade (não há ladrões, corruptos, falsários, etc.); liberdade plena, exercida e respeitada; desejos íntimos de autorrealização atendidos; dentro outros elementos que são indispensáveis para a felicidade.

Segundo Castor Ruiz³⁵ a ética através de meios subjetivos, traçará a conduta do indivíduo. Assim, a ética possuiria o poder de sujeitar os indivíduos colocando-os dentro dos mecanismos políticos estabelecidos pelo processo de socialização. Fatalmente, essas formas de subjetivação assumem vários trejeitos a partir do momento em que acontecem os eventos, não respondendo a uma uniformidade. Ao fim, Ruiz³⁶ vincula a ontologia da ética à fruição da liberdade.

Nesse ponto, é que assume relevância o papel da ética na produção da verdade na sociedade de risco. A ética não corresponderia à, apenas, garantia de exercícios de direito, ou a solidez da produção da verdade, mas deverá gerar um contexto de exercício de liberdades, ou seja, o risco não pode ser transformado em um meio de legitimar abusos.

O governo reage de algumas formas. Ruiz³⁷ afirma que os governos contemporâneos tendem a se consolidar com o máximo de persuasão e o mínimo de força, o que está diretamente vinculado a ideia de poder pelo convencimento, galgado em uma pretensa verdade produzida (legitimada) cientificamente, ou por algum outro critério de racionalidade, como a legitimação democrática (por meio do procedimento).

Em sendo assim, são promulgadas legislações que trabalham exatamente com ideias de risco, proibindo certos produtos, porque podem causar doenças, ou são muito perigosos; legislações antiterrorismos, para evitar que o fundamentalismo religioso contamine a nação; legislações antilavagem de dinheiro; legislações contra narcóticos, entre outras.

Dessa maneira, o Estado deve absorver uma racionalidade ética como meio garantidor da efetividade dos direitos subjetivos dos cidadãos³⁸. Nesse sentido, deve ser concebido que as decisões que buscam reduzir

³⁵ RUIZ, Castor M. M. Bartolomé. **Labirintos do poder: o poder (do) simbólico e os modos de subjetivação**. P. 36.

³⁶ RUIZ, Castor M. M. Bartolomé. **Labirintos do poder: o poder (do) simbólico e os modos de subjetivação**. P. 36.

³⁷ RUIZ, Castor M. M. Bartolomé. **Labirintos do poder: o poder (do) simbólico e os modos de subjetivação**. P. 51.

³⁸ RUBIO, David Sanchez; DE FRUTOS, Juan Antonio. **Teoría crítica el derecho; nuevos horizontes**. P. 27.

a incerteza devem priorizar a compreensão de princípios éticos que disciplinem a produção da verdade. Isso porque, enquanto as determinações que reduzem os riscos, talvez, jamais serão testadas, e se isso ocorrer, significa que a decisão foi errada (pois, se a decisão visava extinguir o risco, mas o fato evitável ocorreu igualmente, essa decisão falhou).

Essa situação abre uma margem muito grande para os detentores das verdades científicas atuarem como violadores dos direitos humanos, em especial, a liberdade. O controle do risco pode ser compreendido como uma dimensão pré-violadora dos direitos humanos. Todavia, sem a ética, essa tentativa de prevenção pode ser transformada no uso tredestinado do papel da verdade na contemporaneidade.

Logo, o Estado cria estruturas de contenção de riscos, na forma do Estado do bem-estar social, aumentando (ou, ao menos, deveria aumentar) o volume de investimento em áreas como saúde, previdência, educação e segurança pública. A Lei, como base da maioria das democracias é utilizada como elemento legitimador e assegurador da busca pelo bem-estar pleno, e a certeza utópica.

Contudo, a própria sociedade, dotada de autocompreensão nunca antes vista, deve pregar princípios éticos que impeçam que o Estado distorça o uso da verdade, como forma de exploração ou violação de direitos humanos, ao invés de um instrumento de garantia das liberdades individuais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A verdade, quando construída cientificamente, assume um papel determinante no estabelecimento da certeza para o futuro. O anseio coletivo de que exista o “amanhã” gera uma sobrecarga nos processos de garantia. O direito possui vários elementos de assecuramento, como as prisões preventivas, o Princípio da Precaução, a previdência, entre outros.

Todavia, a sociedade demanda por mais. O direito possui um elemento limitador que é a inércia, marcada pelas presunções, que impedem que o direito aja de forma preventiva, sem violar garantias. O paradoxo, portanto, é estabelecido quando é questionado como o Estado deve agir para trabalhar como suposições, ou seja, prevenir eventos futuros, que sequer há certeza se de fato irão ocorrer. Ainda, caso o evento incerto e arriscado aconteça, o Estado falhou em não impedi-lo, não importa o que tenha feito para obstar o fato.

O campo de atuação fica maleável, frouxo, e cabe ao Estado apertar as amarras a fim de garantir uma base sólida para a sociedade se equilibrar, na corda bamba da contemporaneidade. Esse pensamento pode abrir margem para o Estado cometer abusos, baseado no medo que o risco se confirme. Assim, o Poder Público, em nome do “risco zero” pode vir a impedir o exercício de uma liberdade assegurada.

As decisões “risco zero” não serão emanadas pelo Judiciário, que na essência só atua por provocação, e para reparação. Essas decisões serão frutos de políticas públicas de outros poderes. Dessa maneira, somente a ética na verdade que poderá controlar e evitar abusos, porque a Lei e o Judiciário, alfim, poderão trabalhar tão somente numa dimensão pós-violadora, que não será suficiente para a garantia do exercício dos direitos e garantias individuais.

REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

ANDRADE, Júlio Cesar de Oliveira Sampaio de. SOUZA-LIMA, José Edmilson de. Sociedade de risco e empresas jornalísticas. **Rev. Ciênc. Admin.**, Fortaleza, v. 16, n. 1, p. 242-257, jan./jun., 2010.

BAUMAN, Zygmunt. **Ética pós-moderna**. Traduzido por João Rezende Costa. São Paulo: Paulus, 1997.

BAUMAN, Zygmunt. **O mal-estar da pós-modernidade**. Traduzido por Mauro Gama, Cláudia Martinelli Gama; revisão técnica Luís Carlos Fridman. Rio de Janeiro: Zahar, 1998.

BAUMAN, Zygmunt. **A vida fragmentada: ensaios sobre a moral pós-moderna**. Lisboa: Relógio D'Água Editores, 2007.

BECK, Ulrich. **O que é globalização? Equívocos do globalismo, respostas à globalização**. Traduzido por André Carone. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

BECK, Ulrich. **Liberdade ou capitalismo/Ulrich Beck conversa com Johannes Willms**. Traduzido por Luiz Antônio Oliveira de Araújo. São Paulo: Editora UNESP, 2003.

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**. Traduzido por Sebastião Nascimento. 2. Ed. São Paulo: Editora 34, 2011.

BECK, Ulrich. **A Europa alemã: a crise do euro e as novas perspectivas de poder**. 1ª ed. Traduzido por Kristina Michanelles. São Paulo: Paz e Terra, 2015.

BECK, Ulrich. **A sociedade de risco mundial: em busca da segurança perdida**. 1ª ed. Traduzido por Marian Toldy e Teresa Toldy. Lisboa: EDIÇÕES 70, 2016.

DE GIORGI, Raffael. O risco na sociedade contemporânea. Traduzido por Cristiano Paixão, Daniela Nicola e Samantha Dobrowolski. **Revista CCJ nº 28**, Ano 15, junho de 1994 – p. 45-54. Disponível em: file:///Platao/www/arquivos/RevistasCCJ/Seque...Giorgi-O_risco_na_sociedade_contemporanea.html. Acesso em: 21/agosto/2000.

MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. **Sociedade de risco e Direito Penal: uma avaliação de novas tendências político-criminais**. São Paulo: IBCCRIM, 2005.

RUBIO, David Sanchez; DE FRUTOS, Juan Antonio. **Teoría crítica el derecho; nuevos horizontes**. Sa Luis de Potosí; CENEJUS, 2013.

RUIZ, Castor M. M. Bartolomé. **Labirintos do poder: o poder (do) simbólico e os modos de subjetivação**. Porto Alegre: Escritos Editora, 2004.

O USO DA ARBITRAGEM NA SOLUÇÃO DE CONFLITOS RELACIONADOS AO DIREITO DO TRABALHO LABORAL

Júlia Eliza Rubin¹

Maira Angélica Dal Conte Tonial²

RESUMO

Este artigo pretende discorrer a respeito da previsão da utilização do instituto da arbitragem no ordenamento jurídico brasileiro para a solução de conflitos que envolvam direitos disponíveis no âmbito do direito do trabalho. O presente trabalho justifica-se dada a crescente utilização da arbitragem para a solução de conflitos, em especial aqueles originados nos contratos individuais de trabalho. Dessa forma, inicialmente se apresentará o instituto da arbitragem e após será discorrido sobre o uso da arbitragem na solução de controvérsias decorrentes das relações de trabalho.

PALAVRAS-CHAVE: Arbitragem; Direito do Trabalho; Direitos Disponíveis.

ABSTRACT

This article aims to predict the use of the arbitration institute in the Brazilian legal system for a solution of rights involving labor law rights. This paper justifies the increasing use of arbitration to solve problems, especially those arising from individual employment contracts. For evaluation, opened the presence of the arbitration of arbitration and then will be discussed on the use of arbitration in the solution of arbitration nation of the relations of work.

Keywords: Arbitration; Labor law; Available Rights

INTRODUÇÃO

Para que se possa aquilatar a importância do presente artigo, necessário se faz mencionar que a arbitragem é um método alternativo de solução de conflitos que envolvam direitos disponíveis. A mesma se dá através da heterocomposição, ou seja, o árbitro figura nesse procedimento como um terceiro imparcial escolhido pelas partes, que irá ter o poder para resolver o litígio que foi submetido ao procedimento arbitral.

A Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT) inovou ao incluir no seu texto, no artigo 507-A, a previsão do uso da arbitragem na solução de conflitos trabalhistas, uma vez que o entendimento jurisprudencial do Tribunal Superior do Trabalho (TST) refutava o uso da arbitragem na solução de conflitos trabalhistas individuais.

A submissão de conflitos trabalhistas a arbitragem é ilimitada, podem ser submetidos tanto dissídios coletivos quanto individuais, conforme será abordado no decorrer do artigo em questão.

No entanto, existe grande discussão quanto ao uso da arbitragem na resolução de conflitos trabalhistas decorrentes de contratos individuais de trabalho, pois se questiona a relação de hipossuficiência do empregado

¹ Acadêmica do décimo semestre do Curso de Direito da Universidade de Passo Fundo - UPF, integrante do Grupo de Pesquisa Direito e Economia e do Grupo de Pesquisa Transnacionalização, Migração e Trabalho, ambos vinculados ao Programa de Mestrado em Direito da UPF (PPGD). E-mail: juliaelizarubin@gmail.com.

² Doutoranda em Ciência Jurídica Univalli/UPF. Mestre em Direito pela Unisinos (2007) Especialista em Direito Processual Civil e Processo do Trabalho (2004). Graduada em Direito pela Universidade de Passo Fundo (1997). Docente de Graduação e Pós Graduação na Universidade de Passo Fundo-UPF/RS. Coordena o Projeto de Extensão Balcão do Trabalhador/Faculdade de Direito/UPF.

em relação ao empregador e também ao fato de que algumas correntes defendem que os direitos trabalhistas são indisponíveis, de modo que não podem ser objeto de arbitragem.

Nesse sentido o artigo busca refletir sobre a possibilidade de demonstração de perquirir sobre a disponibilidade dos direitos do empregado. Assim questiona-se se poderão ser considerados indisponíveis enquanto o contrato de trabalho vigorar e por consequência, após a sua extinção tais direitos são considerados disponíveis.

Ademais, menciona-se e analisa-se o fato do empregado não ser obrigado a aceitar a arbitragem, podendo optar por ingressar no Poder Judiciário. Assim que, se escolhido tal método alternativo de resolução de conflitos poderá trazer diversos benefícios, se mostrando mais célere e eficaz, evitando assim o desgaste das partes de enfrentarem um processo muitas vezes longo no Judiciário, sabendo-se que tratam-se de verbas alimentícias, cujo empregado tem urgência na solução do deslinde.

1 O PROCEDIMENTO ARBITRAL

A iniciar-se então o estudo, necessário afirmar que o instituto da arbitragem está presente no ordenamento jurídico brasileiro desde seus primórdios, já constava nas Ordenações Filipinas (Livro III), na Constituição do Império de 1824, no Código Comercial de 1850 e nos Códigos de Processo Civil (CPC) dos anos de 1939, de 1973 e de 2015. Mas foi a Lei 9.307/1996 que consolidou a arbitragem no Brasil, uma vez que apresentou “a independência da arbitragem do jugo da jurisdição estatal.”³

Diferentemente da mediação e da conciliação que são métodos autocompositivos, onde as partes decidem se haverá acordo ou não, a arbitragem é um método heterocompositivo de resolução de conflitos se assemelhando muito à solução judicial, uma vez que o árbitro decidirá a lide. Como muito bem expõe Mariana França Gouveia⁴:

A arbitragem pode ser definida como um modo de resolução jurisdicional de conflitos em que a decisão, com base na vontade das partes, é confiada a terceiros. A arbitragem é, assim, um meio de resolução alternativa de litígios adjudicatório, na medida em que o litígio é decidido por um ou vários terceiros.

Para que seja possível instaurar a arbitragem as partes precisam antes acordar a arbitragem por meio da convenção arbitral, através da qual as partes livremente ajustam os detalhes da arbitragem, como a legislação a ser aplicada, a câmara arbitral que irá atuar no litígio, os árbitros, entre outras questões. Quanto mais pormenorizada for a convenção menores serão os riscos de ocorrerem lacunas ou imperfeições ao longo do procedimento arbitral.

A convenção de arbitragem pode ocorrer através da cláusula arbitral/ compromissória ou do compromisso arbitral, de acordo com Fredie Didier Junior ⁵ a:

Cláusula compromissória é a convenção em que as partes decidem prévia e abstratamente, que as divergências oriundas de certo negócio jurídico serão

³ LEVY, Fernanda Rocha Lourenço. **Cláusulas escalonadas**: a mediação comercial no contexto da arbitragem. São Paulo: Ed. Saraiva, 2013. P. 64.

⁴ GOUVEIA, Mariana França. **Curso de resolução alternativa de litígios**. 3.ed. Coimbra: Ed. Almedina, 2018. P. 119.

⁵ DIDIER, Jr Fredie. **Curso de direito processual civil**: introdução ao direito processual civil. 19.ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2017. P.42.

resolvidas por arbitragem. [...] Compromisso arbitral é o acordo de vontades para submeter uma controvérsia concreta, já existente, ao juízo arbitral, prescindindo do Poder Judiciário.

Assim, a cláusula arbitral é prevista já no contrato firmado entre as partes, prevendo que eventual conflito decorrente do próprio contrato será solucionado por meio da arbitragem.

Já o compromisso arbitral é acordado quando já existe o conflito, deixando claro que as partes optam por resolvê-lo pela arbitragem.

A decisão proferida pelo árbitro vincula as partes, de modo que terá força de título executivo judicial, de acordo com o artigo 515 do CPC⁶ e os artigos 30 e 31 da Lei 9.307⁷:

Art. 515. São títulos executivos judiciais, cujo cumprimento dar-se-á de acordo com os artigos previstos neste Título:

VII - a sentença arbitral;

Art. 30. No prazo de 5 (cinco) dias, a contar do recebimento da notificação ou da ciência pessoal da sentença arbitral, salvo se outro prazo for acordado entre as partes, a parte interessada, mediante comunicação à outra parte, poderá solicitar ao árbitro ou ao tribunal arbitral que

I - corrija qualquer erro material da sentença arbitral;

II - esclareça alguma obscuridade, dúvida ou contradição da sentença arbitral, ou se pronuncie sobre ponto omitido a respeito do qual devia manifestar-se a decisão.

Parágrafo único. O árbitro ou o tribunal arbitral decidirá no prazo de 10 (dez) dias ou em prazo acordado com as partes, aditará a sentença arbitral e notificará as partes na forma do art. 29.

Art. 31. A sentença arbitral produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo.

Dessa forma, “a convenção arbitral gera um direito protestativo de constituição do tribunal arbitral e a consequente falta de jurisdição dos tribunais comuns, como também a decisão arbitral faz caso julgado e tem força executiva”⁸.

As partes são livres para escolherem a abrangência das questões que serão discutidas na arbitragem, já os árbitros ou o tribunal arbitral, estes devem sempre estar presentes em número ímpar, podem ser qualquer pessoa maior e capaz em que as partes confiem independentemente da sua formação acadêmica.

A solução na esfera arbitral se mostra mais eficaz em razão de que o árbitro, que irá decidir o conflito, é experiente na área que está em discussão, de modo que possuiu conhecimentos específicos sobre o assunto, tendo sua expertise posta em prática para a solução do feito.

É extremamente benéfico para as partes ter seu conflito solucionado por árbitros competentes para tanto, que estudaram o caso e irão proferir uma decisão fundamentada e de acordo com as condições peculiares e específicas. Segundo Francisco José Cahali⁹:

Uma das mais reconhecidas vantagens da Arbitragem é a possibilidade, em certa medida, de escolha do julgador, dentre as pessoas que mais inspiram confiança às partes, considerados o conhecimento específico sobre a matéria, experiência, idade,

⁶ BRASIL. **Código de Processo Civil**. LEI N° 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 23 de julho de 2019.

⁷ BRASIL. **LEI N° 9.307**, DE 23 DE SETEMBRO DE 1996. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9307.htm>. Acesso em 23 de julho de 2019.

⁸ Gouveia, Mariana França. P. 119.

⁹ CAHALI, Francisco José. **Curso de Arbitragem: Mediação: Conciliação: Tribunal Multiportas**. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. P.126.

conduta etc. [...] é um importante atrativo deste método a possibilidade de se entregar o litígio a quem tem conhecimento específico da matéria objeto da controvérsia, ou seja, terá maior tecnicidade para questões pouco usuais na rotina dos tribunais.

O procedimento arbitral se mostra muito mais eficaz e célere frente ao procedimento da Judicial, uma vez que não precisa enfrentar a superlotação do Judiciário, evitando assim o desgaste das partes que podem ter suas questões resolvidas por pessoas capacitadas nas matérias específicas do conflito em discussão.

Neste sentido, sempre importante destacar que as verbas salariais constituem-se verbas alimentares e o empregado/trabalhador, possui a máxima presteza na satisfação das mesmas.

Ocorre, no entanto, que o Poder Judiciário, leia-se o Estado, não tem conseguido prestar com eficiência o atendimento ao cidadão que coloca seu conflito à apreciação da jurisdição, resultando em diversas deficiências internas no Judiciário¹⁰. Assim, a tão esperada celeridade processual não consegue ser alcançada e a morosidade torna-se uma constante.

Interessante torna-se a análise dos dados do Relatório Justiça em Número 2018¹¹. Observe que os mesmos apontam que 80 (oitenta) milhões de processos tramitavam no judiciário brasileiro em 2017, sendo 94% concentrados no primeiro grau-jurisdição. Assim que para celeridade, o percentual de servidores na área deveria seguir a proporção dos casos novos.

Pois a lentidão judiciária brasileira também é um dos principais fatores que necessitam ser remediados para que a Justiça do Trabalho, que busca na grande maioria das vezes o adimplemento de verbas alimentares do trabalhador passe a ter maior credibilidade perante a população.

Neste sentido, Menezes¹² pressupõe que dentre os principais problemas relacionados ao judiciário, e especialmente quando versa sobre conflitos laborais, seja a duração dos processos parece ser o maior foco de descontentamento, principalmente pelo fato destes durarem vários anos.

Importante destacar que esta problemática relativa a lentidão só será resolvida quando o Congresso Nacional atender as propostas de aumento do número de magistrados e servidores¹³. Frente a isso, a ocorrência de conflitos na sociedade é algo comum e de difícil controle, necessitando a presença de um Estado forte para mediar os conflitos “O conflito decorre naturalmente das diferenças e da insatisfação das necessidades humanas”.¹⁴

¹⁰ MENEZES, Marcelo Paes. **Sobre mediação, direito do trabalho e conflitos de “ódio, amor e dor”**. Rev. Trib. Reg. 3ª Reg., Belo Horizonte, v. 32, n. 62, p. 205-212, jul./dez. 2000.

¹¹ **J** **2018**. Disponível em <https://www.trt4.jus.br/portais/media/223377/Relat%C3%B3rio%20Justi%C3%A7a%20em%20N%C3%BAmoros%202018%20-%20compilado.pdf>. Acesso em 07 de agosto de 2019.

¹² MENEZES, Marcelo Paes. **A “crise da justiça” e a mediação**. Rev. Trib. Reg. Trab. 3ª Reg., Belo Horizonte, v. 33, n. 63, p. 23-31, jan./jun. 2001.

¹³ FARIAS, James Magno Araújo. **Jurisdição e mediação**: a atuação da justiça do trabalho para garantir a proteção dos direitos laborais e a possibilidade de mediação trabalhista no Brasil. Rev. TST, Brasília, v. 81, n. 1, jan./mar. 2015. Disponível em <https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/95931/2015_farias_james_jurisdiacao_mediacao.pdf?search-result=true&query=media%C3%A7%C3%A3o&current-scope=&rpp=10&sort_by=score&order=desc&page=2>. Acesso em 12 julho 2019.

¹⁴ GOMES, Marcella Furtado de Magalhães; VASCONCELOS, Antônio Gomes de. **Mediação judicial trabalhista**. Disponível em <https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/98238/2016_vasconcelos_antonio_mediacao_judicial.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em 09 de agosto de 2019. P. 8.

Assim, devido ao procedimento excessivamente moroso estatal, pelas precariedades do Poder Judiciário, neste sentido a arbitragem pode surgir como uma alternativa para acelerar esse processo de recebimento de verbas não pagas.

2 O USO DA ARBITRAGEM NO DIREITO DO TRABALHO

O uso da arbitragem na seara trabalhista ainda é recente, mesmo já sendo previsto no artigo 114, §§ 1º e 2º da Constituição Federal, só foi inserida na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) após a Lei 13.467 de 13 de julho de 2017, conhecida como “Reforma Trabalhista”, que acrescentou ao texto da CLT o artigo 507-A¹⁵ que assegura que:

Art. 507-A. Nos contratos individuais de trabalho cuja remuneração seja superior a duas vezes o limite máximo estabelecido para os benefícios do Regime Geral de Previdência Social, poderá ser pactuada cláusula compromissória de arbitragem, desde que por iniciativa do empregado ou mediante a sua concordância expressa, nos termos previstos na Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996.

Com a inclusão na CLT do artigo 507-A o uso da arbitragem na solução de conflitos decorrentes das relações trabalhistas passou a ser ilimitado, podendo ter como objeto conflitos coletivos e individuais, já que a Constituição Federal previa a arbitragem apenas para conflitos trabalhistas coletivos, como por exemplo, nas controvérsias decorrentes de greve.

O uso da arbitragem na resolução de conflitos trabalhistas individuais gera grande polêmica, alguns países são favoráveis, como os Estados Unidos, onde a arbitragem é uma das principais formas de solução de conflitos, outros países já se manifestaram contrários à ideia, como a Espanha.

As discussões se fundamentam em suma nas questões de que a arbitragem tem capacidade para resolver apenas litígios envolvendo direitos disponíveis, enquanto os direitos trabalhistas são indisponíveis e de que existe a hipossuficiência do empregado frente ao empregador.

Importante destacar que em sua essência a arbitragem, como afirma Vasconcelos¹⁶ discorre que nesta modalidade de solução de conflitos, no qual as pessoas envolvidas podem optar pela solução das suas disputas, onde o papel de um terceiro envolvido consiste em colher provas e argumentos para decidir mediante laudo ou sentença arbitral irrecorrível, conferindo os efeitos positivos e negativos.

Inicialmente destaca-se que existem requisitos a serem cumpridos para que possa haver a arbitragem na resolução de conflitos decorrentes de contratos individuais de trabalho, de modo que o empregado deve receber uma verba salarial mínima de R\$ 11.678,90 (onze mil seiscentos e setenta e oito reais e noventa centavos)¹⁷, de acordo com o fixado no artigo 507-A da CLT, devendo o procedimento arbitral ser iniciado pelo empregado ou mediante a sua anuência expressa.

¹⁵ BRASIL. **Consolidação das Leis do Trabalho**. Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>. Acesso em 12 de novembro de 2018.

¹⁶ VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. **Mediação de conflitos e práticas restaurativas**. São Paulo: Método, 2008. P. 39.

¹⁷ EXMAN, Fernando. **Teto do benefício do INSS é reajustado para R\$ 5.839,45**. Disponível em <<https://www.valor.com.br/brasil/6067435/teto-do-beneficio-do-inss-e-reajustado-para-r-583945>>. Acesso em 01 de agosto de 2019.

Para o empregado que recebe o salário descrito no artigo 507- A da CLT a arbitragem pode ser instituída de duas formas, através de compromisso arbitral elaborado pelo próprio empregado, após o surgimento do conflito, através de contrato específico para tanto, ou por meio de cláusula arbitral prevista no contrato de trabalho e que exige a concordância expressa do empregado.

O professor Luiz Antonio Scavone Junior¹⁸ ainda menciona que aos:

demais empregados não enquadrados no permissivo legal decorrente do art. 507-A da CLT, é preciso observar que o texto mencionou apenas a cláusula compromissória (ou arbitral), que é o pacto de arbitragem celebrado antes da existência de conflitos, silenciando acerca do compromisso arbitral, que é firmado depois do conflito, em regra com a extinção do contrato de trabalho¹⁹.

Inexiste óbice para que o empregado que recebe um salário inferior ao exposto no artigo 507-A da CLT figure como parte no procedimento arbitral, se assim decidir, através do compromisso arbitral após o fim do contrato de trabalho.

A Constituição Federal e a Consolidação das Leis do Trabalho expressamente preveem a arbitragem no direito trabalhista, se referindo inclusive à cláusula arbitral, motivo pelo qual a omissão no tocante ao compromisso arbitral não deve ser interpretada como proibição, ainda mais se considerar que após o fim do contrato de trabalho as verbas indenizatórias se tornam créditos que podem ser livremente transacionados.

Assim, todos os empregados podem estabelecer o procedimento arbitral por iniciativa própria, independentemente da sua condição salarial.

Após acordada a cláusula arbitral as partes não poderão recorrer ao Judiciário para que o litígio seja resolvido, o Poder Judiciário só terá poder para resolver questões ligadas às regras da Câmara Arbitral, caso haja alguma divergência na instauração da arbitragem, não tendo competência para resolver o mérito do conflito.

O novo texto da Consolidação das Leis do Trabalho flexibilizou algumas normas com o objetivo de incentivar as negociações as partes, observando sempre as garantias constitucionais. Reconheceu assim a disponibilidade dos direitos trabalhistas após o fim do contrato de trabalho, passando a permitir as diferentes formas de convenção arbitral.

3 A DISPONIBILIDADE DOS DIREITOS TRABALHISTAS APÓS O FIM DO CONTRATO DE TRABALHO

A arbitragem é uma forma extrajudicial de solução de conflitos que versem sobre direitos disponíveis, por esta razão existe discussão quando a inclusão dos direitos trabalhistas na esfera arbitral, uma vez que são considerados irrenunciáveis.

Entretanto, os direitos trabalhistas nem sempre são indisponíveis, nas palavras de Enoque Ribeiro dos Santos²⁰ “se assim fossem, jamais poderiam ser objeto de transação ou mesmo de negociação coletiva de trabalho”.

¹⁸ SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. **Manual e Arbitragem**: mediação e conciliação. 8. ed. ver. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2018. P. 38.

¹⁹ SCAVONE JUNIOR, 2018, p. 38.

²⁰ SANTOS, Enoque Ribeiro dos. **Curso de direito processual do trabalho**. 2.ed. São Paulo: Ed. Atlas, 2018. p. 80.

Os direitos do empregado são considerados indisponíveis durante a contratualidade, após a sua extinção tais direitos são considerados disponíveis, patrimoniais e indenizatórios.

Enquanto vigorar o contrato de trabalho os direitos trabalhistas devem ser respeitados, uma vez que são considerados direitos humanos, fundamentais e de caráter social, inerentes ao empregado e as boas condições de trabalho.

Entretanto, uma vez cessada a contratualidade não há mais razão para que os direitos trabalhistas sejam considerados indisponíveis, uma vez que a sua razão de ser não está mais em vigor, qual seja, o contrato de trabalho, passando estes direitos a ser considerados disponíveis ficando sujeitos a livre transação, podendo para tanto ocorrer o procedimento arbitral para a discussão das verbas indenizatórias se essa for a vontade do empregado ou se assim concordou expressamente.

Com o fim do contrato de trabalho os direitos eventualmente desrespeitados se tornam créditos trabalhistas disponíveis, tendo o empregado à capacidade para discuti-los por meio da arbitragem, de forma extrajudicial. Vale aqui a observação de Francisco José Cahali²¹: “a disponibilidade dos direitos em discussão, após o encerramento do vínculo, é evidente: trata-se de mera repercussão patrimonial decorrente de relação de emprego”.

Ademais, a irrenunciabilidade dos direitos trabalhistas se refere quanto à impossibilidade de o empregado, no momento da contratação, abrir mão dos seus direitos, como por exemplo, das férias, uma vez que enquanto persistir o vínculo empregatício os direitos previstos na Constituição Federal, na Consolidação das Leis do Trabalho e nas Leis Específicas devem ser observados e seguidos, não estando sujeitos à negociação.

Porém, conforme Luiz Antonio Scavone Junior²² “depois do final da relação jurídica trabalhista, os direitos, como, por exemplo, férias proporcionais e décimo terceiro salário proporcional, já foram adquiridos e, nessa medida, diante do conflito, podem ser objeto de transação”.

Reafirmando a tese que é plenamente possível submeter conflitos trabalhistas individuais a arbitragem Enoque Ribeiro dos Santos²³ traz que a arbitragem:

não agride ou colide com princípios basilares do Direito Individual do Trabalho, como o da proteção e sua tríplice vertente, o da irrenunciabilidade, o da indisponibilidade, o da igualdade etc., pois tais princípios se aplicam ao direito material individual, e não ao direito processual (ou instrumental) do trabalho, no qual devem prevalecer a imparcialidade e os poderes assistenciais do magistrado, aptos a fazer valer o princípio da paridade de armas.

Dessa forma, fica claro os direitos adquiridos pelo empregado ao longo da contratualidade se tornam créditos com o fim da relação empregatícia, não sendo mais indisponíveis e ficando assim passíveis de transação.

²¹ CAHALI, Francisco José. **Curso de Arbitragem: Mediação: Conciliação: Tribunal Multiportas**. P. 436.

²² SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. **Manual e Arbitragem: mediação e conciliação**. P. 38.

²³ SANTOS, Enoque Ribeiro dos. **Curso de direito processual do trabalho** P. 82.

4 A HIPOSSUFICIÊNCIA DO EMPREGADO E A EQUIPARAÇÃO COM A ARBITRAGEM NAS RELAÇÕES DE CONSUMO

O empregado é hipossuficiência frente ao empregador, fato que prejudicaria a igualdade entre as partes no procedimento e supostamente violaria o artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal, que assegura o acesso ao Poder Judiciário.

Porém, percebe-se que o legislador ao admitir a arbitragem no direito do trabalho se inspirou no entendimento do Superior Tribunal de Justiça sobre o uso da arbitragem no direito do consumidor. O acórdão do Ministro Luis Felipe Salomão entendeu que

é possível a cláusula arbitral em contrato de adesão de consumo quando não se verificar presente a sua imposição pelo fornecedor ou a vulnerabilidade do consumidor, bem como quando a iniciativa da instauração ocorrer pelo consumidor ou, no caso de iniciativa do fornecedor, venha a concordar ou ratificar expressamente com a instituição, afastada qualquer possibilidade de abuso. (Recurso Especial nº 1.189.050 – SP)²⁴.

A hipossuficiência do empregado existe enquanto o contrato de trabalho vigorar,

após a dissolução do contrato de trabalho, acha-se minimizada a sua vulnerabilidade oriunda da sua hipossuficiência econômico-financeira, na medida em que se esgarçam significativamente os laços de dependência e subordinação do trabalhador face àquele que o pretenda admitir ou que já o tenha admitido, cujos direitos trabalhistas, por conta da sua patrimonialidade, passam a ostentar relativa disponibilidade²⁵.

Ademais, o conflito apenas será submetido à arbitragem se tiver a total concordância do empregado, fato este que não enseja na questão de que o empregado não terá acesso à justiça, uma vez que a arbitragem se mostra um meio alternativo ao Poder Judiciário.

Resta claro que o empregado não será obrigado a aceitar a arbitragem, podendo optar por ingressar no Poder Judiciário, uma vez que o procedimento arbitral só ocorre se for por ele iniciado ou se tiver sua concordância expressa em cláusula arbitral.

5 OS BENEFÍCIOS DA ARBITRAGEM

No Estado do Rio Grande do Sul no ano de 2017 o tempo médio do recebimento da ação até o julgamento da sentença de 1º grau foi de um ano e seis meses, segunda dados apresentados pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ)²⁶. Ainda, de acordo com o Jornal Zero Hora²⁷ atualmente existem mais de cinco milhões de processos trabalhistas que aguardam julgamento.

²⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial No 1.189.050 – SP** – São Paulo. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Disponível em

<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=58607291&num_registro=201000622004&data=20160314&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em 01 de agosto de 2018.

²⁵ BERALDO, Leonardo de Faria. **Curso de Arbitragem**: nos termos da Lei nº 9.307/96. São Paulo: Atlas, 2014. P. 94.

²⁶ **JUSTIÇA EM NÚMEROS 2018**.

²⁷ VIECELI, Leonardo. Em xeque, Justiça do Trabalho lida com mais de 5 milhões de processos. **JORNAL ZERO HORA**, Porto Alegre. 19 de janeiro de 2019. Disponível em <<https://gauchazh.clicrbs.com.br/politica/noticia/2019/01/em-xeque-justica-do-trabalho-lida-com-mais-de-5-milhoes-de-processos-cjr2o0pp400mt0119q2ku8ido.html>>. Acesso em 08 de agosto de 2019.

Primeiro note-se que existe uma superlotação de demandas na Justiça do Trabalho, causando a morosidade do procedimento, levando ao desgaste das partes que precisam enfrentar processos longos e demorados na espera de sentenças que abordam questões possíveis de serem transacionadas entre as partes.

Ademais, o Juiz que profere a decisão do procedimento Judicial tem conhecimento sobre o ordenamento jurídico, porém não consegue analisar detalhadamente a situação frente a grande demanda de processos a serem julgados, proferindo sentenças muitas vezes amplas e genéricas.

Na arbitragem as partes tem a liberdade de escolherem a Câmara Arbitral e os árbitros que irão analisar e decidir o caso, podendo optar por pessoas qualificadas em área específica relacionada à matéria objeto da lide.

Além disso, a celeridade é outro benefício da arbitragem,

principalmente ao se tomar como paradigma o processo judicial. Enquanto a “taxa de congestionamento” de nossos tribunais aponta um prazo demasiadamente longo para o trânsito em julgado de uma sentença judicial, a Lei de Arbitragem estabelece que o procedimento arbitral deva encerrar em seis meses após a instituição da arbitragem²⁸.

O procedimento arbitral é mais célere, pois não existe fase recursal, ocorre em instância única, podendo as partes optar por um julgamento colegiado desde o início.

Ademais se as partes escolheram tribunal arbitral qualificado para resolver a questão pressupõe-se que a decisão será específica, qualificada, mais rápida e não será necessária fase recursal.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A alteração no texto da CLT trouxe diversas mudanças na área trabalhista. O procedimento arbitral no direito do trabalho, que antes era permitido apenas na discussão de dissídios coletivos, passou a ser aceito também na resolução de conflitos individuais de trabalho.

O uso da arbitragem de forma ilimitada no direito do trabalho objetiva possibilitar as partes acesso a um procedimento mais célere e eficaz em relação ao processo Judicial. Concede às partes a liberdade de transacionar livremente as questões de seu interesse.

Percebe-se que o legislador cuidou da proteção do empregado ao permitir a arbitragem apenas após o fim do contrato de trabalho, quando os direitos adquiridos se tornam créditos, passando a figurar como direitos disponíveis.

Conclui-se assim que a possibilidade de instaurar o procedimento arbitral nas demandas envolvendo direitos trabalhistas será extremamente benéfica para empregado e empregador, irá viabilizar a transação entre as partes, permitindo decisões mais específicas e certeiras sobre o assunto, além de desafogar o Poder Judiciário.

²⁸ CAHALI, Francisco José. **Curso de Arbitragem**: Mediação: Conciliação: Tribunal Multiportas P.126.

REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

BERALDO, Leonardo de Faria. **Curso de Arbitragem**: nos termos da Lei nº 9.307/96. São Paulo: Atlas, 2014. P. 94.

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 23 jul 2019.

BRASIL. **LEI Nº 9.307, DE 23 DE SETEMBRO DE 1996**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9307.htm. Acesso 23 jul 2019.

BRASIL. **Consolidação das Leis do Trabalho**. Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm. Acesso 12 nov 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial No 1.189.050 – SP** –São Paulo. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Disponível em https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=58607291&numero_registro=201000622004&data=20160314&tipo=5&formato=PDF. Acesso 01 ago 2018.

CAHALI, Francisco José. **Curso de Arbitragem: Mediação, Conciliação, Tribunal Multiportas**. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

DIDIER, Jr Fredie. **Curso de direito processual civil**: introdução ao direito processual civil. 19.ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2017.

EXMAN, Fernando. **Teto do benefício do INSS é reajustado para R\$ 5.839,45**. Disponível em <https://www.valor.com.br/brasil/6067435/teto-do-beneficio-do-inss-e-reajustado-para-r-583945>. Acesso 01 ago 2019.

FARIAS, James Magno Araújo. Jurisdição e mediação: a atuação da justiça do trabalho para garantir a proteção dos direitos laborais e a possibilidade de mediação trabalhista no Brasil. **Rev. TST**, Brasília, v. 81, n. 1, jan./mar. 2015. Disponível em: https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/95931/2015_farias_james_jurisdiacao_mediacao.pdf?searchresult=true&query=media%C3%A7%C3%A3o&currentcope=&rpp=10&sort_by=score&order=desc&page=2>:. Acesso em 12 julho de 2019.

GOMES, Marcella Furtado de Magalhães; VASCONCELOS, Antônio Gomes de. **Mediação judicial trabalhista**. Disponível em https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/98238/2016_vasconcelos_antonio_mediacao_judicial.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em 09 ago 2019.

GOUVEIA, Mariana França. **Curso de resolução alternativa de litígios**. 3.ed. Coimbra: Ed. Almedina, 2018.

JUSTIÇA EM NÚMEROS 2018. Disponível em

<<https://www.trt4.jus.br/portais/media/223377/Relat%C3%B3rio%20Justi%C3%A7a%20em%20N%C3%B3meros%202018%20-%20compilado.pdf>> Acesso em 07 ago 2019.

LEVY, Fernanda Rocha Lourenço. **Cláusulas escalonadas: a mediação comercial no contexto da arbitragem.** São Paulo: Ed. Saraiva, 2013.

MENEZES, Marcelo Paes. Sobre mediação, direito do trabalho e conflitos de “ódio, amor e dor”. **Rev. Trib. Reg.** 3ª Reg., Belo Horizonte, v. 32, n. 62, p. 205-212, jul./dez. 2000.

MENEZES, Marcelo Paes. A “crise da justiça” e a mediação. **Rev. Trib. Reg. Trab.** 3ª Reg., Belo Horizonte, v. 33, n. 63, p. 23-31, jan./jun. 2001.

SANTOS, Enoque Ribeiro dos. **Curso de direito processual do trabalho.** 2.ed. São Paulo: Ed. Atlas, 2018.

SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. **Manual e Arbitragem: mediação e conciliação.** 8. ed. ver. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. **Mediação de conflitos e práticas restaurativas.** São Paulo: Método, 2008.

VIECELI, Leonardo. Em xeque, Justiça do Trabalho lida com mais de 5 milhões de processos. **JORNAL ZERO HORA,** Porto Alegre. 19 de janeiro de 2019. Disponível em <<https://gauchazh.clicrbs.com.br/politica/noticia/2019/01/em-xeque-justica-do-trabalho-lida-com-mais-de-5-milhoes-de-processos-cjr2o0pp400mt0119q2ku8ido.html>>. Acesso 08 ago 2019.

PACTO FEDERATIVO, FEDERALISMO FISCAL COOPERATIVO E O PRINCÍPIO DE UNIFORMIDADE DE CONDIÇÕES DE VIDA: AS POSSIBILIDADES ENTRE BRASIL E ALEMANHA

Aline Moura da Silva Boanova¹

Edmar Viane Marques Daudt²

RESUMO

A presente pesquisa pretende verificar se o princípio da uniformidade de condições de vida, presente do ordenamento alemão, é recepcionado pelo federalismo brasileiro. Sua relevância reside na necessidade de buscar alternativas para a tensão entre direito e moral. O objetivo geral é comparar os ordenamentos do Brasil e da Alemanha quanto ao federalismo fiscal, para ponderar acerca da recepção do princípio. São objetivos específicos avaliar sobre as características que cercam o federalismo fiscal em cada país, bem como a aplicação do princípio de uniformidade de condições de vida ao contexto brasileiro. A metodologia consiste em utilizar o método hipotético-dedutivo, a pesquisa será bibliográfica. Com o resultado é possível identificar possibilidades para tornar o federalismo fiscal brasileiro mais equânime e eficiente.

PALAVRAS-CHAVE: Alemanha; Brasil; Federalismo Fiscal Cooperativo; Pacto Federativo; Princípio de Uniformidade de Condições de Vida.

ABSTRACT

This research aims to verify if the principle of uniformity of living conditions, present in the German order, is accepted by Brazilian federalism. Its relevance lies in the need to look for alternatives to the tension between law and morality. The general objective is to compare the Brazilian and German rulings on fiscal federalism to ponder the reception of the principle. Specific objectives are to assess the characteristics surrounding fiscal federalism in each country, as well as the application of the principle of uniformity of living conditions to the Brazilian context. The methodology consists of using the hypothetical-deductive method, the research will be bibliographic. With the result it is possible to identify possibilities to make Brazilian fiscal federalism more equitable and efficient.

KEYWORDS: Germany; Brazil; Cooperative Fiscal Federalism; Federative Pact; Uniformity of Living Conditions Principle

INTRODUÇÃO

Na contemporaneidade um sistema tributário, além de ter como escopo o financiamento das despesas públicas, deve também procurar atender vários objetivos, para que ele contribua para o desenvolvimento sustentável do país. Os principais objetivos, de acordo com a literatura econômica que trata das finanças públicas, são: i) eficiência ii) simplicidade iii) flexibilidade, iv) transparência, v) equidade e vi) federalismo fiscal. Estes objetivos são muitas vezes conflitantes, daí as divergências e as controvérsias que surgem quando se discute alternativas de sistemas tributários.

¹Advogada OAB/RS 107.289. Conciliadora da Justiça Federal TRF4. Mestra em Direito no Programa de Pós-Graduação em Direito *Stricto Sensu* da Universidade de Passo Fundo. Professora substituta da Faculdade de Direito - Universidade de Passo Fundo/UPF. E-mail: alineboanova@upf.br.

² Professor Titular III de Direito Tributário e Diretor da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo. Procurador do Estado. E-mail: daudt@upf.br.

Um problema normativo importante num país com organização federativa é a distribuição das competências tributárias entre os vários níveis de governo. A primeira questão que tem de ser tratada é a escolha do critério para esta distribuição. A teoria econômica da taxaçaõ ótima supõe que o objetivo da sociedade é o bem-estar dos seus cidadãos. Portanto, a distribuição das competências deve ser feita de tal modo que o bem-estar da sociedade como um todo seja maximizado. O arranjo institucional que permitiria cada membro da federação escolher livremente seus tributos não seria a solução adequada para a sociedade, porque daria margem a uma série de efeitos negativos provenientes de impostos ineficientes e injustos, que redundaria em perda de bem-estar para a coletividade. O desafio que apresenta é o desenvolvimento de uma teoria da taxaçaõ ótima sobre a distribuição das competências tributárias, conciliando a harmonizaçaõ com a concorrência tributária.

Dessa forma, a presente pesquisa visa discorrer sobre o Pacto federativo e o federalismo fiscal no Brasil e na Alemanha, avaliando as possibilidades de configuraçaõ de um federalismo fiscal cooperativo no Brasil espelhado nas transferências intergovernamentais alemãs. Para isso se utilizam as experiências da Alemanha ponderando acerca do Princípio de uniformidade de condições de vida que proporciona uma igualdade material de recursos entre os entes federados.

Diante disso, se avalia a possibilidade de incorporaçaõ dos mandamentos alemães no federalismo fiscal brasileiro para a consecuçãõ de um sistema cooperativo, equânime e eficaz. Para melhor desenvolvimento da pesquisa se divide em duas seções: I) Pacto federativo, descentralizaçaõ e autonomia: Federalismo fiscal no Brasil e II) Federalismo fiscal cooperativo na Alemanha: O princípio de uniformidade de condições de vida.

Com isso se pretende verificar se o princípio da uniformidade de condições de vida, presente do ordenamento alemão, é recepcionado pelo federalismo brasileiro, mantendo a autonomia dos entes e, ao mesmo tempo, atenuando as distorções da repartiçaõ tributária, quando confrontada com as competências de cada ente.

1 PACTO FEDERATIVO, DESCENTRALIZAÇAõ E AUTONOMIA: FEDERALISMO FISCAL NO BRASIL

O federalismo pode ser entendido como “[...] a ideia política – mormente de cunho liberal, com origem nos *Founding Fathers*, ou *Framers of the Constitution* norte-americanos – que permeia a justificaçaõ de uma dada forma de Estado formada em um país”³. O modelo federativo teve origem na realidade sócio-política norte-americana, fruto de longo processo de independência junto à Coroa Inglesa. Desde a chegada dos primeiros colonos à América do Norte, formaram-se comunidades políticas dotadas de grande autonomia, que posteriormente deram origem às treze colônias. Os colonos ingleses mantiveram o espírito social britânico de autogoverno e a Inglaterra, por sua vez, concedeu enorme autonomia e liberdade política aos americanos⁴.

A consequência de tal autonomia foi que, quando do processo de independência, as colônias possuíam alto grau de organizaçaõ, cada qual com sua *Bill of Rights*, o que levou ao centro dos debates revolucionários o problema da representaçaõ política e das liberdades dos cidadãos. A defesa do federalismo (em oposiçaõ ao

³ MIRANDA, Roberta Drehmer de. O federalismo estadunidense e o “implante” ibero-americano. In: SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha; AVILA, Marta Marques (Org.). **Estudos sobre o federalismo**. Porto Alegre: Dora Luzzatto, 2007, p. 201-202.

⁴ MIRANDA, Roberta Drehmer de. **O federalismo estadunidense e o “implante” ibero-americano**, 2007. p. 202.

confederalismo) se deu por meio de inúmeros artigos⁵, elaborados por Alexander Hamilton, James Madison e John Jay, e que foram publicados na imprensa de Nova Iorque entre 1787 e 1788.

Conforme Hamilton o projeto federalista dependia em grande parte da capacidade do novo governo de financiar-se, pois “o dinheiro é considerado, muito corretamente, como o princípio vital do organismo político, como aquilo que sustenta a sua vida e movimento e o capacita para executar as suas funções mais essenciais”⁶. O autogoverno, portanto, dependia fundamentalmente do poder de tributação, eis que esta era a forma de se obter os recursos necessários para a sua manutenção.

Hamilton destacou que sem tal capacidade de obter recursos, “ou o povo tem de ser sujeito a pilhagem contínua, como substituto de um modo mais aceitável de suprir as necessidades públicas, ou o governo tem de mergulhar numa atrofia fatal e, em pouco tempo, perecer”⁷. O autor afirma ainda que “[...] isto pode ser comprovado pela história da humanidade, que no progresso usual das coisas, as necessidades de uma nação, em cada período de sua existência, serão pelo menos iguais aos seus recursos”⁸. Tal afirmação é fundamental para entender a relação estabelecida entre o exercício do poder político e a competência tributária, questão fundamental do direito constitucional e tributário, era imprescindível o fortalecimento da capacidade tributária para a autonomia. Não é por outra razão a formação de um Estado no modelo federativo nos Estados Unidos da América: era necessário garantir, ao mesmo tempo, autonomia para os agora Estados Federados, e a centralização de certas matérias políticas.

Tal estrutura ficou conhecida como “federalismo de competição”, o qual pode ser definido como a estrutura de divisão territorial do poder sustentada em dois órgãos que se limitam reciprocamente, cada qual com seu campo de competências previamente definido – daí a ideia de Constituição escrita, suprema e rígida – e que, ao mesmo tempo, encontra-se em igualdade constitucional. A palavra “competição” resume bem a relação existente entre os Estados e o Governo Central, tendo em vista que eram considerados como “rivals” entre si, o que leva à necessidade de uma clara demarcação de poderes e limites para não colocar em perigo a união então perfectibilizada.

A organização federalista de governo é em geral defendida a partir de três princípios: i) alocação eficiente dos recursos nacionais, ii) aumento da participação política da sociedade e iii) proteção das liberdades básicas e dos direitos individuais dos cidadãos. A alocação eficiente dos recursos seria obtida pela descentralização da produção dos bens e serviços públicos nos diferentes níveis de governo. A existência de várias esferas de governo propicia uma maior participação política da sociedade, por meio da escolha dos seus representantes nos poderes legislativo e executivo locais. Num sistema em que o poder não é centralizado há um maior grau de proteção as liberdades básicas e aos direitos individuais dos cidadãos. No sistema federalista de governo existem três decisões a serem tomadas sobre suas instituições⁹. Em primeiro lugar o número de níveis de governo na federação, em segundo lugar a representação destes níveis no governo central, e por

⁵ Os denominados *federalistpapers* consistem em 85 artigos que, em 1788, foram reunidos em uma coletânea conhecida como HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **O federalista**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2011.

⁶ HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **O federalista**, 2011, p. 278.

⁷ HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **O federalista**, 2011, p. 278.

⁸ HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **O federalista**, 2011, p. 278.

⁹ BARBOSA, Fernando de H. **Federalismo fiscal, eficiência e equidade: uma proposta de reforma tributária**. Brasília: Sinafresp/Fenafisco, 1998.

último a distribuição das competências políticas entre os níveis verticais de governo. A Constituição do Brasil dispõe sobre estas questões, especificando os níveis, a representatividade e as competências, e no quarto parágrafo do artigo 60 estabelece que não será objeto de deliberação a proposta de Emenda Constitucional tendente a abolir a forma federativa do Estado¹⁰.

A organização político-administrativa do Brasil, de acordo com as Constituições brasileiras desde a proclamação da República, é uma federação de estados autônomos. O livro clássico sobre federalismo fiscal de Oates¹¹ contrapõe ao Estado unitário o anárquico, que seria um ente completamente descentralizado, e usa o termo federalismo num sentido mais amplo, para designar aquelas formas de organização que representam um meio termo entre os dois extremos, a anarquia e o centralismo unitário. A definição de uma organização federal de governo, segundo Oates é

um setor público com níveis decisórios tanto centralizados como descentralizados, nos quais as escolhas feitas a cada nível, relativas a provisão de serviços públicos, são determinadas em grande parte pela demanda destes serviços por parte dos residentes das respectivas jurisdições”¹²

Isto é, a característica básica de um regime federalista é a preferência por uma estrutura de governo a mais descentralizada possível, que seja capaz de internalizar todas externalidades econômicas que existam na produção de bens e serviços públicos. Amaro Cavalcanti aponta como pontos positivos do federalismo: a) melhor aceitação das diversidades regionais; b) repartição do progresso; c) a federação dificulta o despotismo; d) Estados-membros naturais e geograficamente isolados se veem capazes de se integrarem a um todo maior; e) a repartição do poder com o estado-membro alivia a carga do poder federal e prestigia a participação daquele na vida nacional; f) a repartição do poder federal com o estado-membro estimula o povo, mais próximo a este último, a participar da vida política do país¹³. Todavia, o autor também revela pontos negativos, tais como: são: a) enfraquecimento do poder central; b) constante possibilidade de dissolução; c) falta de uniformidade na legislação e na administração; d) enfraquecimento internacional do estado; e) necessidade vital de identidade cultural (*latu sensu*)¹⁴.

O federalismo brasileiro caracterizou-se no passado por uma concentração excessiva no poder central, tornando o nosso regime mais próximo do federalismo econômico em virtude do poder exercido pelo Presidente da República. Desde o início da década dos 1980 o Brasil entrou numa época de mudanças institucionais, que se acelerou na década dos 1990, acentuando a implementação do pensamento reformista.

¹⁰ Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

[...]

§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

I - a forma federativa de Estado [...] (BRASIL, 1988)

¹¹ OATES, Wallace E. **Fiscal Federalism**. Nova York: Harcourt Brace Jovanovich, 1972.

¹² OATES, Wallace E. **Fiscal Federalism**, 1972, p. 17

¹³ CAVALCANTI, Amaro. **Regimen federativo e a República brasileira**. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1900. p. 119-125.

¹⁴ CAVALCANTI, Amaro. **Regimen federativo e a República brasileira**, 1900. p. 112-118.

O sistema tributário brasileiro foi reformado em duas oportunidades em período recente, a primeira na década de 1960¹⁵ e a segunda na década dos 1980¹⁶. Um fato marcante da segunda reforma foi a falta de equilíbrio no trato da questão federativa, pois se aumentou a transferência de recursos para os estados e municípios, sem contrapartida na diminuição dos gastos da União porque não se transferiu encargos, contribuindo para agravar o problema do déficit público. Todavia, o lado positivo da reforma da Constituição de 1988 foi a descentralização do federalismo fiscal brasileiro, que já vinha ocorrendo desde o início da década dos 1980 como uma reação a centralização verificada no regime militar de 1964¹⁷.

A distribuição dos impostos no regime federalista brasileiro, de acordo com as Constituições e as Emendas Constitucionais aprovadas no período pós-guerra, trilhou o caminho da especialização, procurando dotar cada nível de governo com competência sobre uma base tributária. O imposto de renda foi atribuído ao governo federal; o principal imposto sobre propriedade, o imposto sobre propriedade territorial e urbana, foi destinado aos municípios; o imposto sobre consumo foi dividido entre as três esferas de governo, mas aos estados sempre coube a parte mais importante deste tipo de imposto. Todavia, esta distribuição nunca foi capaz de prover recursos para que houvesse um equilíbrio nos orçamentos de cada nível de governo, havendo necessidade da criação de mecanismos de transferências de recursos intergovernamentais, tanto horizontalmente entre mesmos níveis de governo, como verticalmente entre esferas diferentes.

As transferências intergovernamentais no Brasil são transferências de recursos entre as várias esferas de governo, sejam no mesmo nível num processo horizontal ou entre níveis diferentes numa escala vertical. Os objetivos dessas transferências podem ser os mais diversos, baseados em argumentos econômicos do tipo equidade e eficiência, ou em considerações de ordem política, como centralização ou descentralização do poder político¹⁸.

As transferências intergovernamentais podem ser classificadas, de acordo com a legislação, em três tipos: i) constitucionais, ii) legais¹⁹ e iii) conveniadas. As transferências constitucionais são aquelas

¹⁵A reforma de 1966, que entrou em vigor em 1967, acabou com o imposto de vendas e consignações(IVC), um imposto em cascata que incidia sobre o faturamento, e em seu lugar colocou o imposto sobre circulação de mercadorias(ICM), um imposto do tipo valor adicionado. O imposto federal de consumo foi transformado num imposto do tipo valor adicionado, o imposto sobre produtos industrializados(IPI). A reforma de 1966 extinguiu também impostos anacrônicos, como o imposto do selo, e passou para a órbita federal impostos de política econômica, como os impostos que incidem sobre o comércio exterior. Esta reforma criou os impostos únicos sobre combustíveis, minerais, eletricidade e telecomunicações, que tinham como objetivo financiar investimentos na infraestrutura do país. No início da década dos 70, no Governo Médici, começou-se o desmonte da reforma de 1966 quando o imposto sobre o faturamento das empresas foi recriado com a contribuição do PIS; daí por diante várias distorções foram introduzidas desfigurando o sistema tributário de 1966.

¹⁶A segunda reforma tributária foi feita com a Constituição de 1988. Esta reforma alargou a base do ICM, transformando-o no imposto sobre circulação de mercadorias e serviços(ICMS), e extinguiu os diversos impostos únicos. A Constituição de 1988 criou o imposto sobre grandes fortunas, que até hoje não foi implementado, e permitiu que contribuições para a seguridade social tivessem como fato gerador o faturamento das empresas.

¹⁷ BARBOSA, Fernando de H. **Federalismo fiscal, eficiência e equidade: uma proposta de reforma tributária**, 1998.

¹⁸ BARBOSA, Fernando de H. **Federalismo fiscal, eficiência e equidade: uma proposta de reforma tributária**, 1998.

¹⁹ As transferências intergovernamentais classificadas como legais são transferências que têm finalidade específica, como é o caso do salário educação e dos fundos constitucionais. A Constituição estabelece que toda a arrecadação da contribuição do salário educação tem de ser destinada ao ensino fundamental. Os fundos constitucionais são formados com recursos provenientes de 3% da arrecadação dos impostos de renda e sobre produtos industrializados, e estes fundos têm como objetivo financiar programas no setor produtivo. Existem três fundos constitucionais. O Fundo da Região Nordeste (FNE) fica com 1,8% desta receita tributária, ao Fundo da Região Norte(FNO) cabe 0,6% e o Fundo da Região Centro-Oeste também recebe 0,6% da arrecadação dos dois tributos. Os recursos são transferidos diretamente para os bancos regionais que administram estes fundos: o Banco do Nordeste do Brasil, o Banco da Amazônia e o Banco do Centro-Oeste [...] O total de recursos do Fundo de Participação dos Estados(FPE) é obtido multiplicando-se uma alíquota de 21,5% sobre a receita total do imposto de renda e do imposto sobre produtos industrializados, líquidas de: a) incentivos fiscais(FINAM, FINOR e FUNRES); b) restituições; c) retificações; d) 100% do imposto de renda retido na fonte dos servidores da união e e) 5,6% do total calculado com base nos itens anteriores para compor o Fundo de Estabilização Fiscal(FEF) [...] O Fundo de

estabelecidas pelos artigos 157, 158 e 159 da Constituição Federal, elas determinam a participação dos estados e municípios na receita tributária da União e a participação dos municípios na receita tributária dos estados. As transferências legais são estabelecidas por lei, em alguns casos previstas na própria Constituição, mas não se constituem em partilha de receita tributária. As transferências conveniadas são feitas por meio de convênios, não dependem de lei específica, mas devem constar da lei do orçamento geral da união. Este tipo de transferência intergovernamental destina-se a projetos municipais para obras de esgoto e saneamento básico, em conformidade com o que é estabelecido no convênio. Não existe, a priori, finalidade específica e a fonte de recursos não é fixada em lei. Estas transferências conveniadas são também conhecidas como transferências voluntárias²⁰.

Diante disso, a primeira questão importante no desenho de um sistema tributário é a escolha das bases dos impostos a serem cobrados da sociedade. A segunda questão importante num sistema tributário é a distribuição das competências tributárias entre os vários níveis de governo, podendo haver especialização ou sobreposição de impostos, harmonização ou competição tributária, autonomia ou centralização na cobrança de tributos, participação ou transferência discricionária de receita tributária.

Assim, é de suma importância verificar o federalismo fiscal cooperativo da Alemanha e o princípio de uniformidade de condições de vida para ponderar acerca da sua aplicação no sistema brasileiro.

2 FEDERALISMO FISCAL COOPERATIVO NA ALEMANHA: O PRINCÍPIO DE UNIFORMIDADE DE CONDIÇÕES DE VIDA

Os sistemas tributários modernos usam, em geral, três bases: a renda, o consumo e a propriedade, ou alguma variante dos mesmos para a atividade arrecadatória pública. Os conceitos que correspondem, na prática, a cada uma dessas variáveis dependem da legislação tributária, e nem sempre é possível, seja em virtude de razões técnicas ou mesmo políticas, estabelecer uma relação exata entre a definição da teoria econômica e a contrapartida empírica usada para a cobrança do tributo²¹.

A teoria econômica não tem uma fórmula fechada para resolver as questões fundamentais que surgem na sua aplicação, pois não existe um único modelo de sistema tributário. Cada país tem suas características e peculiaridades, apresentando traços comuns, mas também diferenças marcantes. A experiência de diversos países em matéria tributária é, portanto, uma fonte importante de informações para analisar possíveis alternativas. No recorte proposto se verifica o federalismo cooperativo da Alemanha, sob o pano de fundo do princípio de uniformidade de condições de vida.

Dieter Grimm²² relaciona como uma das causas do federalismo alemão o Sacro Império Romano-Germânico e a unificação promovida por Otto von Bismarck sob a égide da dinastia dos Hohenzollern. Essa unificação fez com que os antigos setenta e dois Estados autônomos que compunham a Alemanha

Participação dos Municípios (FPM) é obtido aplicando-se uma alíquota de 22,5% a mesma base que serve de cálculo para o fundo de participação dos estados. Este percentual somente passou a vigorar em 1993, sendo que anteriormente pelo Ato das Disposições Constitucionais Transitórias os percentuais, tanto do FPM como do FPE, foram modificados ao longo do tempo. BARBOSA, Fernando de H. **Federalismo fiscal, eficiência e equidade: uma proposta de reforma tributária**, 1998, p. 15-16.

²⁰ BARBOSA, Fernando de H. **Federalismo fiscal, eficiência e equidade: uma proposta de reforma tributária**, 1998

²¹ BARBOSA, Fernando de H. **Federalismo fiscal, eficiência e equidade: uma proposta de reforma tributária**, 1998.

²² GRIMM, Dieter. **El federalismo alemán**: desarrollo histórico y problemas actuales. El federalismo en Europa. Barcelona: Hacer Editorial, 1993. p. 45.

preservassem muitos de seus poderes, sendo o Reich uma estrutura voltada para as relações internacionais e para a defesa coletiva, tendo o Kaiser, inclusive, o sugestivo título de Supremo Senhor da Guerra.

Essas causas históricas, todavia, desapareceram com o nacional-socialismo e sua forte tendência centralizadora; tendo sido já amplamente relativizadas pela Constituição de Weimar, de 11 de agosto de 1919. Konrad Hesse destaca que os Estados alemães da moderna federação não são, geográfica e culturalmente, os que promoveram a Unificação de Bismarck.²³

Com o fim do nazismo, a ocupação dos aliados e, posteriormente, com o Tratado de Unificação, que incorporou à República Federal os Estados da antiga Alemanha Oriental, novas forças – completamente estranhas à tradição do federalismo alemão – forjaram a forma de Estado, de modo que as causas artificiais suplantam, hoje, as causas materiais na regulação normativa da repartição de competências no direito constitucional alemão²⁴.

A Lei Fundamental de Bonn, de 23 de maio de 1949, traz uma repartição de competências que apresenta caráter funcional, ou seja, reserva à União (*Bund*) preponderantemente a função legislativa, deixando para os Estados (*Länder*) a execução, isto é, a função administrativa. E essas competências administrativas – ou materiais – são controladas pela União, de modo que, quando um *Land* aplica equivocadamente a lei, há a possibilidade – não verificada nos mais de cinquenta anos de vigência da Lei Fundamental – de se promover uma espécie de intervenção federal (*Bundeszwang*), com prévio consentimento do Conselho Federal (*Bundesrat*), a casa que, no Legislativo alemão, representa os *Länder*.²⁵

Essa realidade de divisão funcional de competências e de controle da execução estadual pela União faz com que Dieter Grimm e Konrad Hesse afirmem que a Alemanha constitui um Estado federal unitário²⁶. Tal centralização ou tal unitarismo da federação alemã é mitigada, contudo, pelas competências concorrentes, caracterizadoras de um federalismo de cooperação²⁷. A existência de uma competência concorrente permite, assim, a superação, ainda que circunscrita a determinadas matérias, da repartição funcional antes mencionada, habilitando o estado (*Land*) a editar leis e ter, desse modo, um ordenamento jurídico próprio, distinto do da União; o que é característico do federalismo.

Na Alemanha as funções legislativas, de alocação de recursos financeiros e a formulação de políticas competem ao governo federal enquanto a execução, implementação e administração das políticas são de responsabilidade dos estados e governos locais, isto é, a decisão é centralizada e a execução é descentralizada. Esta divisão de funções entre o governo federal e os estados é uma característica marcante do que se denomina modelo horizontal de federalismo alemão. Entretanto, um outro aspecto a se considerar são dois instrumentos de coordenação política, introduzidos numa reforma constitucional em 1969, para áreas em que havia dificuldade de que a política de decisão centralizada e execução descentralizada fosse efetuada²⁸.

²³ HESSE, Konrad. **Estado federal unitario. Escritos de derecho constitucional**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2011. p. 193.

²⁴ GRIMM, Dieter. **El federalismo alemán: desarrollo histórico y problemas actuales**. El federalismo en Europa, 1993. p. 48.

²⁵ VOGEL, J. J. El régimen federal de la Ley Fundamental. In: BENDA et al. **Manual de derecho constitucional**. Trad. Antonio López Pina. Madrid: Marcial Pons, 1996. p. 665.

²⁶ GRIMM, Dieter. **El federalismo alemán: desarrollo histórico y problemas actuales**. El federalismo en Europa, 1993. p. 49; HESSE, Konrad. **Estado federal unitario. Escritos de derecho constitucional**, 2011. p. 198.

²⁷ GRIMM, Dieter. **El federalismo alemán: desarrollo histórico y problemas actuales**. El federalismo en Europa, 1993. p. 65.

²⁸ BARBOSA, Fernando de H. **Federalismo fiscal, eficiência e equidade: uma proposta de reforma tributária**, 1998.

A legislação tributária é uniforme e centralizada, todos os impostos são estabelecidos de acordo com o mesmo código nacional. A jurisdição sobre a receita tributária, as categorias de impostos e a competência tributária de cada nível de governo estão determinadas na Constituição de 1949. Um princípio fundamental da Constituição é o de cooperação recíproca entre governos federal e estadual e entre os próprios estados. A receita dos impostos de renda, da pessoa física e da pessoa jurídica, e do imposto sobre valor adicionado é partilhada entre os governos federal e estadual. O poder de tributação é estabelecido de acordo com legislação exclusiva e concorrente do governo federal. A competência tributária referente a tarifas alfandegárias e impostos seletivos é de atribuição exclusiva do governo federal. A legislação concorrente é garantida ao governo federal, se a receita tributária pertencer, pelo menos parcialmente, a ele. O poder de tributar também é concedido a estados e governos locais com relação a determinados impostos. O princípio de uniformidade de condições de vida, especificado na Constituição, implica no compromisso de que os encargos tributários sejam uniformes em todo o país, o que enfraquece a autonomia fiscal dos estados²⁹.

As duas provisões constitucionais ocorridas em 1969, foram o estabelecimento de tarefas conjuntas - na decisão, na responsabilidade comum, no planejamento e no financiamento - e subvenções condicionadas a projetos específicos para os estados. Estes elementos caracterizam o federalismo cooperativo alemão, aumentando a integração horizontal das funções do governo. Os três principais processos de equalização financeira interestadual são: partilha da receita tributária, redistribuição de recursos entre os estados, sem interferência do governo federal; e subvenções do governo federal, principalmente para os estados mais pobres³⁰. O sistema de partilha de receita tributária entre as esferas de governo é uma forte característica do federalismo alemão e busca atenuar as diferenças do potencial tributário regional. O princípio de uniformidade de condições de vida especificado na Constituição está implícito neste processo³¹.

Uma outra forma de equalização interestadual é realizada sem a interferência do governo federal. A alocação de recursos é realizada entre os estados de acordo com a mensuração da capacidade fiscal de cada estado. Utiliza-se como medida padronizada para equalização a capacidade fiscal per capita média para todos os estados multiplicada pela população de cada estado. O sistema funciona como um mecanismo de compensação, ou seja, os pagamentos feitos pelos estados em que a capacidade fiscal é bastante alta sempre se equalizam à soma do total dos recebimentos dos estados cuja a capacidade fiscal é reduzida. Outro mecanismo de equalização financeira são as subvenções concedidas pelo governo federal para estados mais carentes de recursos, principalmente os estados da antiga Alemanha Oriental (República Democrática Alemã).

Em virtude da forte dependência dos estados nas subvenções concedidas pelo governo federal e na partilha dos “impostos conjuntos”, pode-se dizer que a autonomia fiscal dos estados alemães é bastante reduzida³².

²⁹ BARBOSA, Fernando de H. **Federalismo fiscal, eficiência e equidade: uma proposta de reforma tributária**, 1998.

³⁰ SPAHN, Paul Bernd; WOLFGANG Föttinger. Germany. In Teresa Ter Minasian (org.), **Fiscal Federalism in Theory and Practice**. Washington, D. C.: International Monetary Fund, 1997. p. 36.

³¹ BARBOSA, Fernando de H. **Federalismo fiscal, eficiência e equidade: uma proposta de reforma tributária**, 1998.

³² “Em 1995, a participação dos impostos “conjuntos,” partilhados com o governo federal, na arrecadação estadual foi cerca de 63%. Com relação aos impostos de competência exclusiva dos estados, a participação foi somente de 9%. O restante da receita foi proveniente de subvenções concedidas pelo governo federal. Com relação às fontes de receita dos governos locais, há um certo equilíbrio na participação das subvenções concedidas pelos estados e pelo governo federal e dos impostos partilhados, respectivamente, de 33% e 26%. Somente 5% da arrecadação total dos governos locais foi de arrecadação dos impostos de competência exclusiva destes”. BARBOSA, Fernando de H. **Federalismo fiscal, eficiência e equidade: uma proposta de reforma tributária**, 1998.

Contudo, o sistema alemão apresenta fatores que divergem sobremaneira do federalismo brasileiro, os quais afetam a autonomia dos estados, criando uma relação de dependência perante a União.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nos países que adotam o sistema federalista de organização de governo, o sistema tributário deve ser capaz de permitir um certo grau de autonomia financeira dos membros da federação, por meio de uma distribuição de competências tributárias que torne factível este objetivo. Caso contrário, a federação transforma-se de fato num estado unitário. Um sistema tributário é eficiente quando, para uma dada receita tributária, ele otimiza a alocação dos recursos na economia. Um sistema tributário é simples quando ele é relativamente barato, tanto no custo de arrecadação do fisco como também no custo do contribuinte para o pagamento dos impostos. A flexibilidade é a propriedade que o sistema tributário deve ter para responder com facilidade as mudanças nas condições econômicas. A transparência do sistema tributário ocorre quando ele traduz as preferências da sociedade e cada indivíduo sabe precisamente quanto está pagando de impostos. Um sistema tributário deve ser imparcial ou justo no tratamento dos indivíduos. Todavia, o conceito de justiça social não é uma questão tão trivial.

O critério de justiça social segundo a capacidade de pagamento abrange dois tipos de equidade, a horizontal e a vertical. Na equidade horizontal contribuintes com a mesma capacidade de pagamento pagam impostos de igual valor, enquanto na equidade vertical indivíduos mais ricos contribuem com uma proporção maior da carga tributária. O enfoque moderno da teoria econômica da taxaçaõ ótima prefere tratar a questão de equidade por meio de uma função de utilidade social em que o bem-estar de cada cidadão é um argumento da função, com pesos que variam de acordo com o grau de equidade desejada. Isto é, esta função social leva em conta os pesos que a sociedade atribui ao bem-estar de todas as classes sociais. Um sistema tributário justo seria, então, aquele que produzisse a receita tributária desejada e que ao mesmo tempo maximizasse o bem-estar da sociedade, levando-se em conta o grau de equidade que se pretende atingir na mesma.

Num sistema federalista de governo uma questão importante no desenho de um sistema tributário é a escolha entre harmonização de impostos e concorrência tributária. O argumento geralmente usado para defender a harmonização baseia-se no fato de que este procedimento reduz as distorções econômicas. Todavia, é provável que exista na sociedade distorções políticas que também devam ser levadas em consideração. A teoria da escolha pública supõe que os políticos podem ter seus próprios objetivos, como implementar sua ideologia e não a de seus eleitores, obter prestígio ou mesmo querer ganhos materiais, que podem levá-los a dissociar o governo da sociedade.

O conflito entre harmonização e concorrência tributária não pode, portanto, ser resolvido no plano técnico, pois privilegiar a distorção econômica preferindo harmonização de impostos, significa optar pela distorção política, permitindo o divórcio dos políticos da vontade de seus eleitores. A conclusão da análise deste tema é de que na prática é necessária uma solução de compromisso no desenho de um sistema tributário de um país organizado sob a forma federativa, procurando-se um certo grau de harmonização, mas também se aceitando um pouco de concorrência tributária, sem a perda da autonomia, principal atributo do federalismo.

O regime federalista brasileiro está, portanto, em processo de mutação, com a transferência de responsabilidades da União para os estados e municípios. Nestas circunstâncias é bastante difícil projetar o nível de despesas de cada nível de governo, e calcular a carga tributária necessária para equilibrar as finanças de cada uma das esferas de governo: da União, dos estados e dos municípios.

Analisando o sistema alemão se conclui que a autonomia fiscal reduzida dos estados pode ser explicada, em parte, pelo modelo do federalismo cooperativo baseado em partilha de receita tributária e o método de equalização financeira. Estes fatores que reforçam o princípio constitucional de uniformidade de condições de vida por toda a nação podem ser formas de desincentivo dos estados utilizarem e desenvolverem recursos próprios, principalmente com relação aos estados mais pobres, ocasionando uma falta de disciplina fiscal. Uma forte dependência destes últimos é gerada pela transferência de recursos dos estados mais ricos e pelas subvenções do governo federal, muitas vezes concedidas para assuntos que fogem aos verdadeiros objetivos iniciais, como, por exemplo, ajuda no pagamento de juros da dívida estadual.

As amplas subvenções concedidas pelo governo federal ampliam os poderes deste nível de governo com relação aos estados e governos locais. Outro fator a considerar é que este conjunto de elementos que caracterizam o federalismo alemão - impostos partilhados, pouca competência na arrecadação tributária de cada nível de governo, subvenções, mecanismo de equalização favorece à falta de transparência no momento do contribuinte verificar “quem tributa o quê”, ou seja, de se identificar que esfera de governo é responsável por qual tributo.

Contudo, se verifica que apesar de o princípio de uniformidade de condições de vida ser um fator igualitário para minimamente atender às necessidades públicas de cada ente, o sistema de repartição tributária fere a autonomia dos estados e viola o Pacto federativo brasileiro, carecendo de uma adaptação à realidade local do país para sua efetividade.

REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

BARBOSA, Fernando de H. **Federalismo fiscal, eficiência e equidade: uma proposta de reforma tributária**. Brasília: Sinafresp/Fenafisco, 1998.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em: 28 jul. 2019.

CAVALCANTI, Amaro. **Regimen federativo e a república brasileira**. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1900.

GRIMM, Dieter. **El federalismo alemán: desarrollo histórico y problemas actuales**. Barcelona: Hacer Editorial, 1993.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **O federalista**. Tradução de Viriato Soromenho Marques e João C. S. Duarte. Lisboa: Fundação CalousteGulbekian, 2011.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **O federalista**. Lisboa: Fundação CalousteGulbekian, 2011.

HESSE, Konrad. **Estado federal unitario. Escritos de derecho constitucional**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2011.

MIRANDA, Roberta Drehmer de. O federalismo estadunidense e o “implante” ibero-americano. In: SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha; AVILA, Marta Marques (Org.). **Estudos sobre o federalismo**. Porto Alegre: Dora Luzzatto, 2007.

OATES, Wallace E. **Fiscal Federalism**. Nova York: HarcourtBraceJovanovich, 1972.

SPAHN, Paul Bernd; WOLFGANG Föttinger. Germany. In Teresa Ter-Minasian (org.), **Fiscal Federalism in Theory and Practice**. Washington, D. C.: International Monetary Fund, 1997.

VOGEL, J. J. El régimen federal de la Ley Fundamental. In: BENDA et al. **Manual de derecho constitucional**. Trad. Antonio López Pina. Madrid: Marcial Pons, 1996.

ARTIGOS - GT 6 - DIREITO, CIDADANIA E DESENVOLVIMENTO TECNOLÓGICO

A INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL COMO INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO DO PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Danubia Desordi¹

Carla Della Bona²

RESUMO

A inclusão da eficiência entre os princípios que regem a Administração Pública representou a consagração do dever específico do administrador público realizar suas atribuições com presteza, perfeição e rendimento profissional. Contudo, fatores como *déficit* funcional e de recursos financeiros impedem que o gestor público dê efetividade à eficiência administrativa, fazendo-o buscar alternativas para suprir tais deficiências. Diante disso, desenvolve-se a problemática orientadora do trabalho, que consiste em analisar como o uso da Inteligência Artificial pode contribuir para a efetivação do princípio da eficiência na Administração Pública. Inicialmente, será analisado o princípio da eficiência da Administração Pública; na sequência, serão tecidas considerações acerca da Inteligência Artificial; e, por fim, serão estudados alguns casos em que a Inteligência Artificial está sendo utilizada pelos órgãos públicos no intuito de comprovar a hipótese perseguida, qual seja, que a utilização da inteligência artificial constitui um mecanismo importante para a efetivação da eficiência administrativa.

PALAVRAS-CHAVES: Administração Pública. Inteligência Artificial. Princípio da Eficiência. Reforma gerencial.

ABSTRACT

The inclusion of efficiency among the principles governing the Public Administration represented the consecration of the specific duty of the public administrator to carry out his duties with promptness, perfection and professional performance. However, factors such as functional deficits and financial resources prevent the public manager from making administrative efficiency effective, and should seek alternatives to overcome such deficiencies. In view of this, the work-orientation problem is developed, which consists in analyzing how the use of Artificial Intelligence can contribute to the effectiveness of the principle of efficiency in Public Administration. Initially, the principle of efficiency of Public Administration will be analyzed. Next, considerations will be woven about Artificial Intelligence. Finally, we will study some cases in which Artificial Intelligence is being used by public agencies, in order to prove the hypothesis, that is, that the use of artificial intelligence is an important mechanism for the effectiveness of administrative efficiency

KEYWORDS: Public Administration. Artificial Intelligence. Principle of efficiency. Management reform.

INTRODUÇÃO

O princípio da eficiência, positivado a partir da Emenda Constitucional nº 19/1998, passou a integrar o rol de princípios que regem a Administração Pública e que estão expressamente previstos no art. 37, *caput*, da Constituição Federal³. A inclusão do referido princípio simbolizou a consagração de um dever específico do administrador público de realizar às atribuições, a ele concernentes, com presteza, perfeição e rendimento funcional. A eficiência administrativa importa na mensuração dos custos da satisfação das necessidades públicas em relação ao grau de utilidade alcançado.

¹ Mestra em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Passo Fundo – PPGD/UPF. E-mail: danubiadesordi@hotmail.com

² Doutoranda em Ciências Jurídicas – CDCJ pelo Programa de Pós-Graduação *Strictu Sensu* em Ciências Jurídicas – PPCJ, da Universidade Vale do Itajaí-UNIVALI. E-mail: carladebona@tpo.com.br/dellabona@upf.br

³ Art. 37. 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 [...].

Sabe-se que, muitas vezes, por motivos de *deficit* de pessoal e de recursos financeiros, a Administração Pública não consegue atingir a eficiência almejada, o que gera, além da insatisfação pela carência na prestação do serviço público, dificuldades em controlar eventuais fraudes e atitudes corruptas no âmbito dos órgãos públicos. O gestor público necessita, assim, valer-se de mecanismos alternativos para alcançar a eficiência administrativa almejada.

Nesse contexto, desenvolve-se a problemática orientadora do trabalho, que consiste em analisar como o uso da Inteligência Artificial pode contribuir para a efetivação do princípio da eficiência na Administração Pública, uma vez que a tecnologia trouxe diversos benefícios para as mais variadas áreas, inclusive para o setor público, que pode se valer de tecnologias disruptivas para aperfeiçoar suas atividades.

Vários órgãos públicos brasileiros já estão utilizando sistemas de Inteligência Artificial para otimizar a operacionalidade, como é o caso do Tribunal de Contas da União, que conta com a ajuda dos robôs Alice, Sofia e Monica para identificar possíveis irregularidades em contratações públicas envolvendo recursos federais. Alice já ajudou os auditores a frear diversos procedimentos licitatórios irregulares pelo País, demonstrando a contribuição para a otimização, agilidade e eficiência do serviço público prestado pelo órgão. Em razão disto, esse e outros exemplos serão analisados no desenvolvimento do trabalho.

Quanto aos aspectos metodológicos ressalta-se que, o estudo será realizado através de pesquisa bibliográfica básica, a partir do exame da doutrina jurídica e de artigos publicados acerca do tema. O método a ser utilizado é o sistêmico. O desenvolvimento do trabalho se dará em três partes. Em um primeiro momento será analisado o princípio da eficiência da Administração Pública; na sequência, serão tecidas considerações acerca da Inteligência Artificial; e, por fim, serão estudados alguns casos em que a Inteligência Artificial já está sendo utilizada pelos órgãos públicos, no intuito de comprovar a hipótese perseguida, qual seja, que a utilização de inteligência artificial constitui um mecanismo importante para a efetivação da eficiência administrativa.

1 O PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA

Existem três formas de administrar o Estado, que seriam a administração patrimonialista, a administração pública burocrática e a administração pública gerencial. A administração patrimonialista, apesar de ser uma das formas de administrar o Estado, não poder ser considerada como pública, posto que não visa o interesse público; nessa forma de administração observa-se uma confusão entre o patrimônio do administrador, geralmente o monarca, e o patrimônio público⁴.

Já o modelo burocrático, por seu turno, “tem como fundamentos um corpo profissional de funcionários, promoções baseadas em mérito e tempo de serviço e uma definição legal rígida de objetivos e meios para alcançá-los”⁵.

⁴ BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. A reforma gerencial do Estado de 1995. **Revista de Administração Pública**. Rio de Janeiro, v. 34, n. 4, p. 7-26. 2000. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rap/article/view/6289>>. Acesso em: 18 dez. 2018. p. 16.

⁵ BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Uma reforma gerencial da Administração Pública no Brasil. **Revista do Serviço Público**. Brasília, v. 49, n. 1, p. 5-42. jan-mar 1998. Disponível em: <<https://revista.enap.gov.br/index.php/RSP/article/view/360>>. Acesso em: 18 dez. 2018. p. 9.

Por fim, tem-se o terceiro modelo de administração estatal, que é o gerencial o qual se baseia em uma concepção de Estado democrática e plural⁶; na descentralização política, através da transferência de recursos e atribuições aos níveis regionais e locais; na descentralização administrativa; no controle por resultados *a posteriori* dos processos administrativos; e, na administração voltada para o atendimento ao cidadão⁷.

No Estado Brasileiro as três formas de administração foram implementadas. Inicialmente, a administração pública brasileira regia-se pelo modelo patrimonialista, sendo, posteriormente, submetida a duas grandes reformas administrativas; a primeira delas, a burocrática, iniciou em 1937 no primeiro governo de Getúlio Vargas e teve como objetivo a transformação da administração pública brasileira em um serviço profissional baseado no Estado de direito e na competência técnica⁸.

A segunda reforma administrativa, a gerencial, iniciada em 1995, surgiu como uma resposta ao aumento do tamanho do Estado brasileiro, que implicou na transformação deste em um Estado Social⁹.

O modelo burocrático, que se caracterizava por uma administração pública lenta, cara, auto referida e pouco voltada para o atendimento das demandas do cidadão, mostrava-se suficiente enquanto o Estado era pequeno e tinha como única função a garantia da propriedade e dos contratos. O problema da eficiência estatal não era relevante nesse período. A partir do momento em que o Estado se transformou no grande Estado social e econômico do século XX, assumindo um crescente número de serviços sociais, como educação, saúde, cultura, previdência, assistência social, pesquisa científica, e exercendo um importante papel econômico consistente na regulação do sistema econômico interno e das relações econômicas internacionais, na estabilidade da moeda e do sistema financeiro, na provisão de serviços públicos e de infraestrutura, o problema da eficiência adquiriu *status* de essencialidade¹⁰.

Oriundo, então, da reforma administrativa de 1995, que teve como intuito a flexibilização da administração burocrática clássica implantada no Brasil em 1936, a eficiência foi elencada entre os princípios constitucionais que regem a Administração Pública através da Emenda Constitucional n° 19/1998. Ao lado da legalidade, da impessoalidade, da moralidade e da publicidade, a eficiência passou a integrar o art. 37, *caput*, da Constituição Federal, simbolizando a consagração de um dever específico do administrador público, qual seja, realizar as atribuições com presteza, perfeição e rendimento funcional, o que já era defendido pela doutrina antes mesmo da inserção no texto constitucional.

Embora a eficiência tenha recebido *status* expresso de princípio constitucional a partir da Emenda Constitucional n° 19/1998, a existência do mesmo junto ao ordenamento jurídico pátrio, como corolário da

⁶ BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Uma reforma gerencial da Administração Pública no Brasil. **Revista do Serviço Público**. p. 10.

⁷ BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Da administração pública burocrática à gerencial. **Revista do Serviço Público**. Brasília, v. 120, n. 1, p. 7-40, jan-abr 1996. Disponível em: <<https://revista.enap.gov.br/index.php/RSP/article/view/702>>. Acesso em: 17 dez. 2018. p. 11-12.

⁸ BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Os primeiros passos da reforma gerencial do Estado de 1995 **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**. Salvador, n. 16, p. 1-36. dez-fev. 2009. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/43782444_Os_primeiros_passos_da_reforma_gerencial_do_Estado_de_1995>. Acesso em: 18 dez. 2018. p. 1.

⁹ BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Os primeiros passos da reforma gerencial do Estado de 1995 **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**. p. 2.

¹⁰ BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Reflexões sobre a reforma gerencial brasileira de 1995. **Revista do Serviço Público**. Brasília, v. 50, n. 4, p. 5-29. out-dez 1999. Disponível em: <<https://revista.enap.gov.br/index.php/RSP/article/view/354>>. Acesso em: 18 dez. 2018. p. 11

Administração Pública, remonta à reforma administrativa de 1967, que aprovou o Decreto-Lei nº 200, datado do mesmo ano; ressalta-se que, referido decreto sujeitou a administração indireta ao controle da eficiência administrativa¹¹, tendo sido uma tentativa de superação da rigidez burocrática e um primeiro momento da administração gerencial no Brasil¹².

Além disso, a própria carta constitucional de 1988, antes da inclusão expressa da eficiência como princípio, já fazia referência à mesma, como obrigação constitucional da Administração Pública em alguns dos dispositivos. É o caso, por exemplo, do art. 74, inciso II, da Constituição Federal, que estabelece a obrigatoriedade da manutenção de sistema de controle interno pelos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, com a finalidade de “comprovar a legalidade e avaliar os resultados, quanto à eficácia e eficiência da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos e entidades da administração federal, bem como da aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado”¹³.

Da mesma forma, o § 1º, do artigo 74¹⁴, também prevê a responsabilização solidária dos responsáveis, caso, constatada alguma irregularidade ou ilegalidade nos aspectos controlados, não haja a comunicação imediata ao Tribunal de Contas da União. Nota-se que a eficiência e a eficácia constituem, assim, imposições constitucionais vinculantes ao agir administrativo, posto que devem ser avaliadas obrigatoriamente pelo controle jurídico da atividade de todo órgão da administração pública direta e indireta, de qualquer dos poderes, e, passíveis de sanção, em caso de irregularidade¹⁵.

Como referido, a positivação da eficiência, como princípio constitucional, veio ratificar uma obrigação inerente à atividade administrativa, considerando o modelo gerencial de administração do Estado. “A eficiência impõe ao agente público um modo de atuar que produza resultados favoráveis à consecução dos fins que cabe ao Estado alcançar”¹⁶. Significa dizer que compete ao agente público desenvolver a atividade que lhe cabe de modo que, na gestão dos recursos públicos, observe a relação entre os meios utilizados e os resultados obtidos tendo sempre como norte o bem comum e o interesse público.

Assim, o princípio da eficiência apresenta dois aspectos, segundo ensina Di Pietro, um deles relacionado com o modo de atuação do agente público e, o outro conexo com o modo de organização, estruturação e disciplina da Administração Pública. O primeiro aspecto refere-se à expectativa do melhor desempenho possível das atribuições inerentes ao agente público no intuito de obter os melhores resultados, objetivo que também é buscado pelo segundo aspecto na prestação do serviço público¹⁷.

Por esta razão, a eficiência constitui o princípio mais moderno da função administrativa, exigindo-

¹¹ Art. 26. No que se refere à Administração Indireta, a supervisão ministerial visará a assegurar, essencialmente: [...]

III – A eficiência administrativa; (BRASIL. **Decreto-lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967**. Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del0200.htm>. Acesso em: 18 dez. 2018)

¹² BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Da administração pública burocrática à gerencial. **Revista do Serviço Público**. p. 12.

¹³ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 15 dez. 2018.

¹⁴ Art. 74. [...]

¹⁵ § 1º Os responsáveis pelo controle interno, ao tomarem conhecimento de qualquer irregularidade ou ilegalidade, dela darão ciência ao Tribunal de Contas da União, sob pena de responsabilidade solidária. (BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**)

¹⁶ MODESTO, Paulo. Notas para um debate sobre o princípio da eficiência. **Revista do Serviço Público**. Brasília. v. 51, n. 2, p. 105-120. abr-jun 2000. Disponível em: <<https://revista.enap.gov.br/index.php/RSP/article/view/328>>. Acesso em: 18 dez. 2018. p. 108.

¹⁷ NOHARA, Irene Patrícia. **Direito administrativo**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2018. p. 92.

¹⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 31. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 122.

se que a mesma seja exercida com presteza, perfeição e rendimento funcional, não bastando apenas que seja desempenhada com legalidade. “O princípio deve ser entendido e aplicado no sentido de que a atividade administrativa (causa) deve buscar produzir um resultado (efeito) razoável em face do atendimento do interesse público visado”¹⁸.

As definições doutrinárias trazidas remetem ao escopo principal da Emenda Constitucional nº 19/98 ao incluir a dimensão da eficiência na administração pública, qual seja, a excelência na prestação do serviço público como alternativa à crise fiscal que assolava o Estado brasileiro no momento da edição da mesma¹⁹. Ocorre que, desde então, passados vinte anos, a Administração Pública brasileira não conseguiu implementar, satisfatoriamente, a eficiência na gestão pública. Ainda, observam-se muitos indícios da administração burocrática e, quiçá, do regime patrimonialista em vigor, o que gera o engessamento da administração pública e a baixa qualidade na prestação do serviço público, conseqüente, tem-se a insatisfação do contribuinte quer pela falta de pessoal e recursos, quer pela ocorrência de irregularidades, ilegalidades e atos de corrupção que fogem ao controle interno e externo.

Diante desse cenário, a administração pública necessita de novos instrumentos que auxiliem na otimização do serviço público; uma alternativa que vem sendo utilizada por entidades públicas consiste na implantação de sistemas que utilizam a tecnologia da Inteligência Artificial para auxiliar no desenvolvimento das atribuições dos agentes públicos. Contudo, antes de analisar alguns casos pragmáticos de emprego da Inteligência Artificial no setor público, mostra-se relevante compreender alguns dos conceitos básicos.

2 NOÇÕES BÁSICAS SOBRE INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL

Em termos gerais, a expressão Inteligência Artificial (IA) é utilizado para designar o conjunto de técnicas, dispositivos e algoritmos²⁰ computacionais, além de métodos estatísticos e matemáticos capazes de reproduzir algumas das capacidades cognitivas humanas²¹. McCarthy define Inteligência Artificial como sendo “[...] the science and engineering of making intelligent machines, especially intelligent computer programs”²².²³ A IA consiste, portanto, no desenvolvimento de sistemas computacionais capazes de executar

¹⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 105.

¹⁹ Na Exposição dos Motivos da Emenda Constitucional nº 19/98 lê-se: “O revigoramento da capacidade de gestão, de formulação e de implementação de políticas nos aparatos estatais será determinante para a retomada do desenvolvimento econômico e o atendimento às demandas da cidadania por um serviço público de melhor qualidade. Além disso, **o aumento da eficiência do aparelho do Estado é essencial para a superação definitiva da crise fiscal.**” (grifou-se) (BRASIL. **Emenda Constitucional nº 19, de 1998**. Modifica o regime e dispõe sobre princípio e normas da Administração Pública, Servidores e Agentes políticos, controle de despesas e finanças públicas e custeio de atividades a cargo do Distrito Federal, e dá outras providências. Exposição dos Motivos. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/emecon/1998/emendaconstitucional-19-4-junho-1998-372816-exposicaodemotivos-148914-pl.html>>. Acesso: 22 dez. 2018)

²⁰ “**Algoritmo** (*algorithm*), em sentido amplo, é um conjunto de instruções, como uma receita de bolo, instruções para se jogar um jogo, etc. É uma sequência de regras ou operações que, aplicada a um número de dados, permite solucionar classes semelhantes de problemas. Na informática e telemática, o conjunto de regras e procedimentos lógicos perfeitamente definidos que levam à solução de um problema em um número de etapas. Em outras palavras mais claras: são as diretrizes seguidas por uma máquina. Na essência, os algoritmos são apenas uma forma de representar matematicamente um processo estruturado para a realização de uma tarefa. Mais ou menos como as regras e fluxos de trabalho, aquele passo-a-passo que encontramos nos processos de tomada de decisão em uma empresa, por exemplo”. (grifos do autor) (ELIAS, Paulo Sá. **Algoritmos, inteligência artificial e o direito**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/algoritmos-inteligencia-artificial.pdf>>. Acesso em: 26 dez. 2018. p. 1).

²¹ TOFFOLI, Dias. Prefácio. In: FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho; CARVALHO, Angelo Gamba Prata de (Coord.). **Tecnologia jurídica & direito digital**: II Congresso Internacional de Direito, Governo e Tecnologia. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 17-21. p. 18.

²² “[...] a ciência e engenharia de fazer máquinas inteligentes, especialmente programas de computador inteligentes”. (tradução nossa)

²³ MCCARTHY, John. **What is artificial intelligence?** Stanford: 2007. Disponível em: <<http://jmc.stanford.edu/articles/whatisai/whatisai.pdf>>. Acesso em: 28 dez. 2018. p. 2.

tarefas para as quais, normalmente, a habilidade humana é exigida.

Como subcampo da IA, tem-se a *machine learning*²⁴, termo cunhado em 1959, por Arthur Lee Samuel, cujo objetivo consiste em prover os computadores de capacidade de aprender sem serem programados²⁵. O aprendizado de máquina envolve a criação de algoritmos capazes de aprender automaticamente a partir de dados; ao invés dos desenvolvedores de *softwares* elaborarem códigos e rotinas para que a máquina possa realizar determinadas tarefas e atingir resultados, no *machine learning* o algoritmo passa por um “treinamento” para que possa aprender por conta própria. Esse treinamento envolve a alimentação do algoritmo através de uma grande quantidade de dados²⁶, permitindo que o mesmo se ajuste e melhore cada vez mais os resultados²⁷.

O aprendizado de máquina envolve diversas abordagens: aprendizado profundo (*deep learning*), aprendizagem por meio de árvore de decisão (*decision tree learning*), programação lógica indutiva (*inductive logic programming*), agrupamento (*clustering*), aprendizagem de reforço (*reinforcement learning*), redes bayesianas (*Bayesian networks*), entre outros²⁸. Cada uma dessas abordagens corresponde a uma técnica diferente de *machine learning*, sendo que o *deep learning* atualmente lidera a Inteligência Artificial considerando a capacidade de trato com a *Big Data* e a geração de melhores resultados nesse contexto²⁹.

A aprendizagem profunda possui a capacidade de transformar grandes volumes de dados em informação útil; a inspiração é a estrutura e funções do cérebro humano, na interligação de neurônios, dando origem às redes neurais artificiais (Artificial Neural Networks – ANNs³⁰). Através do *deep learning* tarefas que são tradicionalmente desempenhadas pelos seres humanos, como reconhecimento facial, tomada de decisões, reconhecimento de voz e tradução, e outras que superam a capacidade humana, como o manejo e processamento de grandes bases de dados, estão sendo executadas por máquinas inteligentes³¹, permitindo que o ser humano ganhe tempo e se ocupe de tarefas mais complexas que exigem a inteligência humana para execução.

Desta forma, as noções trazidas, embora genéricas, dão uma noção de como a Inteligência Artificial e os subcampos da mesma funcionam e como eles podem auxiliar o ser humano na execução de atividades

²⁴ Em uma tradução livre, aprendizado de máquina.

²⁵ KAUFMAN, Dora. *Deep learning: a inteligência artificial que domina a vida do século XXI. TECCOGS – Revista digital de tecnologias cognitivas*. São Paulo, n. 17, p. 17-30, jan.-jun. 2018. Disponível em: <http://www4.pucsp.br/pos/tidd/teccogs/dossies/2018/edicao_17/teccogs17_dossie01.pdf>. Acesso em: 26 dez. 2018. p. 17.

²⁶ Esses dados geralmente encontram-se armazenados em repositórios como *Big Data*, que “são sistemas projetados, concebidos e desenvolvidos com o intuito de coletar, armazenar e lidar, de forma efetiva, com gigantescos volumes de informação, com diversos formatos, origens e conteúdos”. (TOFFOLI, Dias. Prefácio. In: FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho; CARVALHO, Angelo Gamba Prata de (Coord.). *Tecnologia jurídica & direito digital: II Congresso Internacional de Direito, Governo e Tecnologia*. p. 19)

²⁷ ELIAS, Paulo Sá. *Algoritmos, inteligência artificial e o direito*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/algoritmos-inteligencia-artificial.pdf>>. Acesso em: 26 dez. 2018. p. 2.

²⁸ ELIAS, Paulo Sá. *Algoritmos, inteligência artificial e o direito*. p. 2

²⁹ PORTO, Fábio Ribeiro. O impacto da utilização da inteligência artificial no executivo fiscal. Estudo de caso do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. In: FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho; CARVALHO, Angelo Gamba Prata de (Coord.). *Tecnologia jurídica & direito digital: II Congresso Internacional de Direito, Governo e Tecnologia*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 109-144. p. 130.

³⁰ As redes neurais artificiais “são algoritmos que imitam a estrutura biológica do cérebro humano. Nas ANNs existem ‘neurônios’ (entre aspas) que possuem várias camadas e conexões com outros ‘neurônios’. Cada camada (*layer*) escolhe um recurso específico para aprender, como curvas e bordas no reconhecimento de uma imagem, por exemplo. A aprendizagem profunda tem seu nome em razão dessas várias camadas. A profundidade é criada com a utilização de múltiplas camadas em oposição a uma única camada de aprendizado pelo algoritmo. Esses algoritmos de aprendizado profundo formam as ‘redes neurais’ e estas rapidamente podem ultrapassar a nossa capacidade de compreender todas as suas funções”. (ELIAS, Paulo Sá. *Algoritmos, inteligência artificial e o direito*. p. 2-3)

³¹ KAUFMAN, Dora. *Deep learning: a inteligência artificial que domina a vida do século XXI. TECCOGS – Revista digital de tecnologias cognitivas*. p. 17.

cotidianas. No Brasil, o uso dessas tecnologias ditas disruptivas ainda é pequeno em relação a outras nações, principalmente na área pública, mas alguns sistemas já estão sendo implantados em órgãos de contas e, inclusive, na Suprema Corte Nacional.

3 SISTEMAS DE INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA BRASILEIRA

O Tribunal de Contas da União (TCU) é um dos órgãos públicos que tem se utilizado de sistemas inteligentes para aumentar sua produtividade; um exemplo é a robô Alice, acrônimo para Análise de Licitações e Editais, que, com o auxílio de outros dois robôs, Sofia e Monica, faz uma varredura nas contratações federais, a fim de detectar possíveis irregularidades.

No ar desde fevereiro de 2017, Alice lê editais de licitações e atas de registros de preços publicados pela administração federal, além de alguns órgãos públicos estaduais e empresas estatais, através da coleta de informações no Diário Oficial e no Comprasnet³². A partir dessa varredura, Alice emite um relatório indicando ao auditor indícios de irregularidades, a fim de que o mesmo possa analisar o edital ou a ata de forma mais detalhada. Com a ajuda da Alice, os auditores conseguiram suspender contratações irregulares em Estados e até em editais do Itamaraty, demonstrando a contribuição do sistema computacional para a otimização, agilidade e eficiência do serviço público prestado pelo órgão.

O robô Sofia, por sua vez, tem como função apontar erros nos textos produzidos pelos auditores; ela constitui-se em um ícone no editor de texto que, ao ser acionado, lista informações associadas ao número do CNPJ, do processo e do CPF incluídos no texto, auxiliando o auditor com informações que são importantes e que, por lapso, podem ter sido ignorada pelo mesmo.

Já Monica consiste em um painel onde todas as compras públicas podem ser visualizadas, incluindo as que são ignoradas por Alice, como contratações diretas e inexigibilidades de licitação. Alice, Sofia e Monica são interfaces de um sistema maior, o Laboratório de Informações de Controle (Labcontas), que reúne 77 (setenta e sete) bases de dados integradas entre si, das quais são exemplo, registro de compras governamentais, lista de políticas públicas, composição societária de empresas, entre outros. O sistema Labcontas possui, ainda, tecnologia que permite o cruzamento de informações entre as bases de dados que o compõem. Além da Corte de Contas da União, a Controladoria Geral da União, o Ministério Público Federal, a Polícia Federal e Tribunais de Contas estaduais, também utilizam Alice, Sofia e Monica para o desempenho de tarefas³³.

Outro sistema com IA utilizado pelo TCU é o Zello; trata-se de um robô disponibilizado no Twitter, que interage com o cidadão por meio de mensagens de texto prestando informações sobre a atuação da Corte de Contas. Os interessados podem, por exemplo, questionar o robô sobre pessoas com contas julgadas

³² Comprasnet é o Portal de Compras do Governo Federal, instituído com o objetivo de disponibilizar para a sociedade informações referentes às licitações e contratações realizadas pelo governo federal, bem como para permitir a realização de processos eletrônicos de aquisição.

³³ GOMES, Helton Simões. Como as robôs Alice, Sofia e Monica ajudam o TCU a caçar irregularidades em licitações. **G1**. 18 mar. 2018. Disponível em: <<https://g1.globo.com/economia/tecnologia/noticia/como-as-robos-alice-sofia-e-monica-ajudam-o-tcu-a-cacar-irregularidades-em-licitacoes.ghtml>>. Acesso em: 13 nov. 2018.

irregulares pelo TCU informando o nome ou CPF do responsável. O *chatbot*³⁴ recebeu o nome de Zello em homenagem a Serzedello Corrêa (1858-1932), Ministro da Fazenda e um dos principais idealizadores do Tribunal de Contas, além de possuir similaridade fonética com o termo “zelo” que remete ao cuidado com a coisa pública. O robô utiliza modelos de *machine learning* para identificação da intenção do usuário, a partir das informações digitadas, gerenciando o fluxo da conversa³⁵.

Recentemente, a Suprema Corte do País também iniciou a utilização de sistemas de aprendizagem de máquina, através do projeto de pesquisa e desenvolvimento intitulado Victor. O referido projeto tem como objetivo resolver um problema de reconhecimento de padrões em textos de Recursos Extraordinários que chegam ao Supremo Tribunal Federal (STF). Victor tem como incumbência classificar/vincular os recursos em temas de Repercussão Geral do STF; o sistema foi posto em funcionamento em agosto de 2018 e visa agilizar e auxiliar no trabalho de servidores e estagiários da Suprema Corte. Victor foi assim batizado em homenagem a Victor Nunes Leal, ministro do STF nos anos de 1960 a 1969, autor da obra *Coronelismo, Enxada e Voto*, além de principal responsável pela sistematização da jurisprudência do STF em súmula, o que facilitou a aplicação dos precedentes judiciais aos recursos³⁶.

Os exemplos supra relacionados demonstram que a inteligência artificial pode ser utilizada para auxiliar os órgãos públicos no desempenho das atividades à eles concernentes, principalmente no que diz respeito ao manejo de grandes volumes de informações e cruzamento de dados, possibilitando um melhor controle de irregularidades e agilidade na prestação do serviço público, já que as máquinas inteligentes possuem condições de, em segundos, efetuar o trabalho que um servidor levaria muitas horas, ou até dias, para fazer.

Da mesma forma, os sistemas de Inteligência Artificial podem ser utilizados pelos cidadãos como mecanismos de controle dos atos praticados pelos agentes públicos; sendo o caso da Operação Serenata de Amor que utiliza IA para analisar gastos públicos, principalmente, aqueles reembolsados pela Cota para Exercício da Atividade Parlamentar (CEAP) de deputados federais e senadores. O robô responsável pela varredura dos dados foi batizado de Rosie; para que a população possa compreender a informação gerada por Rosie, a Operação criou um *website* denominado de Jarbas, onde é possível navegar pelos gastos e descobrir detalhes sobre cada suspeita encontrada. A Operação pretende expandir o projeto estendendo-o para as outras esferas de governo³⁷. Até o momento, Rosie encontrou 8.276 reembolsos suspeitos, de 735 deputados diferentes, sendo o equivalente a R\$3.600.000,00 (três milhões e seiscentos mil reais)³⁸.

Portanto, tem-se que as tecnologias disruptivas estarão cada dia mais presente na vida das pessoas, não podendo a Administração Pública ficar alheia a essa realidade; conforme demonstram as experiências descritas, a Inteligência Artificial mostra-se como uma importante aliada para o aperfeiçoamento da gestão

³⁴ *Chatbot* é um programa de computador projetado para ter uma conversa com o ser humano.

³⁵ FELISDÓRIO, Rodrigo César Santos; SILVA, Luís Andre Dutra e. Inteligência artificial como ativo estratégico para a Administração Pública. In: FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho; CARVALHO, Angelo Gamba Prata de (Coord.). **Tecnologia jurídica & direito digital**: II Congresso Internacional de Direito, Governo e Tecnologia. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 95-100. p. 98-99.

³⁶ STF (Supremo Tribunal Federal). **Ministra Cármen Lúcia anuncia início de funcionamento do Projeto Victor, de inteligência artificial**. 30 ago. 2018. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=388443>>. Acesso em: 26 dez. 2018.

³⁷ Fonte: Operação Serenata de Amor. Disponível em: <<https://serenata.ai/>>. Acesso em: 04 jan. 2019.

³⁸ Fonte: Operação Serenata de Amor. Disponível em: <<https://serenata.ai/explore/>>. Acesso em: 04 jan. 2019.

pública.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A positivação da eficiência, como princípio constitucional orientador da Administração Pública, representou a concretização de um dever inerente ao gestor público, qual seja, realizar as atribuições com presteza, perfeição e rendimento funcional. A busca por resultados no desenvolvimento das atividades públicas constitui objetivo da administração pública gerencial que pretende superar a lentidão e o engessamento provocados pelo modelo burocrático.

Ocorre que, mesmo após mais de duas décadas da tentativa de implantação do modelo gerencial, a administração pública brasileira ainda conduz suas atividades de maneira burocrática, não acompanhando o ritmo das mudanças da sociedade contemporânea. Diante de tal cenário, cumpre ao gestor público buscar mecanismos alternativos que possibilitem a prestação do serviço público de forma eficaz, transparente e, principalmente, eficiente, a fim de recuperar a credibilidade do setor público perante os cidadãos.

Os sistemas computacionais, que utilizam Inteligência Artificial, fazem parte do cotidiano das pessoas facilitando as vidas destas ao realizarem tarefas que tradicionalmente exigiriam a intervenção humana. Isto porque empresas do setor privado também utilizam tais sistemas para otimizar as atividades, potencializar os lucros e aperfeiçoar o relacionamento com os clientes. No setor público, embora a utilização da IA seja mais rara, alguns órgãos públicos já estão se beneficiando das tecnologias disruptivas, como demonstrado no desenvolvimento do trabalho.

Diante disso, observa-se que a Inteligência Artificial pode ser uma grande aliada da Administração Pública, graças à agilidade e ganho de tempo proporcionados pela verificação e cruzamento de dados, através do *machine learning*. Além disso, a IA cria possibilidades para além da capacidade humana, oferecendo aos órgãos públicos elementos que poderiam passar despercebidos nas análises comumente feitas por servidores públicos. Ainda, há que se salientar que a Inteligência Artificial também tem permitido a fiscalização social dos gastos públicos.

Por todas essas razões, pode-se afirmar que a utilização de tecnologias disruptivas pela Administração Pública constitui um importante mecanismo para a consecução da eficiência que lhe é inerente, considerando a possibilidade de coibir sonegações fiscais, irregularidades em licitações e contratos administrativos, atos de corrupção, além de possibilitar a transparência dos atos e controle social de forma mais ágil e eficiente.

REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 15 dez. 2018.

BRASIL. **Decreto-lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967**. Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del0200.htm>. Acesso em: 18 dez. 2018.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. A reforma gerencial do Estado de 1995. **Revista de Administração Pública**. Rio de Janeiro, v. 34, n. 4, p. 7-26. 2000. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rap/article/view/6289>>. Acesso em: 18 dez. 2018.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Os primeiros passos da reforma gerencial do Estado de 1995 **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**. Salvador, n. 16, p. 1-36. dez-fev. 2009. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/43782444_Os_primeiros_passos_da_reforma_gerencial_do_Estado_de_1995>. Acesso em: 18 dez. 2018.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Reflexões sobre a reforma gerencial brasileira de 1995. **Revista do Serviço Público**. Brasília. v. 50, n. 4, p. 5-29. out-dez 1999. Disponível em: <<https://revista.enap.gov.br/index.php/RSP/article/view/354>>. Acesso em: 18 dez. 2018.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Uma reforma gerencial da Administração Pública no Brasil. **Revista do Serviço Público**. Brasília. v. 49, n. 1, p. 5-42. jan-mar 1998. Disponível em: <<https://revista.enap.gov.br/index.php/RSP/article/view/360>>. Acesso em: 18 dez. 2018.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 31. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

FELISDÓRIO, Rodrigo César Santos; SILVA, Luís Andre Dutra e. Inteligência artificial como ativo estratégico para a Administração Pública. In: FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho; CARVALHO, Angelo Gamba Prata de (Coord.). **Tecnologia jurídica & direito digital: II Congresso Internacional de Direito, Governo e Tecnologia**. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 95-100.

GOMES, Helton Simões. Como as robôs Alice, Sofia e Monica ajudam o TCU a caçar irregularidades em licitações. **G1**. 18 mar. 2018. Disponível em: <<https://g1.globo.com/economia/tecnologia/noticia/como-as-robos-alice-sofia-e-monica-ajudam-o-tcu-a-cacar-irregularidades-em-licitacoes.ghtml>>. Acesso em: 13 nov. 2018.

MCCARTHY, John. **What is artificial intelligence?** Stanford: 2007. Disponível em: <<http://jmc.stanford.edu/articles/whatisai/whatisai.pdf>>. Acesso em: 28 dez. 2018.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

MODESTO, Paulo. Notas para um debate sobre o princípio da eficiência. **Revista do Serviço Público**. Brasília. v. 51, n. 2, p. 105-120. abr-jun 2000. Disponível em: <<https://revista.enap.gov.br/index.php/RSP/article/view/328>>. Acesso em: 18 dez. 2018.

NOHARA, Irene Patrícia. **Direito administrativo**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

PORTO, Fábio Ribeiro. O impacto da utilização da inteligência artificial no executivo fiscal. Estudo de caso do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. In: FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho; CARVALHO, Angelo Gamba Prata de (Coord.). **Tecnologia jurídica & direito digital: II Congresso Internacional de Direito, Governo e Tecnologia**. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 109-144.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 2014.

STF. Supremo Tribunal Federal. **Ministra Cármen Lúcia anuncia início de funcionamento do Projeto Victor, de inteligência artificial**. 30 ago. 2018. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=388443>>. Acesso em: 26 dez. 2018.

TCU. Tribunal de Contas da União. **Inteligencia artificial aumenta la productividad del TCU**. Disponível em: <<https://portal.tcu.gov.br/imprensa-2/noticias/inteligencia-artificial-aumenta-la-productividad-del-tcu.htm>>. Acesso em: 13 nov. 2018.

TOFFOLI, Dias. Prefácio. In: FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho; CARVALHO, Angelo Gamba Prata de (Coord.). **Tecnologia jurídica & direito digital: II Congresso Internacional de Direito, Governo e Tecnologia**. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 17-21.

GOVERNO ELETRÔNICO COMO INSTRUMENTO DE CONTROLE SOCIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS NA ÁREA DA SAÚDE BÁSICA NO MUNICÍPIO DE SÃO LEOPOLDO/RS

André Afonso Tavares¹

Reginaldo de Souza Vieira²

RESUMO

O governo eletrônico e a utilização de recursos da Tecnologia da Informação e Comunicação (TICs) na gestão pública constituem importante instrumento para o controle cidadão das políticas públicas. O trabalho teve por objetivo geral demonstrar o governo eletrônico como instrumento de ampliação da transparência ativa das informações necessárias para exercício de controle social das políticas públicas na área da saúde no município de São Leopoldo/RS. Foi realizada análise de processo de auditoria operacional conduzida pelo TCE/RS a fim de apurar as informações necessárias para execução do trabalho via controle social. Em seguida, analisaram-se as informações existentes no portal da transparência mantido pelo município de São Leopoldo/RS. Foi utilizado método hipotético-dedutivo, com análise de processos de auditoria e portal da transparência do município. A partir da pesquisa realizada, foi possível diagnosticar, no portal da transparência do município, a ausência de todas as informações necessárias para realização do controle social proposto.

PALAVRAS-CHAVE: Controle Social. Governo eletrônico. Políticas Públicas. Transparência Ativa. Tecnologia da Informação e Comunicação.

ABSTRACT

Electronic government and the use of Information and Communication Technology (ICT) resources in public management constitute an important instrument for citizen control of public policies. The objective of this study was to demonstrate electronic government as an instrument to increase the active transparency of the information needed to exercise social control of public health policies in the municipality of São Leopoldo / RS. An analysis of the operational audit process conducted by the TCE / RS was performed in order to ascertain the information necessary to perform the work via social control. Then, the information on the transparency portal maintained by the municipality of São Leopoldo / RS was analyzed. A hypothetical-deductive method was used, with analysis of audit processes and transparency portal of the municipality. From the research carried out, it was possible to diagnose, in the municipal transparency portal, the absence of all the necessary information to carry out the proposed social control.

KEYWORDS: Social control. Electronic government Public policy. Active Transparency. Information and communication technology.

INTRODUÇÃO

O governo eletrônico, assim entendido como a modelagem das estruturas governamentais a partir da utilização de recursos da tecnologia da informação e comunicação tem potencial para aumentar o grau de

¹ Mestrando do Programa de Pós-Graduação/Mestrado em Direito da UNESC. Membro do Núcleo de Estudos em Estado, Política e Direito (NUPED/UNESC) Especialista em Direito Público e em Auditoria Governamental. Graduado em Direito e em Ciências Contábeis. Graduando em Engenharia de Software. Advogado. Contador. Endereço eletrônico: afonsotavares.andre@gmail.com

² Doutor (2013) e Mestre (2002) em Direito pelo Programa de Pós-graduação em Direito – Mestrado e Doutorado, da Universidade Federal de Santa Catarina. Professor, pesquisador e Coordenador Adjunto do Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGD/UNESC). Professor e pesquisador do Programa de Pós-Graduação em Desenvolvimento Socioeconômico (PPGDS/UNESC). Professor titular da Universidade do Extremo Sul Catarinense. Coordenador do Núcleo de Estudos em Estado, Política e Direito (NUPED/UNESC).Endereço eletrônico: prof.reginaldovieira@gmail.com

transparência ativa dos entes públicos, e, por conseguinte, potencializar o exercício de controle social da gestão dos recursos públicos e das políticas públicas.

Portanto, a presente pesquisa tem por objetivo geral detalhar dentro de um contexto de controle social das políticas públicas, as informações contidas no Portal de Transparência do Município de São Leopoldo/RS relativas às políticas públicas na área da saúde em atenção básica, e, em seguida, analisar se as informações disponíveis por meio da transparência ativa a realização de controle social.

Para tanto, será adotado como referencial o relatório final de auditoria operacional realizada no âmbito do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul, a qual avaliou o desempenho da gestão municipal de São Leopoldo nas ações e serviços públicos de saúde em atenção básica nos exercícios de 2006 e 2007, quanto aos aspectos da economicidade, eficiência, eficácia, e, dentro do possível, da efetividade.

Como objetivos específicos, em um primeiro momento, irá se destrinchar as informações e documentos analisados pelo Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul no bojo do processo de auditoria operacional de n. 257-0200-08-0, e, assim, verificar quais as informações e documentos necessários para realização de controle social de política pública municipal na área da saúde em atenção básica. Em um segundo momento, será verificado as informações existentes no Portal da Transparência do município de São Leopoldo por meio do sítio eletrônico (<http://www.saoleopoldo.rs.gov.br/>) relativas às políticas públicas realizadas na área da saúde em atenção básica. Por último, será realizada a comparação entre as informações levantadas no processo de controle externo citado e as informações disponibilizadas pelo Portal de Transparência do município para o efetivo exercício do controle social.

O método utilizado será o indutivo, utilizando-se, para tanto, das técnicas de pesquisa bibliográfica e documental indireta, especialmente, com análise do processo de auditoria de n. 257-0200-08-0 do TCE/RS, bem como das informações contidas no site do Portal da Transparência do Município de São Leopoldo/RS quanto ao objeto examinado.

A partir da pesquisa realizada, será possível verificar, no contexto de governo eletrônico e democracia participativa eletrônica, se as informações disponibilizadas no Portal da Transparência do Município de São Leopoldo atendem às necessidades informacionais para realização de efetivo controle social de políticas públicas na área da saúde pela sociedade.

1 CONTROLE SOCIAL E GOVERNO ELETRÔNICO

O controle da gestão público pode ser constatado de três maneiras diferentes, a partir da ótica de quem realiza o controle, isto é, se for realizado por entidade ou órgão governamental externo à estrutura controlada, será controle externo; se for realizado por órgão inserido na própria estrutura controlada, será controle interno; e, por fim, se for realizado por cidadão ou sociedade de forma externa ao ente controlado, corresponderá ao controle social ou cidadão.

Siraque³ faz relevante detalhamento acerca do responsável pelo exercício do controle social:

³ VANDERLEI, Siraque. **Controle Social da função administrativa do Estado: possibilidades e limites na Constituição de 1988**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 99.

O controle social é realizado por um particular, por pessoa estranha ao Estado, individualmente, em grupo ou por meio de entidades juridicamente constituídas, sendo que, nesse caso, não há necessidade de serem estranhas ao Estado, mas pelo menos de uma parte de seus membros ser eleita pela sociedade.

O mesmo autor⁴ dispõe sobre a finalidade do controle social:

O controle social tem a finalidade de verificar se as decisões tomadas, no âmbito estatal, estão sendo executadas conforme o que foi decidido e se as atividades estatais estão sendo realizadas de acordo com os parâmetros estabelecidos pela Constituição e pelas normas infraconstitucionais. Assim, o controle social poderá existir no sentido de verificação do mérito (conveniência e oportunidade) de uma decisão estatal ou da sua legalidade.

No Brasil, tendo em vista a sua extensão territorial e do grande número de municípios, o controle social possui ainda mais importância, uma vez que as estruturas governamentais de controle não possuem estrutura ou recursos para controlar todas as receitas e despesas públicas.

Ainda, importante destacar que o controle realizado a partir da participação do cidadão no manuseio dos recursos públicos e na condução das políticas públicas contribui tanto para legitimidade quanto para efetividade, consoante palavras de Milani⁵:

A participação é parte integrante da realidade social na qual as relações sociais ainda não estão cristalizadas em estruturas. Sua ação é relacional; ela é construção da/na transformação social. As práticas participativas e suas bases sociais evoluem, variando de acordo com os contextos sociais, históricos e geográficos. No entanto, a análise das experiências aqui apresentadas demonstra que há elementos de continuidade independentemente dos contextos. Os atores locais (do governo à sociedade) têm função estratégica na renovação do processo de formulação de políticas públicas locais. **A aplicação do princípio participativo pode contribuir na construção da legitimidade do governo local, promover uma cultura mais democrática, tornar as decisões e a gestão em matéria de políticas públicas mais eficazes** (grifou-se).

Deste modo, vislumbra-se que o controle social assume função de complemento indispensável ao controle institucional, exercido pelas Cortes de Contas, na forma externa, ou pelas Controladorias, na forma interna.

Contudo, para que os cidadãos possam de fato exercer o controle social, faz-se necessária a disponibilização de um conjunto de informações de caráter público por meio do instituto da transparência pública ativa.

Na linha da transparência ativa das informações públicas, destaca-se que o conjunto de informações necessárias para o exercício do controle social poderia ser alcançado a partir da modelagem de Governo Eletrônico atento para essas necessidades informacionais.

⁴ VANDERLEI, Siraque. **Controle Social da função administrativa do Estado: possibilidades e limites na Constituição de 1988**, p. 100-101.

⁵ MILANI, Carlos Roberto Sanchez. **O princípio da participação social na gestão de políticas públicas locais: uma análise de experiências latino-americanas e europeias**. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rap/v42n3/a06v42n3.pdf>>. Acesso em: 10 out 2018, p. 573-574.

Quanto ao termo Governo Eletrônico, buscou-se definição nas palavras de Ruediger⁶:

o termo governo eletrônico tem foco no uso das novas tecnologias de informação e comunicação (TIC) aplicadas a um amplo arco das funções de governo e, em especial, deste para com a sociedade. Em termos gerais pode-se pensar nas seguintes relações sustentadas pelo governo eletrônico: 1) aplicações web com foco para o segmento governo-negócio (G2B); 2) aplicações web voltadas para a relação governo-cidadão (G2C); e 3) aplicações web referentes a estratégias governo-governo (G2G). Em conjunto, tecnicamente, o governo eletrônico, além de promover essas relações em tempo real e de forma eficiente, poderia ainda ser potencializador de boas práticas de governança e catalisador de uma mudança profunda nas estruturas de governo, proporcionando mais eficiência, transparência e desenvolvimento, além do provimento democrático de informações para decisão. Se esse potencial será efetivado, dependerá das decisões e desenhos de diversas políticas de médio e longo prazo delineadas nos próximos anos para esse campo. Porém, certamente, seu sucesso em sobrepujar problemas como, por exemplo, o da chamada “falha do governo”, relativa aos custos de obtenção de informações, estará condicionado a uma compreensão complexa de que o governo eletrônico, que mais do que um provedor de serviços on-line, poderá ser, sobretudo, uma ferramenta de capacitação política da sociedade.

Nesse diapasão, importante ressaltar as contribuições trazidas por Liikanen⁷ quanto às possibilidades advindas da adoção de um governo eletrônico atento ao Controle Social:

[...] em primeiro lugar o governo-eletrônico deveria tornar possível para os cidadãos acompanhar aquilo que fazem o seus governos centrais, estaduais e locais, participar dos processos decisórios desde suas fases iniciais, verificar que o dinheiro público seja bem gasto.

O governo-eletrônico deveria ser um meio para realizar o Governo aberto: “o Governo-eletrônico deveria ajudar a fazer funcionar melhor a democracia”.

Esta afirmação refere-se ao incremento da participação e do comprometimento democráticos. Os passos dos processos de decisão deveriam ser visíveis e transparentes.

“Governo aberto”, portanto, significa também um aumento da transparência e da responsabilidade. A transparência e a abertura são importantes, não somente por causa dos mecanismos democráticos de controle da responsabilidade. É também uma necessidade econômica combater a corrupção e as fraudes. A TIC é particularmente adequada para aumentar a transparência (grifou-se).

Além disso, quanto ao sucesso e efetividade do uso das tecnologias da informação e adoção de Governo Eletrônico, destacam-se as observações realizadas por da Silva e Rover⁸:

O governo eletrônico tem obtido sucesso em muitos países, pois utiliza as tecnologias de informação e comunicação para buscar a participação do contribuinte. Com estas TICs o Governo atende de forma mais efetiva os cidadãos que procuram auxiliar o Governo com a identificação dos problemas, a busca pelas soluções e nas prioridades de aplicação dos recursos.

⁶ RUEDIGER, Marco Aurelio. **Governo Eletrônico e Democracia – uma análise preliminar dos impactos e potencialidades na gestão pública**. XXVI ENANPAD, Salvador, setembro/dezembro, 2002, p. 30.

⁷ LIIKANEN, E. E-Government and the European Union, **Rivista online UPGrade**, v. IV, n. 2, Abril, 2003 *apud* FUGINI, M. G.; MAGGIOLINI, P. PAGAMICI, B.. **Por que é difícil fazer o verdadeiro "Governo-eletrônico"**. *Prod.* [online]. 2005, vol.15, n.3, pp.300-309. ISSN 0103-6513. <http://dx.doi.org/10.1590/S0103-65132005000300002>, p. 308.

⁸ DA SILVA, Edson Rosa Gomes. ROVER, Aires José. **O Governo Eletrônico como Política Pública Participativa com os Observatórios Sociais**. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/266037752_o_governo_eletronico_no_suporte_as_politicas_publicas_com_acoes_participativas_observatorios_de_seguranca_publica Acesso em 10 set 2018, p. 341.

Os observatórios de segurança pública são uma clara demonstração de que as TICs podem ajudar nas estratégias de prevenção e combate a criminalidade. A sociedade está ávida por soluções e quer participar de forma efetiva nas políticas de segurança pública. Portanto, basta o Governo se preparar para interagir com seus cidadãos e o governo eletrônico é a forma ideal para que se mude drasticamente o jeito de governar.

Portanto, considerando os recursos tecnológicos trazidos pela Tecnologia da Informação e Comunicação, verifica-se ser possível a instituição de Governo Eletrônico voltado para Transparência Pública e Controle Social, que atenda as necessidades informacionais do cidadão ou sociedade interessada em fiscalização a gestão pública, e, especialmente, no caso em tela, as despesas públicas acerca de obras contratadas pela Administração Pública.

2 GOVERNO ELETRÔNICO COMO INSTRUMENTO DE CONTROLE SOCIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS NA ÁREA DA SAÚDE NO MUNICÍPIO DE SÃO LEOPOLDO/RS

Considerando a necessidade de averiguar quais as informações necessárias para a realização do controle das políticas públicas na área da saúde, realizou-se análise de processo de auditoria operacional conduzido no âmbito do controle externo pelo Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul – TCE/RS, o qual teve por objeto os serviços de saúde de atenção básica no município de São Leopoldo/RS.

Cumprir observar que se trata de auditoria operacional, cadastrado sob o número 257-0200/08-0 – TCE/RS, a qual se diferencia da auditoria de conformidade, pois esta analisa tão somente os aspectos da legalidade e legitimidade, enquanto aquela analisa aspectos mais complexos, tais como eficiência, efetividade, eficácia e economicidade.

Importante elucidação acerca da natureza e objetivos da auditoria operacional consta no próprio processo analisado, o qual se menciona:

A avaliação do setor público, no enfoque operacional, tem precipuamente como referencial básico a sociedade com as suas demandas e necessidades.

Nessa concepção, são privilegiados os enfoques sociais e econômicos da gestão, para aferir-se a eficácia dos resultados alcançados, a economicidade e a eficiência dos meios e das técnicas utilizadas, assim como a efetiva evolução da qualidade de vida da população envolvida, decorrente da ação pública. Nessa avaliação também são verificadas as omissões da ação estatal em áreas de sua competência exclusiva, especialmente naquelas de maior impacto nos níveis da vida social.

Nas auditorias operacionais, se procura identificar erros e acertos da ação governamental e as suas respectivas causas e efeitos, para subsidiar recomendações que possam ser implementadas, tempestivamente, na correção das distorções e na manutenção e ampliação dos acertos.

Predomina a indicação de medidas para a correção de rumo. Portanto, não se limita a explicar os erros cometidos ou a simples descrição dos procedimentos inadequados, dos resultados que não deram certo e da quantificação do dinheiro público desperdiçado, aspectos geralmente abordados nas auditorias de conformidade. Assim, a avaliação do objeto auditado valoriza a identificação de oportunidades que possam ser aproveitadas tempestivamente para melhorar

processos e procedimentos, objetivando a otimização dos recursos disponíveis para cada projeto ou programa governamental⁹.

Relevante ressaltar, nesse sentido, o papel das políticas públicas enquanto solucionadora de problemas¹⁰.

Para Schmidt¹¹, as principais conceituações de políticas públicas extraídas da literatura perpassam pela compreensão de um arcabouço orientador da atividade governamental, por meio da qual se apazigua os efeitos da descontinuidade administrativa decorrente do regime democrático, a partir da adoção de legislações específicas, de um tratamento mais técnico das políticas e da participação de setores sociais na sua formulação.

Da análise do processo de auditoria em epígrafe, foi possível verificar a necessidade de informações quanto à estrutura organizacional da secretaria de saúde, desde a composição até os recursos físicos da rede de Atenção Básica de Saúde:

Figura 1: Estrutura de atendimento dos Postos de Saúde

Unidade de Saúde	População	Nº de Profissionais (i)	Nº de Salas				Cozinha	Banheiro Usuários
			Consultórios	Vacina	Procedimentos	Expurgo		
Brás*	10.000	14	NI	NI	NI	NI	NI	NI
Rio dos Sinos*	7.272	15	02	01	01	-	01	01
Paim*	11.671	13	05	01	01	01	01	01
Trensurb*	1.720	12	03	01	01	-	01	01
Cohab Duque*	9.449	11	02	01	01	-	-	01
Campestre	21.913	03	01	-	01	-	01	01
Baum	11.323	03	01	-	01	-	-	01
Santo André	5.723	11	03	-	01	-	-	01
Rio Branco	6.524	04	02	-	01	-	-	01
Jardim América	6.463	04	02	-	01	-	-	01
Parque Mauá	21.913	08	02	01	01	-	01	01
Materno Infantil	6.590	10	04	-	-	-	-	01
Vicentina	11.671	06	02	01	01	-	-	-
Santos Dumont	15.956	03	01	-	-	-	-	01
Aposentados	1.740	NI	NI	NI	NI	NI	NI	NI

Fonte: processo de auditoria operacional n. 257-0200/08-0 – TCE/RS

Além disso, demonstrou-se necessária a obtenção de informações acerca dos dados de produção, compreendendo, nesse sentido: informações quanto ao número de consultas realizadas, atendimentos, especialidades ofertadas, serviços disponibilizados e visitas domiciliares realizadas.

⁹ TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. **Relatório de auditoria operacional n. 257-0200/08-0**. Disponível em: <<http://www1.tce.rs.gov.br/portal/page/portal/tcers/inicial>> Acesso em 20 maio 2019, p. 8.

¹⁰ SOUZA, Celina. “Estado da arte” da área de políticas públicas: conceitos e principais tipologias. **XXVII Encontro anual da associação nacional de pós-graduação e pesquisa em ciências sociais (ANPOCS)**, Caxambu/MG, outubro de 2003. Disponível em <<https://www.anpocs.com/index.php/papers-27-encontro-2/gt-24/gt14-16/4232-csouza-estado-da/file>> Acesso em: 05 ago 2019, p. 68.

¹¹ SCHMIDT, João Pedro. Para estudar políticas públicas: aspectos conceituais, metodológicos e abordagens teóricas. **Revista do Direito**, Santa Cruz do Sul, v. 3, n. 56, p. 119-149, set. 2018, p. 2312.

Figura 2: Produção dos Postos de Saúde

PRODUÇÃO																															
ATIVIDADE/ PRODUÇÃO	UNIDADE/POSTO																														
	1		2		3		4		5		6		7		8		9		10		11		12		13		14		15		
	2006	2007	2006	2007	2006	2007	2006	2007	2006	2007	2006	2007	2006	2007	2006	2007	2006	2007	2006	2007	2006	2007	2006	2007	2006	2007	2006	2007	2006	2007	
Consulta/ Atendimento																															
1-Clínico-Geral	4844	4095	2242	785	5381	1740	3548	1436	4235	6083	1493	1120	3243	1418	3333	2885	662	464	2450	1505	2154	1389	1761	2752	2231	1266	2084	1438	846	495	
2-Pediatria	125	0	577	260	1288	874	1453	1373	1661	794	-	-	601	951	1969	1347	1078	595	814	434	1539	778	3709	2080	2243	1171	0	154	-	-	
3-Obstetra	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	532	508	-	-	-	-	-	-	
3-Odontologista	3465	2426	3000	1006	2622	2182	3646	4069	2397	2059	-	-	-	-	2454	1338	-	-	-	-	5107	1845	-	-	-	-	-	-	-	-	
4-Proctologista	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	892	744	-	-	-	-	-	-	
5-Gineco/Obstetra	863	484	1092	310	1216	669	1083	802	1550	1076	1213	535	-	-	1225	1119	1047	571	-	-	1447	697	1376	197	1786	989	-	-	-	-	
- Inserção de DIU	4	3	4	1	0	3	-	-	-	-	1	0	-	-	-	-	3	6	-	-	4	0	11	0	-	-	-	-	-	-	
- Pré-Natal	247	30	212	34	123	141	53	34	5	64	236	106	-	-	503	7	185	37	-	-	242	80	1847	125	163	4	-	-	-	-	
- Coleta de CP	380	227	811	293	154	140	284	222	269	393	234	55	-	-	283	181	257	154	-	-	340	126	408	147	156	104	-	-	-	-	
6-Nutricionista	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	2726	1583	50	0	-	-	-	-	
7-Curativo	945	527	1125	497	1139	770	575	367	750	751	875	349	638	394	531	260	427	280	403	265	618	198	-	-	1900	806	166	74	-	-	
8-Medicação	1127	1023	3168	1644	1597	905	475	672	448	1034	452	181	17	33	566	541	202	136	98	90	506	297	15	0	742	299	61	149	-	-	
9-Nebulização	796	509	1808	904	847	593	275	245	236	478	132	145	8	24	117	147	112	58	54	76	311	262	-	-	291	298	79	125	-	-	
10-Retirada Pontos	142	103	116	39	156	64	125	106	97	65	76	44	17	21	102	65	54	38	20	11	55	24	-	-	156	45	5	9	-	-	
11-HGT	604	513	489	223	427	371	600	903	353	780	100	119	30	38	314	205	1	1	29	64	198	219	-	-	4	9	28	128	-	-	
12-Assistente Social	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	119	18	-	-	-	-	-	-	
13-Enfermeiro	2300	1159	-	-	1368	787	404	0	270	428	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	214	59	-	-	-	-	-	-	

Fonte: processo de auditoria operacional n. 257-0200/08-0 – TCE/RS

Figura 3: Produção por Especialidades e Profissionais

ATIVIDADE/ PRODUÇÃO	PRODUÇÃO																													
	UNIDADE/POSTO																													
	1		2		3		4		5		6		7		8		9		10		11		12		13		14		15	
	2006	2007	2006	2007	2006	2007	2006	2007	2006	2007	2006	2007	2006	2007	2006	2007	2006	2007	2006	2007	2006	2007	2006	2007	2006	2007	2006	2007	2006	2007
1-Clínico-Geral	4844	4095	2242	785	5381	1740	3548	1436	4235	6083	1493	1120	3243	1418	3333	2885	662	464	2450	1505	2154	1389	1761	2752	2231	1266	2084	1438	846	495
2-Pediatria	125	0	577	260	1288	874	1453	1373	1661	794	-	-	601	951	1969	1347	1078	595	814	434	1539	778	3709	2080	2243	1171	0	154	-	-
3-Obstetra	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	532	508	-	-	-	-	-	-
3-Odontologista	3465	2426	3000	1006	2622	2182	3646	4069	2397	2059	-	-	-	-	2454	1338	-	-	-	-	5107	1845	-	-	-	-	-	-	-	-
4-Proctologista	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	892	744	-	-	-	-	-	-
5-Gineco/Obstetra	863	484	1092	310	1216	669	1083	802	1550	1076	1213	535	-	-	1225	1119	1047	571	-	-	1447	697	1376	197	1786	989	-	-	-	-
- Inserção de DIU	4	3	4	1	0	3	-	-	-	-	1	0	-	-	-	-	3	6	-	-	4	0	11	0	-	-	-	-	-	-
- Pré-Natal	247	30	212	34	123	141	53	34	5	64	236	106	-	-	503	7	185	37	-	-	242	80	1847	125	163	4	-	-	-	-
- Coleta de CP	380	227	811	293	154	140	284	222	269	393	234	55	-	-	283	181	257	154	-	-	340	126	408	147	156	104	-	-	-	-
6-Nutricionista	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	2726	1583	50	0	-	-	-	-
7-Curativo	945	527	1125	497	1139	770	575	367	750	751	875	349	638	394	531	260	427	280	403	265	618	198	-	-	1900	806	166	74	-	-
8-Medicação	1127	1023	3168	1644	1597	905	475	672	448	1034	452	181	17	33	566	541	202	136	98	90	506	297	15	0	742	299	61	149	-	-
9-Nebulização	796	509	1808	904	847	593	275	245	236	478	132	145	8	24	117	147	112	58	54	76	311	262	-	-	291	298	79	125	-	-
10-Retirada Pontos	142	103	116	39	156	64	125	106	97	65	76	44	17	21	102	65	54	38	20	11	55	24	-	-	156	45	5	9	-	-
11-HGT	604	513	489	223	427	371	600	903	353	780	100	119	30	38	314	205	1	1	29	64	198	219	-	-	4	9	28	128	-	-
12-Assistente Social	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	119	18	-	-	-	-	-	-
13-Enfermeiro	2300	1159	-	-	1368	787	404	0	270	428	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	214	59	-	-	-	-	-	-

Fonte: processo de auditoria operacional n. 257-0200/08-0 – TCE/RS

Ainda, restou imprescindível que se tivesse dados acerca dos recursos humanos alocados, desde o quadro de pessoal efetivo, a lotação, horários de trabalho, natureza de cada cargo:

Figura 4: Demonstrativo do Quadro de Pessoal da Secretaria da Saúde

Cargo/Emprego	Concursado (Estatutário)	Contrato Temporário	Cargo em Comissão	Terceirizado	Celetista Estabilizado	Total
Médico						
- Atenção Básica	136	21	-	-	-	157
- Outras Especialidades	21	02	-	-	-	23
- Veterinário	03	-	-	-	-	03
Odontólogo	36	-	-	-	-	36
Enfermeiro	27	4	-	-	-	31
Outros Profissionais da Área da Saúde	178	23	1	-	-	202
Profissionais da Área Técnico/Administrativa e Operacional	106	21	-	-	03	130
Profissionais em Cargo em Comissão	-	-	66	-	-	66
Agente Comunitário de Saúde	-	-	-	23 (APE)	-	23
Total	507	71	67	23	03	671

Fonte: processo de auditoria operacional n. 257-0200/08-0 – TCE/RS

Cumprir também a necessidade de obtenção de informações a respeito do sistema de custos dos serviços prestados. No caso em exame, foi verificada a ausência desse sistema, o que impossibilitou pela própria Corte de Contas, a utilização dessas informações no processo de controle externo.

A importância do sistema de custos é ressaltada no processo mencionado, o qual se transcreve:

A ausência de um sistema de identificação de custos acarreta o desconhecimento do custo real dos serviços prestados, o que impossibilita a mensuração dos aspectos de eficácia dos programas/ações na obtenção de seus fins, de economicidade e de eficiência na alocação dos recursos gastos pelo órgão, em razão da falta de parâmetros que permitam o comparativo entre o resultado obtido na execução das ações da Secretaria e os custos efetivos da prestação dos serviços, ocasionando, conseqüentemente, falta de qualidade nas informações gerenciais, incluindo prejuízo ao planejamento da saúde municipal¹².

Pois bem, a partir do levantamento das informações necessárias para o controle social sobre políticas públicas na área da saúde, realizou-se análise do Portal da Transparência do município de São Leopoldo/RS, o qual o hospeda sob o domínio <<http://www.saoleopoldo.rs.gov.br/>>.

No referido sítio eletrônico, na página voltada aos serviços afetados à Secretaria de Saúde, encontrou-se limitadas informações a respeito das Unidades de atendimentos (Centros de Saúde, ESF, CAPS, UBS), adstritas a informar endereços e horários de atendimentos.

Observou, a partir de 2013, provavelmente em virtude dos resultados a auditoria operacional realizada em 2006 e 2007, a publicação de Programação Anual de Saúde – PAS, o qual contém a definição de indicadores, metas, ações, prazos e orçamento, além da apresentação de relatórios trimestrais.

Aludidos relatórios trimestrais, contudo, não fazem exame operacional do que foi realizado.

Além disso, foi possível constatar a existência uma relação de medicamentos, que contém lista dos fármacos fornecidos e também que estão em falta e qual a orientação do procedimento para retirada, devidamente atualizada.

¹² TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. Relatório de auditoria operacional n. 257-0200/08-0, p. 56.

Verificou-se, ainda, calendário de agendamento das especialidades disponíveis na rede para marcação de consultas:

Figura 5: Marcação de Especialidades

Marcação de Especialidades

Nesta página você tem acesso ao calendário de agendamento das especialidades médicas disponíveis na rede.

O teleagendamento ocorre entre 8h e 14h.

O número de telefone para o agendamento é 2200 0777.

Clique e consulte a relação de Especialidades e os dias/horários para marcação: [RELAÇÃO DE DIAS E HORÁRIOS PARA MARCAÇÃO DE ESPECIALIDADES MÉDICAS](#)

Anexos Disponíveis

 Dias e Horários da Marcação de Especialidades

Fonte: sítio eletrônico do município de São Leopoldo/RS

Em outra tela, no mesmo sítio eletrônico, foi possível verificar informações quanto à folha de pagamento dos trabalhadores lotados na Secretária da Saúde e também no Hospital mantido pelo município, limitadas à informação do nome, cargo, remuneração e lotação.

Foi possível encontrar, em outra tela, informações a respeito dos empenhos realizados com despesas de saúde, porém, limitadas ao CNPJ do credor e os valores pagos, sem informação a respeito da prestação de contas desse serviço¹³.

Não se observou informações detalhadas e atualizadas a respeito da estrutura organizacional da secretária da saúde, tais como a composição e recursos físicos da rede de Atenção Básica da Saúde.

Da mesma forma, inexistem informações detalhadas a respeito dos dados de produção e recursos humanos alocados, tais como números de consultas e atendimentos realizados, quadro de pessoal, lotação específica e horários de trabalho, bem como natureza do cargo exercido.

Ante todo o exposto, vislumbra-se que as informações disponibilizadas no sítio eletrônico do Município de São Leopoldo não contemplam, por meio da transparência ativa, o conjunto de informações necessárias para o exercício do controle social de políticas públicas na área da saúde pela sociedade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho demonstrou a possibilidade da utilização do governo eletrônico, assim entendido como a modelagem das estruturas governamentais a partir da utilização de recursos da tecnologia da informação e comunicação, como instrumento para aumentar o grau de transparência ativa dos entes públicos, e, por conseguinte, potencializar o exercício de controle social da gestão dos recursos públicos e das políticas públicas.

Para tanto, realizou-se levantamento das informações e documentos analisados pelo Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul no bojo do processo de auditoria operacional de n. 257-0200-08-0, e,

¹³ Em simples análise mais apurada, pela busca do CNPJ da empresa contratada no site da Receita Federal, verificou-se que em seu quadro societário, constava, na maioria, médicos. Tal contratação, realizada ainda sob dispensa de licitação, poderia, em tese, configurar indício de burla a concurso público ou processo seletivo.

assim, verificou-se quais as informações e documentos necessários para realização de controle social de política pública municipal na área da saúde em atenção básica.

Após isso, deu-se detalhamento acerca das informações existentes no Portal da Transparência do município de São Leopoldo por meio do sítio eletrônico (<http://www.saoleopoldo.rs.gov.br/>) relativas às políticas públicas realizadas na área da saúde em atenção básica.

Por fim, realizou-se análise comparativa entre as informações levantadas no processo de controle externo citado e as informações disponibilizadas pelo Portal de Transparência do município de São Leopoldo para o efetivo exercício do controle social.

Assim, a partir da pesquisa realizada, foi possível constatar, no contexto de governo eletrônico que as informações disponibilizadas no sítio eletrônico do Município de São Leopoldo não contemplam, por meio da transparência ativa, o conjunto de informações necessárias para o exercício do controle social de políticas públicas na área da saúde pela sociedade.

REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 04 maio 2018.

DA SILVA, Edson Rosa Gomes. ROVER, Aires José. **O Governo Eletrônico como Política Pública Participativa com os Observatórios Sociais.** Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/266037752_o_governo_eletronico_no_suporte_as_politicas_publicas_com_acoes_participativas_observatorios_de_seguranca_publica> Acesso em 10 set 2018.

FUGINI, M. G.; MAGGIOLINI, P. PAGAMICI, B.. **Por que é difícil fazer o verdadeiro "Governo eletrônico".** *Prod.* [online]. 2005, vol.15, n.3, pp.300-309. ISSN 0103-6513. <http://dx.doi.org/10.1590/S0103-65132005000300002>.

MILANI, Carlos Roberto Sanchez. **O princípio da participação social na gestão de políticas públicas locais: uma análise de experiências latino-americanas e europeias.** Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rap/v42n3/a06v42n3.pdf>>. Acesso em: 10 out 2018.

MUNICÍPIO DE SÃO LEOPOLDO/RS. Disponível em: <<http://www.saoleopoldo.rs.gov.br/>>. Acesso em: 15 jun 2019

RUEDIGER, Marco Aurelio. **Governo Eletrônico e Democracia – uma análise preliminar dos impactos e potencialidades na gestão pública.** XXVI ENANPAD, Salvador, setembro/dezembro, 2002.

SCHMIDT, João Pedro. Para estudar políticas públicas: aspectos conceituais, metodológicos e abordagens teóricas. **Revista do Direito**, Santa Cruz do Sul, v. 3, n. 56, p. 119-149, set. 2018.

SOUZA, Celina. “Estado da arte” da área de políticas públicas: conceitos e principais tipologias. **XXVII Encontro anual da associação nacional de pós-graduação e pesquisa em ciências sociais (ANPOCS)**, Caxambu/MG, outubro de 2003. Disponível em <<https://www.anpocs.com/index.php/papers-27-encontro-2/gt-24/gt14-16/4232-csouza-estado-da/file>> Acesso em: 05 ago 2019.

TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. **Relatório de auditoria operacional n. 257-0200/08-0**. Disponível em: <<http://www1.tce.rs.gov.br/portal/page/portal/tcers/inicial>> Acesso em 20 maio 2019.

VANDERLEI, Siraque. **Controle Social da função administrativa do Estado: possibilidades e limites na Constituição de 1988**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

.

OS AVANÇOS TECNOLÓGICOS NA ERA CONSUMOCENTRISMO: OS REFLEXOS NO RECONHECIMENTO AO PRÓXIMO

Lucas Dalmora Bonissoni¹

Rogério da Silva²

RESUMO

O presente estudo tem como escopo analisar os avanços tecnológicos na era consumocentrista e seus reflexos no reconhecimento ao próximo, apresentando como ideia o consumo no centro da vida, sendo que esses aspectos implicam diretamente na divisão de classes na importância com o semelhante. A pesquisa abrange discussões teóricas, utilizando-se o método dedutivo e abordagem qualitativa, por meio da técnica de pesquisa bibliográfica. O problema de pesquisa decorre da contemporaneidade do tema, e tem como fundamento a seguinte indagação: quais os reflexos do consumocentrismo no reconhecimento ao próximo? A atualidade, relevância e a alta indagação do tema é o motivo por sua escolha, que se fundamenta pelos riscos dos avanços tecnológicos em uma sociedade marcada pelo excessivo consumo, que diretamente acarretam em riscos ao próximo.

PALAVRAS-CHAVE: Avanços Tecnológicos; Globalização; Sociedade de Consumo; Consumocentrismo; Reconhecimento.

ABSTRACT

This study aims to analyze the technological advances in the consumer-centric era and their reflexes in the recognition of others, presenting as an idea the consumption in the center of life, and these aspects directly imply the division of classes in importance with the similar. The research covers theoretical discussions, using the deductive method and qualitative approach, through the technique of bibliographic research. The research problem stems from the contemporaneity of the theme, and is based on the following question: what are the consequences of consumerocentrism in the recognition of others? The timeliness, relevance and high question of the subject is the reason for his choice, which is based on the risks of technological advances in a society marked by excessive consumption, which directly entail risks to others.

KEYWORDS: Technological Advances; Globalization; Consumer society; Consumerocentrism; Recognition.

INTRODUÇÃO

O presente resumo vincula-se ao Grupo de Trabalho nº 6 – Direito, Cidadania e Desenvolvimento Tecnológico, por tratar dos avanços tecnológicos que influenciam diretamente o consumo exacerbado da população, visto que acarreta impactos para a sociedade, principalmente pelo fato dos sujeitos colocarem o consumo no centro do mundo, e deixam de reconhecer o próximo como indivíduo.

Com a emergência da globalização, incontáveis modificações ocorreram no globo, entre elas os avanços tecnológicos nas áreas da comunicação e informática que proporcionam as informações em rede, onde tudo é aqui e agora, é possível comunicar-se com as pessoas de qualquer lugar do mundo em instantes, e ao mesmo tempo, comprar produtos de qualquer origem com apenas um botão.

¹ Mestrando em Direito na Universidade de Passo Fundo – UPF, bolsista do Programa de Pós Graduação em Direito, vinculado à linha de pesquisa Relações Sociais e Dimensões do Poder, e-mail: lucasdbonissoni@icloud.com

² Vice-Reitor da Universidade de Passo Fundo – UPF, especialista em Contratos e Responsabilidade Civil – UPF, Mestre e Doutor em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC, e-mail: rogerio@upf.br

Como consequência de qualquer avanço sempre existirá reflexos positivos e negativos. Os pontos positivos podem ser observados que o consumo torna-se acessível para diversas pessoas a adquirirem seus desejados objetos, inclusive com um preço abaixo das lojas e mercados. Por outro lado, como consequência da facilidade de comprar produtos, a forma de consumir torna-se exacerbada e as pessoas deixam de se reconhecer uma nas outras.

Por conta disso, os avanços tecnológicos impulsionam o consumo demasiado e desnecessário, e os princípios de reconhecimento ao próximo não são mais concretizados, uma vez que a diversidade cultural está defasada pelos aspectos e limites da intolerância dos consumidores. Nessa ótica, tem-se como objetivo geral a tarefa de indicar os desafios vividos na sociedade consumocentrista, e todas as suas implicações, por base de reflexões e ajustes sociais, por meio das hipóteses dos limites da tolerância e reconhecimento.

1 OS AVANÇOS TECNOLÓGICOS NA ERA CONSUMOCENTRISMO

Inicialmente, os avanços tecnológicos estão ligados ao fenômeno da globalização, que tem um conceito “nebuloso” para ser compreendida, porque é a expressão que certamente é pior empregada e menos definida³.

As implicações do conceito de globalização são universais, e alcançam o mundo contemporâneo como um todo. Anthony Giddens, classifica a globalização como uma “intensificação das relações sociais em escala mundial, que ligam localidades distantes de tal maneira que acontecimentos locais são modelados por eventos ocorrendo a muitas milhas de distância e vice-versa”⁴.

Dessa forma, a globalização torna-se algo frenético que não está no controle da sociedade, devido à aceleração prematura dos mecanismos de engenharia e a banalização alucinante de novas tecnologias⁵.

Portanto, percebe-se que a globalização vinculada ao pensamento capitalista, “pautas mercantilistas de competitividade, rentabilidade, de eficiência e modos de vida de caráter ostentoso e consumista, se deseja apresentar a realidade de alguns grupos como o modo ideal de vida e como devem viver os demais”⁶.

Ao passo da globalização e da facilidade da evolução de pesquisas, emergiu a figura das novas tecnologias, por conta da mudança radical no espaço que teve a mídia como pioneira dos avanços, visto que suas informações diminuíram cada vez mais a necessidade de presença física ou contatos pessoais⁷, seja por meio da Televisão, Rádio ou Internet, conseguiam atingir cada vez mais pessoas.

Manuel Castells⁸ aponta no mesmo sentido, afirmando que a revolução tecnológica está ligada as tecnologias da informação, uma vez que atinge a base material da sociedade remodelando-a em ritmo acelerado. Portanto, a evolução tecnológica e de informação cresce como um dos pilares da globalização, visto

³ BECK, Ulrich. **O que é globalização? Equívocos do globalismo respostas à globalização**. Trad. André Carone. São Paulo: Paz e Terra, 1999. p. 40.

⁴ GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade**. Trad. Raul Fiker. São Paulo: Unesp. 1991, p. 69.

⁵ SANTOS, Milton. **A aceleração contemporânea: tempo-mundo e espaço-mundo**. Hucitec, São Paulo, 1991. p.12

⁶ SANCHEZ RUBIO, David. **Fazendo e desfazendo direitos humanos**. Tradução Clóvis Gorczewski. 1. ed. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2010. p. 84.

⁷ OLIVEIRA, Odete Maria de. **Teorias globais e suas revoluções: fragmentações do mundo**. Ijuí: Ed. Unijuí, 2005, v. 3, p. 83.

⁸ CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. Trad. Roneide Venancio Majer. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2006.p. 21.

que as “novas tecnologias podem desempenhar um papel importante em construir um futuro melhor, mas eles não fornecem um atalho para resolver problemas sociais complexos ou antigas fontes de conflito social”⁹.

Além disso, as novas tecnologias podem ser consideradas como um instrumento viabilizador ou inviabilizador, de transformações que podem acrescentar, ou não, um padrão de qualidade de vida a todos¹⁰. Como aspecto inviabilizador, ou negativo, Liton Lanes Pilau Sobrinho¹¹ descreve:

Com todos os avanços e o desenvolvimento de novas tecnologias na área da sustentabilidade, do meio ambiente e da saúde, está-se diante de um paradoxo, ou seja, o Estado cada vez mais reduzindo o investimento em pesquisas e deixando para a iniciativa privada dominar o campo das novas tecnologias, no qual fica a dúvida de qual é o papel estatal, pois a sociedade fica à mercê do mercado.

Zygmunt Bauman¹², também alerta sobre as consequências que as novas tecnologias podem produzir:

A tecnologia atual ultrapassou a política, esta última se tornou, em parte, um suplemento daquela e ameaça concluir a criação de uma sociedade tecnológica. Essa sociedade, com sua consciência determinista, encara a recusa de participar das inovações tecnológicas e das redes sociais (tão indispensáveis para o exercício do controle social e político) como base suficiente para remover todos os retardatários do processo de globalização (ou os que discordam de sua santificada ideia) para as margens da sociedade.

Outro aspecto dos avanços tecnológicos que também podem ser considerados positivos ou negativos está relacionado ao consumo. Cada vez que são produzidos novos equipamentos, como por exemplo, notebooks, smartphones, carros com altas tecnologias, entre outros, trazem à tona o desejo de consumir o que é “novo” e comprar todos os lançamentos que o mercado impõe.

Porém, nesse cenário emerge a figura da sociedade de consumo caracterizada pela maneira individual de pensar e de se comportar perante a população, ou seja, “representa o tipo de sociedade que promove, encoraja ou reforça a escolha de um estilo de vida e uma estratégia existencial consumista, e rejeita todas as opções culturais alternativas”¹³.

A sociedade de consumo é definida pela futilidade no momento de consumir, porque os indivíduos não compram produtos apenas para atender suas necessidades pessoais, pelo contrário adquirem bens em razão de lançamentos de novos produtos/tecnologias, e também pela marca ou a moda anunciada a cada ano. Dessa forma, completa Gilles Lipovetsky¹⁴ que a sociedade de consumo é voltada para “as novas elites do mundo econômico alardeiam sem complexos seus gostos pelos produtos de luxo e pelos símbolos de posição social. [...] O esnobismo, o desejo de parecer rico, o gosto de brilhar, a busca pela distinção social”.

⁹ SLEE, Tom. **Uberização**: A nova onda do trabalho precarizado. Trad. João Peres. São Paulo: Editora Elefante, 2017. p. 33.

¹⁰ PILAU SOBRINHO, Liton Lanes. **Desafios da sustentabilidade na era tecnológica** [recurso eletrônico]: (im) probabilidade comunicacional e seus impactos na saúde e meio ambiente. Dados eletrônicos. Itajaí: UNIVALI, 2017, p. 22.

¹¹ PILAU SOBRINHO, Liton Lanes. **Desafios da sustentabilidade na era tecnológica** [recurso eletrônico]: (im) probabilidade comunicacional e seus impactos na saúde e meio ambiente. Dados eletrônicos, p. 12.

¹² BAUMAN, Zygmunt. DONSIS, Leonidas. **Cegueira Moral**. Rio de Janeiro: Editora Zahar, 2014. p. 8.

¹³ BAUMAN, Zygmunt. **Vida para consumo**: a transformação das pessoas em mercadorias. Rio de Janeiro: Editora Zahar, 2008, p. 70.

¹⁴ LIPOVETSKY, Gilles. **O luxo eterno**: da idade do sagrado ao tempo das marcas. São Paulo: Companhia das Letras, 2008. p. 51.

Por conta disso, a aquisição de produtos patrocinados por grandes marcas desponta a ideia de que “aquele que pode consumir mais e melhores produtos detém o poder social e econômico sobre os outros”¹⁵.

Portanto, pode se dizer que a sociedade de consumo é indicada pelo consumo individualizado e exacerbado. Ocorre que, devido aos impactos da globalização e das novas tecnologias a sociedade contemporânea está em constante transformação, posto que consumir tornou-se um hábito inconsciente da população. Autores, renomados como Gilles Lipovetsky expõe que entramos na “era do Hiperconsumismo”, que tem como finalidade incentivar de modo involuntário a população a adquirir produtos que afloram os seus desejos pessoais, relacionados a embelezar a aparência física, sentimental, carnal, relacional, qualquer produto que traga alegria em abundância para o gozo pleno da felicidade¹⁶.

Oposto do que representa a sociedade de consumo, a “era Hiperconsumista” buscam alcançar os anseios que vão de encontro à felicidade das pessoas, e não mais para o simples exibicionismo que os indivíduos aparentavam na sociedade de consumo porque “o apogeu do consumo já não tem a ver com o signo diferencial, mas com o valor experimental, o consumo ‘puro’ que funciona não como significante social, mas como panóplia de serviços destinados ao indivíduo”¹⁷. Dessa forma, percebe-se que a “era do Hiperconsumo” vai de encontro com a satisfação pessoal de cada individual, que ao comprar encontra prazeres momentâneos em adquirir determinado item para estimular sua alegria própria.

Porém, a evolução do consumo não “termina” no ápice do Hiperconsumo, os professores Dra. Cleide Calgaro e Dr. Agostinho Oli Koppe Pereira, apresentam que atualmente o sujeito hiperconsumista – que endeusa objetos –, “evoluiu negativamente” para o sujeito consumocentrista que acaba vangloriando “o consumo fazendo com que este seja o fim único de sua existência. Assim, seus desejos são pautados no consumo, tornando este o “verdadeiro centro do universo””¹⁸.

Nesse sentido, o sujeito hiperconsumista que antes encontrava a felicidade no momento da compra ainda tinha um pinga de consciência do que estava fazendo. Já o sujeito consumocentrista atinge patamares que dificilmente podem ser controlados, visto que o motivo central da vida agora é outro, os indivíduos literalmente vivem para consumir tornando-se “verdadeiros escravos da moda”. O sujeito torna-se a mercadoria e deixa de ser consumidor uma vez que o perdeu suas decisões de controle perante o mercado, criando outra categoria, na qual “fabrica corpos submissos e exercitados, corpos dóceis”¹⁹.

Por fim, como resultado desse consumo impulso – consumocentrismo –, as pessoas deixam de “reconhecer” os interesses coletivos e do próximo, uma vez que a cultura individualista e egocêntrica aumenta em larga escala, devido aos hábitos de consumo considerados desnecessários²⁰.

¹⁵ PEREIRA, Agostinho Oli Koppe; CALGARO, Cleide; PEREIRA. Desenvolvimento sustentável e o consumocentrismo: o paradoxo da modernidade. In: PEREIRA, Agostinho O. Koppe; CALGARO, Cleide; PEREIRA, Henrique M. Koppe (Orgs.). **O consumo da sociedade moderna [recurso eletrônico]**: consequências jurídicas e ambientais. Caxias do Sul, RS: Edusc, 2016, p. 40.

¹⁶ LIPOVETSKY, Gilles. **A felicidade paradoxal**: ensaios sobre a sociedade de hiperconsumo. Trad. Maria Lúcia Machado. São Paulo: Companhia das Letras, 2007, p. 37.

¹⁷ LIPOVETSKY, Gilles. **A felicidade paradoxal**: ensaios sobre a sociedade de hiperconsumo, p. 37.

¹⁸ CALGARO, Cleide; PEREIRA, Agostinho Oli Koppe. A sociedade consumocentrista e a disciplina do sujeito na modernidade: uma análise dos impactos socioambientais. In: Carolina Medeiros Bahia, Cleide Calgaro (Orgs.). **Direito, globalização e responsabilidade nas relações de consumo I** [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UNICURITIBA, p. 57.

¹⁹ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: nascimento da prisão. 38. ed. Trad. Raquel Ramalhete. Petrópolis, RJ: Vozes, 2011, p.133.

²⁰ HABERMAS, Jürgen. **Consciência moral e agir comunicativo**. Tradução Guido A. de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.

2 O CONSUMOCENTRISMO E OS REFLEXOS AO RECONHECIMENTO AO PRÓXIMO

Devido ao aumento e a perda do controle no momento de consumir, a falta de solidariedade humana, seguida com a dificuldade de exercer uma cidadania ativa, provocam malfeitorias aos bens da coletividade, e “tudo isso contribuí para o aniquilamento dos espaços públicos, que passam a ser ocupados pelos domínios do mercado”²¹.

O desejo do reconhecimento pessoal passa a ser visto pela sociedade se o indivíduo possui ou não tal objeto, conforme descreve Zygmunt Bauman:

O mundo formado e sustentado pela sociedade de consumidores fica claramente dividido entre as coisas a serem escolhidas e os que as escolhem; as mercadorias e seus consumidores: as coisas a serem consumidas e os seres humanos que as consomem. Contudo, a sociedade de consumidores é o que é precisamente por não ser nada desse tipo. O que separa de outras espécies de sociedade é exatamente o embaçamento e, em última instância, a eliminação das divisões citadas²².

Assim sendo, o indivíduo torna-se a própria mercadoria desejável diante de sua comunidade, considerando que será lembrado pelo seu vestimento, e não pelo o que conquistou durante a vida em prol de benefícios coletivos, ou seja, “a produção de bens de consumo é agora um fenômeno cultural: compra-se o produto tanto por sua imagem quanto por sua identidade imediata”²³.

Dessa forma, o contexto do presente estudo apresenta-se diante da difícil tarefa de aceitação cultural, separadas pelas diferentes formas de pensar, agir e principalmente de comprar, que marcam a sociedade consumocentrista. Nessa perspectiva, o objetivo da pesquisa está relacionada as reflexões de reconhecimento ao Outro e aos limites da tolerância.

Acerca dos limites da tolerância, tem seu conceito histórico devido aos problemas relacionados às crenças, surgindo primeiramente com discussões religiosas e políticas, onde determinados grupos de pessoas possuíam pensamento diversos dos outros²⁴. Atualmente, o conceito tornou-se mais amplo devido aos problemas que ocorrem com as minorias étnicas, sejam raciais, homossexuais, loucos, deficientes, e também na distinção de classes, como os ricos e os hipossuficientes. Os ricos, considerados pessoas de classe alta, podem consumir quaisquer produtos existentes no mercado, já os hipossuficientes, acabam sendo excluídos por conta de o seu baixo poder aquisitivo, não conseguindo frequentar os mesmos lugares.

“Os problemas a que se referem esses dois modos de entender, de praticar e de justificar a tolerância não são os mesmos. Uma coisa é o problema da tolerância de crenças e opiniões diversas, que implica um discurso sobre a verdade e a compatibilidade teórica ou prática de verdades até mesmo contrapostas; outra é o problema da tolerância em face de quem é diverso por motivos físicos ou sociais, um problema que põe em primeiro plano o tema do preconceito e da conseqüente discriminação. As razões que se podem aduzir (e que foram efetivamente aduzidas, nos séculos em que fervia o debate religioso) em defesa da tolerância no primeiro

²¹ BODNAR, Zenildo. O cidadão consumidor e a construção jurídica da sustentabilidade. In: PILAU SOBRINHO, Liton Lanes; SILVA, Rogerio da. **Balcão do consumidor: consumo e sustentabilidade**. Passo Fundo: Ed. Universidade de Passo Fundo, 2012, p. 45.

²² BAUMAN, Zygmunt. **Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadorias**, p. 20.

²³ JAMESON, Frederic. **Pós-modernismo: a lógica cultural do capitalismo tardio**. São Paulo: Ática, 1996, p. 138.

²⁴ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Apresentação Celso Lafer. Nova ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 86.

sentido não são as mesmas que se aduzem para defender a tolerância no segundo. Do mesmo modo, são diferentes as razões das duas formas de intolerância. A primeira deriva da convicção de possuir a verdade; a segunda deriva de um preconceito, entendido como uma opinião ou conjunto de opiniões que são acolhidas de modo acrítico passivo pela tradição, pelo costume ou por uma autoridade cujos ditames são aceitos sem discussão. De certo, também a convicção de possuir a verdade pode ser falsa e assumir a forma de um preconceito. Mas é um preconceito que se combate de modo inteiramente diverso: não se podem pôr no mesmo plano os argumentos utilizados para convencer o fiel de uma Igreja ou o seguidor de um partido a admitir a presença de outras confissões e de outros partidos, por um lado, e, por outro, os argumentos que se devem aduzir para convencer um branco a conviver pacificamente com um negro, um turinês com um sulista, a não discriminar social e legalmente um homossexual, etc”²⁵.

Desta forma a lógica consumocentrista, se reflete na forma inconsequente da sociedade contemporânea, que diante da decepção permanente dos consumidores em buscar nos produtos para encontrar a felicidade, acabam perdendo o controle de seu próprio corpo, passando a ser movido pelo comércio e novas tecnologias. Como consequência os sujeitos deixam de serem tolerantes um com os outros, que acaba originando em divisões de classes e muitas vezes discórdias dentro de sua própria casa, por conta da ausência de reconhecimento com o próximo.

Sobre os conceitos de responsabilidade com o próximo/Outro, e a mudança individualista que trouxe o consumocentrismo, descreve Zygmunt Bauman²⁶:

Os conceitos de responsabilidade e escolha responsável, que antes residiam no campo semântico do dever ético e da preocupação moral pelo Outro, transferiram-se ou forma levados para o reino da auto-realização e do cálculo de riscos. Nesse processo, “o Outro” como desencadeador, alvo e critério de uma responsabilidade reconhecida, assumida e concretizada, praticamente desapareceu de vista, afastado ou sobrepujado pelo eu do próprio ator. “Responsabilidade” agora significa, no todo, responsabilidade em relação a si próprio (“você deve isso a si mesmo”, “você merece”, como dizem os corretores do “alívio da responsabilidade”), enquanto “escolhas responsáveis” são, no geral, os gestos que atendem aos interesses e satisfazem os desejos do eu.

Nesse sentido, o consumo e os aspectos econômicos de cada sujeito trazem à tona o interesse de dominar, ou ser melhor, que o próximo, devido ao empoderamento de se sentir melhor que alguém, “no comércio e na transação o próprio homem é vendido ou comprado: o dinheiro sempre é, num grau qualquer, salário”²⁷.

Esse motivos são resultados negativos presentes na sociedade consumocentrista, posto que quem não tem condições financeiras de comprar determinados objetos, acaba sendo eliminado, acarretando em um “sentimento de ser rejeitado, excluído e abandonado, e em última instância se reflete na dor da inadequação social”²⁸.

²⁵ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**, p. 86.

²⁶BAUMAN, Zygmunt. **Vida para consumo**: a transformação das pessoas em mercadorias, p. 119.

²⁷ LÉVINAS, Emmanuel. **Entre nós**: ensaios sobre a alteridade. Tradução de Pergentino Stafano Pivatto. Petrópolis/RJ: Vozes, 2010, p. 66

²⁸ BAUMAN, Zygmunt. **Vida para consumo**: a transformação das pessoas em mercadorias. p. 109.

As consequências dessas situações são as piores possíveis, posto que sempre que for adotado um ponto de vista que nos leve para uma visão egocêntrica, como ocorre na sociedade consumocentrista, os indivíduos deixam de reconhecer os interesses dos outros, adotando uma perspectiva concreta individualista²⁹.

Bertaso e Hamel denotam uma maneira positiva de pensarmos sobre os limites da tolerância, visando sempre ponderar que por ser acima de tudo uma atitude cidadã, deve-se observar os direitos das pessoas independente de sua classe social, “de reconhecer e respeitar pessoas e grupos excluídos (...), quanto às ações de solidariedade e de cuidados recíprocos. De alguma forma, é a cota particular que cada cidadão deve ao outro”³⁰.

Jürgen Habermas³¹ vai além, e aponta a classificação do tema como “O nascimento da tragédia”, onde a dor profunda e a crueldade são consideradas como “o prazer, projeções de um espírito criador, sem escrúpulos se entrega ao gozo despreocupado do poder e da arbitrariedade de suas criações fictícias”.

Por conta dessas circunstâncias ocorridas pela falta de reconhecimento como resultado do consumocentrismo ecoam

“O resultado não é muito diferente dos efeitos “adiaforizantes” do estratagema praticado pela burocracia sólido-moderna, que substituiu a “responsabilidade por” (o bem-estar e a dignidade do Outro) pela “reponsabilidade perante” (o superior, a autoridade, a causa e seus porta-vozes). Os efeitos adiaforizantes (ou seja, que declaram certas ações impregnadas de escolhas morais “eticamente neutras” e as isentam de avaliação e censura ética) tendem, contudo, a ser atingidos em nossos dias principalmente por meio da substituição da “responsabilidade pelos outros” pela “responsabilidade para consigo mesmo” reunidas numa só. A vítima colateral do salto para a versão consumista da liberdade é o Outro como objeto de responsabilidade ética e preocupação moral”³².

Por fim, para evitar prejuízos irremediáveis deve-se buscar o fim da intolerância por conta da destreza marcada pela sociedade consumocentrista, devendo alcançar os sentidos do reconhecimento ao próximo, por meio de uma política de cidadania e inclusão social, buscando sempre atingir a ética da responsabilidade e da solidariedade³³.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O tema atual do trabalho possui grande relevância diante dos problemas ocasionados pela sociedade consumocentrista, principalmente em questão da falta de reconhecimento e das diferenças de classes que o consumo indiretamente impõe na sociedade.

Verifica-se que a aquisição exagerada de produtos e serviços ocasiona inúmeros danos à sociedade, muitas vezes irreparáveis, que é o que se apresenta na sociedade contemporânea, onde o individualismo prepondera sobre os interesses sociais e coletivos de reconhecimento.

²⁹ HABERMAS, Jürgen. **Consciência moral e agir comunicativo**. p. 159.

³⁰ BERTASO, João Martins; HAMEL, Marcio Renan. **Ensaio sobre reconhecimento e tolerância**. Santo Ângelo: FuRI, 2016, p. 105.

³¹ HABERMAS, Jürgen. **O discurso filosófico da modernidade: doze lições**. Tradução Luiz Sérgio Repa, Rodinei Nascimento. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 121

³² BAUMAN, Zygmunt. **Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadorias**. p. 119-120.

³³ BERTASO, João Martins; HAMEL, Marcio Renan. **Ensaio sobre reconhecimento e tolerância**. p. 117

Outro fator que contribui para distanciar as pessoas está relacionado ao advento de novas tecnologias, o comércio e o marketing crescem, e bombardeiam os sujeitos com lançamentos que apenas encarecem cada vez mais os produtos.

Nesse passo a falta de sensibilização dos consumidores acaba separando as pessoas, que deixam de sentir um sentimento de pertencimento aos grupos e acabam sendo excluídos, ou sendo obrigados a comprar determinado item para se sentirem completos.

Portanto, os aspectos da tolerância são indispensáveis para que os indivíduos suportem os diferentes valores presentes na sociedade consumocentrista, em que pressupõe um respeito mútuo entre todas as partes, independentemente da roupa, celular, carro, entre outros produtos que utilizam.

O objetivo do presente estudo foi apontar os impactos causados pela sociedade consumocentrista, que gradativamente, alcança índices de satisfação particular, onde as pessoas esbanjam emblemas de grandes marcas, que consequentemente gera a divisão de classes e muitas vezes a exclusão perante a sociedade.

Por fim, a sociedade consumocentrista carece de uma reflexão mais acurada perante o Outro para encontrar o seu verdadeiro plano como cidadão, para evitar os impactos e os transtornos aglomerados pela falta de reconhecimento ao próximo.

REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

BAUMAN, Zygmunt. DONSKIS, Leonidas. **Cegueira Moral**. Rio de Janeiro: Editora Zahar, 2014.

BAUMAN, Zygmunt. **Vida para consumo**: a transformação das pessoas em mercadorias. Rio de Janeiro: Editora Zahar, 2008.

BECK, Ulrich. **O que é globalização? Equívocos do globalismo respostas à globalização**. Trad. André Carone. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

BERTASO, João Martins; HAMEL, Marcio Renan. **Ensaio sobre reconhecimento e tolerância**. Santo Ângelo: FuRI, 2016

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Apresentação Celso Lafer. Nova ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BODNAR, Zenildo. O cidadão consumidor e a construção jurídica da sustentabilidade. In: PILAU SOBRINHO, Liton Lanes; SILVA, Rogerio da. **Balcão do consumidor**: consumo e sustentabilidade. Passo Fundo: Ed. Universidade de Passo Fundo, 2012.

CALGARO, Cleide; PEREIRA, Agostinho Oli Koppe. A sociedade consumocentrista e a disciplina do sujeito na modernidade: uma análise dos impactos socioambientais. In: Carolina Medeiros Bahia, Cleide Calgaro (Orgs.). **Direito, globalização e responsabilidade nas relações de consumo I** [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UNICURITIBA.

CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. Trad. Roneide Venancio Majer. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2006.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: nascimento da prisão. 38. ed. Trad. Raquel Ramalhete. Petrópolis, RJ: Vozes, 2011.

- HABERMAS, Jürgen. **O discurso filosófico da modernidade**: doze lições. Tradução Luiz Sérgio Repa, Rodinei Nascimento. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- HABERMAS, Jürgen. **Consciência moral e agir comunicativo**. Tradução Guido A. de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.
- GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade**. Trad. Raul Fiker. São Paulo: Unesp. 1991.
- JAMESON, Frederic. **Pós-modernismo**: a lógica cultural do capitalismo tardio. São Paulo: Ática, 1996.
- LÉVINAS, Emmanuel. **Entre nós**: ensaios sobre a alteridade. Tradução de Pergentino Stafano Pivatto. Petrópolis/RJ: Vozes, 2010
- LIPOVETSKY, Gilles. **O luxo eterno**: da idade do sagrado ao tempo das marcas. São Paulo: Companhia das Letras, 2008.
- LIPOVETSKY, Gilles. **A felicidade paradoxal**: ensaios sobre a sociedade de hiperconsumo. Trad. Maria Lúcia Machado. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.
- OLIVEIRA, Odete Maria de. **Teorias globais e suas revoluções**: fragmentações do mundo. Ijuí: Ed. Unijuí, 2005, v. 3
- PILAU SOBRINHO, Liton Lanes. **Desafios da sustentabilidade na era tecnológica** [recurso eletrônico]: (im) probabilidade comunicacional e seus impactos na saúde e meio ambiente. Dados eletrônicos. Itajaí: UNIVALI, 2017.
- PEREIRA, Agostinho Oli Koppe; CALGARO, Cleide; PEREIRA. Desenvolvimento sustentável e o consumocentrismo: o paradoxo da modernidade. In: PEREIRA, Agostinho O. Koppe; CALGARO, Cleide; PEREIRA, Henrique M. Koppe (Orgs). **O consumo da sociedade moderna** [recurso eletrônico]: consequências jurídicas e ambientais. Caxias do Sul, RS: Edusc, 2016.
- SANCHEZ RUBIO, David. **Fazendo e desfazendo direitos humanos**. Tradução Clóvis Gorczewski. 1. ed. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2010.
- SANTOS, Milton. **A aceleração contemporânea**: tempo-mundo e espaço-mundo. Hucitec, São Paulo, 1991.
- SLEE, Tom. **Uberzição**: A nova onda do trabalho precarizado. Trad. João Peres. São Paulo: Editora Elefante. 2017.

A QUARTA REVOLUÇÃO INDUSTRIAL E OS IMPACTOS DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL PARA A SUSTENTABILIDADE TECNOLÓGICA

Alessandra Vanessa Teixeira¹

Carla Piffer²

RESUMO

O presente trabalho objetiva discorrer sobre a chamada “quarta revolução industrial”, mais especificamente sobre um dos ramos que compreendem suas inovações tecnológicas, o ramo da inteligência artificial, bem como os impactos desta para a sustentabilidade tecnológica. Para tanto, o trabalho será dividido em três tópicos. A justificativa para tal pesquisa reside no fato de que hoje tudo está centrado na tecnologia. Utiliza-se o método indutivo, sendo acionadas as técnicas do referente, da categoria, dos conceitos operacionais e da pesquisa bibliográfica.

PALAVRAS-CHAVE: Inteligência Artificial; Inovações Tecnológicas; Quarta Revolução Industrial; Sustentabilidade; Sustentabilidade Tecnológica.

ABSTRACT

The present work aims to discuss the so-called "fourth industrial revolution", more specifically one of the branches that comprise its technological innovations, the branch of artificial intelligence, as well as the impacts of this for technological sustainability. To do so, the work will be divided into three topics. The rationale for such research lies in the fact that today everything is technology-centric. The inductive method is used, being applied the techniques of the referent, category, operational concepts and bibliographic research.

KEYWORDS: Artificial intelligence; Technological innovations; Fourth Industrial Revolution; Sustainability; Technological Sustainability.

INTRODUÇÃO

O presente artigo pretende analisar a chamada “quarta revolução industrial”, mais especificamente sobre um dos ramos que compreendem suas inovações tecnológicas, o ramo da inteligência artificial, bem como os impactos desta para a sustentabilidade tecnológica.

Na primeira parte deste estudo serão tecidos comentários acerca da quarta revolução industrial, seu conceito, seus aspectos, suas características, as inovações tecnológicas que a englobam, tendo como referencial teórico o autor Klaus Schwab.

A segunda parte é destinada à análise da inteligência artificial, demonstrando a sua importância para o Direito e, na última parte do estudo pretende-se abordar a sustentabilidade tecnológica, demonstrando a importância da tecnologia para a sustentabilidade em todas as suas dimensões. Além disso, pretende-se verificar os impactos que a inteligência artificial tem gerado para a sustentabilidade tecnológica.

A metodologia a ser empregada compreende o método indutivo, sendo acionadas as técnicas do

¹ Doutoranda em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. Mestra em Direito pela Universidade de Passo Fundo – UPF. Especialista em Direito Público pela Faculdade Meridional – IMED. Bacharel em Direito pela Universidade de Passo Fundo – UPF. Advogada OAB/RS 87583. Bolsista Capes-taxa. Endereço Eletrônico: alessandra.sp@hotmail.com

² Pós-doutora pela Universidade de Passo Fundo - UPF. Doutora em Ciência Jurídica pela UNIVALI. Doutora em Diritto pubblico pela Università degli Studi di Perugia - Facoltà di Giurisprudenza- Itália. Mestre em Ciência Jurídica pela UNIVALI. Professora dos Programas de Mestrado e Doutorado em Ciência Jurídica da UNIVALI - Bolsista do Programa Nacional de Pós-Doutorado - PNPD da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Ensino Superior - CAPES. Endereço eletrônico: carlapiffer@univali.br.

referente, da categoria, dos conceitos operacionais e da pesquisa bibliográfica.

1 A QUARTA REVOLUÇÃO INDUSTRIAL SOB A ÓTICA DE KLAUS SCHWAB

A **quarta revolução industrial**, ou **Indústria 4.0**, é um conceito desenvolvido pelo alemão **Klaus Schwab**, diretor e fundador do Fórum Econômico Mundial. Segundo ele, a industrialização atingiu uma quarta fase, que novamente “alterará fundamentalmente a forma como vivemos, trabalhamos e nos relacionamos”. É, portanto, uma mudança de paradigma, não apenas mais uma etapa do desenvolvimento tecnológico, já que ele afirma: “Em sua escala, escopo e complexidade, a quarta revolução industrial é algo que considero diferente de tudo aquilo que já foi experimentado pela humanidade”.³

Também chamada de 4.0, a revolução acontece após três processos históricos transformadores. A primeira marcou o ritmo da produção manual à mecanizada, entre 1760 e 1830. A segunda, por volta de 1850, trouxe a eletricidade e permitiu a manufatura em massa. E a terceira aconteceu em meados do século 20, com a chegada da eletrônica, da tecnologia da informação e das telecomunicações.⁴

Sobre essa última, Jeremy Rifkin assinala que “La Tercera Revolución Industrial es, a un tiempo, la última fase de la gran saga industrial y la primera de la era colaborativa emergente”⁵.

Assim, o que está em jogo na terceira revolução industrial anunciada por Jeremy Rifkin é um novo poder: partilhado, descentralizado, colaborativo ou, lateral. Em comum com as duas revoluções industriais anteriores, a do século XXI também emerge da convergência entre novos meios de comunicação e formas inéditas de produção de energia. A coerência dos grandes períodos históricos dos últimos dois séculos é dada por essa unidade entre comunicação e energia. O carvão e o vapor, no século XIX, abrem caminho não só para estradas de ferro, e imensas frotas navais, mas também para a massificação de materiais impressos, o que favorece o surgimento da educação pública na Europa e nos Estados Unidos. Na segunda revolução industrial, que domina todo o século XX, o petróleo e a eletricidade permitem o motor a combustão interna, o automóvel individual e, sobretudo a comunicação apoiada em grandes centrais elétricas: telégrafo, telefone, rádio e televisão.⁶

Rifkin, ainda, refere que a terceira revolução industrial “Representa una especie de interregno entre dos periodos de la historia económica: el primero, caracterizado por la conducta industrial, y el segundo, por la conducta colaborativa”⁷.

Nesse sentido, Schwab, em sua obra “Aplicando a Quarta Revolução Industrial”, reafirma esta como sendo um modelo mental para moldar o futuro e que não se trata de uma pequena mudança, mas sim de “um novo capítulo do desenvolvimento humano, no mesmo nível da primeira, da segunda e da Terceira Revolução Industrial e, mais uma vez, causada pela crescente disponibilidade e interação de um conjunto de tecnologias

³ SCHWAB Klaus. **A quarta revolução industrial**. Tradução de Daniel Moreira Miranda. São Paulo: Edipro, 2016. p. 11.

⁴ SCHWAB Klaus. **A quarta revolução industrial**. p. 15-16.

⁵ RIFKIN, Jeremy. **La Tercera Revolución Industrial. Cómo el poder lateral está transformando la energía, la economía y el mundo**. Traducción: Albino Santos Mosquera. Barcelona: Paidós, 2012. p. 351.

⁶ RIFKIN, Jeremy. **La Tercera Revolución Industrial. Cómo el poder lateral está transformando la energía, la economía y el mundo**. p. 58-59.

⁷ RIFKIN, Jeremy. **La Tercera Revolución Industrial. Cómo el poder lateral está transformando la energía, la economía y el mundo**. p. 351.

extraordinárias”⁸.

Sobre a quarta revolução, bem como as anteriores, o autor explica que:

“Nessa revolução, as tecnologias são difundidas muito mais rápida e amplamente do que nas anteriores, as quais continuam a desdobrar-se em algumas partes do mundo. A segunda revolução industrial precisa ainda ser plenamente vivida por 17% da população mundial, pois quase 1,3 bilhão de pessoas ainda não tem acesso à eletricidade. Isso também é válido para a terceira revolução industrial, já que mais da metade da população mundial, 4 bilhões de pessoas, vive em países em desenvolvimento sem acesso à internet. O tear mecanizado (a marca da primeira revolução industrial) levou quase 120 anos para se espalhar para fora da Europa. Em contraste, a internet espalhou-se pelo globo em menos de uma década.”⁹

A quarta revolução industrial engloba as seguintes inovações tecnológicas: inteligência artificial (que será o objeto de estudo do segundo tópico), robótica, internet das coisas, veículos autônomos, impressão em 3D, nanotecnologia, biotecnologia, armazenamento de energia e computação quântica. O que distingue a quarta revolução industrial das outras é a velocidade, a amplitude e a profundidade, bem como a fusão de tecnologias e a interação entre os domínios físicos, digitais e biológicos. A posição de Klaus Schwab quanto à essa nova era tecnológica é bastante esperançosa para a humanidade, já que o mesmo define-se como um “otimista pragmático”¹⁰.

Assim, o autor afirma:

Estou bastante ciente de que alguns acadêmicos e profissionais consideram que essas inovações são somente mais um aspecto da terceira revolução industrial. Três razões, no entanto, sustentam minha convicção da ocorrência de uma quarta – e distinta – revolução:

- **Velocidade:** ao contrário das revoluções industriais anteriores, esta evolui em um ritmo exponencial e não linear. Esse é o resultado do mundo multifacetado e profundamente interconectado em que vivemos; além disso, as novas tecnologias geram outras mais novas e cada vez mais qualificadas.
- **Amplitude e profundidade:** ela tem a revolução digital como base e combina várias tecnologias, levando a mudanças de paradigma sem precedentes da economia, dos negócios, da sociedade e dos indivíduos. A revolução não está modificando apenas o “o que” e o “como” fazemos as coisas, mas também “quem” somos.
- **Impacto sistêmico:** ela envolve a transformação dos sistemas inteiros entre países e dentro deles, em empresas, indústrias e em toda a sociedade.”¹¹ (grifos do autor)

Nesse sentido, “A oportunidade geral da Quarta Revolução Industrial consiste, portanto, em ver a tecnologia como algo que vai além da simples ferramenta ou de uma força inevitável”¹², já que “[...] um dos grandes determinantes do progresso consiste na extensão que a inovação tecnológica é adotada pela sociedade. [...] é essencial que os cidadãos enxerguem os benefícios de longo prazo.”¹³

⁸ SCHWAB Klaus. **Aplicando a quarta revolução industrial**. Tradução de Daniel Moreira Miranda. São Paulo: EDIPRO, 2018. p. 35.

⁹ SCHWAB Klaus. **A quarta revolução industrial**. p. 17.

¹⁰ SCHWAB Klaus. **A quarta revolução industrial**. p. 36.

¹¹ SCHWAB Klaus. **A quarta revolução industrial**. p. 12-13.

¹² SCHWAB Klaus. **Aplicando a quarta revolução industrial**. p. 36.

¹³ SCHWAB Klaus. **A quarta revolução industrial**. p. 17.

Schwab afirma que “[...] as principais inovações tecnológicas estão à beira de alimentar uma gigantesca mudança histórica em todo o mundo – inevitavelmente”¹⁴ e explica, exemplificando:

A escala e o escopo das mudanças explicam por que as rupturas e as inovações atuais são tão significativas. A velocidade da inovação em termos de desenvolvimento e ruptura está mais rápida do que nunca. Os atuais disruptores – Airbnb, Uber, Alibaba e afins – que hoje já são nomes bem familiares, eram relativamente desconhecidos há poucos anos. O onipresente Iphone foi lançado em 2007. Mas, no final de 2015, já existiam cerca de 2 bilhões de *smartphones*. Em 2010, o Google anunciou seu primeiro carro totalmente autônomo. Esses veículos podem rapidamente se tornar uma realidade comum nas ruas.¹⁵

Em relação aos impulsionadores da quarta revolução industrial, o autor ensina que “Todas as inovações e tecnologias têm uma característica em comum: elas aproveitam a capacidade de disseminação da digitalização e da tecnologia da informação”. Entretanto, a quarta revolução industrial não se define por cada uma destas tecnologias isoladamente, mas pela convergência e sinergia entre elas. Está ocorrendo uma conexão entre o mundo digital, o mundo físico, que são as “coisas”, e o mundo biológico, que somos nós.¹⁶

Ao mesmo tempo em que irá gerar grandes benefícios, a quarta revolução industrial gerará enormes desafios e, neste caso, mostra-se preocupante a questão da desigualdade, já que irá aumentar de tal forma que será difícil determinar. O que se pode afirmar, com certeza, é que tais mudanças (inovação e ruptura) refletir-se-ão de maneira positiva e também negativa, na vida das pessoas.¹⁷

Portanto, os impactos gerados pela Quarta Revolução Industrial poderão ser de ordem nacional ou global, para a sociedade como um todo ou para o indivíduo e será visível no campo da economia e dos negócios.¹⁸

A conclusão de Klaus Schwab sobre o tema aponta alguns desafios gerais mais subjetivos, do que objetivos, das necessidades para lidar com a Quarta Revolução Industrial. Salienta que para enfrentá-los são necessários quatro tipos diferentes de inteligência, sendo contextual (a mente), emocional (o coração), inspirada (a alma) e física (o corpo). Desses tipos de inteligência, o único que cabe importância destacar é o primeiro, pois possui um elemento mais objetivo, enquanto os demais enfatizam abstrações e pouca aplicação. Essa inteligência contextual diz respeito à necessidade de antecipação de tendências e da rápida condição de se adaptar a elas. Para isso é necessária uma dinâmica de trabalho mais colaborativa entre as empresas, governos e sociedade civil (que incluem religiosos e acadêmicos), com destaque para os mais jovens, com uma perspectiva holística dos acontecimentos. No mundo em constante ruptura, a inteligência contextual demanda flexibilidade e olhar geral. Nas palavras do autor, para enfrentar esse novo ambiente que se avizinha “requer a agilidade intelectual e social da raposa, não o foco fixo e restrito do porco-espinho”.¹⁹

¹⁴ SCHWAB Klaus. **A quarta revolução industrial**. p. 18.

¹⁵ SCHWAB Klaus. **A quarta revolução industrial**. p. 18.

¹⁶ SCHWAB Klaus. **A quarta revolução industrial**. p. 23.

¹⁷ SCHWAB Klaus. **A quarta revolução industrial**. p. 21.

¹⁸ Capítulo 3 da obra: SCHWAB Klaus. **A quarta revolução industrial**. Tradução de Daniel Moreira Miranda. São Paulo: Edipro, 2016. P. 35 a 106.

¹⁹ SCHWAB Klaus. **A quarta revolução industrial**. p. 107-114.

2 A INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E O DIREITO

Uma das inovações tecnológicas que englobam a Quarta Revolução Industrial é a inteligência artificial (IA), que tem sido tema bastante discutido na área do Direito, visto que inúmeras ferramentas têm sido criadas para auxiliar no trabalho do operador do Direito, em especial aos juízes.

Klaus Schwab diz que:

A inteligência artificial (IA) está em nosso entorno, em carros que pilotam sozinhos, *drones*, assistentes virtuais e *softwares* de tradução. Isso está transformando nossas vidas. A IA fez progressos impressionantes, impulsionada pelo aumento exponencial da capacidade de processamento e pela disponibilidade de grandes quantidades de dados, desde *softwares* usados para descobrir novos medicamentos até algoritmos que preveem nossos interesses culturais. Muitos desses algoritmos aprendem a partilhar “migalhas” de dados que deixamos no mundo digital. Isso resulta em novos tipos de “aprendizagem automática” e detecção automatizada que possibilitam robôs “inteligentes” e computadores a se autoprogramar e encontrar as melhores soluções a partir de princípios iniciais.”²⁰

Para Jordi Nieva Fenoll, “[...] vivimos absolutamente rodeados de inteligencia artificial, aunque nos pase tan desapercibida que ya ni le demos importancia. Nos dejamos conducir por la misma porque nos parece cómoda y agradable, y sobre todo nos facilita el trabajo y hasta la reflexión”²¹.

É certo que a inteligência artificial aflige a maioria dos profissionais e empreendedores, principalmente quando estão em jogo o futuro da economia e a subsistência humana no mercado de trabalho. Os impactos da tecnologia, no entanto, já podem ser vistos — e não são de todo ruins, visto que realiza previsões mais assertivas. Fenoll exemplifica dizendo:

Cuando queremos comprar un libro, pero no sabemos cuál, la red ya nos prioriza el que probablemente nos guste, teniendo en cuenta nuestras propias búsquedas previas y también las preferencias de otros que el sistema calcula que pueden ser análogas a las nuestras. Lo mismo sucede con los espectáculos, los alimentos, los estudios que queremos cursar y hasta la ropa que queremos vestir. Nunca antes había sido tan sencillo conducir a la población hacia una determinada opción sintiéndose la misma perfectamente libre.”²²

²⁰ SCHWAB Klaus. **A quarta revolução industrial**. p. 19.

²¹ FENOLL, Jordi Nieva. **Inteligencia artificial y proceso judicial**. Madrid: Marcial Pons, 2018. P. 14. Tradução livre: “Vivemos absolutamente cercados por inteligência artificial, mesmo que seja tão despercebida que nem nos importamos. Nós nos deixamos levar por isso porque achamos confortável e agradável, e acima de tudo, facilita o nosso trabalho e até a reflexão”.

²² FENOLL, Jordi Nieva. **Inteligencia artificial y proceso judicial**. P. 14. Tradução livre: “Quando queremos comprar um livro, mas não sabemos qual, a rede já prioriza o que provavelmente gostamos, levando em consideração nossas próprias pesquisas anteriores e também as preferências de outras pessoas que o sistema estima que podem ser análogas às nossas. O mesmo vale para os shows, a comida, os estudos que queremos estudar e até o compromisso que queremos usar. Nunca antes foi tão simples levar a população a uma determinada opção, sentindo-se perfeitamente livre”.

Na área jurídica, de acordo com Renato Vasconcelos Magalhães, “pesquisas na área da IA e Direito surgiram por volta dos anos 70, quando a comunidade jurídica começou a despertar maior interesse pelos processos de automatização do raciocínio jurídico”²³. Ainda, o mesmo autor explica que:

O estudo da IA aplicada ao Direito evoca, naturalmente, o papel desempenhado pela ciência dentro do mundo jurídico. Aliás, foi somente com a reconciliação entre as ciências naturais e sociais que se tornou possível falarmos de uma “inteligência jurídica artificial”. A ciência, ou melhor dizendo, as ciências foram co-responsáveis pelo processo de automatização do raciocínio jurídico, que não pode ser visto somente do prisma do Direito. [...] Haveria uma longa história de interação entre o Direito e as ciências. Os estágios nos ciclos de vida do sistema jurídico foram, e são, demarcados pelas mudanças nos paradigmas científicos. As influências científicas no sistema jurídico constituem parte da inteligência jurídica mesma. Pode-se dizer, por fim, que a aplicação da IA ao Direito corresponde, dentro deste esquema teórico, à concretização na mudança de paradigma científico, e que se vê refletida no campo jurídico, pelo que dá origem a este novo ramo do saber jurídico: a Inteligência Artificial e Direito.²⁴

Na maioria das vezes, a lei, ou o Direito, se baseia mais na experiência do que na lógica, diferentemente da inteligência artificial, que acaba por ajudar a abrir o campo de visão, já que quanto maior a quantidade de dados, maior a possibilidade de relacioná-los, obtendo, assim, melhores resultados.²⁵

Nesse sentido, Fenoll aduz que:

La inteligencia artificial es humana, porque la han hecho humanos, incluso aunque sea capaz de <<aprender>> de los datos que va recopilando. Pero la inteligencia artificial no dicta sentencias, al menos no habitualmente. Solo ayuda a dictarlas. Quizá en un futuro nos interpelará si queremos realizar un fallo incompatible con sus algoritmos, pero siempre estará en nuestra mano no hacerlo, lo que nos obligará a motivar por qué, cosa que hará más completa la motivación.²⁶

Sobre a inteligência artificial na resolução de conflitos em linha, estudiosos da Universidade do Minho, em artigo referente ao tema, acreditam que a criação de sistemas de resolução de conflitos auxiliam de forma bastante benéfica, no sentido de que podem “através da introdução de mecanismos mais sofisticados como sejam os sistemas periciais (“expert systems”), potenciar a geração de respostas e possíveis soluções para as necessidades e aspirações das partes em litígio”²⁷. Ressaltam ainda que:

²³ MAGALHÃES, Renato Vasconcelos. Inteligência Artificial e Direito: uma breve introdução. In: **Revista Direito e Liberdade** [online] – ESMARN – Mossoró – v. 1, n.1, p. 335-370 – jul/dez 2005, p. 336. Disponível em: http://www.esmarn.tjrn.jus.br/revistas/index.php/revista_direito_e_liberdade/article/view/231 Acesso em: 23 de setembro de 2019.

²⁴ MAGALHÃES, Renato Vasconcelos. Inteligência Artificial e Direito: uma breve introdução. **Revista Direito e Liberdade** [online] – ESMARN – Mossoró – v. 1, n.1, p. 335-370 – jul/dez 2005, p. 336. Disponível em: http://www.esmarn.tjrn.jus.br/revistas/index.php/revista_direito_e_liberdade/article/view/231 Acesso em: 23 de setembro de 2019. P. 3.

²⁵ FENOLL, Jordi Nieva. Inteligencia artificial y proceso judicial. P. 15.

²⁶ FENOLL, Jordi Nieva. Inteligencia artificial y proceso judicial. P. 16-17. Tradução livre: “A inteligência artificial é humana, porque a tornou humana, mesmo que seja capaz de ‘aprender’ dos dados que coleta. Mas a inteligência artificial não dita sentenças, pelos menos geralmente não. Apenas ajuda a ditá-los. Talvez no futuro nos desafie se queremos tornar uma falha incompatível com seus algoritmos, mas sempre estará em nossas mãos para não fazê-lo, o que nos forçará a motivar o porquê, o que tornará a motivação mais completa”.

²⁷ ANDRADE, Francisco Carneiro Pacheco; CARNEIRO, Davide Rua; NOVAIS, Paulo. A inteligência artificial na resolução de conflitos em linha. *Scientia Iuridica* [online] – Tomo LIX, 2010, nº 321. P. 2. Disponível em: <http://repositorium.sdum.uminho.pt/handle/1822/19388> Acesso em: 24 de setembro de 2019.

Numa perspectiva diferente, as tecnologias já aparecerão (ou poderão ser utilizadas) como uma verdadeira quarta parte no processo de resolução do litígio, quarta parte essa que aparecerá como assistente ou auxiliar de um terceiro (mediador ou árbitro). Neste modelo, embora as tecnologias continuem a não ter um papel realmente activo, já aparecerão a auxiliar o mediador ou árbitro a planejar a estratégia correcta ou a tomar a decisão certa. Neste domínio, surgem como elemento tecnológico de relevo os denominados sistemas periciais (“expert systems”). Eles podem auxiliar o terceiro (mediador ou árbitro) a tomar conhecimento de casos anteriores e dos seus resultados, das decisões anteriores e da respectiva aplicação do direito. A tecnologia poderá, nestes casos, surgir como integrada em verdadeiros sistemas de suporte à decisão, que guiarão o terceiro através do processo de resolução do litígio, ou então surgir como ferramentas de armazenamento e gestão de dados e informação sobre o caso em análise.²⁸

Ressalta-se, de acordo com Fenoll, que ““La palabra clave en inteligencia artificial es <<algoritmo>>, que sería el esquema ejecutivo de la máquina almacenando todas las opciones de decisión en función de los datos que se vayan conociendo”²⁹. Dessa forma, o autor refere que:

Existen ya bastante herramientas de inteligencia artificial que pueden ayudar al juez a valorar la prueba, o al menos a ordenar su razonamiento [...] Aunque se parta de la base de que cada supuesto de hecho es potencialmente único, no puede negarse que cualquier situación enjuiciable guarda similitudes con casos precedentes que el juez también tiene en cuenta para juzgar el caso presente, bien sea recurriendo a su memoria o bien a la jurisprudencia o a diversas fuentes que le pueden dar noticia de como se desarrollaron esos asuntos anteriores.³⁰ (p. 26)

Seguindo essa tendência, em maio do ano de 2018, o Supremo Tribunal Federal iniciou a implementação do maior e mais complexo projeto de inteligência artificial do Poder Judiciário. O Sistema “Victor” foi desenvolvido por pesquisadores da Universidade de Brasília para tomar decisões referentes a casos que se enquadrem em temas de repercussão geral, remetendo-os a instâncias inferiores. Sua função é auxiliar os analistas da Corte, interpretando recursos e separando-os por temas, além de identificação e separação das principais peças do processo e outras funcionalidades que auxiliam no manuseio processual.

31

²⁸ ANDRADE, Francisco Carneiro Pacheco; CARNEIRO, Davide Rua; NOVAIS, Paulo. A inteligência artificial na resolução de conflitos em linha. **Scientia Iuridica** [online] – Tomo LIX, 2010, nº 321. P. 3. Disponível em: <http://repositorium.sdum.uminho.pt/handle/1822/19388> Acesso em: 24 de setembro de 2019.

²⁹ FENOLL, Jordi Nieva. **Inteligencia artificial y proceso judicial**. P. 15. Tradução livre: “A palavra chave em inteligência artificial é ‘algoritmo’, que seria o esquema executivo da máquina que armazena todas as opções de decisão com base nos dados conhecidos”.

³⁰ FENOLL, Jordi Nieva. **Inteligencia artificial y proceso judicial**. P. 26. Tradução livre: “Já existem várias ferramentas de inteligência artificial que podem ajudar o juiz a avaliar as evidências ou, pelo menos ordenar seu raciocínio [...] Embora seja baseado no fato de que cada evento de fato é potencialmente único, não se pode negar que qualquer situação processual tem semelhanças com casos anteriores que o juiz também leva em consideração para julgar o presente caso, recorrendo à sua memória ou à jurisprudência ou a várias fontes que podem informá-lo de como esses assuntos anteriores foram desenvolvidos”.

³¹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Inteligência artificial vai agilizar a tramitação de processos no STF**. 30 maio 2018. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=380038> Acesso em: 24 de setembro de 2019.

Portanto, de acordo com Fenoll, “[...] la inteligencia artificial correcta y selectivamente aplicada no solo no deshumaniza los procesos, sino que los hace claramente más eficientes y evidencia la importância de la intervención humana en los mismos”.³²

Um aspecto importante da inteligência artificial, agora saindo um pouco fora da sua relação com o processo jurídico, é a sua ligação com a sustentabilidade. Muitos podem pensar que não há relação nenhuma, mas pelo contrário, tem tudo a ver. É o que será analisado agora.

3 SUSTENTABILIDADE TECNOLÓGICA

A sustentabilidade tecnológica busca complementar as demais dimensões da sustentabilidade, no sentido de utilizar a tecnologia a favor dessas dimensões, tendo em vista a preocupação em evitar que, diante da vasta gama de inovações tecnológicas que hoje se encontra, a sociedade não entre em colapso.

Para Schwab, “As novas maneiras de usarmos a tecnologia para promover a mudança de comportamentos e os sistemas de produção e consumo também formam um potencial de regeneração e preservação dos ambientes naturais sem criar custos ocultos sob a forma de externalidades”³³.

A Declaração de Estocolmo de 1972, em seu Princípio 18, já reconhecia a importância da tecnologia “para descobrir, evitar e combater os riscos que ameaçam o meio ambiente, para solucionar os problemas ambientais e para o bem comum da humanidade”. Além disso, o Princípio 20 refere que “as tecnologias ambientais devem ser postas à disposição dos países em desenvolvimento de forma a favorecer sua ampla difusão, sem que constituam uma carga econômica para esses países”.³⁴

O Relatório Brundtland (Nosso Futuro Comum) de 1987 destaca a importância da tecnologia já no início do documento, ao tratar sobre a visão panorâmica da Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, referindo que “a tecnologia e a ciência de que dispomos nos permitem, ao menos potencialmente, examinar mais a fundo e compreender melhor os sistemas naturais”. O documento traz a necessidade de reorientar a tecnologia, afirmando que a capacidade de inovação tecnológica precisa ser significativamente ampliada nos países em desenvolvimento, para que consigam reagir de modo mais eficaz os desafios do desenvolvimento sustentável, bem como que o desenvolvimento tecnológico deve dar maior atenção aos fatores ambientais. Além disso, refere que “a criação de tecnologias mais adequadas ao meio ambiente está diretamente ligada a questões de administração de riscos”.³⁵

A Convenção do Clima realizada durante a Conferência das Nações Unidas para o Ambiente e Desenvolvimento (1992), no Rio de Janeiro, trouxe um importante avanço ao abordar e conceituar as Tecnologias Ambientalmente Amigáveis da seguinte forma:

³² FENOLL, Jordi Nieva. **Inteligencia artificial y proceso judicial**. P. 33. Tradução livre: “[...] a inteligência artificial correta e aplicada de forma seletiva não apenas não desumaniza os processos, mas também os torna claramente mais eficientes e demonstra a importância da intervenção humana neles”.

³³ SCHWAB Klaus. **A quarta revolução industrial**. p. 12

³⁴ CONFERÊNCIA DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE O MEIO AMBIENTE HUMANO. **Declaração de Estocolmo**. Disponível em: www.mma.gov.br/estruturas/agenda21/arquivos/estocolmo.doc

³⁵ COMISSÃO MUNDIAL SOBRE O MEIO AMBIENTE E DESENVOLVIMENTO. **Nosso Futuro Comum**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Editora da Fundação Getúlio Vargas, 1991. p. 1; 64-65.

[...] tecnologias de processos e produtos que geram poucos ou nenhum resíduo, tecnologias que protegem o meio ambiente e que são menos poluentes. São tecnologias que utilizam todos os recursos de uma forma mais sustentável, que reciclam mais resíduos e produtos, e ainda, que tratam os dejetos residuais de uma maneira mais aceitável.³⁶

A nova agenda global “Transformando Nosso Mundo: a Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável” reconhece que cada país é responsável por seu próprio desenvolvimento econômico e social, destacando os meios de implementação para o alcance dos seus Objetivos e metas. Dentre eles, “a transferência de tecnologias ambientalmente adequadas em condições favoráveis para os países em desenvolvimento”³⁷.

A tecnologia é considerada por alguns autores como uma nova dimensão do desenvolvimento sustentável. De acordo com Ferrer, o desenvolvimento sustentável possui quatro dimensões, ou seja, a ambiental, que deve ajustar o comportamento dos seres humanos à capacidade de resistência do planeta; a econômica, que deve garantir um acesso mais justo às matérias-primas e à tecnologia, universalizando o acesso a bens e serviços; a social, que deve reinventar a governança, evitando os processos de exclusão e acabando com qualquer tipo de discriminação, garantindo também a educação, a saúde e a mobilidade social; e, por fim, a tecnológica, que deve adaptar-se à nova tecnossociedade, colocando a ciência e a técnica a serviço da sustentabilidade, prevenindo, então, as tecno-catástrofes.³⁸

O fator tecnológico normalmente não é considerado quando da análise das dimensões do desenvolvimento sustentável. No entanto, ele é fundamental para o alcance do sucesso em cada uma das áreas, bem como para garantir a viabilidade do desenvolvimento sustentável em todos os seus aspectos.³⁹

Nesse sentido, Giansanti refere que “tanto a limitação do crescimento quanto a gestão racional dos recursos forçam a busca de novas tecnologias, visando garantir a continuidade dos processos produtivos. Um exemplo é o estímulo à adoção das chamadas tecnologias limpas”⁴⁰.

Para Almeida, “não há sustentabilidade sem inovação”⁴¹. No entanto, o mesmo autor afirma que “a inovação tecnológica, por si só, não é capaz de assegurar sustentabilidade. É preciso que seja acompanhada de inovações não tecnológicas”⁴². Para tanto, refere que

A criação de inovações sustentáveis envolve prover e estimular visões alternativas de mundo; assegurar o elo entre o desenvolvimento da inovação e seu valor na cadeia produtiva: procurar novas plataformas, assim como aperfeiçoar as já existentes; estimular o empreendedorismo, envolvendo estudantes e profissionais de diferentes gerações; promover pequenos negócios sem perder de vista sua reprodutibilidade para obter ganhos de escala; e, por fim, desafiar os modelos de negócios com

³⁶ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Agenda 21. Rio de Janeiro: CMMED, 1992. p. 409.

³⁷ CÚPULA MUNDIAL DE DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL. **Transformando Nosso Mundo: A Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável**. Disponível em: http://www.itamaraty.gov.br/images/ed_desenvsust/Agenda2030completoportugus12fev2016.pdf p. 10.

³⁸ REAL FERRER, Gabriel. **Principios del derecho ambiental y de la sostenibilidad**. In: SEMINÁRIO ESTADO CONTEMPORÂNEO E DIREITO AMBIENTAL, 2014, Universidade do Vale do Itajaí- UNIVALI, Itajaí-SC, [s. p.].

³⁹ CRUZ, Paulo Márcio; FERRER, Gabriel Real. Direito, Sustentabilidade e a Premissa Tecnológica como Ampliação de seus Fundamentos. **Sequência (Florianópolis)**, n. 71, p. 239-278, dez. 2015.

⁴⁰ GIANANTI, Roberto. **O desafio do desenvolvimento sustentável**. São Paulo: Atual, 1998. p. 14.

⁴¹ ALMEIDA, Fernando. **Os desafios da sustentabilidade: uma ruptura urgente**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007. p. 167.

⁴² ALMEIDA, Fernando. **Os desafios da sustentabilidade: uma ruptura urgente**. p. 168.

cenários alternativos de futuro. O processo de gestão no desenvolvimento da inovação deve, desde a fase inicial, confrontar a ideia básica com o conceito de sustentabilidade e manter esse procedimento até o final.⁴³

A partir do que foi referido acima, vislumbra-se a sustentabilidade a partir da inovação, sendo ela tecnológica ou não, já que a inovação tecnológica necessita da inovação não tecnológica. Ou seja, uma depende da outra e vice-versa. O que se percebe, portanto, é uma dimensão tecnológica aliada a outras dimensões, que podem ser a econômica, a social ou a ambiental, e que ambas devem inovar para que possam se desenvolver de forma sustentável.⁴⁴

Cruz e Ferrer entendem que a tecnologia é fundamental para a sustentabilidade, sugerindo, inclusive, uma quarta dimensão para o desenvolvimento sustentável: a dimensão tecnológica⁴⁵. Os autores afirmam que é necessário apresentar e discutir argumentos que sustentem o fato de que a tecnologia não irá frustrar o objetivo que se tem, de que a sociedade não entre em colapso. Assim, sugerem de forma provisória, algumas reflexões sobre essa nova dimensão: o enfrentamento dos riscos difusos, devendo prevalecer o princípio da precaução; a sua disponibilização para a sociedade, evitando o tráfego de tecnologias obsoletas e frequentemente sujas.⁴⁶

Segundo Bodnar, “na atual sociedade do conhecimento é imprescindível que também seja adicionada a dimensão tecnológica, pois é a inteligência humana individual e coletiva acumulada e multiplicada que poderá garantir um futuro mais sustentável”⁴⁷.

Nesse contexto, Schwab diz que “Precisamos de uma visão compartilhada abrangente e global sobre como a tecnologia tem mudado nossas vidas e mudará a das gerações futuras, e sobre como ela está remodelando o contexto econômico, social, cultural e humanos em que vivemos”.⁴⁸ E continua:

⁴³ ALMEIDA, Fernando. **Os desafios da sustentabilidade**: uma ruptura urgente. p. 171.

⁴⁴ Apesar disso, alguns autores entendem que existem dois lados quando da análise da tecnologia com as dimensões do desenvolvimento sustentável, podendo apresentar aspectos positivos ou negativos. Isso porque ao mesmo tempo que a tecnologia é fundamental para as dimensões do desenvolvimento sustentável, sendo considerada inclusive como uma quarta dimensão, ela pode tornar-se perigosa. De acordo com Perez Luño: “La revolución tecnológica ha redimensionado las relaciones de los seres humanos con la naturaleza, las relaciones de los seres humanos entre sí y la relación del ser humano para consigo mismo. Estas mutaciones no han dejado de incidir en la esfera de los derechos humanos. Se ha producido, de este modo, un fenómeno bifronte: de una parte, las NT y las TIC han producido importantes desarrollos y mejoras en las condiciones vitales de la humanidad, contribuyendo a reforzar, en ocasiones, el disfrute y ejercicio de determinados derechos; pero como reverso a estos avances, determinados usos o abusos tecnológicos han supuesto una grave amenaza para las libertades, lo que ha exigido la formulación de nuevos derechos o actualización y adecuación a los nuevos retos de los instrumentos de garantía de derechos ya existentes”. PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Los derechos humanos en la sociedad tecnológica**. Madrid: Editorial Universitas, 2012. p. 20.

⁴⁵ Por outro lado, os mesmo autores referem que deve haver um certo cuidado, já que a sociedade globalizada deve atender às exigências e às expectativas das três dimensões do desenvolvimento sustentável, caso contrário, esvair-se-á a esperança de um futuro viável, e isso é o que se quer evitar. A tecnologia também é uma ameaça, pela qual o futuro também pode estar em perigo, em situação de risco, devendo haver muito cuidado para administrá-la, tanto como fator determinante para as outras dimensões quanto como própria dimensão, haja vista que quando considerada isoladamente pode inviabilizar a sustentabilidade, inclusive, pondo em risco de extermínio a civilização quando não for bem conduzida, ou seja, pode ser uma catástrofe mundial. CRUZ, Paulo Márcio; FERRER, Gabriel Real. Direito, Sustentabilidade e a Premissa Tecnológica como Ampliação de seus Fundamentos. **Seqüência (Florianópolis)**, n. 71, p. 239-278, dez. 2015. p. 263.

⁴⁶ CRUZ, Paulo Márcio; FERRER, Gabriel Real. Direito, Sustentabilidade e a Premissa Tecnológica como Ampliação de seus Fundamentos. **Seqüência (Florianópolis)**, n. 71, p. 239-278, dez. 2015. p. 264-272.

⁴⁷ BODNAR, Zenildo. A sustentabilidade por meio do direito e da jurisdição. In: **Revista Jurídica Cesumar - Mestrado**, v. 11, n. 1, p. 325-343, jan./jun. 2011. p. 331. Disponível em: <http://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/1885/1262> Acesso em: 10 de outubro de 2016.

⁴⁸ SCHWAB Klaus. **A quarta revolução industrial**. p. 12.

A tecnologia não é uma força externa, sobre a qual não temos nenhum controle. Não estamos limitados por uma escolha binária entre “aceitar e viver com ela” ou “rejeitar e viver sem ela”. Na verdade, tomamos a dramática mudança tecnológica como um convite para refletirmos sobre quem somos e como vemos o mundo. Quanto mais pensamos sobre como aproveitar a revolução tecnológica, mais analisamos a nós mesmos e os modelos sociais subjacentes que são incorporados e permitidos por essas tecnologias. E mais oportunidades teremos para moldar a revolução de uma forma que melhore o estado do mundo”.⁴⁹

Note-se, portanto, que ao falar em sustentabilidade tecnológica, está-se referindo ao nível de tecnologia adequado para o desenvolvimento de determinada atividade. Dessa forma, a inteligência artificial, a qual é dotada da mais alta tecnologia, pode impactar de forma positiva para a sustentabilidade, desde que utilizada de forma a auxiliar no quadripé ambiental, social, econômico e tecnológico, tendo em vista que a resolução dos grandes problemas socioambientais passa por desenvolvimentos tecnológicos, na área de energia e gestão de materiais, que supõem dispositivos digitais e inteligentes.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho buscou demonstrar, de forma objetiva, alguns aspectos relacionados à chamada “Quarta Revolução Industrial”, enfatizando, em relação às inovações tecnológicas que a englobam, a questão da Inteligência artificial e a sua importância para o Direito. Também o tema da sustentabilidade tecnológica teve destaque, tendo em vista que a inteligência artificial está fortemente ligada à sustentabilidade.

A **inteligência artificial** (IA) é uma das tecnologias mais promissoras (e polêmicas) de nosso século. Ela permite que máquinas aprendam tarefas realizadas por humanos — fator que abre a discussão clássica. Será que ela irá roubar o trabalho das pessoas ou permitir que trabalhem menos? Uma coisa é certa: não se sabe, ainda, quais mudanças irão resultar das transformações que essa tecnologia está trazendo.

Verificou-se que a inteligência artificial é, em muitos casos, benéfica à sociedade, porém, lembrando que ela é baseada no que as máquinas e algoritmos conseguem captar dos dados que lhe são fornecidos. Logo, deve-se ter bastante cautela, dependendo de para que está sendo utilizada.

A ideia do trabalho foi aguçar o interesse dos leitores para esses temas tão atuais e importantes no mundo tecnológico em que hoje se vive, afim de que a partir do que foi exposto, novas ideias e pesquisas possam nascer e incrementar as discussões acadêmicas.

REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

ALMEIDA, Fernando. **Os desafios da sustentabilidade**: uma ruptura urgente. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

ANDRADE, Francisco Carneiro Pacheco; CARNEIRO, Davide Rua; NOVAIS, Paulo. A inteligência artificial na resolução de conflitos em linha. **Scientia Iuridica** [online] – Tomo LIX, 2010, nº 321. Disponível em: <http://repositorium.sdum.uminho.pt/handle/1822/19388> Acesso em: 24 de setembro de 2019.

⁴⁹ SCHWAB Klaus. **A quarta revolução industrial**. p. 13-14.

BODNAR, Zenildo. A sustentabilidade por meio do direito e da jurisdição. In: **Revista Jurídica Cesumar - Mestrado**, v. 11, n. 1, p. 325-343, jan./jun. 2011. p. 331. Disponível em: <http://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/1885/1262> Acesso em: 10 de outubro de 2016.

COMISSÃO MUNDIAL SOBRE O MEIO AMBIENTE E DESENVOLVIMENTO. **Nosso Futuro Comum**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Editora da Fundação Getúlio Vargas, 1991.

CONFERÊNCIA DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE O MEIO AMBIENTE HUMANO. **Declaração de Estocolmo**. Disponível em: www.mma.gov.br/estruturas/agenda21/arquivos/estocolmo.doc

CRUZ, Paulo Márcio; FERRER, Gabriel Real. Direito, Sustentabilidade e a Premissa Tecnológica como Ampliação de seus Fundamentos. **Seqüência (Florianópolis)**, n. 71, p. 239-278, dez. 2015.

CÚPULA MUNDIAL DE DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL. **Transformando Nosso Mundo: A Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável**. Disponível em: http://www.itamaraty.gov.br/images/ed_desenvsust/Agenda2030completoportugus12fev2016.pdf p. 10.

FENOLL, Jordi Nieva. **Inteligencia artificial y proceso judicial**. Madrid: Marcial Pons, 2018.

GIANSANTI, Roberto. **O desafio do desenvolvimento sustentável**. São Paulo: Atual, 1998.

MAGALHÃES, Renato Vasconcelos. Inteligência Artificial e Direito: uma breve introdução. **Revista Direito e Liberdade** [online] – ESMARN – Mossoró – v. 1, n.1, p. 335-370 – jul/dez 2005, p. 336. Disponível em: http://www.esmarn.tjrn.jus.br/revistas/index.php/revista_direito_e_liberdade/article/view/231 Acesso em: 23 de setembro de 2019.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Agenda 21. Rio de Janeiro: CMMED, 1992.

PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Los derechos humanos en la sociedad tecnológica**. Madrid: Editorial Universitas, 2012.

REAL FERRER, Gabriel. **Principios del derecho ambiental y de la sostenibilidad**. In: SEMINÁRIO ESTADO CONTEMPORÂNEO E DIREITO AMBIENTAL, 2014, Universidade do Vale do Itajaí-UNIVALI, Itajaí-SC, [s. p.].

RIFKIN, Jeremy. **La Tercera Revolución Industrial. Cómo el poder lateral está transformando la energía, la economía y el mundo**. Traducción: Albino Santos Mosquera. Barcelona: Paidós, 2012.

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

_____. **Aplicando a quarta revolução industrial**. Tradução de Daniel Moreira Miranda. São Paulo: EDIPRO, 2018.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Inteligência artificial vai agilizar a tramitação de processos no STF**. 30 maio 2018. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/porta/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=380038> Acesso em: 24 de setembro de 2019.

ARTIGOS – GT 8 - CONSTITUCIONALISMO, DEMOCRACIA E NEOCONSTITUCIONALISMO

PROTEÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À MORADIA DAS PESSOAS AFETADAS POR DESASTRES SOCIOAMBIENTAIS

Renata Frandoloso Martins¹

RESUMO

O presente trabalho tem como escopo abordar o tema do Direito Fundamental à Moradia no cenário internacional e nacional, demonstrando sua importância para o exercício de outros direitos fundamentais especialmente na ocorrência de desastres socioambientais. Busca-se dissertar a respeito do direito à moradia no contexto da exclusão e desigualdade social, bem como, a relação direta entre vulnerabilidade socioeconômica e o risco de desastres, além de demonstrar que as pessoas afetadas encontram dificuldades em garantir o direito à moradia face a inexistência de políticas públicas e de planejamento estrutural que implicam diretamente às relações sociais e de subsistência. O presente artigo justifica-se não somente pela importância do tema no plano teórico, mas também no plano prático, haja vista o Brasil vivenciar hodiernamente desastres de toda ordem. Quanto a metodologia, o estudo proposto refere-se à pesquisa bibliográfica, cujo método será o monográfico e de abordagem hipotético-dedutivo.

PALAVRAS-CHAVE: Proteção; Direito Fundamental à Moradia; Desastres Socioambientais

ABSTRACT

The present work aims to address the theme of Fundamental Right to Housing in the international and national scenario, demonstrating its importance for the exercise of other fundamental rights especially in the occurrence of social and environmental disasters. The aim is to talk about the right to housing in the context of social exclusion and inequality, as well as the direct relationship between socioeconomic vulnerability and disaster risk, as well as to demonstrate that the people affected find it difficult to guarantee the right to housing. lack of public policies and structural planning that directly implicate social and subsistence relations. The present article is justified not only by the importance of the subject in the theoretical plane, but also in the practical plane, since Brazil has experienced disasters of all kinds. Regarding the methodology, the proposed study refers to the bibliographic research, whose method will be the monographic and hypothetical-deductive approach.

KEYWORDS: Protection; Fundamental Right to Housing; Social and Environmental Disasters.

INTRODUÇÃO

O aumento de desastres no Brasil, seja por causas naturais ou aqueles provocados pelo próprio homem no exercício de atividades econômicas, como é o caso de rompimento de barragens, causa preocupação urgente de salvaguardar a vida das pessoas atingidas.

O discurso que enfatiza a proteção à vida sob quaisquer circunstâncias muitas vezes não está agregado às condições dignas nas quais a vida deve ser mantida. Ainda são fatos comuns no Brasil a retirada forçada das pessoas de suas moradias, a realocação em abrigos provisórios inadequados e a inexistência ou insuficiência de informação de como e quais procedimentos serão adotados para responder ao evento e recuperar a comunidade afetada.

¹ Mestranda do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito da Universidade de Passo Fundo (UPF); Bolsista CAPES. Advogada Especialista em Direito Civil e Processual Civil pela Universidade de Passo Fundo (UPF)

Com efeito, os desastres não se limitam a camadas sociais específicas, todavia, é evidente que esses eventos incidem mais fortemente sobre as pessoas mais pobres da população, gerando danos, prejuízos e sofrimentos, difíceis de serem superados pelos atingidos.

No que se refere ao debate sobre as causas dos desastres socioambientais, há algum tempo se discute a relação entre esses fatores e os modelos de desenvolvimento socioeconômico adotado pelos países, que promovem e sustentam desigualdades sociais, e diferenças de acesso aos serviços e meios de sobrevivência. A vulnerabilidade aos desastres está estreitamente relacionada a aspectos socioeconômicos, culturais e ambientais, advertindo que os desastres não são naturais, embora estejam atrelados a processos naturais específicos. Também decorre de processos de planejamento e preparação inadequados, responsabilidade formalmente instituída ao poder público nas três esferas de governo².

O acesso a uma moradia adequada pode ser a condição prévia para desfrutar de vários direitos humanos, em particular na esfera do trabalho, da saúde, da segurança social, do voto, da privacidade, do lazer e da educação. A possibilidade de ganhar o sustento pode ser prejudicada quando, como consequência de um despejo forçado, uma pessoa é reassentada em um lugar fora das oportunidades de emprego ou longe do seu local de trabalho. Sem prova da sua residência, as pessoas sem casa não podem exercer seus direitos mais básicos, desfrutar dos serviços sociais nem receber atenção sanitária.

As populações são afetadas por desastres socioambientais cada qual da sua maneira, ou seja, os grupos mais vulneráveis, como crianças, jovens, mulheres, pessoas com deficiência, idosos, especialmente os mais desfavoráveis economicamente, apresentam maior dificuldade para enfrentar os desastres, nas diferentes dimensões da vida em que são impactados.

O presente trabalho tem o intuito de dissertar sobre o direito fundamental à moradia cujos impactos da sua perda, por consequências de eventos naturais ou por conduta humano, afeta toda uma gama de direitos fundamentais, gerando problemas de ordem econômicas e sociais.

1 DIREITO FUNDAMENTAL À MORADIA NO CENÁRIO INTERNACIONAL E NACIONAL

As pessoas afetadas por desastres encontram a garantia de alguma proteção em instrumentos gerais de direitos humanos, em sua maioria de caráter internacional como, por exemplo, a Declaração Universal dos Direitos 1948, o Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966, e o Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos³, também de 1966.

O Direito Internacional dos Direitos Humanos oferece um padrão mínimo de tratamento, tanto para os indivíduos que permanecem em seus próprios países quanto para aqueles que se deslocam para outro Estado.

² FURTADO, Janaína Rocha; SILVA, Marcela Souza, Organizadoras. Proteção aos Direitos Humanos das Pessoas Afetadas por Desastres. CEPED UFSC, Florianópolis, 2014. p. 13.

³ O Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos pode ser consultado em: <<http://acnudh.org/pt-br/1966/12/pacto-internacional-sobre-direitos-civis-e-politicos/>>. Acesso em: 14 de maio de 2019

Tanto na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948⁴, como no Pacto dos Direitos Econômicos, tem-se o direito à habitação dentre outros abrangidos nos seguintes termos:

Todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência fora de seu controle.⁵

Por sua vez, no Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais⁶, o direito à moradia encontra previsão no artigo 2º:

Os Estados-Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa a um nível de vida adequado para si próprio e sua família inclusive à alimentação, vestimenta e moradia adequadas, assim como a uma melhoria contínua de suas condições de vida. Os Estados-Partes tomarão medidas apropriadas para assegurar a consecução desse direito reconhecendo, nesse sentido, a importância essencial da cooperação internacional fundada no livre consentimento.

Ainda no cenário internacional, o direito fundamental à moradia também é objeto de outros documentos importantes, como a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (1969)⁷ e, de forma semelhante, nas Convenções Internacionais sobre Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (1979)⁸, na Convenção Internacional sobre os Direitos das Crianças (1989)⁹ e na Declaração sobre Raça e Preconceito Racial (1978)¹⁰.

Todos estes documentos internacionais, asseguram o direito à moradia para um grupo de pessoas que sofrem com discriminação racial e étnica, desigualdade social e econômica, além de sofrerem maior risco de vulnerabilidade.

Ainda nesse contexto, não se pode deixar de enumerar outros dois documentos que decorreram de grandes conferências promovidas pela Organização das Nações Unidas no que tange aos assentamentos humanos, em 1976, em Vancouver (Habitat I) e, em Istambul (1996) o Habitat II, também denominado de Cúpula das Cidades e conhecido como um dos mais completos documentos sobre matéria, do qual o Brasil é signatário¹¹, tendo sido aprovado dentre outras, a seguinte premissa:

Como os seres humanos são o cerne da nossa preocupação com o desenvolvimento sustentável, eles são a base para as nossas ações na implementação da Agenda Habitat. Reconhecemos as necessidades especiais das mulheres, crianças e jovens por condições de vida seguras e saudáveis. Deveremos intensificar nossos esforços para erradicar a pobreza e a discriminação, para promover e proteger todos os direitos humanos e liberdades fundamentais para todos e garantir as necessidades básicas, como educação, nutrição e serviços de saúde vitalícios e, principalmente, moradia adequada para todos. Com essa finalidade, nós nos comprometemos a melhorar as condições de vida em assentamentos humanos de forma consonante com

⁴ A Declaração Universal de Direitos Humanos pode ser consultada em: <<http://www.dudh.org.br/>>. Acesso em: 14 de maio de 2019

⁵ DECLARAÇÃO UNIVERSAL DE DIREITOS HUMANOS, 1948, art. 25.

⁶ O Pacto Internacional sobre os Direitos Econômico, Sociais e Culturais pode ser acessado em: <http://www.unfpa.org.br/Arquivos/pacto_internacional.pdf>. Acesso em: 14 de maio de 2019

⁷ http://www.unfpa.org.br/Arquivos/convencao_internacional_eliminacao.pdf

⁸ <http://plataformamulheres.org.pt/docs/PPDM-CEDAW-pt.pdf>

⁹ <https://www.unicef.org/brazil/convencao-sobre-os-direitos-da-crianca>

¹⁰ http://www.direito.mppr.mp.br/arquivos/File/Igualdade_Racial/1978DeclRaca.pdf

¹¹ SARLET, Ingo Wolfgang. O Direito Fundamental à Moradia na Constituição: Algumas anotações a respeito de seu contexto, conteúdo e possível eficácia. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado, n. 20, dezembro, janeiro, fevereiro. Salvador, 2010.

as necessidades e realidades locais, e reconhecemos a necessidade de abordar as tendências globais, econômicas, sociais e ambientais, para garantir a criação de melhores ambientes de vida para todas as pessoas. Garantiremos também a participação total e igual de todas as mulheres e homens e a efetiva participação dos jovens na vida social, política e econômica. Deveremos promover a total acessibilidade para pessoas portadoras de deficiências, além da igualdade de gênero em políticas, programas e projetos habitacionais e no desenvolvimento de assentamentos humanos sustentáveis. Nós assumimos esses compromissos com referência especial as mais de um bilhão de pessoas vivendo em pobreza absoluta e aos membros de grupos vulneráveis e desfavorecidos identificados na Agenda Habitat.¹²

Observa-se que o compromisso de implementar um direito à moradia de forma progressiva, tendo como plano de fundo a concepção da indivisibilidade e complementariedade dos direitos humanos, permeia não só o texto da Agenda Habitat II, como todos os outros textos internacionais.

Conforme ressalta Nicole Facchini¹³, durante as conferências, incluindo a acima referida, “constatou-se que a ausência de políticas públicas dificultou o acesso à moradia digna, bem como aos serviços básicos e à infraestrutura para todos”.

E sobre o tema prossegue a autora:

Diante deste contexto, os Estados participantes estabeleceram na Agenda um rol de compromissos e procedimentos hábeis a oferecer soluções às demandas por padrões sustentáveis de vida nos assentamentos humanos. Tendo como foco de preocupações o desenvolvimento do ser humano em um meio ambiente saudável e estimulador das potencialidades individuais e coletivas, a Agenda Habitat adotou dois grandes temas/objetivos: ‘moradias adequadas para todos’ e ‘desenvolvimento de assentamentos humanos sustentáveis em um mundo em urbanização’.

Ademais, na Europa, conforme estudo realizado por Pisarello¹⁴, a atuação da Comissão Europeia de Direitos Humanos e do Tribunal Europeu tem se mostrado um papel secundário dos direitos sociais, tendo em vista a ausência de previsão específica dos direitos sociais na Convenção Europeia. O autor espanhol ressalta, no que tange ao direito à moradia, que vêm sendo invocado o art. 8º da Convenção, no qual protege o direito ao respeito da vida privada e familiar, do domicílio e da correspondência, bem como o art. 1º do Protocolo nº 11 à Convenção, que consagra o direito à propriedade e as hipóteses de restrição a tais direitos¹⁵.

Já no sistema interamericano, além da Declaração Americana de Direitos do Homem, a Comissão e a Corte Interamericana vêm aplicando o Pacto de São José (Convenção Americana sobre Direitos Humanos), em casos relacionados a casos, ainda que indiretos, referente ao direito à propriedade e a moradia¹⁶.

A bem da verdade, observa-se que a Comunidade Europeia teve como objetivo principal, consoante a Comunidade Econômica Europeia a criação de um bloco capitalista e transnacional e, no que tange ao direito social da habitação e questões concernentes, refere Pisarello que a ausência de fundamentos jurídicos claros

¹² Disponível <<http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/moradia-adequada/declaracoes/declaracao-de-istambul-sobre-assentamentos-humanos>>

¹³ FACCHINI, Nicole Mazzoleni. Direitos Fundamentais e proteção da moradia: harmonização de conflitos à luz do princípio da proporcionalidade. Projeto Passo Fundo. Passo Fundo, 2015. p. 20

¹⁴ PISARELLO, Gerardo. Vivenda para todos: um derecho a uma vivenda digna y adecuada como derecho exigible. Barcelona, Icaria, 2003, p. 215.

¹⁵ PISARELLO, 2003, p. 217.

¹⁶ PISARELLO, 2003, p. 233.

impediu as instâncias comunitárias de assumir competências nessa matéria. Ainda segundo o estudioso, somente com a observância dos seguintes de alguns componentes o direito à habitação estaria plenamente satisfeito e garantido: segurança jurídica da posse; disponibilidade de serviços e infraestrutura; custo de moradia acessível; habitabilidade; acessibilidade; localização e adequação cultural¹⁷.

No contexto internacional, seguindo os parâmetros de Pisarello, é possível vislumbrar desde o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos Sociais e Culturais de 1966, anteriormente citado, os mesmos componentes para proteger o direito à moradia adequada, questão altamente relevante com relação à situação de risco a desastre. Em pesquisa realizada, Janaína Furtado e Marcela Silva¹⁸, definem os elementos essenciais para proteção e garantia de uma moradia digna, alguns dos quais apontados também por Pisarello:

Segurança jurídica de posse: todas as pessoas têm o direito de morar sem o medo de sofrer remoção, ameaças indevidas ou inesperadas, cuja segurança de posse são diversas e variam de acordo com o sistema jurídico e a cultura de cada país, região, cidade ou povo. **Disponibilidade de serviços, infraestrutura e equipamentos públicos:** a moradia deve ser conectada às redes de água, saneamento básico, gás e energia elétrica; em suas proximidades deve haver escolas, creches, postos de saúde, áreas de esporte e lazer e devem estar disponíveis serviços de transporte público, limpeza, coleta de lixo, entre outros. **Custo acessível:** o custo para a aquisição ou aluguel da moradia seja acessível, de modo que não comprometa o orçamento familiar e permita também o atendimento de outros direitos humanos, como o direito à alimentação, ao lazer, etc. Da mesma forma, gastos com a manutenção da casa, como as despesas com luz, água e gás, também não podem ser muito onerosos. **Habitabilidade:** a moradia adequada tem que apresentar condições de proteção contra frio, calor, chuva, vento, umidade e, também, contra ameaças de incêndio, desmoronamento, inundação e qualquer outro fator que ponha em risco a saúde e a vida das pessoas. Além disso, o tamanho da moradia e a quantidade de cômodos (quartos e banheiros, principalmente) devem ser condizentes com o número de moradores. Espaços adequados para lavar roupas, armazenar e cozinhar alimentos também são importantes. **Não discriminação e priorização de grupos vulneráveis:** a moradia adequada deve ser acessível a grupos vulneráveis da sociedade, como idosos, mulheres, crianças, pessoas com deficiência, portadores de HIV, vítimas de desastres naturais, etc. As leis e as políticas habitacionais devem priorizar o atendimento a esses grupos e levar em consideração suas necessidades especiais. Além disso, para realizar o direito à moradia adequada é fundamental garantir e respeitar o direito de não ser discriminado. **Localização adequada:** para ser adequada, a moradia deve estar em local que ofereça oportunidades de desenvolvimento econômico, cultural e social, ou seja, nas proximidades do local da moradia deve haver oferta de empregos e fontes de renda, meios de sobrevivência, rede de transporte público, supermercados, farmácias, correios e outras fontes de abastecimento básicas. A localização da moradia também deve permitir o acesso a bens ambientais, como terra e água, e a um meio ambiente equilibrado. **Adequação cultural:** a forma de construir a moradia e os materiais utilizados na construção devem expressar tanto a identidade quanto a diversidade cultural dos moradores. Reformas e modernizações devem também respeitar as dimensões culturais da habitação. (Grifo nosso)

¹⁷ I PISARELLO, 2003, pp. 228-229.

¹⁸ FURTADO, Janaína Rocha; SILVA, Marcela Souza, Organizadoras. Proteção aos Direitos Humanos das Pessoas Afetadas por Desastres. CEPED UFSC, Florianópolis, 2014. p. 39-40.

Explicitado breve panorama no que tange ao reconhecimento internacional do direito à moradia, é importante ainda consignar que mais de cinquenta Constituições estrangeiras reconhecem expressamente um direito fundamental à moradia que, segundo Ingo Sarlet¹⁹ revela:

[...] uma tendência aparentemente mais progressista e afinada com os paradigmas internacionais colocados pelo ONU, do que a manifestada no plano dos documentos regionais, tal como já referido, muito embora também aqui (no que diz com o direito constitucional) possam ser apontados alguns retrocessos, especialmente quando se tomar como parâmetro não apenas a mera previsão formal no texto das Constituições, mas sim, o nível de efetividade do direito à moradia, assim como dos direitos sociais em geral [...].

No plano Nacional, a Constituição Federal de 1988, consolidou o direito à moradia como Direito Fundamental, previsto expressamente como um direito social fulcro o artigo 6º²⁰, em correspondência com os demais dispositivos constitucionais e tem como núcleo básico o direito de viver com segurança, paz e dignidade.

Segundo Flávio Pansieri, o direito a uma moradia adequada significa “dispor de um lugar onde se possa asilar, caso o deseje, com espaço adequado, segurança, iluminação, ventilação, infraestrutura básica, uma situação adequada em relação ao trabalho e o acesso aos serviços básicos, todos a um custo razoável”²¹.

Nesse passo, a Constituição Federal prevê em outros dispositivos e cuja expressão, explícita ou implícita, do direito à moradia está incorporado. Por exemplo quando a Carta Magna dispõe sobre a competência comum da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, impondo aos mesmos a promoção de “programas de construção de moradia e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico” (art. 24, inciso IX).

Ademais, é possível afirmar que a moradia pode servir para legitimar o direito à propriedade, sinalizando o cumprimento da função social (art. 5º, XXIII, e artigos 170, inciso III, 182, § 2º e 183), ou ainda quando no art. 7º, inciso IV, definiu o salário mínimo como aquele capaz de atender às necessidades vitais básicas do trabalhador e de sua família.

Além disso, a partir do princípio da Dignidade da Pessoa Humana contemplado no art. 1º, inciso III da Constituição Federal, no qual abrange a satisfação das necessidades humanas básicas indissociável com o direito à moradia digna.

Indubitavelmente que a Constituição Federal de 1988 elenca, por meio de inúmeros dispositivos, o direito à moradia como atribuição do Estado. Porém, é também em outros texto, como o Estatuto da Cidade, Lei n. 10.257, de 10 de julho de 2001; na Lei n. 11.124, de junho de 2005, que trata do Sistema Nacional de Habitação de Interesse Social e na Lei n. 11.977, de 2009, que trata do Programa Minha Casa, Minha Vida e da regularização fundiária de assentamentos localizados em áreas urbanas, em que podem ser encontradas as normas relacionadas ao direito à moradia digna e à cidade.

¹⁹SARLET, 2010. P. 46

²⁰Constituição Federal, 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.

²¹PANSIERI, Flávio. Do Conteúdo à Fundamentalidade da Moradia. In: OLIVEIRA NETO, José Rodrigues de. (Org.) **Constituição e estado social**: os obstáculos à concretização da Constituição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

Não obstante, ainda que o presente trabalho não o objetivo de discorrer acerca dos relevantes aspectos ligados à força vinculante, eficácia e efetividade do direito humano à moradia, cabe ressaltar a importância de alcançar sua efetividade, além do plano teórico e materialmente fundamental, dando-lhe maior importância no plano prático, com políticas públicas e planejamentos estratégicos que garantam não somente o exercício desse direito fundamental, mas também que desastres de qualquer ordem façam a população perder o direito à moradia quando já alcançado.

2 DIREITO FUNDAMENTAL À MORADIA E O CONTEXTO DA EXCLUSÃO SOCIAL

Todos os instrumentos legais internacionais e nacionais que consagram direitos e garantem melhores condições vida, particularmente na esfera da habitação, deveriam evitar que pessoas historicamente desfavorecidas sofressem com maior exposição à riscos, como no caso de desastres.

Todavia, acredita-se que um dos problemas mais graves e que se conecta aos fatores de risco e de aumento de exposição à desastres, está muito além da existência ou não do direito e sua efetividade, está no contexto socioambiental em que as pessoas vivem, como vivem e porque vivem expostas às tragédias. Fatores como desigualdade social, discriminação e exclusão social, deverão ser analisados para que, ainda que preliminarmente, possamos entender estes padrões de risco.

Com efeito, certamente um dos maiores desafios da humanidade é o de reduzir a exclusão social, garantindo concretamente o gozo dos direitos fundamentais à população marginalizada do globo. A desigualdade social é um dos fatores determinantes para o crescimento dessa população marginalizada, de modo que os “excluídos” são obrigados a se adaptarem as condições do meio em que vivem, sujeitando-se às condições mais precárias de habitação, saúde e saneamento básico, estando a mercê de um Estado cada vez menos preocupado com as minorias, um Estado de estrutura social indiferente.

Conforme bem sopesado por Daniel Sarmento, “a fragilização do Estado multiplica os obstáculos para que se possa formular e implementar políticas públicas necessárias à proteção dos direitos humanos”.²²

E acertadamente continua:²³

De fato, a comprovada inaptidão do liberalismo econômico para a correção das injustiças sociais não foi devidamente corrigida pelos mecanismos do Welfare State. Além dos seus notórios e cada vez mais agudos problemas de financiamento, o Estado-Providência, quando não é dinamizado por mecanismos de efetiva e intensa participação popular, acaba produzindo como efeito colateral a instituição de uma relação de clientela entre apáticos administrados e o aparelho burocrático, que mina as próprias bases da cidadania.

O contexto no qual se insere a problemática jurídica da eficácia e efetividade dos direitos fundamentais, especialmente para os direitos sociais, nas palavras de Ingo Sarlet, “encontra fundamento na dependência destes direitos da realidade sócio econômica e, acima de tudo, da sempre limitada capacidade prestacional do poder público”²⁴.

²²SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2004, p. 1.

²³SARMENTO, 2004, p. 2.

²⁴SARLET, 2010, p. 5.

Ingo fala da exclusão social como um reflexo negativo da globalização, ainda que não um dos elementos mais significativos, mas que marcam o contexto em que se inserem os direitos fundamentais “ombreado em importância talvez apenas como os crescentes níveis de exclusão social, tudo contribuindo para uma ampla crise do Estado, do Direito e dos Direitos Fundamentais”²⁵.

Para José Eduardo Faria²⁶, os segmentos excluídos da população, vítimas das mais diversas formas de violência, resultante da opressão socioeconômica, acabam por não aparecendo como portadores de direitos subjetivos públicos, não podendo portanto, ser considerados como “sujeitos de direito”, já que excluídos, em maior ou menor grau, do âmbito de proteção dos direitos e garantias fundamentais.

Na medida em que o “Estado Mínimo” decorrente do “consenso neoliberal”, aumenta o enfraquecimento do Estado democrático de Direito e que esta fragilização do Estado e do Direito tem sido acompanhada por incremento assustador de níveis de poder social e econômico exercido pelos grandes atores do cenário econômico, que justamente buscam desvencilhar-se das amarras do poder estatal, faz-nos perguntar, quem poderá proteger o cidadão, seja no plano internacional como nacional, as pessoas menos desfavorecidas²⁷.

Nesse sentido, oportuna é a assertiva de Ferrajoli²⁸, no qual alerta para a crise vivenciada pelos sistemas democrático, identificando o surgimento daquilo que denomina de “empresas-partido” e “empresas governo”, já que as privatizações e a crescente desregulamentação tem tipo como sequela um aumento da confusão entre os interesses do governo e os interesses privados dos agentes econômicos, por sua vez, cada vez mais entrincheirados no próprio Estado, e que estão capitaneando o processo de flexibilização e, por vezes, de quase aniquilamento de boa parte dos direitos sociais.

Verifica-se que o aumento da opressão socioeconômica, na visão de Ingo²⁹, “vinculado a menor ou maior intensidade do ‘fascismo societal’ em um determinado Estado, tem gerado reflexos imediatos no âmbito dos direitos fundamentais, inclusive nos países tidos como desenvolvidos”. Dentre estes reflexos cumpre destacar: a intensificação no processo de exclusão da cidadania, notadamente no seio das classes mais desfavorecidas, fenômeno este ligado diretamente ao aumento dos níveis de desemprego e subemprego³⁰; redução e até mesmo supressão de direitos sociais prestacionais básicos (saúde, educação, previdência e assistência social), assim como o corte ou, pelo menos, a “flexibilização” dos direitos trabalhistas³¹; ausência ou precariedade dos instrumentos jurídicos e de instâncias capazes de controlar o processo, resolvendo litígios dele oriundos, e manter o equilíbrio social, agravando o problema da falta de efetividade dos direitos fundamentais e da própria ordem jurídica estatal³².

²⁵SARLET, 2010, p. 6

²⁶FARIA, José Eduardo. Direitos Humanos e Globalização Econômica: notas para uma discussão. In: O Mundo da Saúde, São Paulo, ano 22, v. 22, n. 2, mar./abr. 1998.

²⁷SARLET, 2010.

²⁸FERRAJOLI, Luigi. El Estado Constitucional de Derecho Hoy: el Modelo y su Divergencia de la Realidad,

²⁹SARLET, 2010, p. 7

³⁰FARIA, 1998.

³¹SARMENTO, 2004.

³²FARIA, 1998

Por outro lado, o aumento populacional no globo é fator importante a ser estudado para análise de fenômenos oriundos de desastres socioambientais, suas causas e consequências e, muito embora não seja aspecto a ser trabalhado neste estudo, relevante acrescentar opinião de Zygmunt Bauman³³, quando se refere a “superpopulação” ou “população excedente”, e que se tornam escusáveis ou descartáveis pelo poder público, motivo pelo qual acabam marginalizados (ou à margem da sociedade), literalmente, passando a viver de forma inadequada à beira de morros, montanhas e rios, correndo riscos maiores de sofrerem as consequências de desastres de qualquer origem.

Bauman chama a “população excedente” como uma variedade de “refugo humano”, assim como as “vidas indignas de serem vividas” que seriam vítimas dos projetos de construção da ordem, “excluídos da proteção da lei por ordem do soberano”³⁴.

Do sarcasmo típico do sociólogo polonês, extrai-se a conclusão que houve um aumento no número de marginalizados, seres humanos destituídos de meios de sobrevivência que garanta o mínimo existencial, uma moradia digna, que impeça sofrer com desastres socioambientais.

Assegurar para todos o direito à moradia depende de um processo progressivo de melhoria das condições de vida, moradia e trabalho e renda da população, particularmente dos que vivem em situação de pobreza, responsabilidades (que decorre da própria Constituição Federal) que os Municípios devem compartilhar com a União e com os Estados e onde couber, com os outros municípios de sua região metropolitana, aglomeração urbana ou microrregião.

Portanto, desastres podem ser caracterizados pelo resultado do processo de acumulação de risco, que decorre da combinação de ameaças, condições de vulnerabilidade e insuficiente capacidade ou medidas para reduzir as consequências negativas e potenciais do risco, provocando danos humanos, sociais, ambientais e prejuízos econômicos de diferentes magnitudes. Os registros dessas ocorrências aumentam a cada ano e, também, o número de pessoas que habita áreas suscetíveis a riscos, produzindo enorme sofrimento humano e perdas onerosas, especialmente nos países mais vulneráveis economicamente³⁵.

Com a exclusão e desigualdade social acentuada, a relação entre ameaça e vulnerabilidade na composição do risco de desastre é indissociável. A ameaça se apresenta como fenômeno físico latente, com probabilidade de ocorrer no futuro, e que pode ser classificada de acordo com sua origem, como natural ou tecnológica. A vulnerabilidade está atrelada aos aspectos intrínsecos, características e condições próprias de uma comunidade ou ecossistema, que se torna suscetível aos efeitos cada contexto socioterritorial. Com relação às ameaças naturais, como deslizamentos, inundações, furacões, entre outros, a natureza se transforma em ameaça em decorrência de um amplo espectro de fatores, entre eles: físicos e ambientais (climático, geográfico, morfológico, estrutural, entre outros); fatores socioeconômicos (formas de uso e ocupação do solo, desigualdade social, degradação ambiental, aspectos culturais, percepção de risco, entre outros); fatores

³³BAUMAN, Zygmunt. **Vidas Desperdiçadas**. Tradução Carlos Alberto Medeiros. Ed. Zahar, Rio de Janeiro 2005; p. 53.

³⁴ BAUMAN, 2005, p. 53.

³⁵ EIRD/ONU. Estrategia internacional para la reducción de desastres, Naciones Unidas. Vivir con el Riesgo, Informe mundial sobre iniciativas para la reducción de desastres. Secretaría. Vol. 2, Ginebra, 2004. https://www.preventionweb.net/globalplatform/2007/first-session/docs/Background_docs/LwR-spa-volumen-2.pdf

políticos, administrativos, organizacionais (regulação e fiscalização das políticas ambientais, urbanas e de proteção civil; capacidade de responder e prevenir os desastres; entre outros)³⁶.

3 DIREITO FUNDAMENTAL À MORADIA EM CASOS DE DESASTRES SOCIOAMBIENTAIS

Os desastres, mesmo os de origem natural, são consequências de relações sociais, pois as áreas vulneráveis a tais ameaças são continuamente ocupadas, e mais intensivamente ocupadas pelas populações mais pobres, seja porque para elas “sobram” as terras menos valorizadas das cidades, seja pela ausência de uma cultura preventiva de desastres ou insuficiência das ações do poder público em promover o crescimento e o desenvolvimento urbano com base em princípios “sustentáveis” ou garantir o direito à moradia de forma segura e digna.

Em setembro 2013 foi publicado o Relatório Final do Grupo de Trabalho Humano à Moradia Adequada³⁷, criado pelo Conselho de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana, da Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República para realizar amplo diálogo nacional sobre direito à moradia adequada; receber e monitorar as denúncias de violações relacionadas à moradia; elaborar e propor diretrizes; e levantar dados e informações pertinentes sobre o assunto para o conhecimento das autoridades competentes.

O subgrupo deste documento, denominado Desastres Naturais e Situações Emergenciais, teve a pretensão de identificar as condições de moradia em decorrência de desastres naturais e situações emergenciais de diferentes municípios brasileiros, com estudos empíricos nos Estados Brasileiros afetados por desastres naturais de grande magnitude³⁸.

Com relação ao direito à pessoa afetada por desastre, especialmente no que se refere ao direito à moradia adequada, sobre o relatório acima mencionado, Janaína Furtado³⁹ descreve os alguns dos principais problemas identificados em todos os casos de desastres, naturais ou não: (a) reconstrução de novas casas em áreas de risco ou em áreas de preservação permanente; b) demora na entrega das casas aos atingidos pelo desastre; c) casas construídas em conjuntos habitacionais e/ou pelo Programa Minha Casa, Minha Vida, que deveriam ser entregues em perfeitas condições de moradia, no entanto, foram entregues casas que apresentavam problemas estruturais e em locais sem infraestrutura adequada como: acessos interrompidos, inexistência ou insuficiência de serviços básicos como saneamento, transporte coletivo, abastecimento de água, coleta de lixo, iluminação pública, entre outros; d) dificuldade no acesso à informação por parte da população afetada e insuficiência de canais de comunicação sobre o andamento das obras, entrega das casas e demais aspectos relacionados ao atendimento habitacional; e) inexistência ou insuficiência de ações preventivas ou preparatórias para enfrentar desastres; f) pessoas abrigadas por tempo demasiado (mais de três anos) em locais

³⁶BUNN, Denise Aparecida; SILVA, Érika Alessandra Salmeron. Universidade Federal de Santa Catarina. Centro Universitário de Pesquisa e Estudos sobre Desastres. Gestão de desastres e ações de recuperação. Florianópolis, CEPED UFSC, 2014. <http://www.cepud.ufsc.br/wp-content/uploads/2013/02/Guia-do-Estudante.pdf>.

³⁷FURTADO, Janaína Rocha; SILVA, Marcela Souza, Organizadoras. Proteção aos Direitos Humanos das Pessoas Afetadas por Desastres. CEPED UFSC, Florianópolis, 2014. p. 39-40.

³⁸FURTADO; SILVA, 2014.

³⁹FURTADO; SILVA, 2014.

inadequados (exemplo: barracas de lona); g) reocupação das casas afetadas nas áreas de risco, muitas vezes sob condições precárias, inseguras e sem as condições mínimas de habitabilidade; h) Insuficiência na oferta de educação, devido ao fato de as escolas terem sido atingidas e não terem sido reconstruídas; i) Insuficiência na oferta do serviço de saúde ou oferta do serviço em situação precária em decorrência do desastre.

E mais, no contexto dos cenários pós-desastre, devemos assegurar que todas as pessoas afetadas tenham o direito de moradia adequada garantido, independentemente do seu *status quo* do desastre ocorrer, e sem discriminação de qualquer tipo. Entretanto, observou-se a insuficiência na prestação do atendimento em saúde mental da população afetada e problemas no processo de realocação e reassentamento são comuns⁴⁰.

Portanto, é o próprio processo de ocupação e as relações que o ser humano estabelece com o meio ambiente que tornam determinadas áreas em áreas com risco de desastre. O risco, portanto, envolve condições socio territoriais distintas, cuja distribuição não é compartilhada igualmente entre as pessoas. Incidem mais enfaticamente sobre as populações de baixa renda, excluídas e segregadas as áreas de menor investimento e com baixa infraestrutura, e, certamente, a vulnerabilidade interatua com as ameaças para criar condições de risco.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo não possui a pretensão de esgotar o tema, que é tão recorrente em nosso país, cuja importância do debate se mostra cada vez mais relevante. No ano corrente, desde janeiro, temos visto e vivenciado desastres de todo ordem, primeiramente, mais um caso de rompimento de barragem da mineradora Vale, em Brumadinho, região Metropolitana de Belo Horizonte no Estado de Minas Gerais; enchentes no Rio de Janeiro que desabrigaram inúmeras pessoas e, mais recentemente, o desabamento de construções irregulares na Muzema, também no Rio de Janeiro, com a morte de vinte e quatro (24) pessoas, na qual reflete problemas sociais não menos graves, que envolvem o poder público mas também o crime organizado.

Ainda que todos nós seres humanos estejamos expostos a tragédias e desastres socioambientais, há populações altamente vulneráveis e que certamente estão ainda expostas ou fragilizadas após a ocorrência de desastres.

De modo geral, o direito a uma moradia adequada inclui ter acesso a serviços adequados, o que não significa apenas que a estrutura da casa deve ser adequada. Deve ter também um acesso sustentável e não discriminatório em relação aos serviços fundamentais em assuntos de saúde, segurança, comodidade, alimentação, mobilidade e outros.

Além disso, a inexistência de políticas públicas para enfrentamento aos desastres e de planos de recuperação pós-desastre, que atenda de forma célere as demandas das comunidades afetadas afrontam direitos fundamentais, especialmente o direito à moradia.

⁴⁰FURTADO; SILVA, 2014. p. 35.

Desse modo, há sem dúvida necessidade urgente de priorização do atendimento e reparação pela perda da moradia, sob pena de violação de outros direitos, porém, apesar do crescente número de ocorrências de desastres no Brasil, da intensidade dos eventos e da magnitude dos impactos, os programas, recursos e políticas direcionados à redução de riscos de desastres no país ainda são insuficientes para minimizar os efeitos desses fenômenos na população, mas também insuficientes as políticas governamentais que tenham como objetivo superar problemas estruturais, como é o caso da desigualdade e exclusão social.

REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

BAUMAN, Zygmunt. **Vidas Desperdiçadas**. Tradução Carlos Alberto Medeiros. Ed. Zahar, Rio de Janeiro 2005; p. 53.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 5 de outubro de 1988. Brasília: Senado Federal, 1988.

BUNN, Denise Aparecida. SILVA, Érika Alessandra Salmeron. **Gestão de desastres e ações de recuperação**. CEPED UFSC, Florianópolis, 2014. Disponível em <http://www.cepud.ufsc.br/wp-content/uploads/2013/02/Guia-do-Estudante.pdf> Acesso em: 14 de abril de 2019.

Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial. Disponível em <http://www.unfpa.org.br/Arquivos/convencao_internacional_elimizacao.pdf> Acesso em 14 de abril de 2019.

Convenções Internacionais sobre Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher. Disponível em <<http://plataformamulheres.org.pt/docs/PPDM-CEDAW-pt.pdf>>

Acesso em 14 de abril de 2019.

Convenção Internacional sobre os Direitos das Crianças (1989). Disponível em <<https://www.unicef.org/brazil/convencao-sobre-os-direitos-da-crianca>>

Acesso em 14 de abril de 2019.

Declaração Universal de Direitos Humanos. Disponível em: <<http://www.dudh.org.br/>> Acesso em: 14 de maio de 2019

Declaração sobre Raça e Preconceito Racial (1978). Disponível em <http://www.direito.mppr.mp.br/arquivos/File/Igualdade_Racial/1978DeclRaca.pdf> Acesso em 14 de abril de 2019.

EIRD/ONU. Estrategia internacional para la reducción de desastres, Naciones Unidas. **Vivir con el Riesgo**, Informe mundial sobre iniciativas para la reducción de desastres. Secretaría. Vol. 2, Ginebra, 2004. https://www.preventionweb.net/globalplatform/2007/first-session/docs/Background_docs/LwR-spa-volumen-2.pdf Acesso em 12 de abril de 2019.

FACCHINI, Nicole Mazzoleni. **Direitos Fundamentais e proteção da moradia: harmonização de conflitos à luz do princípio da proporcionalidade**. Projeto Passo Fundo. Passo Fundo, 2015.

FARIA, José Eduardo. Direitos Humanos e Globalização Econômica: notas para uma discussão. In: **O Mundo da Saúde**, São Paulo, ano 22, v. 22, n. 2, mar./abr. 1998

FERRAJOLI, Luigi. **El Estado Constitucional de Derecho Hoy: el Modelo y su Divergencia de la Realidad, Corrupción y Estado de Derecho**. El papel de la jurisdicción, Trotta, Madrid, 1996.

FURTADO, Janaína Rocha; SILVA, Marcela Souza, **Organizadoras. Proteção aos Direitos Humanos das Pessoas Afetadas por Desastres.** CEPED UFSC, Florianópolis, 2014.

Habitat II. *Declaração de Istambul*. Disponível <http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/moradia-adequada/declaracoes/declaracao-de-istambul-sobre-assentamentos-humanos>
Acesso em 14 de abril de 2019.

Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Disponível em: <<http://acnudh.org/pt-br/1966/12/pacto-internacional-sobre-direitos-civis-e-politicos/>> Acesso em: 14 de maio de 2019

Pacto Internacional sobre os Direitos Econômico, Sociais e Culturais. Disponível em <http://www.unfpa.org.br/Arquivos/pacto_internacional.pdf>. Acesso em: 14 de maio de 2019

PANSIERI, Flávio. **Do Conteúdo à Fundamentalidade da Moradia.** In: OLIVEIRA NETO, José Rodrigues de. (Org.) *Constituição e estado social: os obstáculos à concretização da Constituição*. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2008.

PISARELLO, Gerardo. **Vivenda para todos: um derecho a uma vivienda digna y adecuada como derecho exigible.** Barcelona, Icaria, 2003, p. 215.

SARLET, Ingo Wolfgang. O Direito Fundamental à Moradia na Constituição: Algumas anotações a respeito de seu contexto, conteúdo e possível eficácia. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**, n. 20, dezembro, janeiro, fevereiro. Salvador, 2010.

SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas.** Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2004.

A FISSURA INEVITÁVEL DA VERDADE DIVINA: O DESAMPARO DA MODERNIDADE SECULAR E O INDIFERENTISMO SOCIAL CONTEMPORÂNEO

Thaís Maciel de Oliveira¹

Noli Bernardo Hahn²

RESUMO

O presente estudo tem por escopo compreender o apogeu cultural que resultou nos últimos suspiros da noite de mil anos. Assim, através de uma forma de compreensão dedutiva e através de uma dinâmica não linear, objetiva-se compreender a seguinte questão: em que aspectos o desamparo pela ruptura de um prisma divino fomentou ressurgimento de posturas reacionárias a um Estado Democrático de Direito? Dessa forma, por meio de uma compreensão complexa de sociedade se relaciona o desamparo de um mundo ordenado com a angústia moderna e contemporânea. Com efeito, o indiferentismo social hodierno é pontuado como consequência da perda de uma lei teológica simbólica.

PALAVRAS-CHAVE: Teocentrismo; Racionalismo; Indiferença.

ABSTRACT

The present study aims to understand the cultural heyday that resulted in the last sighs of the night of a thousand years. Thus, through a deductive form of understanding and nonlinear dynamics, the objective is to understand the following question: in what ways has the helplessness of the rupture of a divine prism fostered a resurgence of reactionary postures to a democratic rule of law? Thus, through a complex understanding of society, the helplessness of an orderly world is related to modern and contemporary anguish. Indeed, today's social indifference is punctuated as a consequence of the loss of a symbolic theological law.

KEYWORDS: Theocentrism; Rationalism; Indifference.

INTRODUÇÃO

Diante da premente necessidade de uma valorização do indivíduo na modernidade, o renascimento fez surgir das cinzas o eu esquecido e enterrado pelas terras da divindade e da metafísica. A racionalidade, por muitos séculos na idade média, ficou enclausurada pelos ditames da metafísica, do logocentrismo, do fonocentrismo e do etnocentrismo. Assim, a pretensão da instabilidade da razão totalizante deu início à fissura inevitável da verdade dada, da verdade divina, da verdade da única voz.

Impreterivelmente, face ao ressurgimento de posturas reacionárias a um Estado Democrático de Direito, o estudo questiona se o ressurgimento dessas posturas é em decorrência de uma conquista moderna? Partindo de um pressuposto que saber é poder, o estudo tem por objetivo compreender o apogeu cultural que resultou nos últimos suspiros da noite de mil anos e em que aspectos o desamparo ocasionado pela ruptura do prisma divino fomenta o ressurgimento de posturas reacionárias a um Estado Democrático Constitucional.

Por meio de um modo de raciocínio dedutivo, as abordagens hermenêutica e reflexivo-contextual entrelaçam-se na presente pesquisa. Dessa forma, primeiramente pontuam-se as rachaduras na unidade cristã, face à ruptura do prisma divino que levou ao apogeu cultural do antropocentrismo e de um humanismo

¹ Mestranda do Programa de Pós-graduação em Direito Stricto Sensu pela URI-SA. E-mail: adv.thaismaciel@gmail.com.

² Pós- Doutorando na Faculdades EST, em São Leopoldo. E-mail: nolihaan@santoangelo.uri.br

renascentista. Nessa primeira abordagem, traz-se à reflexão a compreensão do antropocentrismo, isto é, como o homem ocupa o centro de tudo, e como essa nova razão apregoeou um ideal absolutamente novo no período moderno, ou seja, parte-se de uma concepção centro-Deus, para um ideal do homem renascentista.

Indubitavelmente, o individualismo caracteriza um novo olhar da ciência, da natureza e de toda a esfera da vida humana. Dito de outra forma, o individualismo leva a um empoderamento do indivíduo e o conhecimento propicia uma potencialidade de se articular o Deus cartesiano. Em um segundo momento, aborda-se o estado de estranheza do homem renascentista, o seu forte sentimento de angústia. O rompimento do destino, da vontade divina, causa uma independência do ser. Assim, o ser humano moderno entra em processo de desamparo, em virtude que tanto no período medieval, como no período antigo, partia-se de um *logos* teológico ou cósmico.

No terceiro momento, busca-se interligar o desamparo de um mundo ordenado ao indiferentismo social hodierno. Pontua-se que em decorrência da perda do logocentrismo divino, das verdades dadas e acabadas da teologia, a modernidade se caracterizou por um período que fomentou a indeterminação, a despersonalização e o irracionalismo em uma equação universal: verdade é igual a razão, que é igual a ciência. Dessa forma, o que e quem não segue esse modelo, não é considerado ser racional a partir do fim da idade média.

Com efeito, a compreensão do caos caracteriza o mundo moderno, caracterizando o colapso de um mundo pré-ordenado que não conhecia o significado do acaso. A indiferença com o outro é, portanto, produto de uma reminiscência ambígua da modernidade, em que a dicotomia da razão levou a uma epistemologia da indiferença do eu sujeito humano, forçando uma existência relegada a uma condição humana não reflexiva.

1 AS RACHADURAS DA UNIDADE CRISTÃ E O NASCIMENTO DO ANTROPOCENTRISMO

A filosofia medieval, como o surgimento do cristianismo, tem como característica a reinterpretação da filosofia grega, tanto a de Platão, quanto de Aristóteles, em uma miscigenação da cultura judaica e da filosofia grega. Fé e razão mesclam-se em uma teologia metafísica. Assim, o deus onipotente, onipresente, imutável e onisciente significa a representação mais pura da verdade e da vida humana.

A relação de não separação entre a filosofia e a teologia, nesse período, parte de uma consciência absolutizada, ou seja, de Deus vem a verdade. Essa transcendência absoluta é o que fundamenta a metafísica, como exterior a física, transcendental ao humano, exterior ao mundo sensível:

Deus é o primeiro ser, origem de toda necessidade. [...] Deus é o Ser perfeito, isto é, aquele que tem o máximo de perfeição, a perfeição, por sua vez, entendida como o máximo de realização de atributos e qualidades. [...] Deve haver um propósito ou finalidade na natureza, caso contrário o universo não tenderia para o mesmo fim ou resultado. A causa inteligente dessa determinação é Deus³.

Da citação acima, concebe-se que de Deus vem a verdade. Tal pensamento dedutivo (de cima para baixo) conduz todo o pensamento oficial no período da Idade Média. As verdades dadas e acabadas conduzem os seres, em direção a um caminho da segurança e da certeza, caminho pelo qual o conhecimento caminha de

³ MARCONDES, Danilo. **Iniciação à história da filosofia**: dos pré-socráticos a Wittgenstein. 7ed. – Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2002, p. 130.

mãos dadas com a noção cristã. O deus todo poderoso, como fundamento da convivência humana, conduz as narrativas humanas em uma “unidade da cultura cristã”⁴.

Assim, o cristianismo não rompe com o pensamento clássico grego, pensamento que conduz ao entendimento que de Deus vem a ideia, de Deus vem a perfeição e o belo, Deus consagra a compreensão da infinitude e da vida humana. “O Direito natural é uma modalidade de participação racional na lei eterna pelo ser humano”⁵. Nesse sentido, lei e direito conjugam-se, não há distinção, principalmente para Tomás de Aquino. Na concepção desse autor, Direito Natural e Lei Natural são sinônimos.

Neste período, o *logos* referenciado é o teocentrismo, o objeto é a referência. A partir desse paradigma e dessa ontologia do conhecimento concebe-se que para cada aspecto da verdade existe uma única realidade. Essa concepção dicotômica da verdade, que parte das ideias de Platão e de Aristóteles, consagra o pensamento assumido ao longo de toda Idade Média. A luta do bem contra o mal vincula-se à ideia da revelação, do conhecimento como graça de Deus, do logocentrismo pautado em um centro Deus.

Entretanto, depois da morte de Tomás de Aquino, a unidade cristã começa a apresentar rachaduras. “A filosofia e a ciência continuavam a se libertar da teologia cristã, possibilitando à religião um relacionamento mais livre com a razão”⁶. Tem-se assim o início de um novo pensamento, em toda tradição bíblica, há uma dimensão de historicidade que seria lentamente descoberta como valor a ser explorado na filosofia.

Dessa forma, “o fato de a religião e a ciência estabelecerem entre si um relacionamento mais livre levou a um método científico novo e a um novo fervor religioso”⁷. Com efeito, o sujeito humano, o eu humano ficou adormecido ao longo da Idade Média, acordando a partir do apogeu cultural entendido como o Renascimento.

Renasce, neste período, também, a arte e a cultura. O pensamento grego volta a florescer. A partir do fim da longa noite de mil anos, o prisma divino sofre rachaduras, dando lugar ao *logos* do homem, ao antropocentrismo, ao homem racional como centro de tudo. Assim, um novo pensamento ressurgiu das cinzas, o humanismo do homem renasce frente aos ditames divinos.

Nessa perspectiva, a visão do homem estabelece uma crença totalmente nova para o período. A partir dessa relação, em que o homem se torna o centro, o ponto de partida, o paradigma do conhecimento inaugurado e consagrado pela filosofia moderna é a da relação sujeito-objeto, em que o sujeito olha, manipula e controla o objeto. Dessa relação manipuladora e controladora do sujeito cognoscente em relação ao objeto a ser conhecido, produzem-se conhecimentos.

A partir desse aspecto, o ser humano empodera-se. Ao conceber-se racional, em que o próprio do ser humano é o seu *logos*, assim distinguindo-se de todos os outros seres, esta noção de racionalidade específica e própria, faz o ser humano autoentender-se, de forma idolátrica, como sendo deus. O deus cartesiano é o autoentendimento da razão imutável e perfeita, geradora de verdades exatas e inquestionáveis. O conhecimento, nesta ótica, é uma forma de poder que o homem renascentista usa para dominar o objeto. Esta

⁴ GAARDER, Jostein. **O mundo de Sofia**. – São Paulo: Companhia das Letras, 1995, p. 190.

⁵ COSTA, José Silveira. Tomás de Aquino. In: BARRETTO, V. P. (Coord.) **Dicionário de Filosofia do Direito**. São Leopoldo: Unisinos, 2009, p. 825.

⁶ GAARDER, 1995, p. 215.

⁷ GAARDER, 1995, p. 215.

forma de poder não é apenas de viés antropocêntrico. Dogmatiza-se o conhecimento científico também por um prisma divino.

Com efeito, a verdade é dada a partir da razão, em uma equação universal que caracteriza o pensamento moderno: verdade é igual a razão que é igual a ciência. Portanto, quem e o que não segue este modelo não é considerado ser racional. Logo, o *logos* do modernismo centraliza-se, especifica-se e apropriariza-se – no sentido de ser o próprio – na razão. Tem-se, portanto, um logocentrismo pautado em uma equação que enquadra tudo e todos.

2 O HOMEM RENASCENTISTA E A ANGÚSTIA

Esse homem renascentista, advindo de um período da visão do homem como algo grandioso e valioso, consagra-se em uma concepção de vida totalmente nova. O homem não vive mais apenas para agradar a Deus:

Os homens daquela época passaram a ser muito mais conscientes de seu próprio tempo. Foi então que criaram o termo Idade Média para designar todos os séculos compreendidos entre a Antiguidade e seu próprio tempo. Todos os domínios do saber começaram a experimentar um período singular de apogeu: arte e arquitetura, literatura e música, filosofia e ciência.⁸

Assim, o mundo moderno sujeita as ideias e o homem a partir da razão. Entretanto, a partir da não mais existência de uma ordem teológica simbólica, o indivíduo moderno conhece a possibilidade do caos, da desordem, da indefinição e da angústia. Consequentemente, a marca da condição moderna é o rompimento da presença de uma natureza absoluta, de um ser transcendental que cuida tudo e a todos.

A angústia como questão fundamental do período moderno é o sentimento da modernidade que é lançada à imanência da experiência social. Certo ou errado, direita ou esquerda; o indivíduo antigo ou medieval tinha uma certeza, um código que o absolutizava e dogmatizava. Logo, a escolha não provinha dele, mas sim da natureza humana ou de um ser absoluto.

Nesses termos, a razão e a ciência ganham predominância em um *logos* pautado no eu e na razão. Com efeito, na modernidade não existe mais uma ordem cosmológica ou teocêntrica. O indivíduo está diante de um universo infinito e precisa fazer e realizar escolhas. Indubitavelmente, a angústia é um sentimento moderno ocasionado em virtude da autonomia, da subjetividade, da presença de escolhas frente a um antropocentrismo pautado na razão.

Sob esse ponto de vista, o modernismo carrega várias ambiguidades. A dicotomia do verdadeiro e do falso, diante do pensamento pautado na razão, recai em um universalismo das verdades absolutas. O nazismo, como face do totalitarismo, pautou-se na razão para caracterizar o eu sujeito humano em uma equação universal e binária da humanidade:

O Holocausto foi de fato uma tragédia judaica. Embora os judeus não tenham sido a única população submetida a “tratamento especial” pelo regime nazista (seis milhões de judeus estavam entre as mais de 20 milhões de pessoas aniquiladas a mando de Hitler), só os judeus foram marcados para o extermínio, a destruição total, e não

⁸ GAARDER, 1995, p. 219.

tinham lugar reservado na Nova Ordem que Hitler pretendia instaurar. Mesmo assim, o Holocausto não foi simplesmente um problema judeu nem fato da história judaica apenas. O Holocausto nasceu e foi executado na nossa sociedade moderna e racional, em nosso alto estágio de civilização e no auge do desenvolvimento cultural humano, e por essa razão é um problema dessa sociedade, dessa civilização e cultura. A autocura da memória histórica que se processa na consciência da sociedade moderna é por isso mais do que uma indiferença ofensiva às vítimas do genocídio. É também um sinal de perigosa cegueira, potencialmente suicida.⁹

A ambiguidade do holocausto se vislumbra pelo caminhar da ciência e da indústria, no desenvolvimento capitalista em frente a banalidade de uma vida humana judaica. A banalidade do mal que o nazismo construiu moralmente condiciona a vida humana em pressupostos racionais da condição humana. Logo, a condição humana passa a ser resultado da equação racional da modernidade.

Essa “separação ontológica”¹⁰ da modernidade conduz a uma consciência de ser absolutizadora e redutora. Ao mesmo tempo que diz quem é o ser, e seus pressupostos para se enquadrar no ser, exclui o não ser. Esse modo de ser moderno submete tudo à equação invariante, fixa da razão.

Essa estrutura submetida a uma visão histórica absoluta recorre à razão como pressuposto humano. Logo, o fundo racional da modernidade é a legitimação de uma ideologia como forma de poder. Os traços lineares do modernismo conduzem uma razão que parte de um *logos*, um centro sentido homem que igualmente ao período medieval exclui e anula o diferente:

Toda história tem sua solidez, pois não acontece por mero acaso ou ao léu, há antecedentes e consequentes, para muitos é gerativa, não só mera passagem insossa, delineia para nosso olhar fases, épocas, os anos passam dentro de seu ritmo implacável, bem como toda estrutura tem sua liquidez, porque seus limites são também portas abertas. Nada termina de todo e nada começa de todo. Estrutura é apenas o suporte mais sólido da dinâmica, que precisa dele para constituir-se e fluir, assim como o rio precisa de leito.¹¹

Esse modo de vir a ser desordenado que a modernidade inaugurou coloca a questão do ser em foco. Heidegger, nesse exposto, critica o esquecimento do ser pela metafísica ocidental. Assim, o sentido do ser, o ser separado do ente é compreendido na sua subjetividade e interioridade. Consequentemente, não se tem como compreender o ser fora do mundo, o sujeito fora do objeto, que o ser está no mundo, logo o mundo influencia no sentido do ser.

A partir da preocupação do sentido do ser, da tentativa de compreensão do ser no mundo, do “ser-aí”, a angústia torna-se a preocupação face esse ser que está no mundo. “O angustiar-se abre, de maneira originária e direta, o mundo como mundo. [...] A angústia se angustia pelo próprio ser-no-mundo”¹². A angústia se revela na liberdade, na responsabilidade que o ser-no-mundo se encontra na abertura do mundo como mundo.

A angústia na sua dimensão ontológica, na sua dimensão de compreensão não apenas como fenômeno psicológico, mas como fenômeno existencial do ser no mundo, é assumida por Heidegger como a questão

⁹ BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade e holocausto**; tradução Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, Ed., 1998, p. 10.

¹⁰ SOUZA, Jessé. **A elite do atraso**: da escravidão à Lava Jato. Rio de Janeiro: Leya, 2017, p. 16.

¹¹ DEMO, Pedro. **Introdução à sociologia**: complexidade, interdisciplinaridade e desigualdade social. 8. Reimpr. – São Paulo: Atlas, 2015, p. 18.

¹² HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. Tradução de Marcia Sá Cavalcante. 10 ed., Petrópolis, RJ: Vozes; Bragança Paulista, SP: Editora Universitária São Francisco, 2015, p. 126.

existencial do ser que está no mundo. Em outras palavras, a angústia para Heidegger é a questão existencial de quando o indivíduo lançado no mundo e revelado suas bases, precisa descobrir o sentido autêntico em ser.

Nessa perspectiva, o ser que está aí, esse ser lançado no mundo, não tem mais perspectivas absolutizantes que o cegam e o conduzem invariavelmente. Esse ser no mundo, ser no sentido aberto, pode escolher livremente seus caminhos, logo a angústia brota dessa possibilidade de diferentes rumos. A possibilidade, a escolha não era dada pelas compreensões metafísicas ocidentais. O caminho sempre estava dado. Logo, a escolha, além de fornecer certa liberdade e empoderamento, também causa insegurança face a abertura para o novo, face a abertura para o diferente.

3 O INDIFERENTISMO SOCIAL HODIERNO E O DESAMPARO DE UM MUNDO ORDENADO

Se Deus está morto todas as verdades são possíveis? O ponto central da modernidade foi a abertura para o ser e a valorização do indivíduo. Entretanto, assim como o período medieval enalteceu e priorizou o *logos* da divindade, da metafísica, a modernidade pautou-se em um *logos* da razão, validando as verdades sob o crível da equação universal moderna.

Nesses termos, mesmo com a abertura da modernidade para o estudo do sentido do ser, do ser no mundo, a abertura do diferente continua fechado em uma estrutura social racional moderna. A realidade, como vir a ser, é dinâmico e aberto, não objetivo e não fechado. Essa abertura ao diferente, ao novo, causa a angústia, sentimento moderno e contemporâneo que permanece no pensar do século XXI.

Sob esse ponto de vista, a morte de Deus não resolveu todos os problemas da modernidade e não solucionou as questões contemporâneas:

“Deus morreu, mas o homem não vai muito bem”. É uma bondade, mas também algo mais, já que, no fundo, capta e assinala a diferença que opõe o ateísmo contemporâneo ao classicamente expresso por Feuerbach. Essa diferença consiste plenamente no fato macroscópico de que a negação de Deus, ou o registro de sua morte, não pode dar lugar a nenhuma reapropriação pelo homem de uma sua essência alienada do fetiche divino. Muita apologética continua a tirar dali, implícita ou explicitamente, um de seus argumentos contra o ateísmo, acusado de preludiar necessariamente uma destruição geral do humano – segundo uma espécie de nêmeses que arrastaria, como a torre de Babel, o homem rebelde à sua dependência metafísica constitutiva. Ainda, que, como creio, se deva repetir essa rustica apologética de tipo punitivo, é inegável que subsiste uma conexão entre crise do humanismo e morte de Deus.¹³

Esse desamparo diante do rompimento de um mundo ordenado é vislumbrada no século XXI nas posturas reacionárias a um estado democrático de Direito e pensamentos totalizantes que ressurgem com força total na contemporaneidade. Os pensamentos totalizantes, isto é, a objetificação dos seres em objeto, o pensamento de redução e de codificação, estão presentes nos dias atuais, interligado a um indiferentismo social que produz e reproduz uma alienação nos seres.

¹³ VATTIMO, Gianni. **O fim da modernidade**: niilismo e hermenêutica na cultura pós-moderna. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 17.

A morte de Deus, nesse sentido, traduz-se no rompimento do mito das verdades objetivas, no fim de uma corrente de pensamento mitológica. Entretanto, a emancipação do indivíduo na modernidade fica refém de um logocentrismo pautado na razão. Esse mesmo logocentrismo não conseguiu cingir o diferente e não conseguiu cingir o ser que vivia da segurança de um mundo ordenado.

A partir da ruptura de pensamentos fechados, de paradigmas dicotômicos: “muitos autoritarismos são desmascarados pelo que são, isto é, pretensões de impor-nos comportamentos com que não concordamos em nome de uma lei natural qualquer, uma essência humana, uma tradição intocável, uma revelação divina”¹⁴. Com efeito, a condição humana para exercer sua originalidade precisa ser não objetificada.

Nesse aspecto, a verdade objetiva da razão ou da religião conduzem a um acesso da verdade, um lado da moeda, que legitima e reimprime uma ordem simbólica de poder e de dominação. Assim, a angústia, mesmo sendo um sentimento moderno, é um sentimento contemporâneo. A angústia marca a incerteza de um conviver social, de um conviver histórico, que ainda não conseguiu dar adeus à verdade objetiva, que ainda não deu adeus ao simbolismo de um mundo ordenado.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A morte do Deus metafísico foi uma importante conquista frente aos ditames da metafísica ocidental. O processo de secularização, nesse sentido, deu início à fissura inevitável da verdade objetiva da divindade cristã. Entretanto, esse desamparo ocasionado pelo rompimento de um mundo ordenado fomenta ainda no século XXI posturas reacionárias a um Estado Democrático de Direito.

A ruptura de um prisma divino como uma conquista moderna, apresentou ao indivíduo moderno o sentimento da angústia, o sentimento da possibilidade, da escolha. Nesse aspecto, o indivíduo moderno foi lançado à imanência da experiência social. A natureza humana e a lei teológica simbólica são rompidas na predominância da razão e da ciência.

Porém, nesse predomínio da razão e da ciência, as verdades passam a ser raciocinadas sob o prisma logocentrista da razão. Assim, puramente a razão e a ciência condicionam o verdadeiro e o falso. A dicotomia ainda está presente nesse período de valorização do indivíduo, da ciência, da indústria e em contraposição da desvalorização do diferente, da despersonificação, da indeterminação.

Nessa perspectiva, por mais que a época moderna fomentou a ciência, o período moderno também fomentou a desumanização. A ciência sob o pressuposto da equação universal da razão matou milhares de pessoas sob o olhar da razão. Assim, a modernidade não conseguiu romper com a dicotomia sujeito e objeto presente desde os tempos da antiguidade. Com efeito, a morte de Deus significa a morte das verdades objetivas, das verdades fechadas e fixas no tempo e no espaço. Entretanto, o rompimento de um mundo ordenado, previsível e seguro, causa uma indeterminação, uma insegurança no sujeito moderno e ainda uma insegurança no sujeito contemporâneo.

A perda de uma lei teológica simbólica é vislumbrada nas posturas reacionárias democráticas presentes atualmente. A partir do momento que o ser humano não é mais regido por algum código absoluto, o certo e o

¹⁴ VATTIMO, Gianni. **Adeus à verdade**. – Petrópolis, RJ: Vozes, 2016, pp. 24-25.

errado passam a ser marcados pela incerteza, característica que não existia em um mundo marcado pela definição. Nesses termos, a indiferença do eu sujeito humano é característica desse ser que não reflete, desse ser ainda preso em uma natureza não mutável, em uma estrutura social fixa.

A presença de uma natureza absoluta, mais que segurança, fornece ao ser comodidade, comodidade para não se abrir para o novo, para o diferente, para a possibilidade da incerteza. A complexidade do que é ser humano, nesse sentido, não conseguiu ser cingida por um paradigma dicotômico que ainda separa o sujeito do objeto. A complexidade, dinamicidade, historicidade e ambivalência que é o ser, necessita de uma ampla compreensão de sociedade, diferente de uma concepção linear.

Nesse sentido, cingir a diversidade significa estar aberto para o diferente, para o novo. Mesmo que esse novo cause angústia, cause indecisão, cause incerteza. Indubitavelmente, tanto a razão como o teocentrismo apregoaram logocentrismos dicotômicos que fomentaram a exclusão e a dominação. Em função disso, o adeus à verdade objetiva, mais que o abandono das verdades cristalizadas, é a abertura ao novo, com ao diferente, com ao imperfeito e a uma visão de mundo não linear.

REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade e holocausto**; tradução Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, Ed., 1998.

COSTA, José Silveira. Tomás de Aquino. In: BARRETTO, V. P. (Coord.) **Dicionário de Filosofia do Direito**. São Leopoldo: Unisinos, 2009, p. 824-826.

DEMO, Pedro. **Introdução à sociologia**: complexidade, interdisciplinaridade e desigualdade social. 8. Reimpr. – São Paulo: Atlas, 2015.

GAARDER, Jostein. **O mundo de Sofia**. – São Paula: Companhia das Letras, 1995.

HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. Tradução de Marcia Sá Cavalcante. 10 ed., Petrópolis, RJ: Vozes; Bragança Paulista, SP: Editora Universitária São Francisco, 2015.

MARCONDES, Danilo. **Iniciação à história da filosofia**: dos pré-socráticos a Wittgenstein. 7ed. – Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2002.

SOUZA, Jessé. **A elite do atraso**: da escravidão à Lava Jato. Rio de Janeiro: Leya, 2017.

VATTIMO, Gianni. **Adeus à verdade**. – Petrópolis, RJ: Vozes, 2016.

VATTIMO, Gianni. **O fim da modernidade**: niilismo e hermenêutica na cultura pós-moderna. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

A APOSENTADORIA VOLUNTÁRIA DO SERVIDOR EFETIVO MUNICIPAL PELO REGIME GERAL DE PREVIDÊNCIA SOCIAL E A VACÂNCIA DO CARGO PÚBLICO

Laura Covatti dos Santos¹
Danubia Desordi²

RESUMO

O artigo tem como objetivo discorrer sobre a possibilidade de o servidor efetivo municipal permanecer no cargo público mesmo depois da sua aposentadoria. Assim, utilizando do método hipotético-dedutivo e da revisão bibliográfica, questiona-se: A aposentadoria do servidor efetivo municipal regido pelo Regime Geral de Previdência Social gera a vacância do cargo ocupado na Administração Pública? Para isso, dividiu-se o trabalho em três capítulos: o primeiro consiste em verificar o município a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988 como uma esfera de governo democrático; o segundo em analisar a aposentadoria como um direito do servidor público municipal e, por fim; o terceiro capítulo em examinar a matéria em discussão apresentando os posicionamentos que dividem opiniões. Portanto, percebe-se que as leis municipais que estabelecem a hipótese de vacância do cargo do servidor efetivo que se aposentar voluntariamente, encontram suporte na autonomia municipal constitucionalmente estabelecida, independente do regime previdenciário.

PALAVRAS-CHAVE: Aposentadoria; Autonomia Municipal; Cargo público; Municípios; Vacância.

ABSTRACT

The article aims to discuss the possibility of the permanent civil servant remaining in public office even after his retirement. Thus, using the hypothetical-deductive method and the literature review, the following questions are asked: Does the retirement of the permanent civil servant governed by the General Social Security Regime generate the vacancy of the position held in the Public Administration? To this end, the work was divided into three chapters: the first consists in verifying the municipality from the promulgation of the Federal Constitution of 1988 as a sphere of democratic government; the second in analyzing retirement as a right of the municipal civil servant and finally; The third chapter examines the subject under discussion by presenting the positions that divide opinions. Therefore, it is clear that the municipal laws that establish the hypothesis of vacancy of the position of the effective servant who voluntarily retire, find support in the constitutionally established municipal autonomy, regardless of the social security regime.

KEYWORDS: Retirement; Municipal Autonomy; Public office; Counties; Vacancy.

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 introduziu inúmeros direitos e deveres aos cidadãos, da mesma forma, estabeleceu um modelo *sui generis* de federação, repartindo o poder de gestão pública em três esferas de

¹ Mestra em Direito pelo Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo/RS, com bolsa parcial UPF. Integrante do grupo de pesquisa Dimensões do Poder e Relações Sociais (PPGD/UPF). Integrante do grupo de pesquisa O Estatuto da cidade e a gestão democrática municipal (PPGD/UPF). Integrante do grupo de pesquisa Transnacionalização, Migração e Trabalho (PPGD/UPF). Extensionista do Projeto de Extensão Balcão do Trabalhador (Faculdade de Direito/UPF). Advogada (OAB/RS 100.529). Pós-graduada em Direito Civil - Direito de Família Avançado pela Faculdade Anhanguera de Passo Fundo/RS. Graduada em Ciências Jurídicas e Sociais pela Faculdade Anhanguera de Passo Fundo/RS. Endereço eletrônico: lauracovattidosantos@gmail.com

² Mestra em Direito pela Universidade de Passo Fundo - UPF. Especialista em Gestão Pública pelo Instituto de Desenvolvimento do Alto Uruguai - IDEAU. Especialista em Direito Público pela Universidade do Norte do Paraná - UNOPAR e Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP. Graduada em Direito pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões. Atualmente é advogada. Possui experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Constitucional, Direito Administrativo, Direito Civil e Direito Processual Civil. Endereço eletrônico: danubiadesordi@hotmail.com

governo, quais sejam: federal, estadual e municipal. Em virtude dessa condição tripartite, o ente municipal adquiriu autonomia constitucional para legislar, governar e administrar, tendo como premissa o interesse local.

As atividades administrativas necessárias para a manutenção e preservação dos serviços públicos locais são executadas por agentes públicos, entre eles os servidores públicos estatutários, regidos tanto pela legislação constitucional quanto por lei orgânica. Os servidores públicos municipais, dependendo do vínculo para o qual foram contratados, irão contribuir para a Previdência Social, a fim de garantirem a futura aposentadoria – seja pelo Regime Próprio de Previdência Social (RPPS) ou pelo Regime Geral de Previdência Social (RGPS).

Portanto, utilizando-se do método hipotético-dedutivo e da revisão bibliográfica, com suporte na doutrina, legislação vigente e jurisprudência, questiona-se: A aposentadoria do servidor efetivo municipal regido pelo Regime Geral de Previdência Social gera a vacância do cargo ocupado na Administração Pública? Esse questionamento estimulou algumas decisões pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, as quais apresentam posicionamentos divergentes.

1 O MUNICÍPIO NO CONTEXTO BRASILEIRO PÓS-1988

O processo civilizatório tem como uma de suas principais características o agrupamento humano, isso porque, a evolução dos tempos foi marcada pela convivência do indivíduo com o seu semelhante, criando vínculos, relacionando-se de diversas formas e priorizando alcançar os seus próprios interesses³.

Com a redemocratização do Brasil, as relações sociais passaram por mudanças culturais, econômicas, sociais e políticas. A atual Constituição introduziu direitos e deveres aos cidadãos, bem como estabeleceu a composição do atual Estado federal, o qual se divide em três esferas de governo: federal, estadual e municipal⁴.

No Brasil, a formação dos municípios ocorreu gradativamente, isto é, pela construção das primeiras cidades, pela transformação das Constituições e pela promulgação da Constituição Federal de 1988⁵. Segundo o entendimento de Corralo, partiu-se:

[...] de uma constituição inicial formatada por um desenvolvimento espontâneo, consoante as aspirações das comunidades locais no primeiro século e meio da dominação brasileira, a um domínio praticamente absoluto sobre quaisquer autonomias do poder local, que marcou todo o posterior período colonial. Tal quadro somente sofreria mudanças em 1822, através do regramento constitucional e infraconstitucional pátrio após a independência. Observam-se poucas alterações no *status* municipal numa comparação entre as constituições de 1824 e 1891; diverso ocorre com a Constituição de 1934, que garantiu um plexo de autonomia aos entes locais, entretanto, foi sufocada pela de 1937; em 1946, o Município brasileiro ressurgiu, o qual se manteria até o golpe de 1964, que também sufocou as potencialidades do poder local até a democratização de 1988, quando o Município passou a ocupar posição *sui generis* na federação brasileira e no contexto mundial⁶.

³ SANTOS, Tiago Rodrigues dos. A efetividade da federação brasileira: a participação do Município no pacto federativo. In: SANTOS, Tiago Rodrigo dos; HARTMANN, Tomás Silveira Martins; CORRALO, Giovani da Silva (Org.). **Estudos de teoria do estado: novas perspectivas do estado democrático de direito**. Passo Fundo: Ed. Universidade de Passo Fundo, 2004. p. 58.

⁴ BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge; AGRA, Walber de Moura (Coord.). **Comentários à Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 11.

⁵ CORRALO, Giovani da Silva. **Município: autonomia na federação brasileira**. Curitiba: Juruá, 2006. p. 53.

⁶ CORRALO, Giovani da Silva. **Município: autonomia na federação brasileira**. p. 53.

Em razão do processo de descentralização as competências foram divididas em diferentes níveis federados, atribuindo-se poder a União, aos Estados e aos Municípios, o que permitiu a intervenção popular como um mecanismo de cidadania⁷. Portanto, a nova redação da Constituição de 1988 garantiu ao cidadão a participação no espaço público juntamente com os governantes, de modo que, o poder passou a ser compartilhado a fim de incentivar a democratização – inclusive em âmbito local⁸.

Para Santin, “[...] é muito mais fácil ao cidadão conhecer e contatar com seu prefeito, secretários e vereadores, quando comparado às possibilidades de contato com a Presidência da República ou seus Ministros [...]”⁹. Essa aproximação com os gestores municipais permite ao cidadão construir a sensação de pertencimento e identidade, observada a facilidade de comunicação com os representantes políticos, locomoção e conhecimento do ambiente em que vive.

Sendo assim, constata-se que o município se encontra presente cotidianamente na vida dos cidadãos¹⁰, representando um ente federado com poder não centralizado que permite o alcance do interesse coletivo¹¹. Nas palavras de Dallari, “[...] quanto maior a autonomia efetiva das municipalidades, maior será a possibilidade de existência de uma sociedade de pessoas plenamente realizadas”¹².

Portanto, a ampliação da autonomia municipal foi uma das inovações introduzidas pela Constituição de 1988, seja no campo político, administrativo, financeiro¹³ ou legislativo. Há autores que incluem mais uma autonomia nesse rol, a auto organizatória, a qual admite a organização do município por meio de lei municipal, também conhecida como lei orgânica¹⁴, declarando o poder de autogovernar e legislar acerca das matérias que envolvam o interesse local¹⁵.

[...] auto-organizar-se politicamente, por meio de lei própria (Lei Orgânica Municipal), de autogovernar-se, de legislar, originária ou supletivamente, sobre assuntos de interesse local e de auto-administrar-se, gerindo seus próprios negócios e serviços públicos locais e dispondo livremente sobre eles, respeitados o sistema constitucional das competências e as restrições que a mesma Constituição Federal lhe impõe¹⁶.

⁷ DAVIDOVICH, Fany. Poder local e município, algumas considerações. *Rev. Adm. Púb., Rio de Janeiro*, p. 5-14, jan./mar. 1993. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rap/article/viewFile/8677/7409>. Acesso em: 30 jul. 2019. p. 6.

⁸ HERMANY, Ricardo; RODEMBUSCH, Claudine Freire. O empoderamento dos setores da sociedade brasileira no plano local na busca de implementação de políticas públicas sociais. In: HERMANY, Ricardo (Org.). **Empoderamento Social Local**. Santa Cruz do Sul: Editora IPR, p. 77-92, 2010. p. 77-78.

⁹ SANTIN, Janaína Rigo. **Estado, constituição e administração pública no século XXI: novos desafios da cidadania e do poder local**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017. p. 154.

¹⁰ SANTOS, Tiago Rodrigues dos. A efetividade da federação brasileira: a participação do Município no pacto federativo. In: SANTOS, Tiago Rodrigo dos; HARTMANN, Tomás Silveira Martins; CORRALO, Giovani da Silva (Org.). **Estudos de teoria do estado: novas perspectivas do estado democrático de direito**. p. 57.

¹¹ SANTIN, Janaína Rigo. O Tratamento Histórico do Poder Local no Brasil e a Gestão Democrática Municipal. **Anais do II Seminário Nacional: Movimentos Sociais, Participação e Democracia – UFSC**. Florianópolis, p. 323-340, 2007. p. 323-324.

¹² DALLARI, Dalmo de Abreu. **O estado federal**. São Paulo: Ática, 1986. p. 64.

¹³ MELO FILHO, Urbano de. Perspectiva dos municípios na federação brasileira. In: BASTOS, Evandro de Castro; JÚNIOR, Odilon Borges (Coord.). **Novos rumos da autonomia municipal**. São Paulo: Max Limonad, 2000. p. 271.

¹⁴ De acordo com Corralo, as Leis Orgânicas, em sua maioria, partem do: “I – poder municipal: competências, direitos fundamentais, participação e controle social; II – organização e funcionalidade dos poderes Legislativo e Executivo; III – organização da administração municipal, o que abarca os servidores públicos, a organização administrativa, os bens e serviços municipais; IV – finanças municipais, que inclui preceitos tributários e orçamentários; V – planejamento, ordem econômica e social, a abarcar as diversas políticas públicas municipais”. CORRALO, Giovani da Silva. **Município: autonomia na federação brasileira**. p. 231.

¹⁵ SANTIN, Janaína Rigo; BITENCOURT, Jean Carlos Menegaz. Pacto federativo e autonomia legislativa municipal. **História: Debates e Tendências** – v. 15, n. 1, jan./jun., p. 101-113, 2015. Disponível em: <http://seer.upf.br/index.php/rhdt/article/view/5279>. Acesso em: 30 jul. 2019. p. 108.

¹⁶ SANTIN, Janaína Rigo; BITENCOURT, Jean Carlos Menegaz. Pacto federativo e autonomia legislativa municipal. **História: Debates e Tendências**. p. 108.

Por autonomia administrativa, entende-se as questões que envolvem o interesse local sobre o federal e estadual¹⁷, em outras palavras, significa a “[...] gestão dos negócios locais pelos representantes do povo do Município, sem interferência dos poderes da União ou do Estado membro”, explica Meirelles¹⁸. Por sua vez, a autonomia política confere que os agentes políticos – como por exemplo, prefeito, vice-prefeito e vereadores – sejam eleitos democraticamente para assumirem a administração municipal¹⁹.

A autonomia financeira compreende a competência do município de instituir e arrecadar os tributos a fim de serem realizadas melhorias, concretizando a aspiração de uma gestão mais eficiente. Ao passo que, a autonomia legislativa se destina a assegurar que prevaleça o interesse local, conforme dispõe o artigo 30 da Constituição Federal²⁰, conferindo poderes ao município para legislar – desde que compatíveis com as regras gerais da União e do Estado²¹.

Sob essa perspectiva, visando uma gestão de qualidade, a Administração Pública municipal passou a ser organizada e planejada de acordo com três fundamentos: “pessoal, estrutura e processos”²². Tais segmentos buscam equilibrar e harmonizar os direitos e deveres de todo e qualquer interessado, inclusive dos servidores públicos municipais, os quais trabalham para futuramente garantir a sua aposentadoria.

2 O SERVIDOR PÚBLICO MUNICIPAL E O DIREITO À APOSENTADORIA

No município, a prefeitura representa o órgão que dispõe acerca das atribuições do Poder Executivo²³ contando com o apoio do serviço público municipal, o qual designa a atividade exercida por agentes públicos, por “[...] servidores, em seus diversos graus e funções, que dinamizam a administração pública, vitalizando as competências governativas”²⁴.

A Lei nº 8.429/1992 além de determinar as sanções aplicadas aos agentes públicos²⁵, quando do cometimento de enriquecimento ilícito na Administração Pública, também definiu o seu conceito²⁶. Sob essa ótica, compreende-se que a prefeitura de um município será sempre composta por pessoas destinadas a assumir determinadas funções em prol do interesse local.

Cumpra ressaltar que a Lei nº 8.429/1992 deu sentido amplo à expressão agente público, de modo que, a sua classificação se desdobra em: agentes políticos, agentes particulares colaboradores e servidores públicos²⁷. Para a presente pesquisa, interessa analisar as circunstâncias em que se encontram os servidores

¹⁷ COSTA, Nelson Nery. **Direito municipal brasileiro**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 91.

¹⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito municipal brasileiro**. 16. ed. Malheiros: São Paulo: 2008. p. 111.

¹⁹ COSTA, Nelson Nery. **Direito municipal brasileiro**. p. 132.

²⁰ CORRALO, Giovani da Silva. **Município: autonomia na federação brasileira**. p. 196.

²¹ CORRALO, Giovani da Silva. **Município: autonomia na federação brasileira**. p. 214-215.

²² ANASTASIA, Antonio Augusto Junho. Administração e planejamento. In: MENDES, Gilmar Ferreira; CARNEIRO, Rafael Araripe (Coord.). **Gestão pública e direito municipal**. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 213.

²³ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito municipal brasileiro**. p. 723.

²⁴ ANASTASIA, Antonio Augusto Junho. Administração e planejamento. In: MENDES, Gilmar Ferreira; CARNEIRO, Rafael Araripe (Coord.). **Gestão pública e direito municipal**. p. 214.

²⁵ Lei nº 8.429/1992, Art. 2º - Reputa-se agente público, para os efeitos desta lei, todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades mencionadas no artigo anterior. BRASIL. **Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18429.htm Acesso em: 06 ago. 2019.

²⁶ BRASIL. **Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18429.htm Acesso em: 06 ago. 2019.

²⁷ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 594-596.

públicos²⁸, já que “[...] se vinculam ao Estado por uma relação permanente de trabalho e recebem, a cada período de trabalho, a sua correspondente remuneração. São [...] profissionais da função pública [...]”²⁹.

Os servidores públicos possuem estatuto próprio para regulamentar as relações de trabalho, bem como os seus direitos e deveres no eixo da Administração Pública³⁰. Portanto, além de obedecerem às regras constitucionais, caberá ao município e aos seus servidores seguirem às disposições de lei local – também conhecida como lei orgânica. Segundo, Di Pietro:

[...] submetem-se a **regime estatutário**, estabelecido em lei por cada uma das unidades da federação e modificável unilateralmente, desde que respeitados os direitos já adquiridos pelo servidor. Quando nomeados, eles ingressam numa situação jurídica previamente definida, à qual se submetem com o ato da posse; não há possibilidade de qualquer modificação das normas vigentes por meio de contrato, ainda que com a concordância da Administração e do servidor, porque se trata de normas de ordem pública, cogentes, não derogáveis pelas partes³¹.

Isso remete ao regime jurídico aplicável ao servidor, o qual, segundo a previsão da Emenda Constitucional nº 19/1998, admitiu “[...] que qualquer ente federativo tivesse ao mesmo tempo servidores regidos pelo regime estatutário e outros contratados sob o manto das leis trabalhistas”³², sendo que, independente do vínculo³³ para o qual foram contratados, os servidores públicos irão contribuir para a Previdência Social, a fim de garantir a futura aposentadoria.

A obrigatoriedade de contribuição, pelos servidores, para o custeio de aposentadorias e pensões foi introduzida a partir da Emenda Constitucional nº 3, promulgada em 17 de março de 1993. Entrementes, até a promulgação da Constituição Federal de 1988, a proteção social dos servidores públicos era tratada como um prêmio a ser concedido aos servidores em virtude do longo período de serviços prestados ao Estado, e não por terem contribuído para tanto³⁴.

A proteção social do servidor público também foi objeto da Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998, da Emenda Constitucional nº 41, de 05 de julho de 2005 e da Emenda Constitucional nº 70, de 29 de março de 2012. A Emenda Constitucional 20/1998, seguida pela Emenda Constitucional 41/2005, estabeleceu diferença de regimes para os servidores ocupantes de cargos efetivos, de cargo em comissão, de cargo temporário ou de emprego público da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações públicas de direito público. Para os servidores efetivos, a Constituição Federal assegura regime de previdência peculiar (Regime Próprio de Previdência Social – RPPS), enquanto que para os ocupantes de cargo em comissão, cargo temporário ou emprego público, aplica-se o Regime Geral de Previdência Social (RGPS)³⁵.

²⁸ “Os servidores públicos são organizados em quadros funcionais. O quadro funcional é o conjunto de cargos, empregos e funções públicas de um mesmo ente federado, de seus órgãos internos ou de uma pessoa jurídica da Administração Indireta”. ALEXANDRE, Ricardo. **Direito administrativo**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018. p. 278.

²⁹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. p. 596-597.

³⁰ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. p. 601.

³¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 31. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 681. Grifos da autora.

³² ALEXANDRE, Ricardo. **Direito administrativo**. p. 282.

³³ “Nos Estados e Municípios, os servidores celetistas reger-se-ão pela CLT com as derrogações constantes da própria Constituição Federal. Sendo da União a competência privativa para legislar sobre direito do trabalho, não é possível a promulgação de leis estaduais e municipais que derroguem total ou parcialmente as normas da CLT para os servidores públicos”. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. p. 684.

³⁴ PORTO, Valéria. **Previdência social dos servidores públicos: regime próprio e aposentadoria complementar**. Curitiba: Juruá, 2014. p. 18; 21.

³⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 564.

Ressalta-se que, além dos regimes previdenciários peculiar e geral, existe de uma terceira espécie de proteção previdenciária dos servidores públicos, o Regime de Previdência Complementar (RPC), formando um tripé de regimes previdenciários.

Como referido, os servidores ocupantes de efetivos são regidos por regime próprio de previdência, a ser instituído por cada entidade federativa, a teor do que dispõe o artigo 40, caput, da Constituição Federal³⁶. Em tese, todos os entes federados devem instituir seu próprio regime previdenciário, porém, há situações em que a entidade não possui condições de instituí-lo mantendo o equilíbrio financeiro e atuarial, que a norma constitucional exige. Isso acontece com os pequenos municípios, onde os servidores efetivos encontram-se obrigatoriamente filiados ao Regime Geral de Previdência Social.

Esse contexto vem ensejando uma controvérsia relativa à situação do servidor público municipal ocupante de cargo efetivo, que se aposenta por tempo de contribuição pelo Regime Geral de Previdência Social. Isso porque a aposentadoria constitui hipótese de vacância do cargo público, conforme diplomas legais locais que regulamentam o regime jurídico dos servidores. A contenda foi levada à apreciação do Poder Judiciário e, no caso específico do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, observa-se uma divergência de entendimento jurisprudencial.

3 A APOSENTADORIA DO SERVIDOR PÚBLICO EFETIVO MUNICIPAL SOB A ÓTICA DO PODER JUDICIÁRIO DO RIO GRANDE DO SUL

Com a nomeação, o servidor público efetivo passa a ocupar o cargo público permanecendo nessa condição até que ocorra a sua desvinculação, por ato voluntário ou não. A desvinculação do servidor enseja a denominada vacância do cargo público, que pode se dar pela extinção do vínculo mantido entre o Estado e o indivíduo pela modificação desse vínculo³⁷.

A primeira hipótese ocorre em situações de exoneração, perda do cargo estável, demissão, anulação do ato de investidura, aposentadoria e falecimento. Por sua vez, a vacância do cargo por modificação do vínculo ocorre nos casos de promoção e readaptação³⁸. Para a pesquisa, importa compreender a circunstância de vacância por aposentadoria do servidor público estável.

A aposentadoria constitui-se no direito que o servidor possui de perceber dada remuneração, denominada de proventos, durante sua inatividade, em virtude de fatos jurídicos estabelecidos previamente³⁹. Nesse mesmo sentido, Justen Filho define o instituto:

A aposentadoria é o ato administrativo unilateral que constitui a relação jurídica de inatividade, assegurando a percepção vitalícia de proventos em valor determinado, **com cunho declaratório ou constitutivo da extinção do vínculo jurídico entre o Estado e o servidor**⁴⁰.

³⁶ Constituição Federal de 1988, Art. 40 - Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente público, dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo.

³⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 13. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 932.

³⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 13. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 932.

³⁹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 32. ed. São Paulo: Atlas, 2018. p. 813.

⁴⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. p. 936. Grifos nossos.

A concessão da aposentadoria implica na extinção⁴¹ da relação estatutária existente entre o ente público e o servidor, resultando na vacância do cargo até então ocupado. Na concepção de Medauar, denomina-se inativo o servidor já aposentado, tendo em vista que, a “Aposentadoria, no setor público, significa a cessação do exercício das atividades junto a órgãos ou entes estatais, com recebimento de retribuição denominada provento [...]”⁴².

O ato administrativo de aposentadoria possui eficácia declaratória ou constitutiva da extinção do vínculo jurídico até então existente entre os Estado e o titular de cargo de provimento efetivo. A aposentadoria a pedido do servidor ou fundado em invalidez permanente apresenta eficácia constitutiva da extinção do vínculo estatutário até então existente. Nesse caso, o vínculo jurídico é mantido até o deferimento da aposentadoria. Esse ato de aposentadoria produz a vacância do cargo até então ocupado pelo agente e a extinção dos deveres e direitos atinentes à relação jurídica entre o Estado e o servidor⁴³.

No entanto, observa-se que a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul não se mostra unânime quando a temática trata da aposentadoria por tempo de contribuição do servidor efetivo municipal regido pelo Regime Geral de Previdência Social.

As Turmas Recursais da Fazenda Pública, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, firmaram entendimento através do Incidente de Uniformização de Jurisprudência nº 71006837884⁴⁴, no sentido de que, em virtude da autonomia constitucional conferida aos Municípios, a existência de norma local que preveja a extinção do vínculo jurídico-laboral, pela concessão de aposentadoria relativa ao exercício do mesmo cargo, seja pelo Regime Geral de Previdência Social ou pelo Regime Próprio de Previdência Social, constitui caso de vacância do cargo público. Segundo esse entendimento, as normas municipais que preveem a hipótese de vacância do cargo pela aposentadoria não seriam inconstitucionais.

Por outro lado, o Órgão Especial da Corte Judiciária do Rio Grande do Sul compreende que a vacância do cargo público municipal, em razão da aposentadoria, somente seria possível nos casos de servidores vinculados a Regime Próprio de Previdência Social, isso porque as hipóteses de extinção do vínculo entre o servidor público e o ente municipal são restritas, devendo ser precedidas por processo administrativo, sentença judicial transitada em julgada ou avaliação periódica de desempenho. Dessa maneira, a exoneração do servidor estável, pelo fato de ter se aposentado pelo RGPS, contraria as garantias constitucionais do devido processo legal administrativo. Por esse viés, várias leis municipais foram julgadas inconstitucionais, determinando-se a

⁴¹ “[...] a aposentadoria extingue a relação estatutária e acarreta a vacância do respectivo cargo, não se podendo admitir a ressurreição da relação jurídica definitivamente sepultada.” CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. p. 680.

⁴² MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 286. Grifos da autora.

⁴³ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. p. 937.

⁴⁴ INCIDENTE DE UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA. SERVIDOR PÚBLICO. MUNICÍPIO DE INHACORÁ. APOSENTADORIA PELO REGIME GERAL DE PREVIDÊNCIA SOCIAL. INEXISTÊNCIA DE REGIME MUNICIPAL PRÓPRIO DE PREVIDÊNCIA. AUTONOMIA DO MUNICÍPIO. LEI MUNICIPAL Nº 62/94. INEXISTÊNCIA DE AFRONTA À CONSTITUIÇÃO FEDERAL. No exercício da sua autonomia constitucionalmente assegurada, pode o Município prever em sua legislação a extinção do vínculo jurídico-laboral por decorrência da concessão de aposentadoria relativa ao exercício do mesmo cargo público, seja pelo Regime Geral de Previdência Social, seja pelo Regime Próprio de Previdência, na medida em que a vacância é efeito indissociável do ato de aposentação. Enunciado editado: **"Independentemente do Regime Previdenciário, a aposentação gera vacância do cargo público, se assim o prever a Lei Municipal."** À UNANIMIDADE, CONHECERAM DO INCIDENTE E UNIFORMIZARAM O ENTENDIMENTO, COM A EDIÇÃO DE ENUNCIADO. Incidente de Uniformização Jurisprudência, Nº 71006837884, Turmas Recursais da Fazenda Pública Reunidas, Turmas Recursais, Relator: Mauro Caum Gonçalves, Julgado em: 07-11-2017. Grifos nossos.

reintegração de servidores públicos ao cargo por eles anteriormente ocupados, como é o caso das Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 70073803405⁴⁵ e 70074115924⁴⁶.

A controvérsia jurisprudencial ensejou a instauração do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) nº 70077724862, a partir da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 70074156142⁴⁷, suspendendo os processos que versassem sobre a mesma matéria. O IRDR foi julgado em sessão ocorrida em 08 de julho de 2019, ocasião em que foi fixada a seguinte tese jurídica, com eficácia vinculante, nos termos do artigo 985 do Código de Processo Civil:

[...] A concessão de aposentadoria voluntária de servidor municipal pelo Regime Geral de Previdência Social, não implica em automática exoneração do serviço público, inexistindo óbice à permanência no exercício do cargo. A fonte de custeio dos proventos da aposentadoria se dá no âmago de uma relação jurídica entre o segurado do sistema geral de previdência e o Instituto Nacional de Seguro Social⁴⁸.

A tese fixada no IRDR tem por base o posicionamento do Supremo Tribunal Federal ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.721-3-DF⁴⁹, cujo objeto foi dispositivo da Consolidação das Leis do

⁴⁵ **AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 35, INCISO V, DA LEI N.º 1.013/1990 DO MUNICÍPIO DE MUÇUM. APOSENTADORIA COMO FORMA DE VACÂNCIA DO CARGO. INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO.** A aposentadoria pelo Regime Geral de Previdência Social não implica o término da relação de trabalho que lhe subjaz, sendo possível a acumulação de proventos decorrentes de aposentadoria no RGPS com remuneração de cargo público. Conferida interpretação conforme ao inciso V do art. 35 da Lei n.º 1.013/1990 do Município de Muçum, para reconhecer que a aposentadoria referida no dispositivo refere-se ao Regime Próprio de Previdência Social (RPPS) e não ao Regime Geral de Previdência Social (RGPS). **AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE PARCIALMENTE PROCEDENTE. UNÂNIME. ADI nº 70073803405, Tribunal Pleno, rel. Des. Francisco José Moesch, j. em 11DEZ17.** Grifos nossos.

⁴⁶ **AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. MUNICÍPIO DE INHACORÁ. ART. 47, INCISO III, DA LEI MUNICIPAL N.º 062/94. APOSENTADORIA PELO REGIME GERAL DE PREVIDÊNCIA SOCIAL. VACÂNCIA DO CARGO.** A aposentadoria apta a gerar a vacância do cargo, na forma do art. 47, inciso III, da Lei Municipal nº 062/94, é apenas a relativa ao Regime Próprio de Previdência Social, não se aplicando àquela levada a efeito pelo RGPS. **DECLARADA A PARCIAL CONSTITUCIONALIDADE DO DISPOSITIVO, COM INTERPRETAÇÃO CONFORME. UNÂNIME. ADI nº 70074115924, Tribunal Pleno, rel. Des. Marcelo Bandeira Pereira, j. em 27NOV17.** Grifos nossos.

⁴⁷ **AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. MUNICÍPIO DE PINHEIRINHO DO VALE. ART. 35, INCISO V, DA LEI-PV N.º 02/08. APOSENTADORIA PELO REGIME GERAL DE PREVIDÊNCIA SOCIAL. VACÂNCIA DO CARGO. INSTAURAÇÃO DE INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETIDAS - IRDR.** 1. O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas proposto trata da controvérsia relacionada com a possibilidade de titular de cargo público municipal se manter no cargo, mesmo após a aposentadoria voluntária pelo RGPS, nos casos de o ente municipal não possuir regime de previdência próprio. Matéria que foi solvida pelo Supremo Tribunal Federal, no entanto, não é este o entendimento seguido por alguns órgãos julgadores desta Justiça Estadual, tendo a matéria sido objeto de enunciado editado pelas Turmas Recursais, em Incidente de Uniformização de Jurisprudência nº 71006837884. 2. Demonstrada a necessidade não só de instauração do IRDR, mas também de suspensão dos processos que versem sobre a mesma matéria, em observância à segurança jurídica. **SUSCITARAM INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS. UNÂNIME. Ação Direta de Inconstitucionalidade, Nº 70074156142, Tribunal Pleno, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Nelson Antônio Monteiro Pacheco, Julgado em: 07-05-2018.**

⁴⁸ **RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas nº 70077724862 (Nº CNJ: 137698-14.2018.8.21.7000).** Proponente: Colendo Órgão Especial do Tribunal Pleno. Relator: Des. Glenio Jose Wasserstein Hekman. Julgado em 08/07/2019.

⁴⁹ **EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTIGO 3º DA MEDIDA PROVISÓRIA Nº 1.596-14/97, CONVERTIDA NA LEI Nº 9.528/97, QUE ADICIONOU AO ARTIGO 453 DA CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO UM SEGUNDO PARÁGRAFO PARA EXTINGUIR O VÍNCULO EMPREGATÍCIO QUANDO DA CONCESSÃO DA APOSENTADORIA ESPONTÂNEA. PROCEDÊNCIA DA AÇÃO.** 1. A conversão da medida provisória em lei prejudica o debate jurisdicional acerca da "relevância e urgência" dessa espécie de ato normativo. 2. Os valores sociais do trabalho constituem: a) fundamento da República Federativa do Brasil (inciso IV do artigo 1º da CF); b) alicerce da Ordem Econômica, que tem por finalidade assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, e, por um dos seus princípios, a busca do pleno emprego (artigo 170, caput e inciso VIII); c) base de toda a Ordem Social (artigo 193). Esse arcabouço principiológico, densificado em regras como a do inciso I do artigo 7º da Magna Carta e as do artigo 10 do ADCT/88, desvela um mandamento constitucional que perpassa toda relação de emprego, no sentido de sua desejada continuidade. 3. A Constituição Federal versa a aposentadoria como um benefício que se dá mediante o exercício regular de um direito. E o certo é que o regular exercício de um direito não é de colocar o seu titular numa situação jurídico-passiva de efeitos ainda mais drásticos do que aqueles que resultariam do cometimento de uma falta grave (sabido que, nesse caso, a ruptura do vínculo empregatício não opera automaticamente). 4. O direito à aposentadoria previdenciária, uma vez objetivamente constituído, se dá no âmago de uma relação jurídica entre o segurado do Sistema Geral de Previdência e o Instituto Nacional de Seguro Social. Às expensas, portanto, de um sistema atuarial-financeiro que é gerido por esse Instituto mesmo, e não às custas desse ou daquele empregador. 5. O Ordenamento Constitucional não autoriza o legislador ordinário a criar modalidade de rompimento automático do vínculo de emprego, em desfavor do trabalhador, na situação em que este apenas exercita o seu direito de aposentadoria espontânea, sem cometer deslize algum. 6. A mera concessão da aposentadoria voluntária ao trabalhador não tem por

Trabalho que estabelecia a extinção do vínculo empregatício em virtude da concessão de aposentadoria ao empregado da iniciativa privada.

Ocorre que, não se pode olvidar da autonomia constitucional conferida aos entes municipais para se auto administrar, organizando seus serviços públicos, e legislar sobre assuntos de interesse local. Nesse ínterim, pode o Município estabelecer regras próprias para reger as relações funcionais com seus servidores, desde que não contrariem disposição constitucional.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

As leis municipais que estabelecem hipótese de vacância de cargo público, para os casos de aposentadoria voluntária do servidor efetivo, independentemente do regime previdenciário ao qual esteja filiado, denotam o exercício de competência constitucionalmente estabelecida ao município, em virtude do arranjo federativo brasileiro previsto pela Constituição de 1988.

Os municípios possuem prerrogativa para regulamentar as relações funcionais com seus servidores, estabelecendo regras através de regime estatutário próprio. Nesse sentido, o reconhecimento da possibilidade de permanência no cargo pelo servidor, mesmo após sua aposentadoria voluntária, em detrimento de regra estatutária municipal que estabelece a sua vacância, fere a repartição constitucional de competências e a autonomia dos entes federados.

Atualmente, encontra-se em trâmite no Senado Federal a Proposta de Emenda à Constituição nº 6, de 2019, cujo texto modifica o sistema de previdência social. Caso seja aprovada, o texto proposto para o § 14, do artigo 37 e o entendimento firmado até o momento terão base constitucional, pois a aposentadoria concedida com o tempo de contribuição de cargo, emprego ou função pública, independentemente do regime previdenciário, acarretará o rompimento automático do vínculo, devendo repercutir indiretamente na controvérsia envolvendo os servidores efetivos municipais.

REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

ALEXANDRE, Ricardo. **Direito administrativo**. 4. ed., rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018.

ANASTASIA, Antonio Augusto Junho. Administração e planejamento. In: MENDES, Gilmar Ferreira; CARNEIRO, Rafael Araripe (Coord.). **Gestão pública e direito municipal**. São Paulo: Saraiva, 2016.

BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge; AGRA, Walber de Moura (Coord.). **Comentários à Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 16 jul. 2019.

efeito extinguir, instantânea e automaticamente, o seu vínculo de emprego. 7. Inconstitucionalidade do § 2º do artigo 453 da Consolidação das Leis do Trabalho, introduzido pela Lei nº 9.528/97. ADI 1721, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 11/10/2006, DJe-047 DIVULG 28-06-2007 PUBLIC 29-06-2007 DJ 29-06-2007 PP-00020 EMENT VOL-02282-01 PP-00084 RTJ VOL-00201-03 PP-00885 LEXSTF v. 29, n. 345, 2007, p. 35-52 RLTR v. 71, n. 9, 2007, p. 1130-1134.

BRASIL. Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18429.htm Acesso em: 06 ago. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.721-3-DF**. Requerentes: Partido dos Trabalhadores – PT, Partido Democrático Trabalhista – PDT e Partido Comunista do Brasil – PC do B. Requeridos: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Min. Carlos Britto. Julgado em: 11/10/2006.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 32. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

CORRALO, Giovani da Silva. **Município: autonomia na federação brasileira**. Curitiba: Juruá, 2006. p. 53.

COSTA, Nelson Nery. **Direito municipal brasileiro**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **O estado federal**. São Paulo: Ática, 1986.

DAVIDOVICH, Fany. Poder local e município, algumas considerações. **Rev. Adm. Púb., Rio de Janeiro**, p. 5-14, jan./mar. 1993. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rap/article/viewFile/8677/7409>. Acesso em: 30 jul. 2019.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 31. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

HERMANY, Ricardo; RODEMBUSCH, Claudine Freire. O empoderamento dos setores da sociedade brasileira no plano local na busca de implementação de políticas públicas sociais. In: HERMANY, Ricardo (Org.). **Empoderamento Social Local**. Santa Cruz do Sul: Editora IPR, p. 77-92, 2010.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 13. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito municipal brasileiro**. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

MELO FILHO, Urbano de. Perspectiva dos municípios na federação brasileira. In: BASTOS, Evandro de Castro; JÚNIOR, Odilon Borges (Coord.). **Novos rumos da autonomia municipal**. São Paulo: Max Limonad, 2000.

PORTO, Valéria. **Previdência social dos servidores públicos: regime próprio e aposentadoria complementar**. Curitiba: Juruá, 2014.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 70073803405 (Nº CNJ: 0144455-58.2017.8.21.7000)**. Requerente: Prefeito Municipal de Muçum. Requerido: Câmara Municipal de Vereadores de Muçum. Relator: Des. Nelson Antônio Monteiro Pacheco. Julgado em 07/05/2018.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 70074115924 (Nº CNJ: 0175707-79.2017.8.21.7000)**. Requerente: Prefeito Municipal de Inhacorá. Requerido: Câmara Municipal de Inhacorá. Relator: Des. Marcelo Bandeira Pereira. Julgado em 27/11/2017.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 70074156142 (Nº CNJ: 0179729-83.2017.8.21.7000)**. Requerente: Prefeito Municipal de Pinheirinho do Vale. Requerido: Câmara Municipal de Vereadores de Pinheirinho do Vale. Relator: Des. Nelson Antônio Monteiro Pacheco. Julgado em 07/05/2018.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas nº 70077724862 (Nº CNJ: 137698-14.2018.8.21.7000)**. Proponente: Colendo Órgão Especial do Tribunal Pleno. Relator: Des. Glenio Jose Wasserstein Hekman. Julgado em 08/07/2019.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Incidente de Uniformização de Jurisprudência nº 71006837884 (Nº CNJ: 0026145-10.2017.8.21.9000)**. Suscitante: Ilza Fatima de Almeida Pinheiro. Suscitado: Turmas Recursais da Fazenda Pública. Relator: Des. Mauro Kaum Gonçalves. Julgado em 07/11/2017.

SANTIN, Janaína Rigo. **Estado, constituição e administração pública no século XXI: novos desafios da cidadania e do poder local**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017.

SANTIN, Janaína Rigo. O Tratamento Histórico do Poder Local no Brasil e a Gestão Democrática Municipal. **Anais do II Seminário Nacional: Movimentos Sociais, Participação e Democracia – UFSC**. Florianópolis, p. 323-340, 2007.

SANTIN, Janaína Rigo; BITENCOURT, Jean Carlos Menegaz. Pacto federativo e autonomia legislativa municipal. **História: Debates e Tendências** – v. 15, n. 1, jan./jun., p. 101-113, 2015. Disponível em: <http://seer.upf.br/index.php/rhdt/article/view/5279>. Acesso em: 30 jul. 2019.

SANTOS, Tiago Rodrigues dos. A efetividade da federação brasileira: a participação do Município no pacto federativo. In: SANTOS, Tiago Rodrigo dos; HARTMANN, Tomás Silveira Martins; CORRALO, Giovani da Silva (Org.). **Estudos de teoria do estado: novas perspectivas do estado democrático de direito**. Passo Fundo: Ed. Universidade de Passo Fundo, 2004.

CORRESPONDÊNCIAS ENTRE A DOUTRINA DAS DIMENSÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A RESPECTIVA JURISPRUDÊNCIA NO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL DA ALEMANHA

Tiago Zilli¹

RESUMO

A partir da análise de importantes autores nacionais, que debatem os direitos fundamentais concatenados às contribuições doutrinárias internacionais, o presente trabalho, por meio do método hipotético-dedutivo, busca construir uma montagem teórica que ligue a doutrina das dimensões dos direitos fundamentais aos respectivos posicionamentos jurisprudenciais do Tribunal Constitucional Federal Alemão, vislumbrando-se correspondências semânticas entre o posicionamento doutrinário pátrio e a análise constitucional germânica.

PALAVRAS-CHAVE: Dimensões, Direitos Fundamentais, Tribunal Constitucional Federal Alemão.

ABSTRACT

Based on the analysis of important national authors who debate the fundamental rights linked to the international doctrinal contributions, the present work, through the hypothetical-deductive method, seeks to construct a theoretical assembly that links the doctrine of the dimensions of fundamental rights to the respective jurisprudential positions of the Constitutional Court Federal German, with semantic correspondences between the doctrinal position of the mother country and the German constitutional analysis.

KEYWORDS: Dimensions, Fundamental Rights, German Federal Constitutional Court.

INTRODUÇÃO

Com intuito de aproximar as digressões provenientes de importantes expoentes da temática dimensional dos direitos fundamentais no Brasil, como Ingo Wolfgang Sarlet, Darcísio Correa, Lênio Luiz Streck e Orides Mezzaroba; concatenados ao pensamento de importantes doutrinadores internacionais, como Jürgen Schwabe, Robert Alexy e David Sánchez Rubio, irá buscar-se as correspondências entre o posicionamento nacional e as manifestações prolatadas nas decisões do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, a fim de demonstrar a proximidade e a relevância da posição doutrinária pátria, corroborada por um dos mais respeitados Tribunais Constitucionais do mundo.

1 GERAÇÕES OU DIMENSÕES DE DIREITOS FUNDAMENTAIS?

Como aporte teórico inicial, devemos adentrar na discussão terminológica a respeito das nomenclaturas “*gerações*” e “*dimensões*” que dispõe a existência e reconhecimento de diferentes searas dos direitos fundamentais. Podemos classificar os direitos de primeira geração que estão vinculados ao princípio

¹ Mestrando em Direito pela UPF, com regime de Dupla Titulação em Tecnologías y Políticas Públicas sobre la Gestión Ambiental pela Universidad de Alicante (UA/ESP), Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela PUCRS, acadêmico de Ciências Sociais pela UFRGS, Membro do Projeto de Pesquisa: Reconhecimento e Tolerância em Sociedades Multiculturais (CNPq) do Grupo Dimensões do Poder e Relações Sociais do Programa de Pós-Graduação em Direito da UPF, Pesquisador, tiagozilli77@gmail.com; 176322@upf.br.

da liberdade, fruto das lutas burguesas para a derrocada das ordens feudais, e estruturam-se sobre a prerrogativa dos direitos individuais e políticos. Os direitos de segunda geração são associados ao princípio da igualdade estruturando-se na proteção dos direitos econômicos, sociais e culturais. Na terceira geração de direitos encontramos o princípio da solidariedade que versará sobre os impactos das novas tecnologias².

Expandindo o enfoque a fim de fornecer uma ampliação conceitual, é exposto que os direitos humanos de primeira geração são aqueles que existem para operacionalização legal dos direitos do indivíduo contra o poder soberano do Estado, advindos inicialmente da Declaração da Virgínia e da Declaração Francesa. Suas esferas protetivas atrelam-se aos direitos civis e políticos, materializando-se através das liberdades físicas (direito à vida, direito de ir e vir, direito à segurança individual, à inviolabilidade do domicílio e de reunião e associação); liberdades de expressão (imprensa livre, direito à manifestação do pensamento e sigilo de correspondência); liberdades de consciência (filosófica, política e religiosa); direito à propriedade privada; direitos da pessoa acusada (devidos processo legal, presunção de inocência e reserva legal); e por fim, garantia de direitos (direito de petição, *habeas corpus*, mandado de segurança, *habeas data* e mandado de injunção)³.

Os direitos permeados por esta esfera conceitual possuem forte cunho individualista, visando proteger o indivíduo e sua autonomia privada frente aos abusos e intervenções do poder estatal. Possuem um caráter de cunho “negativo”, uma vez que regram as abstenções que regem as ações do poder público frente aos indivíduos submetidos a ele⁴.

Na denominada esfera dos direitos humanos de segunda geração, encontram-se as prerrogativas enunciadas nas promulgações constitucionais expostas ao longo do século XX, que herdaram um legado histórico do ideal socialista, visando proteger os indivíduos nas relações de capital/trabalho, através dos direitos trabalhistas (liberdade de trabalho; direito ao salário mínimo; limitação da jornada de trabalho; descanso remunerado e férias; direito à liberdade sindical e direito de greve) e dos direitos sociais (saúde, educação, seguridade social e habitação). Como expoentes constitucionais que reconheceram estes direitos, citam-se a Constituição Mexicana de 1917, seguida pela Constituição Soviética de 1918 e pela Constituição de Weimar em 1919. No Brasil, o reconhecimento jurídico desta seara operou-se a partir da Constituição de 1934, no primeiro regime getulista⁵.

Esta seara de direitos advém das reivindicações geradas a partir dos impactos sociais e econômicos, contidos nos processos de industrialização massiva, recorrendo-se ao Estado a promoção do reconhecimento das demandas operárias e da implantação da justiça social. Desta feita, os direitos sociais e trabalhistas, abarcados nesta classe, exigem um caráter “positivo” por parte do poder público que deve agir em prol da efetividade destas previsões legais⁶.

Adverte-se que os direitos fundamentais sociais possuem um custo financeiro considerável, quando muitos indivíduos demandam por sua eficácia, pois objetivam eliminar as desigualdades, tendo em

² RUBIO, David Sánchez. **Encantos e desencantos dos direitos humanos: de emancipações, libertações e dominações**. Tradução: Ivone Fernandes Morcillo Lixa e Helena Henikin. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014. p. 89.

³ CORRÊA, Darcísio. **A construção da cidadania: reflexões histórico-políticas**. Ijuí: Editora UNIJUÍ, 1999. p. 172-173.

⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 13 ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. p. 47.

⁵ CORRÊA, Darcísio. **A construção da cidadania: reflexões histórico-políticas**. p. 173-175.

⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. p. 47-48.

determinados casos mais peso que questões de política financeira. O grau de exercício destas prerrogativas legais sofre uma crescente em tempos de crises econômicas; em contrapartida, a distribuição de bens e serviços passa a ser permeada pela escassez. Neste sentido, Alexy⁷ dispõe que uma crise econômica pode transmutar-se em uma crise constitucional.

Já os direitos humanos de terceira geração, surgem como uma distinção: deixam de aplicarem-se ao indivíduo para abarcar uma titularidade coletiva, configurando-se como uma condição de sobrevivência do planeta. Conhecidos como direitos de solidariedade alcançam seus efeitos sobre a tutela protetiva dos grupos humanos como: família, povo, nação, etnias e a própria humanidade. Materializam-se através do direito de autodeterminação dos povos, direito à paz, direito ao desenvolvimento, direito do meio ambiente, reconhecimento dos fundos oceânicos como patrimônio planetário, entre outros direitos tutelados às proteções coletivas⁸.

Sarlet⁹ aduz que os direitos mais citados nesta esfera de proteção são aqueles tutelados às coletividades, acrescentando à lista já disposta o direito à conservação e à boa utilização do patrimônio histórico e cultural além do direito de comunicação. Avança dispondo que esta seara de direitos é fruto das novas reivindicações fundamentais do ser humano, advindas pelo aporte agressivo de novas tecnologias; pelo estado lamentável de violência e belicosidade constantes; e das transformações sociais promovidas no processo de descolonização do segundo pós-guerra, neste sentido acumulam-se as contribuições de Baez e Mezzaroba¹⁰ que sinalizam a origem histórica e a motivação funcional destes direitos:

Além disso, deve-se registrar que, após as duas grandes guerras mundiais e as suas duras consequências humanas, surgiu um novo conjunto de *direitos humanos* declarados na seara internacional, os quais vêm se incorporando lentamente nas constituições nacionais (convertendo-se em *direitos fundamentais*) e que têm por objetivo buscar a paz mundial, a solidariedade e a fraternidade entre os povos.

Vincula-se a estes direitos fundamentais a prerrogativa semântica de “direitos de solidariedade” ou “direitos de fraternidade”, devido a sua faceta de destinação universal e transindividual que demandam esforços em conjunto dos mais diversos Estados nacionais contidos no panorama global a fim de galgar graus relevantes de efetividade¹¹.

Cabe observar que, no aspecto da positivação, os “direitos de solidariedade” não se encontram reconhecidos expressamente nos veículos de promulgação constitucional, tendo suas prerrogativas legais condicionadas a tratados internacionais e demais documentos de penetração transnacional. Os direitos tutelados neste segmento mostram-se como uma resposta reivindicatória, consubstanciando-se, segundo Robert Alexy¹², na edição de normas de caráter político que referenciam os bens coletivos, frente às

⁷ ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Traducción y estudio introductorio de Carlos Bernal Pulido. Segunda edición en español. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008. p. 455.

⁸ CORRÊA, Darcísio. **A construção da cidadania: reflexões histórico-políticas**. p. 185-186.

⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. p. 48-49.

¹⁰ BAEZ, Narciso Leandro. MEZZAROBBA, Orides. **A Efetivação dos Direitos Humanos Fundamentais na Ordem Jurídica Interna dos Estados**. In SARLET, Ingo Wolfgang. STRAPAZZON, Carlos Luiz. DA SILVA, Guilherme Augusto Pinto. MACEDO, Fernanda dos Santos. (coord.). **Constituição e Direitos Fundamentais. Estudos em torno dos fundamentos constitucionais do Direito Público e do Direito Privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012. p. 455

¹¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. p. 49.

¹² ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. p. 91.

degradações¹³ dos direitos e liberdades fundamentais aludidos na primeira esfera. Dentre os exemplos mais destacáveis empiricamente dispõe-se o direito ao meio ambiente e à qualidade de vida, frente às degradações ambientais; e o direito de liberdade de informática, frente ao controle dos dados de intimidade individual em bancos de dados.

Parte da doutrina¹⁴ aponta de forma profética a existência de dimensões (ou gerações) de direitos fundamentais que se vinculariam ao quarto ou quinto marco existencial, nos quais buscariam o reconhecimento de direitos pertinentes às esferas procedimentais da democracia direta, ao pluralismo e à informação, bem como à tutela protetiva contra a manipulação genética e a possibilidade da mudança de sexo. Porém tais esferas de direito ainda carecem de discussões doutrinárias maiores e reconhecimentos legais de forma ampliada, sendo sua discussão vinculada aos debates teóricos contemporâneos.

Adverte-se que no caso brasileiro, apesar de todas as ferramentas jurídico processuais que visam assegurar as garantias constitucionais, vislumbra-se um espezinhamento dos preceitos básicos vinculados a três esferas de direitos já expostas, acarretando em constantes desrespeitos à vida, à dignidade da pessoa humana e à supressão das liberdades elementares. Diante deste quadro prático, enxerga-se com certo ceticismo o reconhecimento de novas esferas de direitos, sendo que os preceitos pertencentes às matérias já consolidadas no campo dos direitos fundamentais seguem sendo desrespeitados¹⁵.

A concepção geracional dos direitos humanos sofre críticas, uma vez que estas vinculações de primeiras, segundas e terceiras gerações acabam por reforçar um imaginário eurocêntrico, que apesar de possuir elementos positivos, termina por vincular a concepção do ser humano aos moldes ocidentais, burgueses e liberais¹⁶.

O desenvolvimento das esferas de diferentes direitos não seguiu uma mecânica linear, lógica e sucessiva, pois após as conquistas das primeiras “gerações” de direitos, por parte das classes burguesas, houve a institucionalização estrutural dos preceitos que permeavam o interesse da coletividade liberal, em detrimento das especificidades e reivindicações de outros grupos como indígenas, mulheres e etnias diversas que tiveram suas diferenças aparadas pela modernidade dotada de lógicas de dominação patriarcal e etnocêntrica¹⁷.

Em outro apontamento¹⁸, encontramos que os direitos fundamentais possuem um caráter mutável quanto a sua titularidade, eficácia e efetivação, sendo estas metamorfoses vinculadas aos acontecimentos históricos e ao reconhecimento progressivo de diferentes demandas. O uso da terminologia “geração de direitos” traz uma imprecisão no que se refere ao seu conteúdo semântico, uma vez que o termo em discussão pode gerar um entendimento de substituição gradual de uma “geração” por outra. O que de fato não ocorre, uma vez que os processos de reconhecimento dos direitos fundamentais operam-se de forma cumulada, complementar, expansiva e de fortalecimento.

¹³ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. p. 49.

¹⁴ BONAVIDES, Paulo *apud* SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. p. 50-51.

¹⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. p. 55.

¹⁶ RUBIO, David Sánchez. **Encantos e desencantos dos direitos humanos: de emancipações, libertações e dominações**. p. 88.

¹⁷ RUBIO, David Sánchez. **Encantos e desencantos dos direitos humanos: de emancipações, libertações e dominações**. p. 90-91.

¹⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. p. 45.

A fim de engendrar uma terminologia adequada à abundante representatividade abarcada nos direitos fundamentais, Ingo Wolfgang Sarlet¹⁹ aponta de acordo com o perfil semântico apontado pela “mais moderna doutrina” a adoção do termo “dimensões”. Contudo, a discordância e alteração refere-se somente a terminologia “geração”, permanecendo preservadas as esferas de direitos enunciadas na primeira, segunda e terceira dimensões de direitos fundamentais.

A aplicação da nomenclatura dimensional busca enaltecer o papel do reconhecimento formal alcançado pelas primeiras constituições burguesas aos direitos fundamentais, transpassando pelos perfis transformativos alcançados ao longo da história em seus vieses sociais, políticos econômicos e culturais, encontrando nas modernas recepções constitucionais alocadas por todo o Direito Internacional um largo escopo de conteúdos e tutelas a serem protegidos²⁰. Os direitos abarcados nas três dimensões protetivas possuem uma vinculação doutrinária com os intentos manifestados na Revolução Francesa, sendo a primeira dimensão vinculada à liberdade, a segunda dimensão ligada à igualdade e a terceira dimensão concatenada à fraternidade, nascendo como direitos naturais e inalienáveis; isto é, condição existencial do ser humano²¹.

O caminhar evolutivo das concepções dimensionais dos direitos fundamentais, revela-se através de processos dialéticos dotados de um dinamismo aberto e mutável, corroborado por avanços e retrocessos, permeado por contradições, demonstrando que no decorrer da história a forte influência jusnaturalista, que eclodiu a partir do reconhecimento de reivindicações oriundas de situações de injustiça ou agressão aos bens fundamentais do homem. Adverte-se que a evolução do reconhecimento dos direitos fundamentais, não se concebe somente pelos vieses da positivação no corpo das Constituições; mas, principalmente, pelas mudanças hermenêuticas e interpretativas que se manifestam na criação jurisprudencial, que agregam novas funções e posições a direitos tradicionais²².

Neste sentido, concatena-se o entendimento de Lenio Streck²³ ao dispor que o constitucionalismo contemporâneo deve alcançar uma ruptura com o positivismo, uma vez que este vetor metodológico do direito expõe uma incompatibilidade paradigmática munida da institucionalização de elementos predadores como a moral, a política e a economia, fazendo com que as Constituições dispostas após o segundo pós-guerra, exijam novas formas de interpretação para a superação paradigmática. Tais paradigmas surgem a partir do desencontro entre o procedimentalismo jurídico, revelado no modelo de Direito que é construído para dar enfrentamento a questões interindividuais, em detrimento da resolução de conflitos que permeiam a titularidades transindividuais, asseguradas e protegidas nas constituições contemporâneas²⁴.

Ressalta-se que após a Declaração Universal da ONU, adentra-se em uma nova fase permeada pela “universalidade abstrata e concreta”, através da positivação no Direito Internacional de preceitos que

¹⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. p. 45.

²⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. p. 46.

²¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. p. 55.

²² SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. p. 52-53.

²³ STRECK, L.L. **Dicionário de Hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do direito a luz da crítica hermenêutica do Direito**. Belo Horizonte: Letramento, 2017. p. 39.

²⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. 6ª ed. rev. e ampl – São Paulo: Saraiva, 2017. p. 277.

asseguram a todos os seres humanos, não só aos cidadãos de determinado Estado o reconhecimento dos seus direitos fundamentais em caráter irrestrito. Esta nova fase de condensação legal aproxima, em níveis de paridade e igualdade, a semântica que permeia a métrica dos direitos humanos e sua consequentemente transformação em direitos fundamentais ao adentrarem nas cartas Constitucionais, germinando o embrião de um Direito Constitucional Internacional²⁵.

Apesar das retóricas e estudos perpassados ao longo da evolução conceitual das três dimensões de direitos fundamentais, acredita-se que os fatores de maior importância no reconhecimento destes mandamentos partem de uma postura presente, ativa e responsável, tanto por parte dos cidadãos que exercem as funções de governo, quanto por aqueles que contrabalançam no perfil de governados, no que diz respeito à afirmação, desenvolvimento e efetividade dos direitos fundamentais em uma seara ambientada pelo multiculturalismo e heterogenia, buscando uma associação altruísta e fraterna a todos os membros da sociedade²⁶.

2 AS NOÇÕES DE DIREITOS FUNDAMENTAIS NA LEI FUNDAMENTAL DA REPÚBLICA FEDERAL DA ALEMANHA²⁷

As premissas dos direitos fundamentais na Alemanha são dispostas em um diálogo entre a doutrina daquele país e a jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão, ao longo dos seus primeiros cinquenta anos de história. A primeira diferenciação situa-se entre a distinção permeada pela teoria dos direitos fundamentais (*Grundrechtstheorie*) que se concebe como uma extensa e complexa discussão doutrinária e a dogmática dos direitos fundamentais (*Grundrechtsgematik*). Por sua vez, a dogmática dos direitos fundamentais subdivide-se em uma parte geral (*Allgemeine Grundrechtslehre*), que tem paralelos com a nossa “teoria geral dos direitos fundamentais” e uma parte especial entendida como um “sistema dos direitos fundamentais” que debate os limites constitucionais dos direitos fundamentais de forma individual com suas respectivas outorgas²⁸.

A doutrina alemã divide-se em duas correntes a respeito da conceituação geral dos direitos fundamentais, sendo a primeira vinculada a noção francesa e anglo-saxã que concebe os direitos do indivíduo em uma condição pré-existente em relação ao Estado, latente ao nascimento pela simples condição do ser humano e seus aspectos de liberdade inalienável; já a segunda corrente de origem germânica que define os direitos fundamentais, só existe em função da concessão que o Estado promulga²⁹.

A conceituação disposta pelo Tribunal Constitucional Federal definiu os direitos fundamentais em uma primeira linha como “os direitos de resistência do indivíduo contra intervenções em sua liberdade”, sendo

²⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. p. 56.

²⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. p. 58.

²⁷ ALEMANHA. **Lei Fundamental da República Federal da Alemanha**. Tradução de Assis Mendonça. Revisão Jurídica: Urbano Carvelli. Bonn: 2011. Disponível em <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>. Acesso em 27/05/2019.

²⁸ SCHWABE, Jürgen. MARTINS, Leonardo. **Cinquenta anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão**. Tradução de Beatriz Hennig, Leonardo Martins, Mariana Bigelli de Carvalho, Tereza Maria de Castro, Viviane Galdes Ferreira. Montevideo: Fundación Konrad-Adenauer-Stiftung E.V., 2005. p. 78.

²⁹ SCHWABE, Jürgen. MARTINS, Leonardo. **Cinquenta anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão**. p. 78.

sintetizado nas posições de Ernst-Wolfgang Böckenförde e Horst Dreier em duas dimensões: as jurídico-objetivas (sendo o direito de exigir em juízo a proteção dos direitos fundamentais suscitando a valoração normativa, sistematizada através do processo, em matérias constitucionais e infraconstitucionais), e as jurídico-subjetivas (direito de resistência individual do sujeito contra a intervenção do Estado, gerando uma competência negativa do ente público em não submeter o indivíduo a procedimentos cerceadores) que se opõem às intervenções do Estado nas liberdades individuais³⁰.

Os aspectos positivados na Constituição (*Grundgesetz*), no tocante aos direitos fundamentais (em correspondência à primeira dimensão dos direitos fundamentais no Brasil), expressam seu vínculo com todos os órgãos contidos nos três poderes que compõe a República Federal da Alemanha, sendo exposto no Art. 1º II e III GG, que reconhece os direitos humanos como normas não escritas do direito internacional público, além de dispor que “os direitos fundamentais vinculam Legislativo, Executivo e Judiciário como direito imediatamente vigente”³¹.

Avançando, teremos os demais aspectos positivados que demandam observação, como: Art. 2, I GG, define o direito de todos ao livre desenvolvimento da personalidade; Art. 2, II, 1 GG, dispõem sobre o direito à vida e à incolumidade física; Art. 2 II 2 GG (c/c Art. 104 GG) trará o direito à liberdade (de ir e vir), impondo limites às imposições carcerárias contra o indivíduos. Estes direitos contemplam uma tutela subsidiária da liberdade individual, agrupados nos direitos de personalidade e de liberdade geral de ação³².

Os direitos fundamentais de igualdade, também batizados como Mandamentos (ou princípios) da igualdade (*Gleichheitsgebot*) encontram-se no Art. 3 I II e III da GG que trará os princípios de igualdade entre homens e mulheres, vedando quaisquer processos de diferenciação seja por critérios sexuais, de raça, de linguagem, pátria, origem, religião ou convicções políticas³³.

O Art. 4 I e II da GG ministrará os direitos fundamentais de liberdade em várias áreas da convivência social como: consciência, credo e exercício religioso. No Art 5 I e III c/c 8 I GG estará a liberdade de expressão, comunicação social, reunião, liberdade artística e científica. O Art. 9 I e III GG assegurará a livre associação profissional e no Art. 10 I e Art. 13 I GG estará positivado o sigilo de comunicação interindividual e a inviolabilidade domiciliar³⁴.

Na correspondência aos direitos fundamentais de segunda dimensão, podemos demonstrar a presença de direitos sociais constantes no Art. 6 IV GG que reconhece a proteção à maternidade. Seguindo, os direitos de terceira dimensão (direitos coletivos dispostos no Brasil) podem ser encontrados nos direitos fundamentais de proteção aos institutos da família, filiação e casamento no Art. 6 I a III GG, salvaguarda ao sistema escolar e educacional no Art. 7 GG³⁵.

³⁰ SCHWABE, Jürgen. MARTINS, Leonardo. **Cinquenta anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão**. p. 81-82.

³¹ SCHWABE, Jürgen. MARTINS, Leonardo. **Cinquenta anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão**. p. 87.

³² SCHWABE, Jürgen. MARTINS, Leonardo. **Cinquenta anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão**. p. 90.

³³ SCHWABE, Jürgen. MARTINS, Leonardo. **Cinquenta anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão**. p. 90.

³⁴ SCHWABE, Jürgen. MARTINS, Leonardo. **Cinquenta anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão**. p. 90.

³⁵ SCHWABE, Jürgen. MARTINS, Leonardo. **Cinquenta anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão**. p. 91.

3 A ATRIBUIÇÃO DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL - TCF ALEMÃO NO CONTROLE DA CONSTITUCIONALIDADE

Existem dois aspectos que devem ser ressaltados no tocante a análise constitucional proferida pelo TCF Alemão: em primeiro lugar, ao contrário das premissas adotadas no Brasil, a Corte Alemã utiliza-se do controle concentrado de constitucionalidade, sendo de competência exclusiva da Suprema Corte a realização do controle vinculante; ou seja, é vedado ao juiz da causa ignorar ou denegar a aplicação de determinada norma, em face de sua suposta inconstitucionalidade. Todo juiz tem o dever de verificar a inconstitucionalidade de determinada norma, porém não pode negar sua aplicabilidade se esta ainda não foi analisada pelo TCF³⁶.

Em segundo lugar, a Constituição Alemã conferiu o status de tribunal a Suprema Corte, porém desde 1952 o próprio tribunal e a opinião dominante da doutrina especializada reconheceram o TCF como órgão constitucional, sobreposto aos demais órgãos (Presidência Federal, Chanceler Federal, Câmara Federal e Conselho Federal) atribuindo-lhe o grau de defensor máximo da Constituição, provido da mais alta autoridade, superior aos demais tribunais ou juízos³⁷.

As críticas que estas atribuições sofrem provêm no sentido de que o TCF acaba promovendo uma relação limitante em face do legislador, adentrando por meio de decisões interpretativas e judiciais na esfera política, ocasionando a construção de um Estado jurisdicional e da juridicalização da política, devido ao alto grau do o TCF adquiriu na Alemanha a partir de 1952. Atestando um grau de hipertrofia do sistema jurídico sobre o sistema político, ocasionando uma invasão da esfera legislativa pelo alto grau da função jurisdicional que o TCF avoca para si³⁸.

Os processos decisórios que o Tribunal Constitucional Federal Alemão se submetem ao desenvolvimento tanto de pareceres jurídico-constitucionais quanto para análises de fundamentação de mérito, desenvolvem-se em três fases distintas: a) análise de parâmetro de exame, que consiste na delimitação da área de proteção do direito que deve ser arguida; b) a verificação do ato do poder público que constitui uma intervenção abusiva do Estado em determinada área protegida pelos direitos fundamentais; e por fim, c) a justificação constitucional, subdividida em: i) definição e exame do limite constitucional que justifique a intervenção e ii) aplicação do art. 19 I a III GG e do critério da proporcionalidade (meio adequado de intervenção)³⁹.

³⁶ SCHWABE, Jürgen. MARTINS, Leonardo. **Cinquenta anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão**. p. 36.

³⁷ SCHWABE, Jürgen. MARTINS, Leonardo. **Cinquenta anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão**. p. 36-37.

³⁸ SCHWABE, Jürgen. MARTINS, Leonardo. **Cinquenta anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão**. p. 38-39.

³⁹ SCHWABE, Jürgen. MARTINS, Leonardo. **Cinquenta anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão**. p. 89-90.

4 AS CORRESPONDÊNCIAS DA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL ALEMÃO E A DOUTRINA DIMENSIONAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Após as análises e correspondências doutrinárias, bem como da operacionalização do TCF, adentraremos, no último tópico da presente pesquisa, buscando trazer, dentro dos limites metodológicos, três decisões proferidas pelo Tribunal Alemão que tenham ligação respectiva com os direitos fundamentais de primeira, da segunda e da terceira dimensão, difundidos pela doutrina brasileira.

Conforme reportado anteriormente (fl. 02,03/06,07), verifica-se junto à doutrina brasileira que os direitos de liberdades de consciência (filosófica, política e religiosa) constituem-se como um dos aspectos dos direitos fundamentais de primeira dimensão, localizando correspondência no Art. 4 da GG (fl. 11). Neste sentido, localizou-se a decisão BVerfGE 32, 98 do TCF de 19/10/1971 que reconheceu a liberdade de crença e de consciência confessional prevista na Constituição, sobrepondo-se à condenação penal proferida pelo Tribunal Estadual de *Ulm*⁴⁰.

Breve relato do caso: a esposa do reclamante faleceu, pois se recusava a receber transfusão sanguínea para reparação da forte anemia que a cometeria, após o nascimento do quarto filho do casal. O reclamante era praticante da mesma corrente religiosa da esposa (Irmandade Evangélica) e não procurou convencer a mulher a realizar a internação hospitalar e a transfusão, uma vez que a opinião consciente de ambos era que por meio de orações professadas pelos membros da sua comunidade a maledicência seria reparada, contrariando diretamente as ordens médicas. O tratamento não foi realizado e a esposa do reclamante veio a falecer, permanecendo consciente de sua decisão até o momento da morte⁴¹.

De posse dos fatos o Tribunal Estadual de Ulm condenou o reclamante pelo crime de omissão de socorro (§ 330c Código Penal - StGB), uma vez que este não persuadiu a esposa a realizar o tratamento indicado, culminando com a pena de pagamento de multa no valor de duzentos marcos alemães ou dez dias de prisão⁴². O reclamante recorreu à Suprema Corte Constitucional, com fulcro no direito fundamental de liberdade religiosa (Art. 4 GG), para reformar tal decisão.

Ao analisar o caso o TCF verificou faticamente que a esposa do reclamante tomou ciência, por parte da junta médica que se não recebesse o devido tratamento poderia falecer, da mesma forma que o marido havia sido notificado. A esposa do reclamante discordou do médico, professando sua fé nas Sagradas Escrituras e confiando no julgamento de Deus, que por meio da oração iria curá-la, dispensando o tratamento médico e solicitando a presença de um irmão da comunidade para que pudesse orar ao seu lado. Pouco depois disto, veio a falecer⁴³.

A reclamação constitucional foi julgada procedente uma vez que a liberdade de crença (Art. 4 I – Lei Fundamental - GG) tem eficácia horizontal e é parte integrante da dignidade humana (Art. 1 I GG), valor que

⁴⁰ SCHWABE, Jürgen. MARTINS, Leonardo. **Cinquenta anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão**. p. 349.

⁴¹ SCHWABE, Jürgen. MARTINS, Leonardo. **Cinquenta anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão**. p. 350.

⁴² SCHWABE, Jürgen. MARTINS, Leonardo. **Cinquenta anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão**. p. 351.

⁴³ SCHWABE, Jürgen. MARTINS, Leonardo. **Cinquenta anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão**. p. 351.

recebe o mais alto grau de proteção por parte de Estado, garantindo que a escolha religiosa esteja livre do intervencionismo do Estado. Neste sentido a liberdade de crença é um fator maior que a simples tolerância religiosa, não se avocando apenas ao fato de possuir uma liberdade de crença, mas também de manifestá-la de forma exteriorizada, de acordo com a íntima convicção religiosa de cada um, não recebendo relativização pelo legislador nem pela ordem jurídica em geral⁴⁴.

Sobe o óbice dos direitos fundamentais de segunda dimensão dispostos pela doutrina pátria encontramos (conforme disposto na fl. 03/06,07) os dos direitos sociais, perfectibilizados através dos sistemas de saúde, educação, seguridade social e habitação. Neste íterim localizamos a Decisão do Tribunal Constitucional Federal, Coletânea Oficial BVerfGE 40, 121 de 18/06/1975 do TCF que reconhece de forma contundente o aspecto previdenciário discutido⁴⁵.

Outro relato de caso: trata-se de uma Apresentação Judicial fundamentada na posição do Tribunal Estadual de Hamburg que roga a inconstitucionalidade da normativa § 44 II da Lei da Aposentadoria de Empregados Privados que limita o recebimento de pensão aos órfãos de trabalhador segurado, somente até o vigésimo quinto aniversário, mesmo que estes não sejam capazes de se manter em razão de deficiência física ou mental⁴⁶.

A Apresentação Judicial foi admitida, porém no mérito do caso não foi dado seguimento, pois o TCF não vislumbrou violação dos princípios gerais de igualdade nem do princípio geral do Estado Social. A assistência social aos necessitados é um dever evidente do Estado (cf. BVerfGE 5, 85 [198]; 32,0202 [236]) estando inclusos neste leque os portadores de necessidades especiais, devendo à sociedade estatal garantir as mínimas condições de sobrevivência, não recebendo limitação temporal. Encontra-se na atribuição do legislador criar os mecanismos de proteção e sustento aos indivíduos constantes nestas condições, pré-definindo de forma concreta quem serão os titulares de tais direitos. Violações aos princípios constitucionais citados só ocorreriam mediante irracionalidade ou negligência da proteção demandada, caso este que não foi verificado na presente Apresentação Judicial⁴⁷.

E por fim, a correspondência localizada entre os direitos fundamentais de terceira dimensão pronunciados pela doutrina brasileira, como os direitos de solidariedade (de acordo com fls. 04/06,07) tendo seus efeitos sobre os grupamentos humanos como a família, localizamos a decisão BVerfGE 6, 55 de 17/01/1957 do Tribunal Constitucional Federal Alemão que declarou nulo o dispositivo § 26 Lei do Imposto de Renda - EStG 1951, uma vez que este desprezava a individualização tributária, confrontando-se com o Art. 6 I GG (disposto às fls. 11,12)⁴⁸.

Último relato de caso: trata-se de um objeto de controle concreto apresentado pelo Tribunal Financeiro de Munique, frente ao dispositivo § 26 EStG 1951 da Lei de Imposto de Renda de 1951, que afastou o princípio

⁴⁴ SCHWABE, Jürgen. MARTINS, Leonardo. **Cinquenta anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão**. p. 352-354.

⁴⁵ SCHWABE, Jürgen. MARTINS, Leonardo. **Cinquenta anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão**. p. 827.

⁴⁶ SCHWABE, Jürgen. MARTINS, Leonardo. **Cinquenta anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão**. p. 827.

⁴⁷ SCHWABE, Jürgen. MARTINS, Leonardo. **Cinquenta anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão**. p. 828-829.

⁴⁸ SCHWABE, Jürgen. MARTINS, Leonardo. **Cinquenta anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão**. p. 502.

da individualização tributária, ao considerar como base de cálculo do imposto devido das pessoas casadas a soma da renda dos cônjuges. O imposto de renda na Alemanha possui uma alíquota progressiva, ou seja, quanto maior a soma da renda, maior o imposto devido. Desta feita o cálculo realizado em conjunto pelos nubentes apresentava uma desvantagem frente à renda apresentada pelos solteiros, sendo tal dispositivo inconstitucional por violar o direito fundamental de proteção especial à família por parte da ordem estatal (Art. 6 I GG)⁴⁹.

Na análise o TCF considerou que a família é um direito constitucional concretamente vinculante, sendo célula embrionária de qualquer comunidade, tendo um caráter de garantia institucional de uma norma princípio, com juízo de valor vinculativo a todos os âmbitos do direito privado e público, sendo proibida toda e qualquer intervenção perturbadora do Estado, ficando vedada as tentativas legislativas de onerar o casamento ou desestimular sua perfectibilização. Desta feita restou anulado o § 26 EStG 1951 da Lei de Imposto de Renda de 1951 por confrontarse com o direito fundamental de proteção à família contido no Art. 6 I GG⁵⁰.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ter a oportunidade de escrever sobre a jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão, por si só, revela-se como uma experiência científica ímpar, proporcionada pelo variado acervo de Direito Constitucional constante na Biblioteca da Faculdade de Direito da Universidade de Alicante, na Espanha, onde estivemos durante o mês de maio de 2019 a fim de cursar a fase presencial da Dupla Titulação no Mestrado da Universidade de Passo Fundo.

Encontrar correspondências semânticas entre os posicionamentos doutrinários nacionais e as decisões do referido Tribunal, corroboram para a hipótese de que nossa doutrina trabalha afinada com um dos polos mais importantes do Direito Constitucional Mundial, sendo motivo de reconhecimento a respeito da qualidade dos nossos autores.

Ampliar o conhecimento a respeito do posicionamento jurisprudencial de importantes Tribunais Constitucionais, agregam ao conhecimento científico do direito pátrio noções além-mar, sobre a importância dos direitos fundamentais, suas prevalências e aplicabilidades.

REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

ALEMANHA. **Lei Fundamental da República Federal da Alemanha**. Tradução de Assis Mendonça. Revisão Jurídica: Urbano Carvelli. Bonn: 2011. Disponível em <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>. Acesso em 27/05/2019.

ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Traducción y estudio introductorio de Carlos Bernal Pulido. Segunda edición en español. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008.

⁴⁹ SCHWABE, Jürgen. MARTINS, Leonardo. **Cinquenta anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão**. p. 502.

⁵⁰ SCHWABE, Jürgen. MARTINS, Leonardo. **Cinquenta anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão**. p. 502-505.

BAEZ, Narciso Leandro. MEZZAROBÀ, Orides. **A Efetivação dos Direitos Humanos Fundamentais na Ordem Jurídica Interna dos Estados.** In SARLET, Ingo Wolfgang. STRAPAZZON, Carlos Luiz. DA SILVA, Guilherme Augusto Pinto. MACEDO, Fernanda dos Santos. (coord.). **Constituição e Direitos Fundamentais. Estudos em torno dos fundamentos constitucionais do Direito Público e do Direito Privado.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

CORRÊA, Darcísio. **A construção da cidadania: reflexões histórico-políticas.** Ijuí: Editora UNIJUÍ, 1999

RUBIO, David Sánchez. **Encantos e desencantos dos direitos humanos: de emancipações, libertações e dominações.** Tradução: Ivone Fernandes Morcillo Lixa e Helena Henikin. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional.** 13 ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

SCHWABE, Jürgen. MARTINS, Leonardo. **Cinquenta anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão.** Tradução de Beatriz Hennig, Leonardo Martins, Mariana Bigelli de Carvalho, Tereza Maria de Castro, Viviane Geraldine Ferreira. Montevideo: Fundación Konrad-Adenauer-Stiftung E.V., 2005.

STRECK, L.L. **Dicionário de Hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do direito a luz da crítica hermenêutica do Direito.** Belo Horizonte: Letramento, 2017. p. 39.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso.** 6ª ed. rev. e ampl – São Paulo: Saraiva, 2017.

ARTIGOS – GT 9 - TEORIA DO RISCO E DESASTRES AMBIENTAIS

A IMPORTÂNCIA DA EMPATIA E DA FRATERNIDADE NA MEDIAÇÃO AMBIENTAL NA RESOLUÇÃO DE CONFLITOS DE DESASTRES AMBIENTAIS E ECOLÓGICOS

Nara Suzana Stainr Pires¹

Sonia Aparecida de Carvalho²

RESUMO

O resumo do artigo propõe pesquisar a importância da empatia e da fraternidade na mediação ambiental na solução de conflitos causados pelos desastres ambientais e ecológicos. A proposta do artigo questiona a eficácia da mediação ambiental associado ao princípio da fraternidade, sendo estes métodos constituidores de resoluções de conflitos, nos danos causados pelos desastres ambientais e ecológicos. A mediação ambiental consiste na resolução de conflitos ambientais que, não se restringem a ocorrência de um simples dano ao meio ambiente, que poderá ser reparado ou ressarcido, mas a proteção da dignidade da pessoa humana ou da vida humana e dos Direitos Fundamentais como princípio constitucional.

PALAVRAS-CHAVE: Conflitos; Desastres ambientais; Empatia; Fraternidade; Mediação ambiental.

ABSTRACT

The abstract of the article proposes to investigate the importance of empathy and fraternity in environmental mediation in the resolution of conflicts caused by environmental and ecological disasters. The proposal of the article questions the effectiveness of environmental mediation associated with the principle of fraternity, and these methods constitute conflict resolution in the damage caused by environmental and ecological disasters. Environmental mediation consists in the resolution of environmental conflicts that are not restricted to the occurrence of a simple damage to the environment, which can be repaired or compensated, but the protection of the dignity of the human person or of human life and of Fundamental Rights as a constitutional principle.

KEYWORDS: Conflicts; Environmental disasters; Empathy; Fraternity; Environmental mediation.

INTRODUÇÃO

Inicialmente, o artigo tem o objetivo de pesquisar os desastres ambientais e ecológicos como consequências naturais e humanas, os riscos e os perigos causados pelo modo de sociedade industrial moderna.

Posteriormente, o artigo estuda a importância da empatia e da fraternidade nos conflitos de desastres ambientais e ecológicos e a eficácia da mediação ambiental, especialmente nos danos causados pelos desastres ambientais e ecológicos.

Finalmente, o artigo investiga a eficácia do mecanismo da mediação ambiental e social na resolução de conflitos, associada ao princípio da fraternidade e da empatia humana como reconhecimento do outro.

Nessa perspectiva, a pesquisa do artigo questiona a importância da empatia e da fraternidade e a eficácia do mecanismo da mediação ambiental na resolução de conflitos de desastres ambientais e ecológicos.

¹ Pós – Doutora em Direito pela Universidade de Passo Fundo – UPF - RS. Doutora em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC – SC. Mestra em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC – RS. Professora e Pesquisadora. E-mail: narapires@piresadv.com.br.

² Pós - Doutoranda em Direito pela Universidade Regional Integrada de Alto Uruguai e das Missões – URI de Santo Ângelo - RS. Doutora em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI - SC. Doctora en Derecho en la Universidad de Alicante - UA - Espanha. Mestra em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC – RS. Professora e Pesquisadora. E-mail: sonia.adv.2008@hotmail.com.

A questão ambiental e ecológica não se trata de abdicar a eficácia do direito, mas de ajustar o censo crítico de acordo com o próprio fluxo das mudanças da sociedade moderna.

A partir desta concepção, o direito ambiental terá que dialogar com as questões ambientais além-fronteiras e com as implicações decorrentes das relações estabelecidas ao meio ambiente, com a finalidade de proteção, indicada no sistema normativo brasileiro. Por fim, na investigação da pesquisa será utilizado o método de abordagem sistêmico e bibliográfico.

1 DESASTRES AMBIENTAIS E ECOLÓGICOS: CONSEQUÊNCIAS NATURAIS E HUMANAS

Nas últimas décadas, aumentou os números de pessoas afetadas pelos desastres ambientais e ecológicos. Os desastres ambientais são as maiores preocupações dos tempos atuais, principalmente porque os efeitos são arrastados por anos, e reverter essa situação dependerá da forma como o ser humano percebe sua existência e sobrevivência no meio ambiente e no planeta Terra. O ser humano e a sociedade são vítimas do aumento dos efeitos da poluição, da degradação ambiental e dos desastres ambientais e ecológicos, no planeta Terra. A poluição e a degradação do meio ambiente são causadas pelo crescimento populacional e pelo desenvolvimento dos países.

Hoje, a natureza é globalmente percebida como protetora, mesmo que gere terremotos e inundações. Já a tecnologia é percebida como ameaçadora, pois hoje, o risco é gerado pela ação antrópica, voluntária ou não voluntária. Pois, não é somente da natureza que surgem os riscos, é por meio da ciência e tecnologia que a humanidade realizou ações para a destruição da espécie humana, ou seja, da sua própria espécie. Também os usos e efeitos da ciência e da tecnologia escapam do controle do ser humano, porque certos riscos são ameaçadores a vida humana e ao meio ambiente ou natureza.³

A Lei n. 12.608 de 2012, que trata da Política Nacional de Proteção e Defesa Civil - PNPDEC tem o objetivo no artigo 5º, inciso I, de “reduzir os riscos dos desastres”, e no inciso III, de “recuperar as áreas afetadas por desastres”.⁴ Conforme o artigo 2º, inciso II do Decreto n. 7.257 de 2010, desastre “é o resultado de eventos adversos, naturais ou provocados pelo homem, sobre um ecossistema, causando danos humanos, materiais e/ou ambientais e consequentes prejuízos econômicos e sociais”.⁵ O desastre é um evento de causa natural e/ou tecnológica e antrópica que afeta a normalidade do funcionamento social, que provoca danos e prejuízos à sociedade, afetando a economia, os ecossistemas, a estrutura básica e o desenvolvimento humano.

Os desastres são rupturas graves do funcionamento de uma sociedade ou de uma comunidade, causando perdas humanas, materiais, econômicas ou ambientais generalizadas que excedem a capacidade dessa sociedade ou comunidade de poder suportá-los utilizando seus próprios recursos. Afetam negativamente a vida, as capacidades de subsistência e a indústria, provocando mudanças permanentes às

³ VEYRET, Yvette (org.). **Os riscos**: o homem como agressor e vítima do meio ambiente. Tradução de Dilson Ferreira da Cruz. 2. ed. São Paulo: Contexto, 2015, p. 15.

⁴ BRASIL. Lei n. 12.608, de 10 de abril de 2012. Institui a Política Nacional de Proteção e Defesa Civil - PNPDEC; dispõe sobre o Sistema Nacional de Proteção e Defesa Civil - SINPDEC e o Conselho Nacional de Proteção e Defesa Civil – CONPDEC. **Diário Oficial da União**, Brasília, 2012. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12608.htm. Acesso em: 12 julh. 2019.

⁵ BRASIL. **Decreto n. 7.257, de 4 de agosto de 2010**. Regulamenta a Medida Provisória n. 494 de 2 de julho de 2010, para dispor sobre o Sistema Nacional de Defesa Civil – SINDEC. **Diário Oficial da União**, Brasília, 2010. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/Decreto/D7257.htm. Acesso em: 12 julh. 2019.

sociedades humanas, ecossistemas, meio ambiente e abalando a capacidade de sobreviver e prosperar. Implicam, em geral, que grupos interrompam suas atividades habituais para produzir respostas em conjunto visando controlar emergências. Os desastres são potencializados por riscos inadequadamente gerenciados, como má administração de recursos ou despreparo de populações para enfrentar situações adversas. Assim, por mais que não se controle o acontecimento de um desastre, é possível e há que se prevenir para tais eventualidades.⁶

Os riscos de desastres se relacionam às questões ambientais, pois a degradação do meio ambiente resulta na perda de defesas naturais, o que aumenta a vulnerabilidade de comunidades humanas às catástrofes naturais, e a degradação ambiental aumenta os riscos de desastres como inundações, tempestades, enchentes e secas, que se tornarão mais frequentes e mais intensas.⁷

A vulnerabilidade é diferente do risco. Enquanto que o risco implica na exposição a perigos externos em relação aos quais as pessoas têm um controle limitado, a vulnerabilidade mede a capacidade de combate a tais perigos sem que se sofra, em longo prazo, uma potencial perda de bem-estar.⁸

Nos últimos anos, aumentou os números de pessoas atingidas pelos desastres ambientais e ecológicos, tais como secas, enchentes, inundações e tempestades. Também muitas pessoas e lugares são afetados pelos desastres no ecossistema e estão vulneráveis aos efeitos desses desastres ambientais e ecológicos. As pessoas vulneráveis são os mais pobres, porque moram em áreas de risco, já que os riscos estão ligados a causas ambientais e sociais. Os países mais vulneráveis são menos capazes de se protegerem dos riscos de desastres.

Por várias razões, as conexões entre desastres e pobreza são especialmente fortes no mundo em desenvolvimento. Riscos de desastres estão concentrados nos países em desenvolvimento e os impactos negativos das mudanças climáticas tendem a afetar as pessoas que vivem nesses países de maneira desproporcional, devido ao despreparo de comunidades mais pobres em relação às outras mais desenvolvidas.⁹

Os riscos de desastres ameaçam o desenvolvimento futuros e atuais de países em desenvolvimento. Os processos por meio dos quais os riscos se convertem em vulnerabilidades, em qualquer país, são avaliados pelo IDH - Índice de Desenvolvimento Humano. Os países em desenvolvimento e os seus cidadãos mais pobres estão mais vulneráveis aos desastres ambientais e ecológicos. “Os principais fatores que criam uma predisposição para a conversão do risco em vulnerabilidade são: a pobreza e o baixo desenvolvimento humano, a falta de infraestrutura de proteção aos impactos ambientais”.¹⁰

Os principais fatores que causam a conversão do risco em vulnerabilidade são a pobreza e o baixo desenvolvimento humano dos países em desenvolvimento. A vulnerabilidade do meio ambiente diante da intervenção da espécie humana causa cada vez mais riscos para o próprio ser humano que a produz e reproduz, em longo e curto prazo. Os riscos também estão ligados com o avanço do desenvolvimento dos países e com o aumento da exploração do meio ambiente ou com o avanço da utilização dos recursos naturais.

⁶ KAEFER, Érica Marta Ceccatto; *et al.* **Desastres ambientais e conflitos**. p. 247. Disponível em: <http://www.sinus.org.br/2011/press/downloads/pnuma.pdf>. Acesso em: 20 mai. 2019.

⁷ KAEFER, Érica Marta Ceccatto; *et al.* **Desastres ambientais e conflitos**. p. 248. Disponível em: <http://www.sinus.org.br/2011/press/downloads/pnuma.pdf>. Acesso em: 20 mai. 2019.

⁸ KAEFER, Érica Marta Ceccatto; *et al.* **Desastres ambientais e conflitos**. p. 248. Disponível em: <http://www.sinus.org.br/2011/press/downloads/pnuma.pdf>. Acesso em: 20 mai. 2019.

⁹ KAEFER, Érica Marta Ceccatto; *et al.* **Desastres ambientais e conflitos**. p. 247. Disponível em: <http://www.sinus.org.br/2011/press/downloads/pnuma.pdf>. Acesso em: 20 mai. 2019.

¹⁰ KAEFER, Érica Marta Ceccatto; *et al.* **Desastres ambientais e conflitos**. p. 249. Disponível em: <http://www.sinus.org.br/2011/press/downloads/pnuma.pdf>. Acesso em: 20 mai. 2019.

O desastre é o resultado de eventos adversos, naturais e/ou provocados pelo homem, sobre o ecossistema vulnerável, causando grave catástrofe na comunidade ou sociedade. O desastre envolve extensivas perdas e danos humanos, materiais, econômicos e ambientais, que excedem a capacidade da sociedade de lidar com o problema usando meios próprios. Entretanto, há dois tipos de catástrofes ou desastres, tais como os desastres naturais e os humanos ou antrópicos. As catástrofes ou desastres humanos ou antrópicos são produzidos pelas ações ou atividades antrópicas do ser humano, já as catástrofes ou desastres naturais são produzidos pelos eventos naturais da natureza.

Um risco natural caracteriza-se pela combinação do acaso (ou seja, do fenômeno geológico gerador) com a vulnerabilidade (o efeito sobre os agrupamentos humanos). Muitos sismos importantes passam despercebidos quando atingem regiões inabitadas. O que caracteriza hoje um risco, no plano do seu impacto, o que faz dele uma catástrofe, é a exposição dos homens. Nesta medida, uma das conclusões do Decênio Internacional para a Prevenção das Catástrofes Naturais (DIPCN), que terminou em 2000, foi considerar que já não fazia sentido falar de catástrofe natural. Se o acaso natural existe, e não o podemos impedir é a vulnerabilidade social que transforma o fenômeno em catástrofe.¹¹

Os riscos naturais impõem o reconhecimento do acontecimento possível como fatores geradores de perigos percebidos pela sociedade como riscos. Os riscos industriais implicam fatores socioeconômicos e seus efeitos afetam o solo, a água e o ar. O risco¹² surgiu no início século XX, com o aumento das sociedades industriais modernas. Contudo no início do século XX, o risco causou a crise ou catástrofe, relacionadas aos aspectos ecológicos (poluição degradação), e ao desenvolvimento da industrialização e crescimento populacional.¹³

Deste modo, “o risco é a percepção de um perigo possível, mais ou menos previsível por um grupo social ou por um indivíduo que tenha sido exposto a ele”.¹⁴ “O risco nasce da percepção de um perigo ou de uma ameaça potencial que pode ter origens diversas”.¹⁵ O risco pode desencadear uma crise indicada pela vulnerabilidade. Portanto, o risco é a percepção de um perigo que afetam os indivíduos ou sociedade e constituem indicadores de vulnerabilidade.¹⁶

Consequentemente, “a vulnerabilidade¹⁷ revela a fragilidade de um sistema em seu conjunto e sua capacidade para superar a crise provocada por um acontecimento possível”.¹⁸ A capacidade de um sistema é

¹¹ DUPUY, Jean-Pierre. Ainda há catástrofes naturais? **Análise Social**. Lisboa, n. 181, p. 1181-1193, 2006, p. 1183. Disponível em: http://www.scielo.mec.pt/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0003-25732006000400012. Acesso em: 20 mai. 2019.

¹² “O risco, objeto social que se define como a percepção do perigo, da catástrofe possível. [...] O risco é assumido, vivido, recusado; ele é estimado, avaliado, calculado”. VEYRET, Yvette (org.). **Os riscos**: o homem como agressor e vítima do meio ambiente. Tradução de Dilson Ferreira da Cruz. 2. ed. São Paulo: Contexto, 2015.

¹³ VEYRET, Yvette (org.). **Os riscos**: o homem como agressor e vítima do meio ambiente. Tradução de Dilson Ferreira da Cruz. 2. ed. São Paulo: Contexto, 2015, p. 16.

¹⁴ VEYRET, Yvette (org.). **Os riscos**: o homem como agressor e vítima do meio ambiente. Tradução de Dilson Ferreira da Cruz. 2. ed. São Paulo: Contexto, 2015, p. 24.

¹⁵ VEYRET, Yvette (org.). **Os riscos**: o homem como agressor e vítima do meio ambiente. Tradução de Dilson Ferreira da Cruz. 2. ed. São Paulo: Contexto, 2015, p. 30.

¹⁶ VEYRET, Yvette (org.). **Os riscos**: o homem como agressor e vítima do meio ambiente. Tradução de Dilson Ferreira da Cruz. 2. ed. São Paulo: Contexto, 2015, p. 30.

¹⁷ “É a magnitude do impacto previsível de um acontecimento possível sobre os alvos. A vulnerabilidade mede os impactos danosos do acontecimento sobre os alvos afetados. A vulnerabilidade pode ser humana, socioeconômica e ambiental”. VEYRET, Yvette (org.). **Os riscos**: o homem como agressor e vítima do meio ambiente. Tradução de Dilson Ferreira da Cruz. 2. ed. São Paulo: Contexto, 2015, p. 24.

¹⁸ VEYRET, Yvette (org.). **Os riscos**: o homem como agressor e vítima do meio ambiente. Tradução de Dilson Ferreira da Cruz. 2. ed. São Paulo: Contexto, 2015, p. 42.

complexa para restabelecer a crise ou a catástrofe provocada. Após a catástrofe indicada pela vulnerabilidade, é complexo melhorar e restabelecer a capacidade de resiliência, pois os fatores físicos ou ambientais são indicadores de vulnerabilidade. A resiliência é a capacidade de um sistema para se adaptar as mudanças resultantes de uma crise e melhorar sua capacidade de regeneração.

A sociedade de risco insere uma percepção de risco semelhante ao perigo, mesmo referindo à ciência e as novas tecnologias em países ricos. O risco implica em distribuições conhecidas de probabilidades. Assim, em situações complexas ou para enfrentar as novas tecnologias, a incerteza predomina¹⁹, pois, a incerteza define a possibilidade de ocorrer um acontecimento perigoso sem que se conheça sua probabilidade. Também, existem inúmeros tipos de riscos, pois os diferentes fatores de risco evocados interagem uns com os outros. Existem os riscos ambientais e os riscos naturais.

Os riscos ambientais resultam da associação entre os riscos naturais e os riscos decorrentes de processos naturais agravados pela atividade humana. [...] Os riscos naturais são aqueles que são pressentidos, percebidos e suportados por um grupo social ou um indivíduo sujeito a ação possível de um processo físico.²⁰

Além dos riscos naturais agravados e provocados pelas atividades humanas, onde o impacto ambiental é aumentado pelas ações antrópicas, existem também os riscos industriais e tecnológicos, onde o risco corresponde à probabilidade de ocorrer um acontecimento inesperado, difícil de ser previsto, no tempo e no espaço. Os riscos industriais e tecnológicos “estão associados às atividades de armazenagem de produtos tóxicos, à produção e ao transporte de materiais perigosos”.²¹

Hoje, os riscos são originados pelo aumento da produção industrial, já que os riscos e ameaças atuais diferenciam-se, portanto, dos riscos e ameaças passadas, baseadas no avanço da globalidade e da modernidade. Os riscos da modernização são causados pelo desenvolvimento industrial e ligam aos riscos da pobreza, pois eles “ameaçam a vida do planeta, sob todas as suas formas”, tanto riscos sociais quanto ambientais e ecológicos.²²

Os riscos, da maneira como são produzidos no estágio mais avançado do desenvolvimento das forças produtivas, [...] que escapa imediatamente à percepção humana imediata. Eles desencadeiam danos sistematicamente definidos, por vezes irreversíveis, permanecem no mais das vezes fundamentalmente invisíveis.²³

Com o estágio mais avançado do desenvolvimento das forças produtivas e com o aumento dos riscos, “surtem situações sociais de ameaça” a vida humana e ao meio ambiente.²⁴ “Os riscos da modernização, cedo ou tarde acabam alcançando aqueles que os produziram ou que lucram com eles. Eles contêm um efeito

¹⁹ ALIER, Joan Martínez. **O ecologismo dos pobres**: conflitos ambientais e linguagens de valoração. Tradução de Maurício Waldman. 2. ed. São Paulo: Contexto, 2012, p. 67.

²⁰ VEYRET, Yvette (org.). **Os riscos**: o homem como agressor e vítima do meio ambiente. Tradução de Dilson Ferreira da Cruz. 2. ed. São Paulo: Contexto, 2015, p. 63-64.

²¹ VEYRET, Yvette (org.). **Os riscos**: o homem como agressor e vítima do meio ambiente. Tradução de Dilson Ferreira da Cruz. 2. ed. São Paulo: Contexto, 2015, p. 70.

²² BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. Tradução de Sebastião Nascimento. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011, p. 26.

²³ BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. Tradução de Sebastião Nascimento. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011, p. 27.

²⁴ BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. Tradução de Sebastião Nascimento. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011, p. 27.

bumerangue [...]. Tampouco os ricos e poderosos estão seguros diante deles”.²⁵ Também, os riscos produzidos pelas forças produtivas geram desníveis internacionais entre os países desenvolvidos e em desenvolvimento, causados pela vulnerabilidade econômica e social dos países. A sociedade de risco é uma sociedade catastrófica que gera colapsos e catástrofes que ameaçam a vida da espécie humana no planeta Terra.

Portanto, os riscos produzidos pela ação humana ou atividade industrial podem ser alterados, diminuídos ou aumentados. Na sociedade de risco, os indivíduos podem perceber os acontecimentos que podem se produzir, assim como a probabilidade de ocorrerem. Na era atual, é essencial que a sociedade compreenda os riscos e perigos, calculáveis ou não calculáveis, que ameaçam o ser humano e o meio ambiente ou natureza, sejam eles naturais causados pelos eventos da natureza ou provocados pela ação do ser humano.

2 A IMPORTÂNCIA DA EMPATIA E DA FRATERNIDADE NOS CONFLITOS DE DESASTRES AMBIENTAIS E ECOLÓGICOS

O crescimento populacional, o avanço da tecnologia, o desenvolvimento industrial e a destruição do meio ambiente encontram - se ligados por relações complexas, que influenciam no bem estar da humanidade, tanto no ambiente global quanto local. “A civilização atual, baseada no desenvolvimento industrial, na exploração descontrolada do ser humano e dos recursos naturais, [...] esgotou-se em si mesmo”.²⁶ Hoje, “a crise ambiental e ecológica não é apenas global, mas também é sistêmica, afetando todas as dimensões de nossa existência”,²⁷ da sua própria sobrevivência.

A sociedade ou “civilização moderna causa conflitos entre o ser humano e o resto da natureza”,²⁸ causando desastres ambientais e ecológicos, como também, consequências catastróficas ao meio ambiente e ao ser humano. Desse modo, o progresso da humanidade precisa desenvolver uma nova civilização. Trata-se de estabelecer o humanismo fraterno nas relações sociais e humanas, de instituir o princípio da fraternidade na resolução de conflitos de danos e crimes causados pelos desastres ambientais e ecológicos.

Atualmente, a proteção do meio ambiente e do ser humano são direitos fundamentais, previstos na Constituição Federal brasileira de 1988, porque estabelecem o direito à vida e o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Hoje, os riscos e as ameaças de desastres naturais e antrópicos que incidem sobre o planeta, podem colocar em risco a existência da própria vida humana na Terra.

Na sociedade moderna e civilização, constata-se a falta de preocupação e de sentimento com o ser humano e com a dignidade humana enquanto direito fundamental constitucional. A Constituição Federal do Brasil de 1988 estabeleceu o princípio da dignidade humana, os Direitos Fundamentais que são indispensáveis para uma vida digna e resgatou o princípio da fraternidade que é indispensável nas relações humanas.

²⁵ BECK, Ulrich. **Sociedade de risco:** rumo a uma outra modernidade. Tradução de Sebastião Nascimento. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011, p. 27.

²⁶ BERNARDIN, Pascal. **O império ecológico:** ou a subversão da ecologia pelo globalismo. Tradução de Diogo Chiuso e Felipe Lesage. Campinas: Vide Editorial, 2015, p. 390.

²⁷ BERNARDIN, Pascal. **O império ecológico:** ou a subversão da ecologia pelo globalismo. Tradução de Diogo Chiuso e Felipe Lesage. Campinas: Vide Editorial, 2015, p. 391.

²⁸ BERNARDIN, Pascal. **O império ecológico:** ou a subversão da ecologia pelo globalismo. Tradução de Diogo Chiuso e Felipe Lesage. Campinas: Vide Editorial, 2015, p. 391- 392.

O reconhecimento de igual dignidade a todas as pessoas está previsto na Constituição Federal Brasileira, assim como o objetivo da construção de uma sociedade fraterna, e que o fundamento para o princípio da fraternidade encontra-se evidenciado em vários dispositivos constitucionais e que a própria igualdade somente é possível através do reconhecimento do outro, sem implicar a anulação das diferenças, ao contrário, com a aceitação das diferenças para construção de um mundo propriamente humano.²⁹

Desse modo, o reconhecimento da dignidade da pessoa humana de igual dignidade a todas as pessoas está na Constituição Federal de 1988, o princípio da fraternidade encontra-se em vários dispositivos constitucionais e que a própria igualdade somente é possível através do reconhecimento do outro, para a construção de um mundo humano e fraterno.³⁰

A humanidade somente pode ser pensada se admitida à igualdade de todos os seres humanos. A igualdade se mostra universal na concretude, através do reconhecimento do outro, sem com isso implicar a anulação das diferenças, ao contrário, pressupõe a aceitação da diferença, e é essa aceitação que possibilita a construção de um mundo propriamente humano.³¹

O princípio da Fraternidade nas relações entre as pessoas abrange noções sociais, políticas e jurídicas sem qualquer tipo de exclusão, discriminação social, política ou econômica. A fraternidade neste sentido é um valor, é um sentimento fraterno para a coexistência humana, mas muito além também é um princípio constitucional jurídico, previsto na Constituição Federal de 1988.

A fraternidade se baseia na solidariedade e no reconhecimento do outro, porque se reconhece o outro como parte recíproca integrante da sociedade. A fraternidade é um sentimento de reciprocidade, uma relação mútua para com o outro, tornando efetivos os princípios de Igualdade e Liberdade. O princípio da fraternidade rompe o individualismo do ser humano, que emerge cada vez mais na sociedade moderna.

O princípio da fraternidade surgiu a partir do ano de 1789, porém, com o passar dos anos os demais princípios de igualdade e liberdade se destacaram, e a fraternidade não se destacou e se tornou um princípio esquecido, que com o passar dos anos o princípio da fraternidade foi associado à ideia de solidariedade.³² Historicamente, a Fraternidade se constituiu ao lado da Igualdade e Liberdade, mas sem o mesmo espaço nesse contexto, mantendo-se, então, inédita e oculta como categoria política e jurídica.

[...] a fraternidade já existia como ideia e prática antes de 1789, ligada intimamente à vida cristã. Esta, já fora vivida, praticara a hospitalidade, construía hospitais e asilos para os pobres e os idosos, escolas para os meninos pobres [...]. Dera vida às práticas e instituições que os países democráticos da Idade contemporânea entenderam como direitos da cidadania, em nome da liberdade e da igualdade.³³

²⁹ LAZZARINA, Sonilde K. O princípio da fraternidade na Constituição Federal Brasileira de 1988. **Direito & Justiça**. Porto Alegre, v. 41, n. 1, p. 92-99, jan./jun, 2015, p. 92. Disponível em: <http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/fadir/article/view/19975>. Acesso em: 20 mai. 2019.

³⁰ LAZZARINA, Sonilde K. O princípio da fraternidade na Constituição Federal Brasileira de 1988. **Direito & Justiça**. Porto Alegre, v. 41, n. 1, p. 92-99, jan./jun, 2015, p. 93. Disponível em: <http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/fadir/article/view/19975>. Acesso em: 20 mai. 2019.

³¹ LAZZARINA, Sonilde K. O princípio da fraternidade na Constituição Federal Brasileira de 1988. **Direito & Justiça**. Porto Alegre, v. 41, n. 1, p. 92-99, jan./jun, 2015, p. 93. Disponível em: <http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/fadir/article/view/19975>. Acesso em: 20 mai. 2019.

³² BAGGIO, Antonio Maria (Org.). **O princípio esquecido**. São Paulo: Cidade Nova, 2008.

³³ BAGGIO, Antonio Maria (Org.). **Fraternidade e reflexão politológica contemporânea**. In: BAGGIO, Antonio Maria (Org.). **O princípio esquecido/2: exigências, recursos e definições da fraternidade na política**. Tradução de Durval Cordas e Luciano Menezes Reis. São Paulo: Cidade Nova, 2009, p. 10.

Porém, na contemporaneidade pós moderna, o resgate da fraternidade se aplica na busca de uma nova dimensão sobre fraternidade, com reflexões mais enraizadas sobre capacidade política e social, além do compromisso que a fraternidade pode convir a toda sociedade que tenha desígnio de fazer e reconhecer o ser humano e de garantir os princípios da Fraternidade, Igualdade e Liberdade.

A fraternidade não precisa ser então, inventada ou tão somente redescoberta³⁴, mas erigida em conjunto, constituída na solidariedade, na diversidade, na consciência, no diálogo e nos direitos humanos, com raízes locais e consciência global, da mesma forma que cidadania também se constrói, em busca da condição de efetividade dos Direitos Fundamentais. Por isso, importa garanti-la, no sentido de construir sua legitimidade capaz de garantir os direitos a todos os indivíduos. A fraternidade está prevista na Constituição Federal de 1988 como princípio: “[...] a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna [...]”.³⁵ A partir disso, a fraternidade é a base para toda e qualquer regra no ordenamento jurídico.

O sentimento de reconhecimento do outro está baseado no princípio da fraternidade. Na era das relações humanas, o princípio da fraternidade coloca a importância da empatia humana. “A empatia é, de fato, um ideal que tem o poder tanto de transformar nossas vidas quanto de promover profundas mudanças sociais”.³⁶ A empatia pode gerar mudança nas relações humanas e sociais.” A empatia é a arte de se colocar no lugar do outro por meio da imaginação, compreendendo seus sentimentos e perspectivas e usando essa compreensão para guiar as próprias ações”.³⁷

A sociedade busca o sentimento de afeto e de reconhecimento para com o outro ou com seu semelhante, como também, a sociedade e a civilização buscam a inclusão do outro no ambiente social, baseado na natureza empática do ser humano. Na relação entre empatia e civilização, o ser humano organiza suas relações sociais com o mundo natural. A empatia humana busca la naturaleza de la relación del ser humano con otros animales, pois a sociedade percebe “*la increíble violencia con que han tratado a sus semejantes, a otros seres vivos y a la Tierra que habitamos? No hay otro animale que haya dejado más huellas del destrucción sobre la Tierra*”.³⁸

Os seres humanos são animais sociais que usam a empatia para desenvolver a sua relação com os demais seres humanos, com seus semelhantes, com outros seres vivos que habitam na Terra. Assim, “os seres humanos realmente são animais sociais que desde o início buscam companhia e usam a extensão empática para transcender a si mesmo e encontrar sentido na relação com as outras”³⁹ espécies vivas no planeta Terra.

Atualmente, o mundo vive vários colapsos, tais como o ambiental, o ecológico, o social e o econômico, em nível global. A crise ecológica é uma crise da nossa relação com a natureza. “A crise ecológica é a crise do

³⁴ BAGGIO, Antonio Maria (Org.). **Fraternidade e reflexão politológica contemporânea**. In: BAGGIO, Antonio Maria (Org.). O princípio esquecido/2: exigências, recursos e definições da fraternidade na política. Tradução de Durval Cordas e Luciano Menezes Reis. São Paulo: Cidade Nova, 2009, p. 34.

³⁵ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. 45. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

³⁶ KRZNARIC, Roman. **O poder da empatia**: a arte de se colocar no lugar do outro para transformar o mundo. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges. 1. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2015, p. 9.

³⁷ KRZNARIC, Roman. **O poder da empatia**: a arte de se colocar no lugar do outro para transformar o mundo. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges. 1. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2015, p. 10.

³⁸ RIFKIN, Jeremy. **La civilización empática**: la carrera hacia una conciencia global en un mundo en crisis. Madrid: Paidós, 2010, p. 30.

³⁹ Tradução do trecho: “los seres humanos realmente son animales sociales que desde el principio buscan compañía y usan la extensión empática para trascenderse a sí mismos y hallar significado en la relación con los demás”. RIFKIN, Jeremy. **La civilización empática**: la carrera hacia una conciencia global en un mundo en crisis. p. 30.

vínculo e a crise do limite”.⁴⁰ A crise do vínculo, o ser humano não consegue discernir como ele se liga a vida e a natureza; a crise do limite, o ser humano não consegue discernir o que deles nos distingue. O problema cultural do vínculo e do limite impõe repensar a nossa relação com a natureza, o que dela nos distingue e o que a ela nos liga.⁴¹

O vínculo ou a parte ligada permite a possibilidade de alteridade, porque todo o ser humano social interage e é interdepende do outro. Os vínculos de afetos e sentimentos expressam a busca da alteridade para o reconhecimento humano no meio ambiente natural, cultural e social. O vínculo e o limite expressam sentimentos de afetos pelo outro como sentido de vida, o qual permite reconhecer o outro.

Assim, no planeta Terra, cada espécie viva tem um valor intrínseco no meio natural. Com as ameaças, perigos e riscos produzidos pelo modelo de desenvolvimento industrial, “o modelo de natureza - sujeito não consegue superar o modelo de natureza - objeto”,⁴² e consequentemente, a humanidade não consegue pensar na ligação do vínculo e do limite que caracterizam a relação do homem ou ser humano com a natureza ou meio ambiente.

Deste modo, há uma relação entre os equilíbrios naturais e os interesses humanos, há uma responsabilidade em relação ao ambiente natural, pois “se a obrigação a respeito do homem continuar a ter um valor absoluto, ela não inclui menos, a partir de agora, a natureza como condição da sua própria sobrevivência e como um dos elementos da sua própria completação existencial”.⁴³ Assim, o ser humano e a natureza vivem em equilíbrio humano e natural, pois há solidariedade de destino entre os seres vivos e os seres humanos. A solidariedade de destino entre o ser humano e a natureza caracteriza o aspecto utilitário do meio ambiente natural e a vida em si apresenta um valor, que a humanidade futura tem um dever em relação à posteridade.⁴⁴

Hoje, a sociedade moderna busca um novo humanismo baseado na percepção antropocêntrica e ecocêntrica de mundo, como também, busca uma nova política de civilização, pois a humanidade atual procura uma interdependência de passado, de presente e de futuro.⁴⁵ Hoje, a sociedade moderna busca a emergência da humanidade planetária baseado na justificação do ecocentrismo e procura:

Um humanismo revisitado, regenerado, que não é mais a justificação antropocêntrica de uma divinização do homem, que seria destinado a conquistar a Terra, por meio da modernidade. Mas um humanismo planetário, que comporta uma conscientização da Terra-Pátria como comunidade de destino, de origem.⁴⁶

O novo humanismo revisitado, regenerado, busca “a emergência planetária da humanidade ou a emergência da humanidade planetária”.⁴⁷ Consequentemente, todas as crises comportam a dimensão planetária, como todas as crises do presente se baseiam no passado. A humanidade não é somente uma

⁴⁰ OST, François. **A natureza à margem da lei**: a ecologia à prova do Direito. Tradução de Joana Chaves. Lisboa: Instituto Piaget, 1995, p. 9.

⁴¹ OST, François. **A natureza à margem da lei**: a ecologia à prova do Direito. Tradução de Joana Chaves. Lisboa: Instituto Piaget, 1995, p. 9.

⁴² OST, François. **A natureza à margem da lei**: a ecologia à prova do Direito. Tradução de Joana Chaves. Lisboa: Instituto Piaget, 1995, p. 15.

⁴³ OST, François. **A natureza à margem da lei**: a ecologia à prova do Direito. Tradução de Joana Chaves. Lisboa: Instituto Piaget, 1995, p. 311.

⁴⁴ OST, François. **A natureza à margem da lei**: a ecologia à prova do Direito. Tradução de Joana Chaves. Lisboa: Instituto Piaget, 1995, p. 319.

⁴⁵ MORIN, Edgar. **Para onde vai o mundo?** Tradução de Francisco Morás. Petrópolis: Vozes, 2010.

⁴⁶ MORIN, Edgar. **Para onde vai o mundo?** Tradução de Francisco Morás. Petrópolis: Vozes, 2010, p. 8.

⁴⁷ MORIN, Edgar. **Para onde vai o mundo?** Tradução de Francisco Morás. Petrópolis: Vozes, 2010, p. 36.

comunidade planetária, mas uma comunidade de destino, pois “a humanidade viveu sua morte potencial antes mesmo de ter sido concebida, é a ameaça de aniquilamento”⁴⁸ da espécie humana. Deste modo, a sociedade moderna busca a consciência ecológica, a justificação ecocêntrica, por meio da consciência ecológica, da consciência da comunidade de destino da espécie humana, da comunidade planetária.

Por conseguinte, o mecanismo da mediação ambiental é a forma de solução de conflito ambiental, que associada a empatia humana e ao princípio da fraternidade constitui método eficaz para os interesses de cada um, para os interesses mútuos e para além de seus interesses. Deste modo, é importante a eficácia da mediação ambiental associada a empatia humana e ao princípio da fraternidade nas questões que abrangem danos e crimes contra a sociedade e o meio ambiente.

3 A EFICÁCIA DO MECANISMO DA MEDIAÇÃO AMBIENTAL E SOCIAL NA RESOLUÇÃO DE CONFLITOS

Os conflitos ambientais e ecológicos são inerentes à própria formação da sociedade moderna, os quais são causados pelos desastres ambientais, que provocam a necessidade da mediação e alternativas para os conflitos referentes à utilização do meio ambiente e dos recursos naturais. A mediação adota mecanismos que resolvam os conflitos de natureza coletiva e individual, mediante a construção de consenso. “A mediação de um conflito pode ser definida como a intervenção construtiva de um terceiro imparcial junto às partes envolvidas no conflito, com vistas à busca de uma solução construída pelas próprias partes”.⁴⁹ Desse modo, “a mediação é um processo onde e através do qual uma terceira pessoa age no sentido de encorajar e facilitar a resolução de uma disputa sem prescrever qual a solução”.⁵⁰ A mediação é um instrumento para resolver o conflito, pois ele é um processo natural das relações humanas. De um lado:

Quando os mecanismos para resolução utilizados são inadequados, o conflito torna-se prejudicial. Por outro lado, os mecanismos naturais de negociação retiram do conflito o que ele tem de melhor, sua capacidade de gerar satisfação de interesses e resoluções construtivas. Quando esses mecanismos são descartados, a função do conflito é a produção da violência, desajustes ou outros conflitos.⁵¹

Mas, por outro lado, quando os mecanismos para a resolução são adequados, o conflito torna-se benéfico. Consequentemente, a mediação é um mecanismo adequado, utilizado para resolução de conflitos, pois a mediação é um meio para tratamentos de conflitos e “a resolução dos conflitos pela via extrajudicial [...] é um mecanismo importante, [...] destacando a celeridade na solução dos conflitos”⁵² entre as partes envolvidas nos problemas ambientais e ecológicos.

⁴⁸ MORIN, Edgar. **Para onde vai o mundo?** Tradução de Francisco Morás. Petrópolis: Vozes, 2010, p. 37.

⁴⁹ SOUZA, Luciane Moessa de. **Resolução consensual de conflitos coletivos envolvendo políticas públicas**. Organização de Igor Lima Goettenauer de Oliveira. 1. ed. Brasília, DF: FUNDAÇÃO UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA - FUB, 2014, p. 13.

⁵⁰ SOUZA, Luciane Moessa de. **Resolução consensual de conflitos coletivos envolvendo políticas públicas**. Organização de Igor Lima Goettenauer de Oliveira. 1. ed. Brasília, DF: FUNDAÇÃO UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA - FUB, 2014, p. 13.

⁵¹ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de *apud* SOUZA, Luciane Moessa de. **Resolução consensual de conflitos coletivos envolvendo políticas públicas**. Organização de Igor Lima Goettenauer de Oliveira. 1. ed. Brasília, DF: FUNDAÇÃO UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA - FUB, 2014, p. 14.

⁵² TRENTIN, Taíse Rabelo Dutra; PIRES, Nara Suzana Stainr. Mediação socioambiental: uma nova alternativa para a gestão ambiental. **Direito em Debate**. Revista do Departamento de Ciências Jurídicas e Sociais da UNIJUÍ, a. XXI, n. 37, jan./jun., p. 142-161, 2012, p. 151. Disponível em:

<https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/revistadireitoemdebate/article/view/501>. Acesso em: 20 mai. 2019.

Nas relações humanas são necessárias intervenções na mediação, já que muitos conflitos são gestados no âmbito interno de cada pessoa (física ou jurídica), não sendo possível alcançar uma solução para eles na mediação. As intervenções do mediador devem elaborar planos atinentes os problemas na resolução de conflito. A mediação serve para prevenir ou resolver o conflito: identificar questões, explorar opções e desenvolver planos para resolver as disputas.⁵³

A mediação é a inscrição do amor no conflito. Uma forma de realização da autonomia. Uma possibilidade de crescimento interior através dos conflitos. Um modo de transformação dos conflitos a partir das próprias identidades. Uma prática dos conflitos sustentada pela compaixão e pela sensibilidade.⁵⁴

O progresso do conhecimento do comportamento humano é baseado na mudança de atitude, no ambiente social e na cultura. O comportamento social e a cultura são necessários ao desenvolvimento da espécie humana. A mudança social provoca modificação no comportamento do ser humano. Consequentemente, o ser humano é um ser totalmente submisso às condições do ambiente social.⁵⁵ O desenvolvimento do comportamento humano e a “sua existência depende de nossa ignorância, e ele perde esse *status* na medida em que progredimos em nosso conhecimento do comportamento”.⁵⁶ Desse modo, a modificação de comportamento e de atitude pelo ser humano, acarreta a destruição de sua própria espécie.

Nas relações sociais e no comportamento humano, o pensamento complexo é o pensamento que une e não separa e diferencia os problemas da era planetária. A necessidade vital da era planetária e do tempo, “é um pensamento capaz de unir e diferenciar”.⁵⁷ O pensamento complexo gera a crise da modernidade, pois a sociedade moderna vive um período de mudança de consciência do pensamento da complexidade para uma reforma do pensamento.

As vias para prevenir a ameaça ambiental e ecológica não são apenas técnicas, elas precisam de uma reforma do modo de pensamento, de uma reforma de civilização, de uma reforma de vida, para englobar a relação entre a humanidade e a natureza na sua complexidade. “O desenvolvimento das ciências e das técnicas depara hoje com a conscientização de nossa dependência da biosfera e dos poderes destrutivos da tecnociência para a própria humanidade”.⁵⁸ Trata-se de mudar de via, por meio de uma reforma do conhecimento.⁵⁹ “O *Homo Sapiens* ou Ser Humano não deve mais tentar dominar a Terra, mas sim zelar por ela e viver nela com responsabilidade” planetária.⁶⁰

⁵³ SOUZA, Luciane Moessa de. **Resolução consensual de conflitos coletivos envolvendo políticas públicas**. Organização de Igor Lima Goettenauer de Oliveira. 1. ed. Brasília, DF: FUNDAÇÃO UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA - FUB, 2014, p. 14.

⁵⁴ WARAT, Luis Alberto *apud* TRENTIN, Taíse Rabelo Dutra; PIRES, Nara Suzana Stainr. Mediação socioambiental: uma nova alternativa para a gestão ambiental. **Direito em Debate**. Revista do Departamento de Ciências Jurídicas e Sociais da UNIJUI, a. XXI, n. 37, jan./jun., p. 142-161, 2012, p. 142. Disponível em: <https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/revistadireitoemdebate/article/view/501>. Acesso em: 20 mai. 2019.

⁵⁵ BERNARDIN, Pascal. **O império ecológico**: ou a subversão da ecologia pelo globalismo. Tradução de Diogo Chiuso e Felipe Lesage. Campinas: Vide Editorial, 2015, p. 116.

⁵⁶ BERNARDIN, Pascal. **O império ecológico**: ou a subversão da ecologia pelo globalismo. Tradução de Diogo Chiuso e Felipe Lesage. Campinas: Vide Editorial, 2015, p. 116.

⁵⁷ MORIN, Edgar. **O pensar complexo**: Edgar Morin e a crise da modernidade. Organização de Alfredo Pena-Veja e Elimar Pinheiro de Almeida. Rio de Janeiro: Garamond, 2010, p. 33.

⁵⁸ MORIN, Edgar. **A via**: para o futuro da humanidade. Tradução de Edgard de Assis Carvalho e Mariza Perassi Bosco. 2. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2015, p. 103.

⁵⁹ MORIN, Edgar. **A via**: para o futuro da humanidade. Tradução de Edgard de Assis Carvalho e Mariza Perassi Bosco. 2. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2015, p. 103.

⁶⁰ MORIN, Edgar. **A via**: para o futuro da humanidade. Tradução de Edgard de Assis Carvalho e Mariza Perassi Bosco. 2. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2015, p. 104.

Consequentemente, a sociedade moderna busca uma reforma do pensamento, pois a sociedade vive sob a influência de um “pensamento científico e técnico que produz os conhecimentos fragmentados e separados que impedem os conhecimentos fundamentais globais; [...] um conhecimento que produz mais cegueiras do que lucidez”.⁶¹ O conhecimento fragmentado e separado do ser humano sobre o planeta Terra ou o meio ambiente produz conhecimentos invisíveis das interações entre um todo e suas partes, da relação mútua entre o ser humano e a natureza e oculta os problemas sociais e ambientais e ecológicos.

A reforma do pensamento busca “a consciência de nossa comunidade de destino de seres humanos de todas as origens”,⁶² ameaçados pelos riscos, perigos e danos, pois todos os seres humanos habitam a Terra, o lar comum da humanidade, e todos os seres humanos vivem no planeta Terra. Logo, “todos os seres humanos compartilham um destino de perdição”.⁶³

As sociedades humanas afastam o pensamento complexo baseado no modo de desenvolvimento industrial e tecnológico que produz uma organização social de ordem-desordem-reorganização, dominada pelo progresso econômico. Também, o pensamento complexo é baseado na percepção de “dominação da natureza que destrói a ecosfera, que aniquila o planeta Terra, impedindo a autorregeneração do ecossistema como um todo”.⁶⁴

Dessa maneira, as sociedades humanas devem buscar uma ética civilizatória, não apenas baseada no modo de progresso industrial e tecnológico, e fundada no antropocentrismo e nas várias formas de dominação da natureza, mas fundada no ecocentrismo e baseada que a “Terra ou o meio ambiente planetário” constitui a base “da relação entre o ser humano e natureza, o ser humano e mundo”.⁶⁵

A interação humana permite a prevenção da condição humana pela preservação dos desejos. Talvez não haja uma solução para a crise ecológica e civilizatória sem uma mudança de ecologia dos afetos e desejos que altere o destino da humanidade. A ecologia dos afetos busca a reconstrução dos vínculos amorosos e afetivos na resolução dos conflitos. Assim, cada vez mais o conflito ambiental e ecológico dependerá de uma política focalizada no destino dos afetos. O desequilíbrio ecológico não poderá ser resolvido sem a política dos afetos e os vínculos sociais.⁶⁶

A ecologia dos desejos busca o reconhecimento do outro, que impede a destruição da condição humana ou a destruição de uma sociedade, buscando a harmonia absoluta nos casos de conflitos civilizatórios. A ecologia dos afetos evita a deterioração do espaço político e social, por uma reinvenção do outro. Deste modo, é por meio da ecologia dos afetos e desejos que adquire novas formas de construção de vida na sociedade, de construção de resolução de conflitos civilizatórios.⁶⁷

⁶¹ MORIN, Edgar. **A via:** para o futuro da humanidade. Tradução de Edgard de Assis Carvalho e Mariza Perassi Bosco. 2. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2015, p. 104.

⁶² MORIN, Edgar. **A via:** para o futuro da humanidade. Tradução de Edgard de Assis Carvalho e Mariza Perassi Bosco. 2. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2015, p. 104.

⁶³ MORIN, Edgar. **A via:** para o futuro da humanidade. Tradução de Edgard de Assis Carvalho e Mariza Perassi Bosco. 2. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2015, p. 104.

⁶⁴ MORIN, Edgar. **O pensar complexo:** Edgar Morin e a crise da modernidade. Organização de Alfredo Pena-Veja e Elimar Pinheiro de Almeida. Rio de Janeiro: Garamond, 2010, p. 108.

⁶⁵ MORIN, Edgar. **O pensar complexo:** Edgar Morin e a crise da modernidade. Organização de Alfredo Pena-Veja e Elimar Pinheiro de Almeida. Rio de Janeiro: Garamond, 2010, p. 114.

⁶⁶ WARAT, Luis Alberto. **Manifestos para uma ecologia do desejo.** São Paulo: Editora Acadêmica, 1990, p. 131-132.

⁶⁷ WARAT, Luis Alberto. **Manifestos para uma ecologia do desejo.** São Paulo: Editora Acadêmica, 1990, p. 131-135.

Através da mediação busca-se o resgate com o outro, o resgate ao ser humano, o reconhecimento do outro, seus valores e problemas, existe uma preocupação com a dignidade da pessoa humana e com a fraternidade. A mediação é o sentimento do outro que busca os sentimentos, é o pensamento ao outro. A mediação é um processo que recupera a sensibilidade e o amor das pessoas para buscar a resolução dos conflitos.⁶⁸

Portanto, o mecanismo da mediação ambiental associada a empatia e ao princípio da fraternidade constituem formas eficazes de resolução de conflitos ambientais e civilizatórios principalmente nas questões que abrangem crimes contra a saúde pública, contra a vida humana e danos ao meio ambiente, causados pelos desastres ambientais e ecológicos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O objetivo do artigo investigou a importância da empatia humana e do princípio da fraternidade na mediação ambiental na resolução de conflitos de desastres ambientais e ecológicos.

Diante disso, questionou no artigo, a eficácia da mediação ambiental enquanto método de resolução de conflitos nos danos e crimes causados pelos desastres ambientais, e seus efeitos acarretados no ser humano e no meio ambiente ou natureza.

O artigo estudou a importância da empatia e da fraternidade nos conflitos de desastres ambientais e ecológicos e a eficácia do mecanismo da mediação ambiental, especialmente nos danos causados pelos desastres ambientais e ecológicos.

Também, o artigo pesquisou a eficácia do mecanismo da mediação ambiental e social na resolução de conflitos, associada ao princípio da fraternidade e da empatia humana como reconhecimento do outro, da proteção da dignidade humana e dos Direitos Fundamentais.

Diante dessa perspectiva, o artigo investigou a eficácia da mediação ambiental enquanto resolução de conflitos nos danos a vida do ser humano e ao meio ambiente ou natureza causados pelos desastres ambientais.

Por fim, o artigo evidenciou a eficácia da mediação ambiental enquanto resolução de conflitos nos crimes contra a vida do ser humano, contudo demonstrou a importância da empatia e da fraternidade na solução de conflitos causados pelos desastres ambientais e ecológicos.

REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

ALIER, Joan Martínez. **O ecologismo dos pobres: conflitos ambientais e linguagens de valoração**. Tradução de Maurício Waldman. 2. ed. São Paulo: Contexto, 2012. Título original: El ecologismo de los pobres: conflictos ambientales y lenguajes de valoración.

BAGGIO, Antonio Maria (Org.). **O princípio esquecido**. São Paulo: Cidade Nova, 2008.

⁶⁸ WARAT, Luis Alberto. **Surfando na Pororoca: ofício do mediador**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

_____. (Org.). **O princípio esquecido/1: a fraternidade na reflexão atual das ciências políticas**. Tradução de Durval Cordas e Luciano Menezes Reis. São Paulo: Cidade Nova, 2008.

_____. (Org.). **Fraternidade e reflexão politológica contemporânea**. In: BAGGIO, Antonio Maria (Org.). **O princípio esquecido/2: exigências, recursos e definições da fraternidade na política**. Tradução de Durval Cordas e Luciano Menezes Reis. São Paulo: Cidade Nova, 2009.

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**. Tradução de Sebastião Nascimento. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011.

BERNARDIN, Pascal. **O império ecológico: ou a subversão da ecologia pelo globalismo**. Tradução de Diogo Chiuso e Felipe Lesage. Campinas: Vide Editorial, 2015. Título original: *L’empire écologique: ou la subversion de l’ecologie par le mondialisme*.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. 45. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL. Decreto n. 7.257, de 4 de agosto de 2010. Regulamenta a Medida Provisória n. 494 de 2 de julho de 2010, para dispor sobre o Sistema Nacional de Defesa Civil – SINDEC. Diário Oficial da União, Brasília, 2010. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/Decreto/D7257.htm. Acesso em: 12 julh. 2019.

BRASIL. Lei n. 12.608, de 10 de abril de 2012. Institui a Política Nacional de Proteção e Defesa Civil - PNPDEC; dispõe sobre o Sistema Nacional de Proteção e Defesa Civil - SINPDEC e o Conselho Nacional de Proteção e Defesa Civil – CONPDEC. **Diário Oficial da União**, Brasília, 2012. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12608.htm. Acesso em: 12 julh. 2019.

DUPUY, Jean-Pierre. Ainda há catástrofes naturais? **Análise Social**. Lisboa, n. 181, p. 1181-1193, 2006. Disponível em:

http://www.scielo.mec.pt/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0003-25732006000400012. Acesso em: 20 mai. 2019.

GONÇALVES, Carlos Walter Porto. **A globalização da natureza e a natureza da globalização**. 5. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013.

LAZZARINA, Sonilde K. O princípio da fraternidade na Constituição Federal Brasileira de 1988. **Direito & Justiça**. Porto Alegre, v. 41, n. 1, p. 92-99, jan./jun, 2015. Disponível em: <http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/fadir/article/view/19975>. Acesso em: 20 mai. 2019.

MILARÉ, Edis. **Direito do ambiente: a gestão ambiental em foco: doutrina, jurisprudência, glossário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MORIN, Edgar. **Para onde vai o mundo?** Tradução de Francisco Morás. Petrópolis: Vozes, 2010.

_____. **A via: para o futuro da humanidade**. Tradução de Edgard de Assis Carvalho e Mariza Perassi Bosco. 2. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2015.

_____. **O pensar complexo:** Edgar Morin e a crise da modernidade. Organização de Alfredo Pena-Veja e Elimar Pinheiro de Almeida. Rio de Janeiro: Garamond, 2010.

OST, François. **A natureza à margem da lei:** a ecologia à prova do Direito. Tradução de Joana Chaves. Lisboa: Instituto Piaget, 1995. Título original: La nature hors la loi.

SOUZA, Luciane Moessa de. **Resolução consensual de conflitos coletivos envolvendo políticas públicas.** Organização de Igor Lima Goettenauer de Oliveira. 1. ed. Brasília, DF: Fundação Universidade de Brasília - FUB, 2014.

RIFKIN, Jeremy. **La civilización empática:** la carrera hacia una conciencia global en un mundo en crisis. Madrid: Paidós, 2010.

THEODORO, Suzi Huff. A mediação de conflitos socioambientais. Rio de Janeiro: Garamond, 2005.

TRENTIN, Taíse Rabelo Dutra; PIRES, Nara Suzana Stainr. Mediação socioambiental: uma nova alternativa para a gestão ambiental. **Direito em Debate.** Revista do Departamento de Ciências Jurídicas e Sociais da UNIJUI, a. XXI, n. 37, jan./jun., p. 142-161, 2012. Disponível em: <https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/revistadireitoemdebate/article/view/501>. Acesso em: 20 mai. 2019.

KAEFER, Érica Marta Ceccatto; *et al.* **Desastres ambientais e conflitos.** Disponível em:

<http://www.sinus.org.br/2011/press/downloads/pnuma.pdf>. Acesso em: 20 mai. 2019.

KRZNARIC, Roman. **O poder da empatia:** a arte de se colocar no lugar do outro para transformar o mundo. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Zahar, 2015.

VEYRET, Yvette (org.). **Os riscos:** o homem como agressor e vítima do meio ambiente. Tradução de Dilson Ferreira da Cruz. 2. ed. São Paulo: Contexto, 2015. Título original: Les risques.

WARAT, Luis Alberto. **O ofício do mediador.** Florianópolis: Habitus, 2001.

_____. **Em nome do acordo:** a mediação no direito. Florianópolis: EModara, 2018.

_____. **Surfando na Pororoca:** ofício do mediador. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

_____. **Manifestos para uma ecologia do desejo.** São Paulo: Editora Acadêmica, 1990.

A (IN) EFICÁCIA DA MEDIAÇÃO AMBIENTAL NA RESOLUÇÃO DE CONFLITOS NOS DANOS E RISCOS CAUSADOS PELOS DESASTRES AMBIENTAIS

Sonia Aparecida de Carvalho¹

João Martins Bertaso²

RESUMO

O objetivo geral do artigo propõe investigar a (in) eficácia da mediação ambiental na resolução de conflitos nos danos e riscos no ser humano e meio ambiente, causados pelos desastres ambientais. Os objetivos específicos do artigo propõem pesquisar os conflitos e desastres ambientais na sociedade industrial e moderna; Estudar os danos e riscos ambientais como consequências dos processos da globalização; Investigar a (in) eficácia da mediação ambiental enquanto resolução de conflitos nos danos causados pelos desastres ambientais. No artigo foi utilizado o método indutivo baseado na pesquisa bibliográfica.

PALAVRAS-CHAVE: Mediação ambiental; Conflitos; Danos e riscos; Desastres ambientais.

ABSTRACT

The general objective of the article is to investigate the (in) effectiveness of environmental mediation in the resolution of conflicts on human and environmental damages and risks caused by environmental disasters. The specific objectives of the article propose to investigate the conflicts and environmental disasters in the industrial and modern society; To study environmental damages and risks as a consequence of globalization processes; Investigate the (in) effectiveness of environmental mediation as conflict resolution in damages caused by environmental disasters. In the article the inductive method based on bibliographic research was used.

KEYWORDS: Environmental mediation; Conflicts; Damage and risks; Environmental disasters.

INTRODUÇÃO

O artigo tem o objetivo de investigar a (in) eficácia da mediação ambiental na resolução de conflitos nos danos e riscos ao ser humano e ao meio ambiente ou natureza, causados pelos desastres ambientais.

Inicialmente, o artigo pesquisa os conflitos e desastres ambientais na sociedade industrial e moderna. Os conflitos ambientais causados pelos desastres ambientais causam perigos, riscos e danos transfronteiriços, invisíveis e irreversíveis, no meio ambiente ou natureza e no ser humano.

Posteriormente, o artigo estuda os danos e riscos ambientais como consequências da globalização. Os processos da globalização acarretam perigos e riscos nos aspectos econômicos, sociais, ambientais, ecológicos e políticos na sociedade moderna.

¹ Pós - Doutorado em Direito pela Universidade Regional Integrada de Alto Uruguai e das Missões – URI de Santo Ângelo - RS. Doutora em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI - SC. Doctora en Derecho en la Universidad de Alicante - UA - Espanha. Mestra em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC – RS. Professora e Pesquisadora. E-mail: sonia.adv.2008@hotmail.com.

² Pesquisador registrado no CNPq. Pós - Doutor em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS – RS. Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC – SC. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC. Professor Pesquisador vinculado a Universidade Regional Integrada de Alto Uruguai e das Missões – URI de Santo Ângelo - RS. Coordenador do Programa de Pós Graduação em Direito- Mestrado e Doutorado – URI. Líder do grupo de pesquisa Conflito, Cidadania e Direitos Humanos, vinculado ao CNPq. E-mail: joamartinsbertaso@gmail.com.

Finalmente, o artigo investiga a mediação ambiental enquanto resolução de conflitos nos danos a vida e ao meio ambiente, causados pelos desastres ambientais. Nessa perspectiva, indaga-se no artigo, a (in) eficácia da mediação ambiental enquanto método de resolução de conflitos nos danos e crimes causados pelos desastres ambientais, e seus efeitos acarretados no ser humano e no meio ambiente ou natureza.

Por fim, na investigação do artigo, utilizou-se o método indutivo, instrumentalizado com as técnicas do referente, da categoria, do conceito operacional e da pesquisa bibliográfica.³

1 CONFLITOS E DESASTRES AMBIENTAIS NA SOCIEDADE MODERNA

Atualmente, a sociedade vive em um mundo de incerteza artificial, onde o risco difere muito dos períodos anteriores do desenvolvimento das instituições modernas. O desenvolvimento das instituições industriais modernas causa ambiente de riscos, tanto no âmbito local quanto mundial. A sociedade moderna está diante de um futuro incerto e de várias transformações da sociedade causadas pelo impacto da globalização.⁴

A sociedade moderna vive em uma época na qual a modernidade ultrapassou os seus próprios limites, pois causou o fim da natureza como um bem ambiental independente da ação humana.⁵ Há muitos anos o meio ambiente ou natureza é uma questão política e social, a qual considera que as principais ameaças ao planeta Terra são decorrentes do capitalismo, do consumismo e da exploração exagerada de recursos naturais. O capitalismo que se expande por meio da globalização “que se defronta não só como os limites dos recursos ambientais do planeta Terra, mas com os limites da modernidade, sob a forma de incerteza artificial.”⁶

Hoje, o mundo não está sob o controle humano, mas está sob o controle da política de esquerda e de direita, pois há uma intervenção política que controla a sociedade e a natureza. A questão ambiental, especialmente o meio ambiente e os recursos naturais sempre motivaram conflitos.

O conflito é uma situação desfavorável para todos os envolvidos, sejam esses em um maior nível ou menor. Os danos que um conflito proporciona ao meio ambiente fazem com que o conflito seja prejudicial para todas as partes. Segundo definição da ONU, conflito é a disputa ou a incompatibilidade causada pela oposição de valores e interesses. [...] O conflito não ocorre somente quando se está em disputa um recurso escasso, pois existe também a situação na qual o bem é de alto valor e possui abundância local, o que pode incitar o início de um conflito.⁷

Consequentemente, “os conflitos ambientais surgem da confrontação de interesses e estratégias diferenciadas de apropriação e aproveitamento da natureza na era da globalização”.⁸ Entretanto, “os conflitos ambientais não se limitam a prevenir os impactos ecológicos”⁹ e estabelecer uma compensação aos danos

³ PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**: teoria e prática. 12. ed. São Paulo: Conceito Editorial, 2011, p. 25-105.

⁴ GIDDENS, Anthony. **Para além da Esquerda e da Direita**: o futuro da política radical. São Paulo: UNESP, 1996.

⁵ GIDDENS, Anthony. **Para além da Esquerda e da Direita**: o futuro da política radical. São Paulo: UNESP, 1996.

⁶ GIDDENS, Anthony. **Para além da Esquerda e da Direita**: o futuro da política radical. São Paulo: UNESP, 1996, p. 17.

⁷ KAEFER, Érica Marta Ceccatto; *et al.* **Desastres ambientais e conflitos**. p. 251.

Disponível em: <http://www.sinus.org.br/2011/press/downloads/pnuma.pdf>. Acesso em: 20 mai. 2019.

⁸ LEFF, Enrique. **Saber ambiental**: sustentabilidade, racionalidade, complexidade, poder. Tradução de Lúcia Mathilde Endlich Orth. 8. ed. Petrópolis: Vozes, 2011, p. 362.

⁹ LEFF, Enrique. **Saber ambiental**: sustentabilidade, racionalidade, complexidade, poder. Tradução de Lúcia Mathilde Endlich Orth. 8. ed. Petrópolis: Vozes, 2011, p. 362.

causados, mas se limitam a reparar os impactos e danos ecológicos causados ao meio ambiente e ao ser humano, como também as formas alternativas de uso dos recursos naturais. A poluição e a degradação ambiental e ecológica, como a utilização dos recursos naturais sempre causaram conflitos, e os efeitos e “danos gerados pelos conflitos, geram três principais tipos de impactos: impactos diretos, indiretos e institucionais”.¹⁰

Os impactos diretos são aqueles causados pela destruição e poluição dos ecossistemas e da vida silvestre pelo próprio conflito. Os impactos indiretos são resultados de ações geradas pela população durante o conflito, devido à perda dos serviços básicos. Os impactos institucionais são causados pela deterioração das instituições e dos mecanismos estatais, assim como a falta de coordenação política.¹¹

Os conflitos ambientais causados pelos desastres ambientais são de interesses coletivos ou difusos, que causam perigos, riscos e danos transfronteiriços, invisíveis e irreversíveis, que afetam vários recursos naturais, e que envolvem aspectos ambientais, sociais, econômicos e políticos. Conforme o artigo 2º, inciso II do Decreto 7.257 de 2010, desastre “é o resultado de eventos adversos, naturais ou provocados pelo homem, sobre um ecossistema, causando danos humanos, materiais e/ou ambientais e consequentes prejuízos econômicos e sociais”.¹²

Os desastres são rupturas graves do funcionamento de uma sociedade ou de uma comunidade, causando perdas humanas, materiais, econômicas ou ambientais generalizadas que excedem a capacidade dessa sociedade ou comunidade de poder suportá-los utilizando seus próprios recursos. Afetam negativamente a vida, as capacidades de subsistência e a indústria, provocando mudanças permanentes às sociedades humanas, ecossistemas, meio ambiente e abalando a capacidade de sobreviver e prosperar. [...] Os desastres são potencializados por riscos inadequadamente gerenciados, como má administração de recursos ou despreparo de populações para enfrentar situações adversas. Assim, por mais que não se controle o acontecimento de um desastre, é possível e há que se prevenir para tais eventualidades.¹³

Os desastres e a pobreza estão relacionados, especialmente no mundo em desenvolvimento, pois os riscos de desastres estão concentrados nos países em desenvolvimento. Também, desastres e conflitos constituem fatores que dificultam o desenvolvimento das nações. Os desastres se relacionam com as questões ambientais, principalmente com os riscos. A degradação do meio ambiente resulta na perda de defesas naturais, pois aumenta a vulnerabilidade de comunidades humanas às catástrofes naturais.¹⁴

A vulnerabilidade é diferente do risco. Enquanto que o risco implica na exposição a perigos externos em relação aos quais as pessoas têm um controle limitado, a vulnerabilidade mede a capacidade de combate a tais perigos sem que se sofra, em longo prazo, uma potencial perda de bem-estar.¹⁵

¹⁰ KAEFER, Érica Marta Ceccatto; *et al.* **Desastres ambientais e conflitos.** p. 253. Disponível em: <http://www.sinus.org.br/2011/press/downloads/pnuma.pdf>. Acesso em: 20 mai. 2019.

¹¹ KAEFER, Érica Marta Ceccatto; *et al.* **Desastres ambientais e conflitos.** p. 253. Disponível em: <http://www.sinus.org.br/2011/press/downloads/pnuma.pdf>. Acesso em: 20 mai. 2019.

¹² BRASIL. **Decreto n. 7.257, de 4 de agosto de 2010.** Regulamenta a Medida Provisória n. 494 de 2 de julho de 2010, para dispor sobre o Sistema Nacional de Defesa Civil – SINDEC. Diário Oficial da União, Brasília, 2010. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/Decreto/D7257.htm. Acesso em: 12 julh. 2019.

¹³ KAEFER, Érica Marta Ceccatto; *et al.* **Desastres ambientais e conflitos.** p. 246. Disponível em: <http://www.sinus.org.br/2011/press/downloads/pnuma.pdf>. Acesso em: 20 mai. 2019.

¹⁴ KAEFER, Érica Marta Ceccatto; *et al.* **Desastres ambientais e conflitos.** p. 248. Disponível em: <http://www.sinus.org.br/2011/press/downloads/pnuma.pdf>. Acesso em: 20 mai. 2019.

¹⁵ KAEFER, Érica Marta Ceccatto; *et al.* **Desastres ambientais e conflitos.** p. 248. Disponível em: <http://www.sinus.org.br/2011/press/downloads/pnuma.pdf>. Acesso em: 20 mai. 2019.

Os principais fatores que causam a conversão do risco em vulnerabilidade são a pobreza e o baixo desenvolvimento humano das nações em desenvolvimento. A vulnerabilidade do meio ambiente diante da intervenção da espécie humana causa cada vez mais riscos para o próprio ser humano que a produz e reproduz, em longo e curto prazo e em diferentes períodos. Os riscos também estão ligados com o avanço do desenvolvimento das nações e com o aumento da exploração do meio ambiente ou com o avanço da utilização dos recursos naturais.

Portanto, a sociedade e os Estados devem utilizar e gerir seus recursos naturais de forma mais sustentável para evitar as crises ambientais e ecológicas. O meio ambiente ou natureza e os recursos naturais devem ser reconhecidos como elemento fundamental para a construção de estratégias de redução de risco de desastres.

2 OS DANOS E RISCOS AMBIENTAIS COMO CONSEQUÊNCIAS DA GLOBALIZAÇÃO

A atividade da ação humana modificou a camada natural da Terra e do mundo. Hoje, a evolução da globalização no mundo, causa os problemas ligados ao meio ambiente. A partir dos anos 70, aumentaram as lutas ecológicas de defesa ambiental e os conflitos ambientais, pois era a luta da sociedade pela qualidade da água, do ar e da terra, ameaçadas pela contaminação, poluição e degradação. Nos anos 80, os problemas ambientais passaram ser percebidos como danos e riscos tanto locais quanto global.

O desenvolvimento industrial moderno causado pela globalização causa as alterações no meio ambiente e no ser humano e causa o risco tanto local quanto global. O risco é uma situação de incerteza, pois “o risco não é o mesmo que infortúnio ou perigo. Risco se refere a infortúnios ativamente avaliados em relação a possibilidades futuras”.¹⁶

O risco não é o mesmo que acaso e perigo. O risco refere-se a perigos calculados em função de possibilidades futuras. [...] O risco implica a existência de uma sociedade que tenta activamente desligar-se do passado, na realidade, a primeira característica da civilização industrial da era moderna.¹⁷

O risco é característica da civilização industrial da era moderna e implica a existência de uma sociedade que tenta desligar-se do passado, mas que tenta ligar-se ao presente das gerações. Consequentemente, quando os riscos são conhecidos ou certos, “a probabilidade de risco e quando se alcança um acordo sobre os valores econômicos que são atribuídos aos danos”,¹⁸ podem ser medidos os danos. E quando os riscos são desconhecidos ou incertos e não podem ser medidos os danos, aplica-se o instrumento do princípio da precaução. É possível aplicar diversos instrumentos em situações diferentes dependendo de ser conhecida ou não a probabilidade de riscos.

A globalização nas dimensões políticas e culturais causa o risco ambiental e ecológico, que está ligado a crescente desigualdade social e econômica. “Mas a globalização está se tornando cada vez mais

¹⁶ GIDDENS, Anthony. **Mundo em descontrolo**: o que a globalização está fazendo de nós. 6. ed. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Record, 2007, p. 33.

¹⁷ GIDDENS, Anthony. **O mundo na era da globalização**. Tradução de Saul Barata. Lisboa: Editorial Presença, 2000, p. 32-33.

¹⁸ ALIER, Joan Martínez. **O ecologismo dos pobres**: conflitos ambientais e linguagens de valoração. Tradução de Maurício Waldman. 2. ed. São Paulo: Contexto, 2012, p. 251.

descentralizada, não submetida ao controle de nenhum grupo de Nações”.¹⁹ A globalização está causando uma nova desordem mundial, pois a Nação-Estado está cada vez mais perdendo o controle de domínio da ordem. A globalização causa uma catástrofe natural das Nações-Estados, em escala mundial. No que refere à desordem mundial e a catástrofe natural das Nações-Estados, “suas causas não são plenamente compreendidas; ele não pode ser previsto com exatidão mesmo que as causas sejam conhecidas; e com certeza não pode ser evitado mesmo que previsto”.²⁰

A globalização pode assim ser definida como a intensificação das relações sociais em escala mundial, que ligam localidades distantes de tal maneira que acontecimentos locais são modelados por eventos ocorrendo a muitas milhas de distância e vice-versa.²¹

Desse modo, a globalização refere-se a processos de conexão entre diferentes localidades ou contextos sociais que ocorrem na superfície da Terra como um todo.²² As dimensões políticas e culturais da globalização referem-se a tempo e espaço e os usos do tempo e do espaço são distintos no globo. “A globalização tanto divide como une; divide enquanto une; e as causas da divisão são idênticas as que promovem a uniformidade do globo”.²³

Dessa forma, “a globalização, simultaneamente una e plural, conhece sua própria crise, que reúne e desune, unifica e separa,”²⁴ pois os processos da globalização geram crises múltiplas e variadas em escala planetária. “A crise ecológica acentua-se com a degradação crescente da biosfera, que por si mesma, vai provocar novas crises econômicas, sociais e políticas”.²⁵

Os efeitos da globalização e dos riscos civilizatórios põem em perigo a natureza e o meio ambiente, pois “los riesgos de la modernizacion poseen una tendencia inmanente a la globalizacion. A la produccion industrial le acompaña un universalismo de los peligros, independientemente de los lugares de su produccion”.²⁶ Desse modo, a globalização causa efeitos primários e secundários na produção industrial, transformando os riscos em perigos.

Os processos das dimensões da globalização causam o avanço da segregação espacial e temporal e o aumento da separação e exclusão social, pois os efeitos da globalização são desiguais no globo, causando a desordem mundial. As dimensões da globalização como ambiental, social, econômica, política e cultural são processos de mudança de tempo e de espaço. O risco ambiental e ecológico, tanto no tempo quanto no espaço, é causado pela interferência humana e é influenciado pelas dimensões da globalização.

Nossa sociedade vive após o fim da natureza. O fim da natureza não significa, obviamente, que o mundo físico ou os processos deixam de existir. Significa que

¹⁹ GIDDENS, Anthony. **Mundo em descontrole:** o que a globalização está fazendo de nós. 6. ed. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Record, 2007, p. 26.

²⁰ BAUMAN, Zygmunt. **Globalização:** as consequências humanas. Tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Zahar, 1999, p. 65.

²¹ GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade.** Tradução de Raul Fiker. São Paulo: Unesp, 1991, p. 60.

²² GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade.** Tradução de Raul Fiker. São Paulo: Unesp, 1991, p. 60.

²³ BAUMAN, Zygmunt. **Globalização:** as consequências humanas. Tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Zahar, 1999, p. 8.

²⁴ MORIN, Edgar. **A via:** para o futuro da humanidade. Tradução de Edgard de Assis Carvalho e Mariza Perassi Bosco. 2. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2015, p. 24.

²⁵ MORIN, Edgar. **A via:** para o futuro da humanidade. Tradução de Edgard de Assis Carvalho e Mariza Perassi Bosco. 2. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2015, p. 25.

²⁶ BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo:** hacia una nueva modernidad. 5. ed. Traducción de Jorge Navarro; Daniel Jiménez y Maria Rosa Borrás. Barcelona: Paidós, 2014, p. 52.

poucos aspectos do ambiente material que nos cerca deixaram de ser afetados de certo modo pela intervenção humana.²⁷

Os riscos fabricados ou criados pela ação humana não afeta somente a natureza, mas afeta também outros fatores da vida, pois à medida que o risco provocado pelo ser humano se expande, o risco torna-se mais arriscado. A maioria dos riscos ambientais são riscos fabricados ou criados pela intervenção humana, não são fabricados pelos eventos naturais. “O risco fabricado não se liga apenas a natureza ou ao que antes era natureza”.²⁸

Os riscos fabricados ou criados na modernidade são desenvolvidos na sociedade industrial, porquanto os riscos são causados pelo crescimento exponencial dos resíduos produtivos no processo de modernização. Na modernidade, os riscos da atividade industrial ameaçam a civilização e a vida dos seres vivos no planeta Terra, pois a humanidade está destruindo a vida na Terra.

Na modernização ou modernidade avançada, a produção social de riquezas e capital é acompanhada pela produção social de riscos, portanto, os problemas e os conflitos da sociedade industrial são substituídos pelos problemas e conflitos, surgidos na produção dos riscos produzidos.²⁹ Os riscos são gerados em nível mais avançado do desenvolvimento das atividades produtivas.

Con el reparto y el incremento de los riesgos surgen situaciones sociales de peligro. Ciertamente, en algunas dimensiones éstas siguen a la desigualdad de las situaciones de clases y de capas, pero hacen valer una lógica de reparto esencialmente diferente: los riesgos de la modernización afectan más tarde o más temprano también a quienes los producen o se benefician de ellos. Contienen un efecto bumerang que haces saltar por los aires el esquema de clases. Tampoco los ricos y poderosos están seguros ante ellos.³⁰

O efeito bumerangue dos riscos é ocasionado pela poluição e destruição da natureza ou meio ambiente natural, causado no processo de industrialização e modernização. Os riscos primários causam não apenas efeitos na saúde do ser humano, mas os riscos secundários causam efeitos sociais, econômicos e políticos na sociedade.

Contenido en la globalización y sin embargo claramente diferente de ella es un modelo de reparto de los riesgos en el que se encierra una buena cantidad de dinamita política: los riesgos afectan más tarde o más temprano a quienes los producen o se benefician de ellos. Los riesgos muestran en su difusión un efecto social de bumerang.³¹

Desse modo, o risco é característica principal da civilização industrial moderna e, o risco liga ao progresso da modernidade, como também ao futuro da humanidade, causando a ameaça da natureza ecológica. A ameaça da natureza ecológica requer uma mudança de pensamento, na maneira de pensar a complexidade

²⁷ GIDDENS, Anthony. **Mundo em descontrol:** o que a globalização está fazendo de nós. 6. ed. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Record, 2007, p. 37.

²⁸ GIDDENS, Anthony. **Mundo em descontrol:** o que a globalização está fazendo de nós. 6. ed. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Record, 2007, p. 37.

²⁹ BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo:** hacia una nueva modernidad. Traducción de Jorge Navarro; Daniel Jiménez y Maria Rosa Borrás. Barcelona: Paidós, 2006, p. 25.

³⁰ BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo:** hacia una nueva modernidad. Traducción de Jorge Navarro; Daniel Jiménez y Maria Rosa Borrás. Barcelona: Paidós, 2006, p. 28-29.

³¹ BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo:** hacia una nueva modernidad. Traducción de Jorge Navarro; Daniel Jiménez y Maria Rosa Borrás. Barcelona: Paidós, 2006, p. 43.

da sociedade e da relação entre humanidade e natureza. O colapso da natureza ecológica também requer uma mudança no modo de civilização, de sociedade e de vida.³²

A sociedade moderna não percebe a humanidade como um conjunto de sistema interligado, como não compreende o futuro como um período pós-moderno integrado com o período vindouro, pois a evolução da humanidade contemporânea marcha rumo à posteridade.³³

Diante dos problemas dos desastres ambientais, “a comunidade de destino da espécie humana exige uma política da humanidade; essa política seria fundada no conceito de Terra-Pátria, que inclui a consciência do destino comum, [...] da origem comum da humanidade.”³⁴ A Terra-Pátria inclui a preocupação de proteger a unidade humana. Deste modo, “la comunidad de destino de la especie humana frente a problemas vitales y mortales comunes exige una política de la humanidad; se basaría en el concepto de Tierra-Patria, que supone la conciencia del destino, la identidad y del origen común de toda la humanidad”.³⁵

La toma de conciencia de esa comunidad de destino debe convertirse en el acontecimiento clave del siglo XXI: debemos sentirnos solidarios con este planeta cuya vida condiciona la nuestra. [...] Para ser ciudadanos plenos de la Tierra, debemos necesariamente cambiar nuestra forma de vivir en ella. [...] Es indudable que nuestra conciencia ecológica progresa a saltos, local y globalmente, como consecuencia de diferentes estragos, deterioros y catástrofes.³⁶

A consciência ecológica da comunidade de destino progride do local ao global, do social ao político. Assim, todos os seres humanos habitam a Terra-Pátria comum da humanidade, pois é imprescindível tomar consciência de nossa comunidade de destino de seres humanos de todas as origens, de todas as espécies, ameaçadas pelos perigos e riscos. O planeta Terra é nosso lar, é nossa Terra-Pátria.³⁷

Consequentemente, a via seguida pela humanidade conduz ao aumento dos perigos e riscos econômicos, sociais, ambientais e políticos, pois se trata de mudar de via por meio da consciência ecológica, da reforma do pensamento e da concepção do mundo. As vias para prevenir e conter as ameaças ecológicas não são apenas técnicas, mas são reformas do nosso modo de pensar na relação entre a humanidade e o meio ambiente ou natureza, como também buscar reformas de civilização e de sociedade, reformas da vida.³⁸

Atualmente, a sociedade moderna busca um novo humanismo baseado na percepção antropocêntrica e ecocêntrica de mundo, como também, busca uma nova política de civilização, pois a humanidade atual procura uma interdependência de passado, de presente e de futuro. A sociedade moderna procura:

Um humanismo revisitado, regenerado, que não é mais a justificação antropocêntrica de uma divinização do homem, que seria destinado a conquistar a Terra, por meio da modernidade. Mas um humanismo planetário, que comporta uma conscientização da Terra-Pátria como comunidade de destino, de origem.³⁹

³² BAUMAN, Zygmunt. **Ética pós-moderna**. Tradução de João Rezende Costa. São Paulo: Paulus, 1997, p. 53.

³³ BAUMAN, Zygmunt. **Ética pós-moderna**. Tradução de João Rezende Costa. São Paulo: Paulus, 1997, p. 53.

³⁴ MORIN, Edgar. **A via: para o futuro da humanidade**. Tradução de Edgard de Assis Carvalho e Mariza Perassi Bosco. 2. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2015, p. 57.

³⁵ MORIN, Edgar. **La vía para el futuro de la humanidad**. Traducción de Núria Petit Fontseré. Barcelona: Paidós, 2011, p. 47.

³⁶ MORIN, Edgar. **La vía para el futuro de la humanidad**. Traducción de Núria Petit Fontseré. Barcelona: Paidós, 2011, p. 81-82.

³⁷ MORIN, Edgar. **A via: para o futuro da humanidade**. Tradução de Edgard de Assis Carvalho e Mariza Perassi Bosco. 2. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2015, p. 104-105.

³⁸ MORIN, Edgar. **A via: para o futuro da humanidade**. Tradução de Edgard de Assis Carvalho e Mariza Perassi Bosco. 2. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2015, p. 103.

³⁹ MORIN, Edgar. **Para onde vai o mundo?** Tradução de Francisco Morás. Petrópolis: Vozes, 2010, p. 8.

O novo humanismo revisitado, regenerado, busca “a emergência planetária da humanidade ou a emergência da humanidade planetária”.⁴⁰ Consequentemente, todas as crises comportam a dimensão planetária, como todas as crises do presente se baseiam no passado. A humanidade não é somente uma comunidade planetária, mas uma comunidade de destino, pois “a humanidade viveu sua morte potencial antes mesmo de ter sido concebida, é a ameaça de aniquilamento”⁴¹ da espécie humana. Deste modo, a sociedade moderna busca a consciência ecológica, a justificação ecocêntrica, por meio da consciência ecológica, da consciência da comunidade de destino da espécie humana, da comunidade planetária.

3 A MEDIAÇÃO AMBIENTAL ENQUANTO RESOLUÇÃO DE CONFLITOS NOS DANOS CAUSADOS PELOS DESASTRES AMBIENTAIS

A humanidade ou toda a sociedade são vítimas da crescente poluição e degradação ambiental planetária, pois a poluição e a degradação do meio ambiente são causadas pelo crescimento da sociedade moderna. O desenvolvimento da sociedade moderna causa a crise ambiental e ecológica.⁴² “Os riscos inerentes às práticas poluidoras e destrutivas que as técnicas produzem, mas não controlam, poderiam atingir qualquer ser humano, independentemente de origem”⁴³ e situação social e econômica. A crise ambiental é o colapso na relação entre o crescimento da população e o crescimento econômico e social, baseado no uso ilimitado de recursos naturais.

Desse modo, “a crise ambiental e ecológica é entendida como global, generalizada, atingindo a todos de maneira indistinta”,⁴⁴ pois todos os seres humanos são vítimas da poluição e degradação ambiental porque vivemos no ecossistema global, o planeta Terra. Também, o colapso ambiental e ecológico é causado pela humanidade e civilização, pois “os seres humanos são responsáveis pelo processo de destruição das formas naturais do ambiente e da vida”,⁴⁵ de todas as espécies de vida que vivem na Terra. A crise ambiental é a crise de civilização e de pensamento da modernidade, que criou um mundo de domínio e controle sobre a natureza e o meio ambiente, pois “a crise ambiental é principalmente um problema do conhecimento”.⁴⁶

A crise ambiental é a crise do nosso tempo. Não é uma catástrofe ecológica, mas o efeito do pensamento com o qual construímos e destruimos o nosso mundo. Esta crise de civilização se nos apresenta como um limite na ordem do real, que ressignifica e reorienta o curso da história; limite do crescimento econômico e populacional, limite dos desequilíbrios ecológicos, das capacidades de sustentação da vida e da degradação entrópica do planeta Terra; limite da pobreza e da desigualdade social.⁴⁷

⁴⁰ MORIN, Edgar. **Para onde vai o mundo?** Tradução de Francisco Morás. Petrópolis: Vozes, 2010, p. 36.

⁴¹ MORIN, Edgar. **Para onde vai o mundo?** Tradução de Francisco Morás. Petrópolis: Vozes, 2010, p. 37.

⁴² ACSELRAD, Henri; MELLO, Cecília Campello do Amaral; BEZERRA, Gustavo das Neves. **O que é justiça ambiental.** Rio de Janeiro: Garamond, 2009, p. 11.

⁴³ ACSELRAD, Henri; MELLO, Cecília Campello do Amaral; BEZERRA, Gustavo das Neves. **O que é justiça ambiental.** Rio de Janeiro: Garamond, 2009., p. 11.

⁴⁴ ACSELRAD, Henri; MELLO, Cecília Campello do Amaral; BEZERRA, Gustavo das Neves. **O que é justiça ambiental.** Rio de Janeiro: Garamond, 2009., p. 12.

⁴⁵ ACSELRAD, Henri; MELLO, Cecília Campello do Amaral; BEZERRA, Gustavo das Neves. **O que é justiça ambiental.** Rio de Janeiro: Garamond, 2009., p. 12.

⁴⁶ LEFF, Enrique. **Saber ambiental:** sustentabilidade, racionalidade, complexidade, poder. Tradução de Lúcia Mathilde Endlich Orth. 8. ed. Petrópolis: Vozes, 2011, p. 416.

⁴⁷ LEFF, Enrique. **Saber ambiental:** sustentabilidade, racionalidade, complexidade, poder. Tradução de Lúcia Mathilde Endlich Orth. 8. ed. Petrópolis: Vozes, 2011, p. 416.

O conflito social e o risco ambiental causado pelos desastres ambientais causam a crise ecológica e ambiental, na sociedade moderna. A crise ecológica contemporânea é permanente, decorrendo do fracasso das instituições responsáveis pelo controle de riscos incontrolláveis e incalculáveis causados pela sociedade de risco. As ameaças da sociedade pós-industrial e das novas tecnologias romperam com o controle que calcula o risco e o perigo no tempo e no espaço.

A crise ecológica decorre de uma inadequação institucional, pois haveria uma diferença entre o risco na sociedade industrial (que pode ser previsto e assumido pelo seguro) e a ameaça da sociedade “pós-industrial” de risco (que não pode ser controlado e assumido pelo seguro). As ameaças das novas tecnologias teriam rompido os quatro pilares do seguro privado, que calculavam o incalculável – a compensação, a antecipação das consequências, a limitação temporal e espacial e a causalidade estrita com individualização de responsabilidades. A sociedade de risco surgiria no momento em que os riscos se desconectam desses fundamentos do seguro e da “calculabilidade”.⁴⁸

Na sociedade pós-industrial, “os riscos ambientais são diferenciados e desigualmente distribuídos pela capacidade de os grupos sociais escaparem aos efeitos das fontes de tais riscos”.⁴⁹ A poluição, a degradação ambiental e os desastres ambientais podem afetar de forma variável os diferentes grupos sociais e “que a desigual exposição aos riscos deve-se ao diferencial de mobilidade entre os grupos sociais: os mais ricos conseguiriam escapar aos riscos e os mais pobres circulariam no interior de um circuito de risco”.⁵⁰

Nos últimos anos, os conflitos sociais, ambientais e naturais aumentaram em todas as partes do mundo, e eles se baseiam não apenas em previsões futuras de riscos, mas também na utilização insustentável de recursos naturais, pois a poluição do ar, água, solo e a extinção de espécies causam desequilíbrio no ecossistema ou no Planeta Terra.

Os conflitos sociais e ambientais destacam a relação entre a suscetibilidade aos riscos e danos ambientais, e as diferentes condições econômicas, sociais e culturais, dos diferentes grupos sociais. Os conflitos sociais, ambientais e ecológicos se resolvem por meio da mediação ambiental. A mediação ambiental consiste na complexidade dos conflitos ambientais e ecológicos que, não se restringem a ocorrência de um simples dano, como ocorre em outras áreas, onde o dano poderá ser reparado ou, na sua impossibilidade, o prejudicado ser ressarcido.⁵¹

Desse modo, “os conflitos ambientais vão muito além, envolvendo além do dano em si, aspectos sociais, econômicos, culturais, dentre outros”.⁵² O meio ambiente está protegido no artigo 225 da Constituição Federal de 1988, como bens coletivos e difusos e “sobre pessoas indeterminadas e ligadas por circunstância

⁴⁸ ACSELRAD, Henri; MELLO, Cecília Campello do Amaral. Conflito social e risco ambiental: o caso de um vazamento de óleo na Baía de Guanabara. In: ALIMONDA, Héctor Alberto (org.). **Ecologia política: natureza, sociedad y utopia**. Buenos Aires: CLACSO, 2002, p. 294. Disponível em: <<http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/ecologia/acselrad.pdf>>. Acesso em: 20 dez. 2018.

⁴⁹ ACSELRAD, Henri. Ambientalização das lutas sociais: o caso do movimento por justiça ambiental. **Estudos Avançados**, a. 24, n. 68, p. 103-119, 2010, p. 109. Disponível em: <http://www.niesbf.uerj.br/arquivos/ambientalizacao.pdf>. Acesso em: 20 dez. 2018.

⁵⁰ ACSELRAD, Henri. Ambientalização das lutas sociais: o caso do movimento por justiça ambiental. **Estudos Avançados**, a. 24, n. 68, p. 103-119, 2010, p. 109. Disponível em: <http://www.niesbf.uerj.br/arquivos/ambientalizacao.pdf>. Acesso em: 20 dez. 2018.

⁵¹ FREITAS, Gilberto Passos de; AHMED, Flavio. A mediação na resolução de conflitos ambientais. Revista OAB, Rio de Janeiro, v. 28, n. 2, p. 1-23, dez./mai., 2017, p. 11. Disponível em: <http://revistaelectronica.oabrg.org.br/?artigo=a-mediacao-na-resolucao-de-conflitos-ambientais>. Acesso em: 8 de fev. de 2019.

⁵² FREITAS, Gilberto Passos de; AHMED, Flavio. A mediação na resolução de conflitos ambientais. Revista OAB, Rio de Janeiro, v. 28, n. 2, p. 1-23, dez./mai., 2017, p. 11. Disponível em: <http://revistaelectronica.oabrg.org.br/?artigo=a-mediacao-na-resolucao-de-conflitos-ambientais>. Acesso em: 8 de fev. de 2019.

de fato, sendo indivisível”, no entanto, “não seria passível de mediação ou outro meio alternativo de solução de litígios, como a transação, a negociação e o Termo de Ajustamento de Conduta”.⁵³

Nos últimos anos, a humanidade discute cada vez mais a problemática ambiental, e busca alternativas de preservação do meio ambiente, com o fim de buscar soluções que garantam, de forma mais rápida, a efetividade da tutela do meio ambiente. A manutenção do equilíbrio ecológico é essencial, pois quanto antes o perigo da ocorrência de dano for afastado ou o dano ambiental for reparado, a proteção do meio ambiente e das presentes e futuras gerações será mais eficaz. Assim, prevenir ou evitar danos e riscos ambientais e a melhor forma de tutela do meio ambiente. Nesse sentido, são importantes às formas extrajudiciais, de resolução de conflitos ambientais, como: a mediação e a arbitragem, para que se garantam mais efetividade e celeridade à proteção do meio ambiente.⁵⁴

Dentre os principais métodos utilizados para resolução dos conflitos pela via extrajudicial, pode-se citar a conciliação, a mediação e a arbitragem.

- (i) conciliação – é meio extrajudicial de solução na qual as próprias partes buscam uma solução. Podem ocorrer três hipóteses: a desistência, quando uma das partes renuncia à sua pretensão; a submissão, em que uma das partes aceita a pretensão alheia, e a transação, quando há concessões recíprocas;
- (ii) arbitragem – é o meio heterocompositivo de solução em que as partes escolhem um árbitro para resolver o conflito, que poderá ser pautado por limites (cláusula arbitral), sendo que no fim, as partes estariam vinculadas em termos a uma sentença arbitral;
- (iii) mediação – é um meio autocompositivo (não vincula as partes) de solução mais branda.⁵⁵

(ii)

A mediação não se confunde com conciliação, embora sejam comuns os dois institutos. “A conciliação é uma atividade tecnicamente menos elaborada do que a mediação e consiste na intervenção de um conciliador, promovendo a escuta das partes em conflito, sugerindo as possíveis soluções”.⁵⁶ “A mediação ambiental como técnica de resolução de conflitos, exige uma visão multidisciplinar do problema, [...] de forma mais célere, contribui para resolução dos conflitos das partes”, para a preservação dos recursos naturais e proteção do meio ambiente.⁵⁷

⁵³ FREITAS, Gilberto Passos de; AHMED, Flavio. A mediação na resolução de conflitos ambientais. Revista OAB, Rio de Janeiro, v. 28, n. 2, p. 1-23, dez./mai., 2017, p. 12. Disponível em:

<http://revistaelectronica.oabrg.org.br/?artigo=a-mediacao-na-resolucao-de-conflitos-ambientais>. Acesso em: 8 de fev. de 2019.

⁵⁴ SARTORI, Maria Betânia Medeiros. A mediação e a arbitragem na Resolução dos Conflitos Ambientais. **Direitos Culturais**. Santo Ângelo, v. 6, n. 10, p. 89-98, jan./jun., 2011, p. 90-91. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/277846289_A_MEDIACAO_E_A_ARBITRAGEM_NA_RESOLUCAO_DOS_CONFLITOS_AMBIENTAIS/fulltext/558aa00808aeae8413bd501f/277846289_A_MEDIACAO_E_A_ARBITRAGEM_NA_RESOLUCAO_DOS_CONFLITOS_AMBIENTAIS.pdf. Acesso em: 20 jun. 2019.

⁵⁵ THEODORO, Suzi Huff *apud* SARTORI, Maria Betânia Medeiros. A mediação e a arbitragem na Resolução dos Conflitos Ambientais. **Direitos Culturais**. Santo Ângelo, v. 6, n. 10, p. 89-98, jan./jun., 2011, p. 93. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/277846289_A_MEDIACAO_E_A_ARBITRAGEM_NA_RESOLUCAO_DOS_CONFLITOS_AMBIENTAIS/fulltext/558aa00808aeae8413bd501f/277846289_A_MEDIACAO_E_A_ARBITRAGEM_NA_RESOLUCAO_DOS_CONFLITOS_AMBIENTAIS.pdf. Acesso em: 20 jun. 2019.

⁵⁶ SARTORI, Maria Betânia Medeiros. A mediação e a arbitragem na Resolução dos Conflitos Ambientais. **Direitos Culturais**. Santo Ângelo, v. 6, n. 10, p. 89-98, jan./jun., 2011, p. 94. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/277846289_A_MEDIACAO_E_A_ARBITRAGEM_NA_RESOLUCAO_DOS_CONFLITOS_AMBIENTAIS/fulltext/558aa00808aeae8413bd501f/277846289_A_MEDIACAO_E_A_ARBITRAGEM_NA_RESOLUCAO_DOS_CONFLITOS_AMBIENTAIS.pdf. Acesso em: 20 jun. 2019.

⁵⁷ SARTORI, Maria Betânia Medeiros. A mediação e a arbitragem na Resolução dos Conflitos Ambientais. **Direitos Culturais**. Santo Ângelo, v. 6, n. 10, p. 89-98, jan./jun., 2011, p. 94. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/277846289_A_MEDIACAO_E_A_ARBITRAGEM_NA_RESOLUCAO_DOS_CONFLITOS_AMBIENTAIS/fulltext/558aa00808aeae8413bd501f/277846289_A_MEDIACAO_E_A_ARBITRAGEM_NA_RESOLUCAO_DOS_CONFLITOS_AMBIENTAIS.pdf. Acesso em: 20 jun. 2019.

A mediação e a arbitragem são meios extrajudiciais de solução de conflitos que podem ser aplicados para resolução dos conflitos ambientais. Nessas formas de resolução de conflitos, há uma maior participação da sociedade na busca de soluções, através do diálogo e através da construção conjunta de um consenso, do que ocorre quando a resolução da disputa é levada ao Poder Judiciário.⁵⁸

A mediação ambiental na resolução de conflitos, especialmente nos casos de danos e riscos causados pelos desastres ambientais não constitui uma forma eficaz de solução, principalmente nas questões que envolvam crimes contra a saúde pública, contra a vida humana e danos ao meio ambiente, causados pelos desastres ambientais.

Deste modo, há (in) eficácia da mediação na resolução de conflitos ambientais nas questões que envolvam crimes contra a sociedade e o meio ambiente. Os conflitos que tratam de crimes contra a saúde pública, a vida humana e ambiental, na maioria dos casos, não são resolvidos por meio da mediação de resolução de conflitos.

Porém, a mediação ambiental de resolução de conflitos não é eficaz porque as questões que tratam de crimes contra a vida humana e ambiental infringem os direitos fundamentais assegurados no artigo 225 da Constituição Federal de 1988, como a proteção da dignidade da pessoa humana e a preservação do meio ambiente.

A mediação ambiental envolvendo direitos indisponíveis, acerca da celebração de ajustamento de conduta, seja o judicial ou o extrajudicial: mesmo se tratando de questão posta em juízo, não há possibilidade de transigir sobre o objeto do direito (direito a dignidade da pessoa humana art. 1º inciso II da CF e, ao meio ambiente saudável e equilibrado art. 225 da CF) apenas de definir prazos, condições, lugar e forma de cumprimento, ainda que se utilize o termo transação.⁵⁹

A mediação ambiental na negociação quanto à forma de cumprimento dos deveres jurídicos de direitos de natureza transindividual, é a forma mais eficaz de tutela coletiva. Entretanto, não é a forma mais eficaz de resolução destes mesmos conflitos pela vida humana (sobre o objeto do direito, o direito indisponível) que é um direito humano e fundamental constitucional.⁶⁰

A mediação pode ser a melhor forma de resolução de conflitos e o método eficaz para lidar com conflitos complexos e multifacetados, com múltiplos interesses, buscando compensações e soluções. Pois, “a resolução dos conflitos pela via extrajudicial é um mecanismo importante, pois apresenta inúmeras vantagens sobre o meio jurisdicional de pacificação social, destacando, dentre elas, a celeridade na resolução dos conflitos”.⁶¹ Porém, é o método ineficaz para lidar com conflitos complexos e multifacetados, com múltiplos

⁵⁸ SARTORI, Maria Betânia Medeiros. A mediação e a arbitragem na Resolução dos Conflitos Ambientais. **Direitos Culturais**. Santo Ângelo, v. 6, n. 10, p. 89-98, jan./jun., 2011, p. 97. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/277846289_A_MEDIACAO_E_A_ARBITRAGEM_NA_RESOLUCAO_DOS_CONFLITOS_AMBIENTAIS/fulltext/558aa00808aeae8413bd501f/277846289_A_MEDIACAO_E_A_ARBITRAGEM_NA_RESOLUCAO_DOS_CONFLITOS_AMBIENTAIS.pdf. Acesso em: 20 jun. 2019.

⁵⁹ FREITAS, Gilberto Passos de; AHMED, Flavio. A mediação na resolução de conflitos ambientais. **Revista OAB**, Rio de Janeiro, v. 28, n. 2, p. 1-23, dez./mai., 2017, p. 15. Disponível em: <http://revistaelectronica.oabrg.org.br/?artigo=a-mediacao-na-resolucao-de-conflitos-ambientais>. Acesso em: 8 de fev. de 2019.

⁶⁰ FREITAS, Gilberto Passos de; AHMED, Flavio. A mediação na resolução de conflitos ambientais. **Revista OAB**, Rio de Janeiro, v. 28, n. 2, p. 1-23, dez./mai., 2017, p. 15. Disponível em: <http://revistaelectronica.oabrg.org.br/?artigo=a-mediacao-na-resolucao-de-conflitos-ambientais>. Acesso em: 8 de fev. de 2019.

⁶¹ SARTORI, Maria Betânia Medeiros. A mediação e a arbitragem na Resolução dos Conflitos Ambientais. **Direitos Culturais**. Santo Ângelo, v. 6, n. 10, p. 89-98, jan./jun., 2011, p. 93. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/277846289_A_MEDIACAO_E_A_ARBITRAGEM_NA_RESOLUCAO_DOS_CONFLITOS_AMBIENTAIS/fulltext/558aa00808aeae8413bd501f/277846289_A_MEDIACAO_E_A_ARBITRAGEM_NA_RESOLUCAO_DOS_CONFLITOS_AMBIENTAIS.pdf.

interesses e necessidades, quando se tratar de crimes contra a saúde pública, contra a vida humana e o meio ambiente, especialmente nos crimes, danos e riscos ambientais causados pelos desastres ambientais.

A interação humana permite a prevenção da condição humana pela preservação dos desejos. Talvez não haja uma solução para a crise ecológica e civilizatória sem uma mudança de ecologia dos afetos e desejos que altere o destino da humanidade. A ecologia dos afetos busca a reconstrução dos vínculos amorosos e afetivos na resolução dos conflitos. Assim, cada vez mais o conflito ambiental e ecológico dependerá de uma política focalizada no destino dos afetos. O desequilíbrio ecológico não poderá ser resolvido sem a política dos afetos e os vínculos sociais.⁶²

A ecologia dos desejos busca o reconhecimento do outro, que impede a destruição da condição humana ou a destruição de uma sociedade, buscando a harmonia absoluta nos casos de conflitos civilizatórios. A ecologia dos afetos evita a deterioração do espaço político e social, por uma reinvenção do outro. Deste modo, é por meio da ecologia dos afetos e desejos que adquire novas formas de construção de vida na sociedade, de construção de resolução de conflitos civilizatórios.⁶³

Portanto, a mediação ambiental busca a melhor forma de resolução de conflitos entre as partes envolvidas nos danos e crimes contra o meio ambiente, é o método eficaz de resolver os problemas relacionados aos danos e riscos contra o meio ambiente, causado pelos desastres ambientais. Entretanto, não busca a melhor forma de resolução de conflitos e não é o método eficaz de resolver os problemas relacionados aos danos e crimes contra a vida do ser humano, causados pelos desastres ambientais. É indispensável buscar o reconhecimento do outro, a ecologia dos desejos e afetos, o consenso comum, visando à harmonia entre as partes envolvidas nos conflitos ambientais e civilizatórios.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O objetivo do artigo propôs investigar a (in) eficácia da mediação ambiental nos danos e riscos ao ser humano e ao meio ambiente ou natureza, causados pelos desastres ambientais.

Diante disso, indagou no artigo, a (in) eficácia da mediação ambiental enquanto método de resolução de conflitos nos danos e crimes causados pelos desastres ambientais, e seus efeitos acarretados no ser humano e no meio ambiente ou natureza.

O artigo pesquisou os conflitos e desastres ambientais na sociedade industrial moderna. Os conflitos ambientais causados pelos desastres ambientais causam perigos, riscos e danos transfronteiriços, invisíveis e irreversíveis, no meio ambiente ou natureza e no ser humano.

Também, o artigo estudou os danos e riscos ambientais como consequências da globalização. Os processos da globalização acarretam perigos e riscos nos aspectos econômicos, sociais, ambientais, ecológicos e políticos na sociedade moderna.

[OS_AMBIENTAIS/fulltext/558aa00808aeae8413bd501f/277846289_A_MEDIACAO_E_A_ARBITRAGEM_NA_RESOLUCAO_DOS_CONFLITOS_AMBIENTAIS.pdf](https://ojs.ambiatais.org/fulltext/558aa00808aeae8413bd501f/277846289_A_MEDIACAO_E_A_ARBITRAGEM_NA_RESOLUCAO_DOS_CONFLITOS_AMBIENTAIS.pdf). Acesso em: 20 jun. 2019.

⁶² WARAT, Luis Alberto. **Manifestos para uma ecologia do desejo**. São Paulo: Editora Acadêmica, 1990, p. 131-132.

⁶³ WARAT, Luis Alberto. **Manifestos para uma ecologia do desejo**. São Paulo: Editora Acadêmica, 1990, p. 131-135.

Diante dessa perspectiva, o artigo investigou a (in) eficácia da mediação ambiental enquanto resolução de conflitos nos danos a vida do ser humano e ao meio ambiente ou natureza causados pelos desastres ambientais.

Por fim, o artigo evidenciou a (in) eficácia da mediação ambiental enquanto resolução de conflitos nos crimes contra a vida do ser humano, contudo demonstrou a eficácia da mediação ambiental enquanto resolução de conflitos nos danos contra o meio ambiente ou natureza causados pelos desastres ambientais.

REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

ACSELRAD, Henri. Ambientalização das lutas sociais: o caso do movimento por justiça ambiental. **Estudos Avançados**, a. 24, n. 68, p. 103-119, 2010. Disponível em: <http://www.niesbf.uerj.br/arquivos/ambientalizacao.pdf>. Acesso em: 20 dez. 2018.

_____; MELLO, Cecília Campello do Amaral; BEZERRA, Gustavo das Neves. **O que é justiça ambiental**. Rio de Janeiro: Garamond, 2009.

_____; MELLO, Cecília Campello do Amaral. Conflito social e risco ambiental: o caso de um vazamento de óleo na Baía de Guanabara. In: ALIMONDA, Héctor Alberto (org.). **Ecología política: naturaleza, sociedad y utopia**. Buenos Aires: CLACSO, 2002. p. 293-317. Disponível em: <http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/ecologia/acselrad.pdf>. Acesso em: 20 dez. 2018.

ALIER, Joan Martínez. **O ecologismo dos pobres: conflitos ambientais e linguagens de valoração**. Tradução de Maurício Waldman. 2. ed. São Paulo: Contexto, 2012. Título original: El ecologismo de los pobres: conflictos ambientales y lenguajes de valoración.

BAUMAN, Zygmunt. **Globalização: as consequências humanas**. Tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Zahar, 1999.

_____. **Ética pós-moderna**. Tradução de João Rezende Costa. São Paulo: Paulus, 1997.

BECK, Ulrich. **O que é globalização? Equívocos do globalismo: respostas à globalização**. Tradução de André Carone. São Paulo: Paz e Terra, 1999. Título original: Qué es la globalización? Falacias del globalismo, respuestas a la globalización.

_____. **¿Qué es la globalización? Falacias del globalismo, respuestas a la globalización**. Traducción de Bernardo Moreno y María Rosa Borrás. Barcelona: Paidós, 2008.

_____. **La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad**. Traducción de Jorge Navarro; Daniel Jiménez y Maria Rosa Borrás. Barcelona: Paidós, 2006. Título original: Risikogesellschaft. Auf dem weg in eine andere moderne.

_____. **La sociedad del riesgo:** hacia una nueva modernidad. 5. ed. Traducción de Jorge Navarro; Daniel Jiménez y Maria Rosa Borrás. Barcelona: Paidós, 2014. Título original: Risikogesellschaft. Auf dem weg in eine andere moderne.

_____. **La sociedad del riesgo global.** Traducción de Jesús Alborés Rey. 2. ed. Madrid: Siglo XXI de España Editores S. A, 2009. Título original: World risk society.

_____. **La sociedad del riesgo mundial:** en busca de la seguridad perdida. Barcelona: Paidós, 2008.

BRASIL. Decreto n. 7.257, de 4 de agosto de 2010. Regulamenta a Medida Provisória n. 494 de 2 de julho de 2010, para dispor sobre o Sistema Nacional de Defesa Civil – SINDEC. Diário Oficial da União, Brasília, 2010. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/Decreto/D7257.htm. Acesso em: 12 julh. 2019.

CARVALHO, Sonia Aparecida de; SOBRINHO, Liton Lanes Pilau; ZIBETTI, Fabiola Wust. Globalização e riscos ambientais e ecológicos: consequências da sociedade moderna. **Revista Eletrônica Direito e Política**, UNIVALI, Itajaí, v.12, n. 3, p. 1409- 1429, 2017. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica.

FREITAS, Gilberto Passos de; AHMED, Flavio. A mediação na resolução de conflitos ambientais. Revista OAB, Rio de Janeiro, v. 28, n. 2, p. 1-23, dez./mai., 2017. Disponível em:

<http://revistaelectronica.oabrij.org.br/?artigo=a-mediacao-na-resolucao-de-conflitos-ambientais>. Acesso em: 8 de fev. de 2019.

GALO, Carlos Henrique. Mediação como forma alternativa de solução de conflitos e acesso à justiça. **JusBrasil**, Santa Fé do Sul, jul., 2015. Disponível em: <<https://henriquegalo.jusbrasil.com.br/artigos/204394245/mediacao-como-forma-alternativa-de-solucao-de-conflitos-e-acesso-a-justica>>. Acesso em: 05 nov. 2018.

GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade.** Tradução de Raul Fiker. São Paulo: Unesp, 1991. Título original: The consequences of modernity.

_____. **Para além da Esquerda e da Direita:** o futuro da política radical. Tradução de Álvaro Hattnher. São Paulo: UNESP, 1996.

_____. **Mundo em descontrolo:** o que a globalização está fazendo de nós. 6. ed. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Record, 2007.

_____. **O mundo na era da globalização.** Tradução de Saul Barata. Lisboa: Editorial Presença, 2000.

KAEFER, Érica Marta Ceccatto; *et al.* **Desastres ambientais e conflitos.** Disponível em:

<http://www.sinus.org.br/2011/press/downloads/pnuma.pdf>. Acesso em: 20 mai. 2019.

LEFF, Enrique. **Saber ambiental:** sustentabilidade, racionalidade, complexidade, poder. Tradução de Lúcia Mathilde Endlich Orth. 8. ed. Petrópolis: Vozes, 2011. Título original: Conocimiento del medio ambiente: sostenibilidad, racionalidad, complejidad, poder.

MORIN, Edgar. **A via:** para o futuro da humanidade. Tradução de Edgard de Assis Carvalho e Mariza Perassi Bosco. 2. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2015.

_____. **La vía para el futuro de la humanidad.** Traducción de Núria Petit Fontseré. Barcelona: Paidós, 2011.

_____. **Para onde vai o mundo?** Tradução de Francisco Morás. Petrópolis: Vozes, 2010.

PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica:** teoria e prática. 12. ed. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

SARTORI, Maria Betânia Medeiros. A mediação e a arbitragem na Resolução dos Conflitos Ambientais. **Direitos Culturais.** Santo Ângelo, v. 6, n. 10, p. 89-98, jan./jun., 2011. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/277846289_A_MEDIACAO_E_A_ARBITRAGEM_NA_RESOLUCAO_DOS_CONFLITOS_AMBIENTAIS/fulltext/558aa00808aeae8413bd501f/277846289_A_MEDIACAO_E_A_ARBITRAGEM_NA_RESOLUCAO_DOS_CONFLITOS_AMBIENTAIS.pdf. Acesso em: 20 jun. 2019.

SILVA, Marina. **Mediação de conflitos socioambientais.** Rio de Janeiro: Garamond, 2005.

THEODORO, Suzi Huff. A mediação de conflitos socioambientais. Rio de Janeiro: Garamond, 2005.

VEYRET, Yvette (org.). **Os riscos:** o homem como agressor e vítima do meio ambiente. Tradução de Dilson Ferreira da Cruz. 2. ed. São Paulo: Contexto, 2015. Título original: Les risques.

WARAT, Luis Alberto. **Manifestos para uma ecologia do desejo.** São Paulo: Editora Acadêmica, 1990.

DESASTRES AMBIENTAIS COMO FALHA DO DIREITO AMBIENTAL: UMA ANÁLISE DA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA E DO POSICIONAMENTO DO ESTADO ACERCA DOS DESASTRES OCORRIDOS NO PAÍS

Ana Cláudia Favarin Pinto¹

Caroline Schemmer²

RESUMO

O presente artigo versa sobre os eventos ocorridos no Brasil como uma falha do Direito Ambiental. Dessa forma, analisa-se a legislação brasileira e o posicionamento do Estado frente aos desastres ocorridos em Mariana e Brumadinho. Utilizou-se o método de abordagem dedutivo, fazendo com que o estudo parta da análise a respeito da classificação dos desastres ambientais, para, assim, posteriormente analisar especificamente com o Poder Público age perante tais situações. Como procedimento, foi empregado o método bibliográfico, uma vez que foram estudados autores da área do Direito Ambiental e Direito dos Desastres para o enfrentamento do tema com a respectiva construção da realidade proposta de busca para a comprovação das falhas dos desastres ambientais como falha do Direito Ambiental nos termos referidos. Conclui-se que apesar do papel fundamental do Direito, ainda há um longo percurso para que o cumprimento das leis e da fiscalização, assim como sua implementação se configurem satisfatórias.

PALAVRAS-CHAVE: Desastres Ambientais. Direito Ambiental. Mariana. Poder Público.

ABSTRACT

This article deals with events that occurred in Brazil as a failure of Environmental Law. Thus, we analyze the Brazilian legislation and the state's position regarding the disasters that occurred in Mariana and Brumadinho. The method of deductive approach was used, making the study start from the analysis about the classification of the environmental disasters, to, later, to analyze specifically with the Government acts before such situations. As a procedure, the bibliographic method was used, since authors of the Environmental Law and Disaster Law area were studied to confront the theme with the respective construction of the proposed reality of search for the verification of the failures of the environmental disasters as a failure of the Law. Environmental in the terms mentioned. It is concluded that despite the fundamental role of law, there is still a long way to make the compliance with laws and enforcement, as well as its implementation are satisfactory.

KEYWORDS: Environmental Disasters. Environmental law. Mariana Public Power.

INTRODUÇÃO

Inicialmente, pode-se afirmar que a noção de desastres ambientais foi mudando com o passar do tempo. Apesar disso, é inegável que, atualmente, tais desastres giram em torno da ideia de eventos gerados por fatores naturais, fatores antropogênicos, ou, ainda, por ambos os fatores.

Nesse sentido, em decorrência dos recentes problemas ocorridos no Brasil, viu-se a necessidade de observar os desastres ambientais, bem como analisar sua relação com o Direito Ambiental. Dessa forma, percebe-se que no Brasil, os desastres ambientais raramente advêm de efeitos naturais de grande magnitude, como tsunamis, terremotos e outros, pelo fato de estar localizado no meio da placa tectônica Sul-Americana, mas pela ação humana.

¹ Acadêmica do curso de Direito da Universidade Franciscana (UFN). Integrante do Grupo de Pesquisa PRONESIS Jurisdição e Humanidades da Universidade Federal de Santa Maria. Estagiária no escritório de advocacia Wagner Advogados Associados. Endereço eletrônico: anaclaudia.favarin@gmail.com.

² Acadêmica do curso de Direito da Universidade Franciscana (UFN).

Ademais, as providências a serem tomadas diante tais danos, quase na totalidade dos casos, foram realizadas somente após a ocorrência e a concretização do desastre. Logo, diante desta problemática, faz-se importante a análise do Direito Ambiental brasileiro e da posição adotada pelo Estado frente aos desastres ambientais antropogênicos, a fim de que se possa examinar as falhas do sistema jurídico nacional, como também verificar o modo de tratamento ao abordar os riscos e os preveni-los de forma eficaz.

Dessa forma, o estudo dividiu-se em duas partes. Inicialmente, será tratado a respeito dos desastres ambientais em sua generalidade, a partir da análise dos conceitos de suas classificações. Em segundo momento, serão abordados os desastres ocorridos nas barragens de Mariana e Brumadinho, para assim inquirir a posição do Estado brasileiro perante tais eventos.

Para tanto, como método de abordagem, optou-se pelo dedutivo, fazendo com que a pesquisa parta de uma abordagem conceitual a respeito do que é desastre ambiental e Direito dos Desastres, passando por uma análise específica de dois casos de desastre ambiental, para então, chegar-se ao estudo das falhas do Direito Ambiental brasileiro, demonstrando que os danos e os riscos não são prevenidos, e sim reprimidos após o acontecimento. Como procedimento, foi empregado o método monográfico e bibliográfico, uma vez que foram estudados autores da área do Direito Ambiental e Direito dos Desastres para o enfrentamento do tema com a respectiva construção da realidade proposta de busca para a comprovação das falhas dos desastres ambientais como falha do Direito Ambiental nos termos referidos.

1 DESASTRES AMBIENTAIS: UMA ANÁLISE CONCEITUAL DE SUAS CLASSIFICAÇÕES

Atualmente, a sociedade passa por mudanças que tem reflexos no desenvolvimento social, trazendo consigo inúmeros riscos ao meio ambiente, devido ao fato de que a globalização influencia no capitalismo. Assim, a sociedade adota uma postura de risco, onde as consequências de suas atitudes são extremamente danosas ao meio ambiente.

Nesse contexto, as leis ambientais buscam o equilíbrio ecológico para a vida saudável, entretanto, estas nem sempre são efetivadas. Dessa forma, por ser um direito da população, o Estado e a sociedade devem agir conjuntamente pelo bem ambiental.

Segundo o entendimento de Carvalho³:

Assim, a sociedade atual se posiciona em uma situação de autodestruição. As ameaças decorrentes da sociedade industrial são de natureza tecnológica, política e, acima de tudo, ecológica. Enquanto na sociedade industrial pode-se dizer que há uma certa previsibilidade das consequências negativas dos processos produtivos capitalistas, nas sociedades de risco (que não deixa de tratar-se de uma sociedade industrial, porém potencializada pelo desenvolvimento tecnocientífico) há um incremento no grau de incerteza quanto às consequências das atividades e tecnologias empregadas nos processos econômicos. Dessa forma, essa nova estrutura social apresenta riscos transtemporais (efeitos ilimitados temporalmente), de alcance global e potencialidade catastrófica.

³CARVALHO, Délton Winter de. DAMACENA, Fernanda Dalla Libera. **Direito dos Desastres**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 33.

Por sua vez, os desastres ambientais são classificados como antropogênicos e naturais. Os riscos relacionados pela interferência do homem na natureza são denominados antropogênicos, ou seja, “são gerados por uma conduta proveniente de uma atividade unicamente humana, como por exemplo: derramamento de petróleo e explosão de uma plataforma petrolífera”.⁴ Um dos fatos que agrava tal circunstância, é a de que “na maioria destes casos, os erros humanos são decorrentes da subestimação dos riscos, o que sugere uma gestão e uma avaliação inadequada destes”.⁵

Destarte, os desastres naturais são causados por fatores naturais trazendo como causa os fenômenos climáticos, capazes de modificar o sistema ambiental, como por exemplo, terremotos, maremotos, tsunamis e vulcões.

Dessa forma, mesmo os desastres que ocorrem como consequência de fatores naturais possuem ligação com o fator antropogênico, tendo em vista que a sociedade contribui para a mudança climática, impulsionando assim, a ocorrência dos desastres ambientais. Carvalho⁶ conceitua desastres da seguinte forma:

Os desastres consistem, conceitualmente, em cataclismo sistêmico de causas que, combinadas, adquirem consequências catastróficas. Por tal razão, o sentido de desastres ambientais (naturais e humanos) é concebido a partir da combinação entre eventos de causas e magnitudes específicas. Em outras tintas, trata-se de fenômenos compreendidos a partir de causas naturais, humanas ou mistas sucedidas por eventos de grande magnitude, irradiando danos e perdas significativas ambiental e social.

Referidos desastres que possuem tanto a ação humana, quanto a natural, são classificados como desastres híbridos, decorrendo tanto de fatores naturais quanto de fatores antropogênicos.⁷ Ademais, de acordo com Farber, quase todos os desastres naturais possuem alguma contribuição humana.⁸

Damacena⁹ ressalta a dicotomia de fatores causadores dos desastres ambientais:

[...] Não obstante a relevância das distinções conceituais acima, a grande maioria dos desastres decorre de uma sinergia de fatores naturais e antropogênicos (desastres mistos ou híbridos), sem que possa ser percebida uma prevalência de um destes, mas sim uma combinação de fatores híbridos num fenômeno de grandes proporções.

Pelo exposto, resta claro que os desastres possuem uma vinculação tanto com os fenômenos naturais, quanto com os fatores humanos, à medida em que são classificados como desastres naturais e desastres antropogênicos. Sendo os desastres naturais, aqueles que ocorrem de acordo com os fatores naturais: geofísicos, meteorológicos, hidrológicos, climatológicos e biológicos.¹⁰ Pertinente aos desastres antropogênicos, que são formados por fatores humanos, podemos apontar os tecnológicos e sociopolíticos¹¹

⁴BERWIG, Juliane Altmann. **Gestão jurídica dos desastres ambientais ocorridos na exploração offshore do petróleo em território nacional**. 2014. 262 f. Dissertação (mestrado em Direito) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Programa de Pós-Graduação em Direito, São Leopoldo, RS, 2014, p. 141.

⁵BERWIG, Juliane Altmann. **Gestão jurídica dos desastres ambientais ocorridos na exploração offshore do petróleo em território nacional**. 2014. 262 f. Dissertação (mestrado em Direito) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Programa de Pós-Graduação em Direito, São Leopoldo, RS, 2014, p. 142.

⁶CARVALHO, Délton Winter de. DAMACENA, Fernanda Dalla Libera. **Direito dos Desastres**. P. 35.

⁷CARVALHO, Délton Winter de. DAMACENA, Fernanda Dalla Libera. **Direito dos Desastres**. P. 19-27.

⁸FARBER, Daniel. A.; CHEN, Jim; VERCHICK, Robert R. M.; SUN, Lisa Grow. **Disaster law and policy**. New York: Wolters Kluwer law and business, 2006, p. 03.

⁹CARVALHO, Délton Winter de. DAMACENA, Fernanda Dalla Libera. **Direito dos Desastres**. P. 27.

¹⁰VOS, Femke; RODRIGUEZ, Jose; BELOW, Regina; GUHA- SAPIR, D. **Annual Disaster Statistical Review 2009: the numbers and trends**. Brussels: CRED, 2010, p. 13.

¹¹PORFIRIEV, Boris N. **Definition and delineation of desastres**. In: What is a Disaster? E. L. Quarantelli (ed) New York: Routledge, 2010, p. 64.

Ressalta-se que o evento natural pode sofrer influências de fatores antropogênicos a medida em que as atitudes humanas, como a poluição nos rios, acabam potencializando o risco do desastre natural, causando uma maior dimensão quando ocorrido o evento. Não se trata apenas de fatores ligados à vulnerabilidade da região, mas das condutas do ser humano que amplificam os efeitos do desastre. Cita-se o entendimento de Aragão¹² a respeito desta ampliação de efeitos dos desastres em decorrência das condutas lesivas ao meio ambiente, provocadas pela sociedade:

A preponderância do caráter híbrido dos desastres decorre do fato de estes fenômenos serem designados como catástrofes muito mais pelos resultados do que por suas causas. Assim, mesmo que um evento eminentemente natural tenha desencadeado uma série de sinistros, a dimensão da catástrofe será atingida por fatores humanos de amplificação, vulnerabilidade, agravamento ou cumulação. Assim, os riscos naturais podem potencializar os riscos antropogênicos, bem como estes detêm condições de amplificar aqueles. Sendo assim, os desastres são consequências do complexo de fatores: naturais e antropológicos, que juntos geram as catástrofes de danos irreparáveis.

Assim, os desastres naturais agem como eventos físicos gerados pela dinâmica da natureza, possuindo qualidades específicas relacionadas à sua localização geográfica, magnitude, intensidade, frequência e probabilidade, por exemplo. As ameaças de desastres podem ser individuais ou combinadas, podem seguir uma sequência em suas origens e consequências.

Dessa forma, os desastres ambientais são, em geral, causados por múltiplos fatores, não dispondo da correlação exata entre as circunstâncias, claramente delimitadas. A incerteza quanto ao momento em que poderá concretizar-se bem como suas consequências, determinam as razões pelas quais é necessário que haja efetiva gestão das ameaças, por meio de estratégias de precaução a serem adotadas pela sociedade.

O desastre ambiental é um conceito onde as consequências não terminam com o evento em si. Os efeitos desses desastres se prolongam no tempo e modificam-se como uma reação em cadeia, iniciando com prejuízos imediatos à população ou área atingida, mas também com a reconstrução do ecossistema eventualmente destruído. Nesse sentido, de acordo com Farber:

A crescente interconexão da infraestrutura, significa que uma ruptura em uma indústria pode inviabilizar uma série de outras indústrias interdependentes. Estas são algumas das situações em que o modelo de produção poderá ampliar os efeitos e os custos dos desastres, a partir de um efeito “cascata”.¹³

Ainda, conforme Gonçalves¹⁴:

Conhecidos também como catástrofes, os desastres ambientais ocorrem há centenas de anos em todo o planeta. Seja por um acidente ou mesmo por erro humano, esses acontecimentos deixam marcas significativas para os habitantes das regiões afetadas, bem como ao meio ambiente, cuja recuperação pode levar décadas ou séculos.

¹²ARAGÃO, Alexandra. **Princípio da Precaução: manual de instruções**. Revista do CEDOUA. N. 22, ano XI, 2008, p.13.

¹³FARBER, Daniel. A.; CHEN, Jim; VERCHICK, Robert R. M.; SUN, Lisa Grow. **Disaster law and policy**. P. 03.

¹⁴S.P. GONÇALVES, Darly Prado. **Principais desastres ambientais no Brasil e no mundo**. Jornal da Unicamp Web, edição de 01 de dezembro de 2017. Disponível em: <<https://www.unicamp.br/unicamp/ju/noticias/2017/12/01/principais-desastres-ambientais-no-brasil-e-no-mundo>>. Acesso em: 10 de agosto de 2019.

Sendo assim, os desastres são considerados catástrofes pois geram graves prejuízos ao meio ambiente, sendo de difícil reparação ou, até mesmo, irreparáveis. O modo como vivemos atualmente, traz consequências devido a uma produção industrial em larga escala. Nesse aspecto, menciona Damacena¹⁵:

[...] a evolução tecnológica e científica da Sociedade Contemporânea ocorrida, principalmente, após a industrialização, desencadeia a ampliação da capacidade de intervenção do homem sobre a natureza, havendo, em quase todos os desastres denominados naturais, algum fator antropogênico. Esta situação, por evidente, ocasiona, ao direito e à teoria da responsabilidade, uma maior dificuldade do que se trata de “actofGod” e o que seria decorrente de “actof Man”, para fins de delimitação da previsibilidade ou não de um evento e, conseqüentemente, da incidência destes fenômenos como excludente de responsabilidade (especialmente civil e administrativa) de entes públicos e privados.

As alterações climáticas estão sendo notadas por todo o planeta e, em grande parte, decorrem da mudança do comportamento social, vez que, quanto maior a produção para suprir as necessidades da população, maiores são as chances de prejuízo ao meio ambiente. Essas mudanças contribuem para a ocorrência de desastres naturais, tais como tsunamis, enchentes, entre outras.

Dessa forma, percebe-se que, os desastres ambientais não são somente consequências de fenômenos naturais, mas sim, da oposição entre fenômenos naturais e fenômenos antropogênicos, eis que a sociedade acaba contribuindo para a geração e riscos à formação dos desastres.

2 ANÁLISE DA POSIÇÃO ADOTADA PELO ESTADO FRENTE AOS DESASTRES AMBIENTAIS NAS BARRAGENS DE MINÉRIOS

A fim de demonstrar que, atualmente, o Estado brasileiro atua no pósincidente e não na prevenção dos desastres, fundamental se faz apontar dois grandes desastres ambientais ocorridos no Brasil.

Primeiramente cumpre destacar o caso Mariana, que ocorreu em 05 de novembro de 2015, quando a barragem de rejeitos de minério de ferro conhecida como Fundão, pertencente à empresa Samarco Mineração S.A, do grupo Vale S.A, localizada no subdistrito de Bento Rodrigues, à 35 km do centro de Mariana, em Minas Gerais, rompeu-se provocando a liberação de aproximadamente 34 milhões de metros cúbicos de rejeitos no rio matando todo curso d’água de Minas Gerais ao Espírito Santo, 420 mil pessoas foram afetadas e outros município às margens do rio.¹⁶

Destes, cerca de 16 milhões de metros cúbicos percorreram 600 quilômetros, atravessando o território de 39 municípios até atingir o oceano Atlântico. O desastre de Mariana causou a morte de 19 pessoas e destruiu o patrimônio arquitetônico e histórico de diversas comunidades locais, deixou centenas de pessoas desabrigadas, interrompeu o abastecimento de água em diversas cidades, destruiu obras de infraestrutura, atingiu comunidades indígenas e comprometeu o comércio regional e atividades como a pesca e a

¹⁵CARVALHO, Délton Winter de. DAMACENA, Fernanda Dalla Libera. **Direito dos Desastres**. P. 25.

¹⁶Escola Nacional de Administração Pública. Desastre ambiental da barragem de fundão na cidade de Mariana – MG. 2019. Disponível em: <<https://repositorio.enap.gov.br/handle/1/4184>> Acesso em: 10 de agosto de 2019.

agropecuária.¹⁷ Ademais, devido à alta contaminação da bacia do Rio Doce pela lama tóxica, as produções agrícolas e a fauna existentes foram contaminadas.

Destarte, esse episódio não foi o único, tampouco o primeiro envolvendo barragens de mineração no Brasil. Em 25 de janeiro de 2019, novamente uma barragem se rompeu. É o caso Brumadinho, onde o rompimento de uma barragem na cidade de Brumadinho, em Minas Gerais, também do grupo Vale S.A, resultou em um desastre de grandes proporções, ocasionando a morte de mais de 200 pessoas e no desaparecimento de 93.

Sudmeier-Rieux¹⁸ afirma que:

É necessário que os ecossistemas sejam tomados em conta nos esforços de reconstrução na fase de resposta, pós-desastre, da mesma forma, nesse momento, os serviços ecossistêmicos também exercem importante função na construção da resiliência de uma comunidade afetada.

Também é válido lembrar, que o Brasil possui amparo constitucional referente ao meio ambiente, em seu artigo 225, da Constituição Federal, o qual garante a todo brasileiro um meio ambiente ecologicamente equilibrado, inferindo dever ao Poder Público e a sociedade de cuidá-lo de modo que dele possa gozá-lo as presentes e futuras gerações. Motivo pelo qual torna-se importante a discussão a respeito dos impactos em decorrência de desastres gerados pelo ser humano.

Entretanto, apesar da garantia constitucional ao meio ambiente, assegurando sua preservação, pode-se perceber, analisando os desastres ocorridos nas duas barragens de minério, que tal preceito não é cumprido. Dessa forma, situando-se especificamente ao ocorrido em Mariana, pode-se observar fatos que levaram à ocorrência do evento, conforme a publicação “Vale da Lama”, elaborada pela Justiça Global¹⁹:

- a. não implementação, devido à crise econômica, do plano de monitoramento 24 horas das barragens e do sistema a ser utilizado em situações de emergência, ambos encomendados pela Samarco em 2009. Aliado a isso, o plano de contingência da empresa foi elaborado em desacordo com a legislação ambiental e, ainda assim, aprovado pelas autoridades de fiscalização;
- b. o Plano de Ações Emergenciais (PAE) deveria incluir ações de prevenção (por exemplo, simulações com as comunidades em caso de emergência). Porém, tais ações não foram realizadas. Aliado a isso, o plano só incluiu o distrito de Bento Rodrigues (atingido pelos rejeitos da barragem) e excluiu outros distritos vizinhos que foram impactados pelo rompimento da barragem;
- c. há indício de irregularidades no processo de revalidação da Licença de Operação da barragem do Fundão que ocorreu em 2013. Um estudo encomendado pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais afirma que havia um risco de rompimento da barragem do Fundão. Mesmo assim, a LO foi concedida pelo Conselho Estadual de Política Ambiental (COPAM) de Minas Gerais. Tal situação permite concluir que a empresa e o estado de Minas Gerais tinham ciência da possibilidade de ruptura das barragens;

A partir do exposto, sabe-se que mesmo tendo conhecimento dos riscos associados à atividade, ou seja, o rompimento das barragens, a empresa responsável por tal, Samarco, não tomou as medidas necessárias para

¹⁷SALINAS, Natasha Schmitt Caccia. Caso Samarco: implicações jurídicas, econômicas e sociais do maior desastre ambiental. Caso de Ensino DIREITO FGV RIO, 2016. Disponível em: <https://direitorio.fgv.br/sites/direitorio.fgv.br/files/u2726/caso_de_ensino_mariana_2016.pdf> Acesso em: 10 de agosto de 2019.

¹⁸APUD. CARVALHO, Délton Winter de. DAMACENA, Fernanda Dalla Libera. **Direito dos Desastres**. P. 308.

¹⁹JUSTIÇA GLOBAL. **Vale da Lama – relatório de inspeção em Mariana após o rompimento da barragem de rejeitos do Fundão**. Rio de Janeiro: 2016, n.p.

proteger a natureza ou as comunidades existentes na localidade e proximidades. Ainda, tem-se presente a negligência do Poder Público, representado pelo Governo de Minas Gerais e seus respectivos órgãos de fiscalização, que permitiram a continuidade das atividades da empresa, mesmo sabendo do risco de rompimento das barragens.

Ademais, além da permissão garantida pelo governo mineiro a continuidade da operação das atividades da Samarco, mesmo sabendo do risco de rompimento da barragem. Sabe-se também que o Governo Federal precisou esperar a ocorrência do evento para liberar mais dinheiro para que o órgão fiscalizador – DNPM – pudesse executar seu trabalho. Ou seja, a atuação estatal mostra-se deficiente, pois só vai atuar após a ocorrência do evento.²⁰

Ainda, ao observar a legislação ambiental brasileira, percebe-se um enfraquecimento do licenciamento e da fiscalização, mesmo após o caso de Mariana. Apesar da Lei 12.608/2012, que Institui a Política Nacional de Proteção e Defesa Civil, dispor que a gestão dos desastres é composta pela prevenção, mitigação, preparação, resposta e recuperação, pode-se afirmar que em vez de dotar órgãos fiscalizadores com estrutura e recursos para garantir a segurança das barragens, o Brasil optou por seguir na inércia e negligência governamental, não responsabilizando nem punindo as empresas envolvidas, muito menos assegurou medidas de indenização e cobertura às vítimas.

No mesmo sentido, afirma o Instituto Socioambiental ²¹:

Ao contrário de fortalecer o licenciamento ambiental, instrumento central da Política Nacional do Meio Ambiente, avançaram proposições legislativas destinadas a enfraquecê-lo – ou simplesmente eliminá-lo.

Como exemplo da situação referida acima, tem-se o fato de que, após a tragédia de Mariana, a Assembleia Legislativa aprovou a Lei nº 21.972/2016, a qual enfraqueceu o licenciamento e acabou por rebaixar a classificação de risco, da barragem da mina Córrego do Feijão, em Brumadinho, do grau 6 para o grau 4.

Assim, a Comissão de Minas e Energia rejeitou a proposta que fortalecia as regras sobre a segurança das barragens, elaborada também após o desastre de Mariana.

Apresenta-se flagrante a posição do Estado brasileiro no sentido de mover suas atitudes somente para o pós-desastre, como nos casos dos rompimentos das barragens mineiras citadas, não adotando medidas protetivas e preventivas, bem como deixando de lado propostas que sirvam para solidificar o fortalecimento das ferramentas de prevenção dos desastres ambientais e da fiscalização das barragens de extração mineral.

COSIDERAÇÕES FINAIS

A partir do estudo, pode-se perceber inicialmente que os desastres ambientais se dividem em três classificações, sendo elas: desastres naturais, desastres antropogênicos e os desastres híbridos. Tais eventos

²⁰DIAS, Adriano de Oliveira et al. Mariana, o maior desastre ambiental do Brasil: uma análise do conflito socioambiental. In: LADWIG, Nilzo Ivo; SCHWALM, Hugo (Org.) **Planejamento e gestão territorial: a sustentabilidade dos ecossistemas urbanos**. Criciúma, SC: EDIUNESC, 2018. Cap. 20, p. 460.

²¹ **Instituto Socioambiental**. De Mariana a Brumadinho: o Brasil na Contramão. Blog do ISA, 2019. Disponível em: <<https://www.socioambiental.org/pt-br/blog/blog-do-isa/de-mariana-a-brumadinho-o-brasil-na-contramao>> Acesso em: 8 de agosto de 2019.

podem ser resultados da sociedade industrial e em desenvolvimento econômico, tendo como agravante uma avaliação inadequada de riscos e gestão de desastres.

Além disso, fica claro que, o desastre ambiental não possui consequências que terminam com o evento em si. Isso porque os efeitos desses desastres se prolongam e modificam-se com o tempo, gerando uma reação em cadeia, inicialmente com prejuízos imediatos à área atingida, e posteriormente com a reconstrução do ecossistema destruído. Ou seja, há ligação entre um evento extremo súbito e um problema ambiental de longa duração. A gravidade dos desastres varia de acordo com elementos como a vulnerabilidade e a gestão do risco, entretanto, todos têm em comum a destruição e a perda que, se tratando de meio ambiente, é irreversível.

Já a respeito das medidas tomadas pelo Poder Público brasileiro, nos casos específicos ocorridos nas barragens mineiras, compreende-se que a legislação brasileira não avançou em nenhuma proposta voltada a solidificação e fortalecimento de instrumentos de fiscalização e prevenção de desastres ambientais.

Nesse sentido, o ordenamento jurídico possui viés central na prevenção, resposta e gestão dos riscos e perigos de desastres, tendo em vista que tais lesões ao meio ambiente advêm da falta de observância das normas de direito ambiental, ou seja, uma adequada legislação ambiental diminui a probabilidade e a gravidade de desastres. O papel do Direito, nesse contexto, é de regular as relações existentes e propor respostas. Por fim, conclui-se que apesar do papel fundamental do Direito, ainda há um longo percurso para que o cumprimento das leis e da fiscalização, assim como sua implementação se configurem satisfatórias.

REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

ARAGÃO, Alexandra. **Princípio da Precaução: manual de instruções**. Revista do CEDOUA. N. 22, ano XI, 2008.

BERWIG, Juliane Altmann. **Gestão jurídica dos desastres ambientais ocorridos na exploração offshore do petróleo em território nacional**. 262 f. Dissertação (mestrado em Direito) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Programa de Pós-Graduação em Direito, São Leopoldo, RS, 2014.

CARVALHO, Délton Winter de. DAMACENA, Fernanda Dalla Libera. **Direito dos Desastres**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

DIAS, Adriano de Oliveira et al. **Mariana, o maior desastre ambiental do Brasil: uma análise do conflito socioambiental**. In: LADWIG, Nilzo Ivo; SCHWALM, Hugo (Org.) Planejamento e gestão territorial: a sustentabilidade dos ecossistemas urbanos. Criciúma, SC: EDIUNESC, 2018.

FARBER, Daniel. A.; CHEN, Jim; VERCHICK, Robert R. M.; SUN, Lisa Grow. **Disaster law and policy**. New York: Wolters Kluwer law and business, 2006.

Instituto Socioambiental. **De Mariana a Brumadinho: o Brasil na Contramão**. Blog do ISA, 2019. Disponível em: <<https://www.socioambiental.org/pt-br/blog/blog-do-isa/de-mariana-a-brumadinho-o-brasil-na-contramao>> Acesso em 10 de agosto de 2019.

JUSTIÇA GLOBAL. **Vale de Lama – relatório de inspeção em Mariana após o rompimento da barragem de rejeitos do Fundão**. Rio de Janeiro: 2016.

PORFIRIEV, Boris N. **Definition and delineatin of desastres**. In: What is a Disaster? E. L. Quarantelli (ed) New York: Routledge, 2010.

SALINAS, Natasha Schmitt Caccia. **Caso Samarco: implicações jurídicas, econômicas e sociais do maior desastre ambiental**. Caso de Ensino DIREITO FGV RIO, 2016. Disponível em: <https://direitorio.fgv.br/sites/direitorio.fgv.br/files/u2726/caso_de_ensino_mariana_2016.pdf> Acesso em: 10 de agosto de 2019.

S.P. GONÇALVES, Darly Prado. **Principais desastres ambientais no Brasil e no mundo**. Jornal da Unicamp Web, edição de 01 de dezembro de 2017. Disponível em: <<https://www.unicamp.br/unicamp/ju/noticias/2017/12/01/principais-desastres-ambientais-no-brasil-e-no-mundo>>. Acesso em 10 de agosto de 2019.

VOS, Femke; RODRIGUEZ, Jose; BELOW, Regina; GUHA- SAPIR, D. Annual**DisasterStatiscal Review 2009: thenumbersandtrendes**. Brussels: CRED, 2010.

A RESPONSABILIZAÇÃO DO ESTADO NOS CASOS DE DESASTRES NATURAIS OCORRIDOS NO BRASIL, E A POSSIBILIDADE DE DESCONSIDERAR DETERMINADAS EXCLUDENTES DA RESPONSABILIDADE ATRIBUÍDAS PELA TEORIA DO RISCO ADMINISTRATIVO

Brenda Palma da Silva¹

RESUMO

O presente artigo tem como finalidade versar sobre a responsabilidade do Estado nos casos de ocorrência de desastres naturais, com enfoque na possibilidade de desconsiderar determinadas excludentes de responsabilidade ao Estado, conferidas pela teoria do risco administrativo. Serão abordados os fenômenos naturais de maior incidência no Brasil, e, por conseguinte, os principais direitos da população atingidos. Em decorrência da necessidade de uma relação mais equânime entre a administração e o administrado, analisar-se-á, igualmente, o cabimento da inversão do benefício do ônus da prova em benefício do cidadão. O método de procedimento utilizado é uma pesquisa bibliográfica em artigos científicos, no ordenamento jurídico brasileiro, além da pesquisa jurisprudencial.

PALAVRAS-CHAVE: Desastres naturais. Teoria do risco administrativo.

ABSTRACT

The purpose of this article is to address the State's responsibility in the event of natural disasters, focusing on the possibility of disregarding certain exclusionary responsibilities of the State, conferred by the theory of administrative risk. The most prevalent natural phenomena in Brazil will be addressed, and therefore the main rights of the population affected. Due to the need for a more equitable relationship between the administration and the administered, it will also be considered the appropriateness of reversing the benefit of the burden of proof for the benefit of the citizen.

KEYWORDS: Natural Disasters. Administrative risk theory.

INTRODUÇÃO

A população mundial tem se familiarizado cada vez mais com a incidência dos desastres naturais, cujas proporções acabam por afetar os mais diversos direitos dos cidadãos, sendo eles de caráter patrimonial ou extrapatrimonial.

É certo que o atual momento, no que diz respeito à conscientização ambiental, é voltado, primordialmente, à correção de erros cometidos no passado, de modo que atualmente as políticas públicas possuam um enfoque muito maior na prevenção de desastres naturais, considerando todas as catástrofes ocorridas nos últimos anos.

Nesse aspecto, pertinente a discussão acerca da responsabilidade do Estado, de acordo com a teoria do risco administrativo, nos casos de catástrofes causadas pelo próprio meio ambiente. Diversos dos direitos encontrados no rol de direitos fundamentais e, portanto, imprescindíveis para a concretização da dignidade humana, são afetados pelos desastres naturais² Portanto, a análise acerca da responsabilidade do Estado

¹ Acadêmica do 8º semestre do curso de Direito da Universidade de Passo Fundo, aluna do grupo de pesquisa “A Democracia e os Direitos Humanos na América Latina”, sob orientação da Professora Dra. Adriana Fasolo Pilati. Estagiária da 3ª Promotoria de Justiça Cível de Passo Fundo. E-mail: brenda.palmadasilva@gmail.com

² ALVES, Henrique Rosmaninho; REZENDE, Elcio Nacur. As nuances da responsabilidade civil do estado em matéria ambiental frente aos danos decorrentes de impactos provocados por fenômenos naturais. Disponível em <<http://revistaeletronicardfd.unibrazil.com.br/index.php/rdfd/article/view/618>>. Acesso em 20 jun. 2019.

transcende a questão da mera responsabilização, de modo que possa ser (re)avaliada a figura do estado como garantidor dos direitos fundamentais.

1 OS DANOS DECORRENTES DOS DESASTRES NATURAIS

O Decreto nº 7.257/2010 conceituou desastre, em seu inciso II do art. 2º como “resultado de eventos adversos, naturais ou provocados pelo homem sobre um ecossistema vulnerável, causando danos humanos, materiais ou ambientais e consequentes prejuízos econômicos e sociais.”³.

Como já referido, os desastres naturais são responsáveis por danos de caráter extra e patrimoniais, sendo que os primeiros podem ser exemplificados como óbitos e ferimentos das vítimas, enquanto que os segundos podem ser exemplificados como destruição de residências e extravio de bens das vítimas.

Conforme a tabela do Anuário Brasileiro de Desastres Naturais de 2012, os desastres ambientais ensejadores de maiores danos à sociedade são as secas/estiagens, as enxurradas e as inundações.

EVENTOS	Óbitos	Feridos	Enfermos	Desabrigados	Desalojados	Desaparecidos	Afetados
Seca/Estiagem	6	0	14.214	30	750	0	8.956.853
Incêndio Florestal	0	0	0	0	0	0	37.338
Movimentos de massa	26	10	2	1.129	2.801	0	123.555
Erosão	0	0	5	81	2.105	0	55.653
Alagamentos	5	6	6	1.048	954	0	24.581
Enxurradas	26	6.580	14.318	49.769	262.851	2	1.856.359
Inundações	14	2.409	10.665	52.041	216.349	2	5.185.018
Geadas	0	0	0	0	0	0	30.777
Granizo	0	11	4	418	7.971	1.040	103.265
Tornados	0	2	0	1	20	0	4.310
Vendaval	16	150	13	5.769	13.220	0	599.905
TOTAL	93	9.168	39.227	110.286	507.021	1.044	16.977.614

Tabela 2 – Danos Humanos por Tipo de Evento de Desastre – 2012

Percebe-se pela supracitada tabela que o total de afetados pelos eventos naturais ocorridos no ano de 2012 foram 16.977.614, englobado neste número os danos de caráter extra e patrimonial. Veja-se, ademais, que os movimentos de massa e as enxurradas foram os eventos ensejadores de maior número de óbitos registrados, realidade esta que, ao que parece, é cada vez mais corriqueira no Brasil.

2 ASPECTOS GERAIS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Destarte, considerando os diversos danos causados à população, compreende-se relevante a análise acerca da responsabilidade estatal, concernente aos direitos lesionados daqueles que tutelados pelo Estado devido aos desastres naturais.

³ BRASIL. Decreto 7.257, de 4 de Agosto de 2010.

De acordo com Gonçalves “a responsabilidade civil decorre de uma conduta voluntária violadora de um dever jurídico, isto é, da prática de um ato jurídico, que pode ser lícito ou ilícito”⁴. Cabe ressaltar, ainda, que a responsabilidade civil do Estado é tida como extracontratual, porquanto não há relação contratual anterior, e, por ser extracontratual não abrange as responsabilidades administrativa e criminal.

Nada obstante, nem sempre a doutrina compreendeu a responsabilidade do Estado pelo mesmo viés atual. Vejamos:

2.1 Teoria da irresponsabilidade

Esta teoria era vigente à época que os Estados eram soberanos, e, portanto, gozavam da prerrogativa de eximir-se de qualquer reparação aos danos causados ao particular.

2.2 Teorias civilistas

2.2.1 Teoria dos atos de império e de gestão

A teoria dos atos de império e de gestão compreendia que todos os atos compreendidos como “atos de império” permaneciam isentos de toda e qualquer responsabilidade pelos danos cometidos aos cidadãos. No entanto, os atos de gestão estavam submetidos à responsabilização, porquanto praticados em patamar de igualdade com os particulares.

Desta forma, compreende-se que, ainda que de forma relativa, o Estado passava a se responsabilizar pelos seus atos.

2.2.2 Teoria da culpa civil ou subjetiva

Já a teoria da culpa civil ou subjetiva fora recepcionada pelo Código Civil de 2002, trazendo consigo a possibilidade de responsabilização do Estado. Nesse sentido, a supracitada teoria, conforme dispõe a autora Vanessa Torres:

[...] estabeleceu que haveria responsabilidade do Estado sempre que da prática de um ato lesivo a alguém, restasse comprovada a culpa do agente que a executou. Esta a teoria insculpida no art. 15, do revogado Código Civil de 1.916, hoje tratada no Novo Código Civil Brasileiro de 10 de janeiro de 2.002, em seu art. 43[...]⁵.

Ou seja, diferentemente das outras teorias mencionadas, a teoria da culpa civil ou teoria subjetiva compreende, de forma mais abrangente, que possível a responsabilização do Estado em relação pelos danos causados ao cidadão, sendo, de rigor, no entanto, que restem comprovados o dano, nexos causal, culpa ou dolo e omissão do Estado.

2.3 Teorias Publicitas

2.3.1 Teoria da Culpa Administrativa

A teoria da culpa administrativa se desvencilha da ideia de haver a responsabilização do agente público. Neste sentido, compreende-se que, em havendo falha na prestação de serviço, caracteriza-se a culpa do Estado.

Nestes casos, exige-se que o privado demonstre a falha na prestação de serviço, seja por omissão, retardamento ou mau funcionamento da mesma.

⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

⁵ BORGES, Vanessa. Responsabilidade Civil do Estado. Disponível em: <<http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/17978-17979-1-PB.PDF>>. Acesso em 06 ago. 2019.

Ou seja, nesta teoria, compreende-se a possibilidade de o Estado obrigar-se a responsabilizar-se o particular, quando devidamente comprovada a falha na prestação de serviço público, compreendendo tal como a morosidade, a ausência ou a má execução.

2.3.2 Teoria Objetiva ou Teoria do Risco

É nesta teoria que reside a principal discussão do presente artigo, isto porque a supracitada teoria é gênero da qual a teoria do risco integral e a teoria do risco moderado são espécies.

A Constituição Federal adota a segunda espécie, que admite seja afastada da responsabilidade do Estado nas situações em que não há nexo causal entre a sua conduta e o dano, mediante as excludentes: caso fortuito, força maior, fato exclusivo da vítima e fato exclusivo de terceiro.

Já a teoria do risco integral compreende o Estado como sendo um verdadeiro garantidor universal, isto é, haverá responsabilização, ainda que inexistente o nexo causal entre a sua conduta e o dano causado. Em que pese não seja a teoria adotada pela Constituição Federal de 1988, há exceções, como as Leis nº 10.309/2001 e 10.744/2003, que admitem a aplicação desta teoria⁶.

Mas esclareça-se que se adotou apenas a teoria do risco moderado ou mitigado e não do risco integral, que não admite qualquer causa de exclusão da responsabilidade. Cabe esclarecer, entretanto, que como exceção e em hipóteses pontuais expressamente previstas em lei, pode-se identificar a adoção da teoria do risco integral na responsabilidade por danos nucleares (CF 88, art. 21, XXIII, d) e por danos causados por atentados terroristas, atos de guerra ou eventos correlatos, contra aeronaves de matrícula brasileira operadas por empresas brasileiras de transporte aéreo público (Lei 10.755, de 09.10.2003). Nesses casos ademais de inexigir-se o elemento culpa, dispensa-se até mesmo o nexo causal, inadmitidas qualquer causas excludentes da responsabilidade. Bastam apenas o fato material e o dano correspondente⁷.

3 A POSSIBILIDADE DE DESCONSIDERAR DETERMINADAS EXCLUDENTES DA RESPONSABILIDADE, ATRIBUÍDAS PELA TEORIA DO RISCO ADMINISTRATIVO, FRENTE AOS DESASTRES AMBIENTAIS

Inicialmente, pertinente registrar quais as excludentes da responsabilidade, bem assim qualifica-las, objetivando uma análise individual para aferir a (im)possibilidade de desconsiderá-las, quando da ocorrência de desastres naturais.

3.1 Caso fortuito

O caso fortuito é pautado, mormente, pela imprevisibilidade. Ademais, caracteriza-se por ser um fato inevitável, externo à vontade do Estado.

Muito se discute relativamente à diferenciação entre caso fortuito e força maior. A doutrina contém vasta discussão acerca desta matéria.

Nesse sentido:

⁶ REIS, Clayton; RODRIGUES, Okçana Yuri Bueno. Possibilidade de reparação civil por danos decorrentes de condutas omissivas do estado aos direitos da personalidade. Disponível em: < <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=a860a7886d7c7e2a>>. Acesso em 10 ago. 2019.

⁷ STOCO, Rui. Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência. 3.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 187.

Sujeita-se a controvérsia a diferenciação entre caso fortuito e força maior. Entendem uns que essas expressões são sinônimas, ou, pelo menos, equivalentes, do ponto de vista de suas consequências jurídicas. Afirmam outros, ao inverso, que se não confundem os dois conceitos, divergentes entre si por elementos próprios e específicos. A primeira corrente é denominada subjetiva, enquanto segunda se qualifica de objetiva. Teoricamente, distinguem-se os dois conceitos. Várias teorias procuram sublinhar-lhes os traços distintivos: a) teoria da extraordinariedade; b) teoria da previsibilidade e da irresistibilidade; c) teoria das forças naturais e do fato de terceiro; d) teoria da diferenciação quantitativa; e) teoria do conhecimento; f) teoria do reflexo sobre a vontade humana. De acordo com a primeira, há fenômenos que são previsíveis, mas que não quanto ao momento, ao lugar e ao modo de sua verificação. Qualquer pessoa pode prever que no inverno vai gear, mas ninguém pode precisar quando, em que ponto e com que intensidade ocorrerá o fenômeno. Em tal hipótese, entra este na categoria do caso fortuito. Por outro lado, existem acontecimentos que são absolutamente inusitados, extraordinários, imprevisíveis, como o terremoto e a guerra. Defrontamos então com os casos de força maior. Pela segunda, vis maior é aquela que, conquanto previsível, não dá tempo nem meios de evitá-la; caso fortuito, ao contrário, é o acontecimento de todo imprevisto. Para a terceira, resulta força maior de eventos físicos ou naturais, de índole ininteligente, como o granizo, o raio e a inundação; o caso fortuito decorre de fato alheio gerador de obstáculo que a boa vontade do devedor não logra superar, como a greve, o motim e a guerra. De conformidade com a quarta, existe caso fortuito quando o acontecimento não pode ser previsto com diligência comum; só a diligência excepcional teria o condão de afastá-lo. A força maior, ao inverso, refere-se a acontecimento que diligência alguma, ainda que excepcional, conseguiria sobrepujar. Para a quinta, se se trata de forças naturais conhecidas, como o terremoto e a tempestade, temos a vis maior; se se cuida, todavia, de alguma coisa que a nossa limitada experiência não logra controlar, temos o fortuito. Finalmente, em consonância com a sexta, sob o aspecto estático, o vento constitui caso fortuito; sob o aspecto dinâmico, força maior⁸.

Em suma, compreende-se que o caso fortuito possui origem humana, enquanto a força maior tem origem natural.

Alves e Rezende exemplificam o caso fortuito nos casos de morte em massa dos agentes de defesa civil ou incêndio em galpão de suprimentos⁹. Nada obstante, compreende-se que não poderia o Estado eximir-se da responsabilidade de amparar o tutelado, considerando o princípio da eficiência estatal.

3.2 Força Maior

É demasiadamente corriqueira a arguição de força maior pelo Estado, objetivando eximir-se da responsabilidade de reparar danos, nas situações de eventos naturais. Porém, tendo em vista o crescente avanço tecnológico, tornam-se possíveis determinados questionamentos a respeito de tal arguição, porquanto

[...] com o avanço da tecnologia os fenômenos naturais são cada vez mais previsíveis e como anualmente a intensidade desses fenômenos vem se acentuando, é provável que eventos mais intensos do que os já ocorridos venham a acontecer, e

⁸ MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de Direito Civil 4: Direito das Obrigações. 37.ed. São Paulo: Saraiva, 2012, pgs. 367-368.

⁹ ALVES, Henrique Rosmaninho; REZENDE, Elcio Nacur. **As nuances da responsabilidade civil do estado em matéria ambiental frente aos danos decorrentes de impactos provocados por fenômenos naturais**. Disponível em <<http://revistaeletronicardfd.unibrazil.com.br/index.php/rdfd/article/view/618>>. Acesso em 20 jun. 2019.

consequentemente provoquem danos mais intensos dos que os até então já verificados¹⁰.

3.3 Fato exclusivo da vítima

Em razão de não ser possível a caracterização do Estado como um garantidor universal, admite-se ao mesmo eximir-se da responsabilidade de reparar o dano em casos de excludentes de ilicitude como a culpa exclusiva da vítima.

3.4 Fato exclusivo de terceiro

No caso relativo à excludente por fato exclusivo de terceiro, compreende-se que o Estado não pode admitir que alguém cause danos à outro particular. Portanto, não é razoável que o Estado se exima da responsabilidade de indenizar o particular por danos causados por terceiros, sendo que não seria certo o Estado permitir comportamentos degradadores.

Nada obstante, não há, no caso de responsabilização do Estado, prejuízo de direito de regresso contra aquele que causou dano a outrem.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Portanto, em que pese não seja atribuído ao Estado a característica de garantidor universal, frente ao princípio da eficiência, aos diversos avanços tecnológicos, e, ainda, a possibilidade de atribuir responsabilidade do Estado por danos causados por terceiros, verifica-se razoável desconsiderar determinadas excludentes da responsabilização. Logo, possível uma mais ampla atuação/responsabilização do Estado por eventos naturais danosos, na defesa dos direitos fundamentais do cidadão.

REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

ALVES, Henrique Rosmaninho; REZENDE, Elcio Nacur. **As nuances da responsabilidade civil do estado em matéria ambiental frente aos danos decorrentes de impactos provocados por fenômenos naturais.** Rev. direitos fundam. democ v. 19, n. 19, p. 81-113, jan./jun. 2016.

BORGES, Vanessa. **Responsabilidade civil do estado.** Disponível em: <<http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/17978-17979-1-PB.PDF>>. Acesso em 06 ago. 2019.

BRASIL. **Decreto 7.257, de 4 de Agosto de 2010.** Regulamenta a Medida Provisória n o 494 de 2 de julho de 2010, para dispor sobre o Sistema Nacional de Defesa Civil - SINDEC, sobre o reconhecimento de situação de emergência e estado de calamidade pública, sobre as transferências de recursos para ações de socorro, assistência às vítimas, restabelecimento de serviços essenciais e reconstrução nas áreas atingidas por desastre, e dá outras providências. Diário Oficial, 06 ago 2010.

¹⁰ ALVES, Henrique Rosmaninho; REZENDE, Elcio Nacur. **As nuances da responsabilidade civil do estado em matéria ambiental frente aos danos decorrentes de impactos provocados por fenômenos naturais.** Disponível em <<http://revistaeletronicardfd.unibrazil.com.br/index.php/rdfd/article/view/618>>. Acesso em 20 jun. 2019.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: Responsabilidade Civil**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil 4: Direito das Obrigações**. 37.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

REIS, Clayton; RODRIGUES, Okçana Yuri Bueno. **Possibilidade de reparação civil por danos decorrentes de condutas omissivas do estado aos direitos da personalidade**. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=a860a7886d7c7e2a>>. Acesso em 10 ago. 2019.

STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência**. 3.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 187.

ARTIGOS – GT 10 - SEGURANÇA ALIMENTAR

GEOPOLÍTICA DA FOME NO SUL SOCIAL: A SEGURANÇA ALIMENTAR NO CENÁRIO LATINO AMERICANO¹

Frederico Thaddeu Pedroso²

Francielle Benini Agne Tybusch³

RESUMO

A presente produção científica propõe-se a investigar os contornos do direito à alimentação dos indivíduos. Neste sentido, o artigo aborda a insegurança alimentar presenciada em diversos países que compõem o chamado Sul Social. Diante desse cenário, pergunta-se: a fome coletiva testemunhada nesses territórios seria corretamente explicada por uma suposta insuficiência na produção de alimentos ou existem outros fatores envolvidos neste fenômeno? Para responder tal questionamento, aborda-se o problema da fome sob uma perspectiva geopolítica, tendo em vista que os países que mais sofrem com a insegurança alimentar na América Latina possuem um grande potencial produtivo de gêneros alimentícios. O método utilizado observa o trinômio Teoria de Base/Abordagem, Procedimento e Técnica. Como Teoria de Base e Abordagem optou-se pela perspectiva sistêmica, a partir de visões multidisciplinares. Os procedimentos elegidos foram as pesquisas bibliográficas e documentais. Já a técnica empregada foi a construção de fichamentos e resumos estendidos.

PALAVRAS-CHAVE: Alimentos. Revolução Verde. Mercantilização. Globalização.

ABSTRACT

The present scientific production aims to investigate the contours of the right to food security of individuals. In this sense, the article addresses the food insecurity witnessed in several countries that make up the so-called Social South. Given this scenario, the question is: would the collective hunger witnessed in these territories be correctly explained by a alleged insufficiency in food production or are there other factors involved in this phenomenon? To answer this question, the problem of hunger is approached from a geopolitical perspective, considering that the countries that suffer most from food insecurity in Latin America have a great potential for food productivity. The method used observes the trinomial Theory / Approach, Procedure and Technique. As the Theory and Approach, was opted for the systemic perspective, based from multidisciplinary views. The procedures chosen were bibliographic and documentary research. The technique used was the construction of files and extended summaries.

KEYWORDS: Foods. Green Revolution. Mercantilization. Globalization.

INTRODUÇÃO

Decorrente do princípio humanitário de garantia à saúde e ao bem-estar dos indivíduos, o direito à segurança alimentar ainda encontra-se distante de uma eficácia satisfatória, principalmente nos países que compõem o chamado Sul Social. Isto porque, em uma linha diametralmente oposta ao grande potencial de

¹Pesquisa científica oriunda de debates realizados nas reuniões do Grupo de Pesquisa em Direito da Sociobiodiversidade – GPDS, da Universidade Federal de Santa Maria (UFSM).

²Graduado em Direito pela Universidade Franciscana (UFN). Integrante do Grupo de Pesquisa em Direito da Sociobiodiversidade – GPDS e do Núcleo de Estudos Avançados em Direito Processual Civil (NEAPRO), ambos da Universidade Federal de Santa Maria (UFSM). E-mail: fredpedroso1@gmail.com

³Doutora em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Maria - UFSM com bolsa da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado do Rio Grande do Sul, FAPERGS. Bacharel em Direito pela Faculdade Palotina de Santa Maria - FAPAS. Professora do Curso de Direito da Universidade Franciscana - UFN. Coordenadora do Laboratório de Extensão do Curso de Direito da UFN. Professora Substituta do Departamento de Direito da Universidade Federal de Santa Maria - UFSM. Membro da equipe técnica da Revista Direitos Emergentes na Sociedade Global da Universidade Federal de Santa Maria. Integrante do Grupo de Pesquisa em Direito da Sociobiodiversidade (GPDS) da Universidade Federal de Santa Maria - UFSM e do Grupo de Pesquisa em Direito, Risco e complexidade da Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS. E-mail: francielleagne@gmail.com.

produtividade biológica desses países – e da efetiva produção de alimentos –, o problema da fome atinge índices alarmantes no âmago de suas populações.

Neste contexto, o presente artigo busca investigar os verdadeiros contornos do conceito de segurança alimentar, introduzido no cenário mundial após a Revolução Verde. Aliando a condição da alimentação, considerada como questão-chave de sucesso para qualquer espécie animal, com o aspecto geopolítico de controle do fluxo alimentos, aborda-se a questão da fome sob uma perspectiva diferenciada (política-ecológica), levando-se em conta a subversão dos objetivos da segurança alimentar às ideologias e lógicas mercantis.

Destarte, o trabalho expõe as sérias consequências advindas do atual modelo capitalista de produção de alimentos, desenvolvido em grande escala após o fenômeno da globalização⁴ do planeta. Dessa forma, a presente produção científica objetiva provocar uma profunda reflexão em seus leitores, a respeito das reais causas da fome nos países Latino Americanos subdesenvolvidos.

1 O SUL SOCIAL E A ALTA CAPACIDADE DE PRODUÇÃO DE ALIMENTOS

Em caráter introdutório, aborda-se o conceito de Sul Social, desenvolvido pelo autor português Boaventura de Sousa Santos. Vejamos a sua lição, exposta na obra *Epistemologias do Sul*⁵:

O Sul é aqui concebido como um campo de desafios sistêmicos, que procuram reparar os danos e impactos historicamente causados pelo capitalismo na sua relação colonial com o mundo. Esta concepção do Sul sobrepõe-se em parte com o Sul geográfico, o conjunto de países e regiões do mundo que foram submetidos ao colonialismo europeu e que, com exceções como, por exemplo, da Austrália e da Nova Zelândia, não atingiram níveis de desenvolvimento econômico semelhantes ao Norte global (Europa e América do Norte). A sobreposição não é total porque, por um lado, no interior do Norte geográfico classes e grupos sociais muito vastos (trabalhadores, mulheres, indígenas, afrodescendentes, muçulmanos) foram sujeitos à dominação capitalista e colonial, e por outro lado, porque no interior do Sul geográfico houve sempre as ‘pequenas Europas’, pequenas elites locais que beneficiaram da dominação capitalista e colonial e que depois das independências a exerceram e continuam exercer, por suas próprias mãos, contra classes e grupos subordinados.

Partindo deste conceito, registra-se que o objeto desta pesquisa é delimitado aos países Latino Americanos que compõem o referido Sul Social, entre os quais destacam-se Brasil, Argentina, Bolívia, Uruguai e Paraguai. Apontados como integrantes de uma região altamente produtora de alimentos em razão de sua localização geográfica privilegiada (zonas tropicais e subtropicais), tais países produzem alimentos em quantidade suficiente para a satisfação das necessidades de todos os seus habitantes.

Todavia, a apontada – e invejada - produtividade biológica primária fantástica destes territórios não é direcionada para a satisfação das necessidades básicas de seus próprios povos. Uma análise superficial das

⁴O autor Carlos Walter Porto Gonçalves esclarece que o atual estágio da globalização mundial evidencia que seu desenvolvimento foi pautado na priorização interesses de um grupo pequeno de - poderosas - pessoas: “A sobrevalorização da escala global atinge seu auge por meio da afirmação daqueles que se valem dessa escala global: as grandes corporações transnacionais, as organizações multilaterais – o Banco Mundial, o Fundo Monetário Internacional, a Organização Mundial do Comércio.” PORTO GONÇALVES, Carlos Walter. *A Globalização da Natureza e a Natureza da Globalização*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012, p.12.

⁵SANTOS, Boaventura de Sousa; MENESES, Maria Paula G.; [org.] *Epistemologias do Sul*. São Paulo: Cortez, 2010, p.19.

riquezas naturais desses países e dos índices de produção de provimentos já nos leva a uma triste conclusão preliminar: o problema central da fome da região não é a falta de alimentos, mas sim as dificuldades que os mais pobres enfrentam para poder acessá-los.

Na contramão dessa perspectiva, os países do apontado Norte Global, altamente desenvolvidos do ponto de vista econômico, situam-se em zonas temperadas. Para se ter uma ideia da grande diferença produtiva entre estes territórios, destaca-se a lição de Carlos Walter Porto-Gonçalves⁶:

De longe, a região mais produtiva é a floresta tropical, com 765 bilhões de toneladas de biomassa (acrescentando-se florestas tropicais sazonais, 1.025 bilhões de toneladas). As florestas da região temperada (incluindo pastagens e plantações) produzem 385 bilhões de toneladas líquidas de biomassa, portanto, menos que a metade da produção das florestas tropicais.

Nesta linha, uma conclusão lógica e descontextualizada a partir da compreensão sobre as zonas geográficas do planeta nos levaria a crer que a fome não é problema para os países do Sul Social. Entretanto, a realidade é exatamente a oposta.

Infelizmente, a fome é presenciada em larga escala nos países Latino Americanos localizados no Sul Social. Enquanto isso, os melhores alimentos são exportados aos países do Norte, que possuem o monopólio financeiro-tecnológico e acabam por ditar os rumos mundiais da produção de alimentos⁷.

Dessa forma, conclui-se que razões geopolíticas são as que corretamente explicam a fome presenciada nas regiões de maior produtividade biológica do planeta. O desfecho é triste: o que a natureza primariamente propiciou, o homem subverteu. A causa? A ideologia mercantil-capitalista aplicada na metodologia da produção dos alimentos, altamente difundida no cenário globalizado pós-revolução verde. No próximo capítulo, aborda-se a dinâmica desses métodos, a fim de demonstrar que seus efeitos passam longe da segurança alimentar prometida à época de suas implementações.

2 A REVOLUÇÃO VERDE E AS CARACTERÍSTICAS DO ATUAL SISTEMA AGRÍCOLA COMO PILARES DA INSEGURANÇA ALIMENTAR VERIFICADA NOS PAÍSES LATINO AMERICANOS QUE COMPÕE O SUL SOCIAL

O surgimento da agricultura, entre 11.000 e 8.000 anos atrás, foi um marco importantíssimo na trajetória da espécie humana neste planeta. Através das agriculturas (*cultura do campo*), foi possível assegurar à espécie humana uma certa segurança alimentar, ante à real possibilidade de armazenamento

⁶PORTO GONÇALVES, Carlos Walter. **A Globalização da Natureza e a Natureza da Globalização**, p. 216.

⁷Como exemplo, cita-se os agricultores argentinos, que a partir de 1990, “optaram” por alicerçar a produção da soja em grãos transgênicos importados, de patente de uma transacional estadunidense, a Monsanto. Dessa forma, ante a “alta produtividade” prometida pelas sementes modificadas geneticamente, o modelo agrícola do país foi rapidamente modificado. A produção do campo voltou-se quase que exclusivamente para venda externa. Atualmente, produtos alimentícios nobres como carne, frutas e hortaliças são escassos para a população. A biodiversidade também sofre com esta tendência. Por exemplo, em um passado nem tão distante, o país chegou a ser maior produtor de mel do mundo. Atualmente, os agricultores possuem optam quase em uníssono: preferem a monocultura da soja. (CASIRAGHI, Raquel. Um Perfil do Agronegócio na América Latina. **Revista Eletrônica Brasil de Fato**. 07 de junho de 2011. Disponível em: <https://www.brasildefato.com.br/node/3180/>. Acesso em 01 ago. 2019).

de alimentos para períodos futuros. Afinal de contas, sem os provimentos necessários, nenhuma civilização se mantém de pé⁸.

Entretanto, a partir da década de 1960, houve uma onda de modernização dessa agricultura, batizada de “Revolução Verde”. Através de novas perspectivas, foram altamente propagadas no cenário Latino Americano novas formas de exploração do campo, tanto na pecuária como na agricultura⁹. Buscando uma maximização dos lucros, houve uma implementação maciça de novas tendências, mediante a qual foi amplamente propagado o uso intensivo de agrotóxicos e fertilizantes sintéticos na agricultura. Sob o argumento de que tais premissas eram oriundas de profundos estudos técnicos-científicos (estrangeiros), a Revolução Verde modificou profundamente aspectos sociais, políticos e econômicos na sociedade.

Para Zamberlam e Froncheti¹⁰, as inovações técnicas implementadas pela Revolução Verde possuem raízes nos interesses de grandes instituições privadas, que viam na agricultura uma boa oportunidade para a auferir lucro:

Grandes empresários perceberam que um dos caminhos do lucro permanente eram os alimentos. Possuindo grandes sobras de material de guerra (indústria química e mecânica), direcionaram Rockfeller e a Ford tais sobras para a agricultura. Encarregaram as fundações Ford e Rockfeller, o banco Mundial, entre outros, para sistematizarem o processo. Estes montaram a rede mundial GCPAI – Grupo Consultivo de Pesquisa Internacional – que é, na realidade, o somatório de centros de pesquisa e treinamento localizados em todo o mundo.

Entre as muitas modificações significativas causadas pela Revolução Verde na agricultura, destaca-se o surgimento das Variedades de Alto Rendimento, as “VARs”. Tratam-se de sementes modificadas geneticamente, apontadas como milagrosas pela técnica-científica do Norte Global. Sob o argumento de que cultivar estas sementes proporcionaria um rendimento comprovadamente maior do que os sistemas de cultivos que se verificavam até então, a eclosão das Variedades de Alto Rendimento ocasionou uma verdadeira safra de monoculturas¹¹.

A autora Vandana Shiva¹² considera tendenciosa a comparação quantitativa que foi divulgada pelos agentes que visavam a modernização do campo e a consequente implementação das VAR's em larga escala. Neste sentido, foram comparados os rendimentos dos sistemas agrícolas tradicionais, baseado em rotações de culturas, com os de eventuais monoculturas, apontadas como de alto rendimento:

Conceitos modernos de cultivo de plantas como as VARs reduzem os sistemas agrícolas a safras individuais e a partes das safras. Depois as safras componentes de um sistema são comparadas com os componentes de outro sistema. Como a estratégia da Revolução Verde tem por objetivo aumentar a produtividade de um único componente de uma propriedade rural a expensas de reduzir outros

⁸PORTO GONÇALVES, Carlos Walter. **A Globalização da Natureza e a Natureza da Globalização**, 212.

⁹BALSAN, Rosane. Impactos decorrentes da modernização da agricultura brasileira. Campo Território; **Revista da Geografia Agrária**. Uberlândia, v. 2, p.123-151, agosto, 2006. Disponível em: <http://www.campoterritorio.ig.ufu.br/policies.php>>. Acesso em: 10 jul. 2019.

¹⁰ZAMBERLAN, Jurandir; FRONCHETI, Alceu. **Preservação do pequeno agricultor e o meio ambiente**. Petrópolis: Vozes, 2001, p. 17.

¹¹SHIVA, Vandana. **Monoculturas da Mente**: perspectivas da biodiversidade e da biotecnologia. São Paulo: Gaia, 2003, p. 40.

¹²SHIVA, Vandana. **Monoculturas da Mente**: perspectivas da biodiversidade e da biotecnologia, p. 45.

componentes e aumentar os insumos externos, uma comparação parcial como essa é, por definição, tendenciosa no sentido de tornas as novas variedades “extremamente produtivas” mesmo que, no nível dos sistemas, não o sejam (...) Nunca é feita uma avaliação realista da produtividade das diversas safras produzidas pelos sistemas mistos e de rotação de culturas. Em geral, o rendimento de uma única planta, como o trigo ou o milho, é destacado e comparado à produtividade de novas variedades. Mesmo que a produtividade de todas as safras fosse incluída, é difícil converter a medida da produção de legumes numa medida equivalente de trigo, porque, tanto na alimentação quanto no ecossistema, têm funções distintas.

Nesse cenário de modernização dos métodos de produção de alimentos, o conceito de segurança alimentar anteriormente aplicado na sociedade, inerente a múltiplas culturas e diversidade no campo, começou a ser subvertido pela lógica do cultivo de monoculturas. Em sua obra *A Globalização da Natureza e a Natureza da Globalização*, o autor Carlos Walter Porto-Gonçalves¹³ discorre sobre o fato de os reais objetivos da segurança alimentar terem sido descaracterizados pela lógica mercantil-capitalista, que acabou por dominar a cultura do campo após o advento da Revolução Verde:

Vê-se que a questão de fundo posta pela domesticação das espécies (agricultura, pecuária e todo o conhecimento inscrito na caça, coleta e pesca) – a segurança alimentar – é deslocada pela lógica mercantil. A monocultura de alimentos (e outras) é, em si mesma, a negação de todo um legado histórico da humanidade em busca da garantia da segurança alimentar na medida em que, por definição, a monocultura não visa alimentar quem produz e, sim, a mercantilização do produto. Sequer podemos falar de produção de excedentes com a monocultura, até porque essa ideia pressuporia que o produtor direto vende o que lhe excede, o que está longe de ser o caso. Assim, a relação entre produtor e o produto muda de qualidade e, mais ainda, a quantidade torna-se a qualidade mais desejada.

Diante disso, resta-nos claro que a produção de alimentos lastreada na prática de monoculturas não visa atender às necessidades das regiões e dos povos que os produzem, mas sim suprir a demanda – cada vez maior – dos Estados mais poderosos economicamente por exportações. O fato é que após a modernização do campo, o Sul Social transformou-se em uma região altamente especializada em agricultura de exportação¹⁴.

No contexto Latino Americano, os custos sociais, econômicos e ambientais da produção de alimentos são suportados pelos países que efetivamente os produzem. Entretanto, enquanto os resultados dessa produção, a energia que move todo ser vivo oriunda destes alimentos¹⁵, são gozados, quase que exclusivamente, pelos países do Norte Global, que possuem uma soberania econômica e importam os melhores alimentos produzidos em todo planeta Terra.

¹³PORTO GONÇALVES, Carlos Walter. *A Globalização da Natureza e a Natureza da Globalização*, p. 213.

¹⁴BELIK, Walter; MALUF, Renato Sérgio. *Abastecimento e segurança alimentar: os limites da liberalização*. Campinas: Unicamp, 2000, p. 132.

¹⁵Considerar o fluxo de alimento como fluxo de energia e poder é um dos preceitos fundamentais da obra *Geografia da Fome*, de Josué de Castro (CASTRO, Josué de. *Geografia da fome, o dilema brasileiro: pão ou aço*. 10ª Ed. Rio de Janeiro: Antares Achiamé, 1980, p. 113). Registra-se que em um contexto pós-guerra, este autor foi extremamente inovador ao encarar o fenômeno da fome sob uma perspectiva inédita até então, a ecológica. Na obra (lançada em 1946), obra icônica, Josué de Castro expõe uma abordagem diferenciada acerca do problema, justificando-o através de diversos fatores, entre os quais destacam-se os sociais, os culturais e os políticos. Natural de Recife, Josué de Castro foi uma figura extremamente importante no plano político de vários organismos internacionais como a Organização das Nações Unidas para Agricultura e Alimentação (FAO) e a Organização das Nações Unidas (ONU).

A modernidade do *agrobusiness* constituiu uma relação social e de poder (geopolítica) entre países desenvolvidos (Norte Global) e países em desenvolvimento (Sul Social). Os territórios que possuem condições de importar os melhores alimentos assim o fazem, controlando o fluxo de energia que nos sustenta diariamente. Na antiguidade, guardar e proteger alimentos contra saques dos inimigos constituía uma relação de poder, onde uma camada – pequena – da sociedade controlava o fluxo de alimentos (energia) de todo resto¹⁶.

O alimento foi – e continua sendo – fonte de poder. Carlos Walter Porto-Gonçalves¹⁷ considera as novas tendências do agronegócio e a lógica das monoculturas uma atualização do caráter colonial, sendo uma reinvenção moderna da escravidão racial testemunhada à época dos engenhos de açúcar, quando priorizava-se a exportação do produto.

Ante ao exposto, conclui-se que a fome coletiva verificada nos países Latino Americanos do Sul Social deriva não da falta de alimentos, mas sim, da dificuldade em acessá-los. Acesso este que se dá, principalmente, através do capital. Outra forma (raríssima na atualidade) é a partir de uma espécie agricultura familiar de subsistência. Acontece que a referida modernização do campo vem aniquilando e extinguindo os pequenos produtores.

A agricultura capitalista de mercado, na modernidade, parece ser considerada como a única forma legítima de produzir alimentos. Tudo acaba descambiando no aspecto financeiro: O Norte Global vende a tecnologia (a um preço alto), o Sul Social produz os alimentos também a um alto custo (econômico, ambiental, social) e, finalizada a produção, exporta-os imediatamente aos países ricos (a um preço ínfimo, financeiro), que acabam por controlar os excedentes de provimentos, mesmo estando localizados em zonas temperadas.

Além disso, a tendência ao monocultivo aumenta a dependência do agricultor com o complexo industrial-financeiro. Dessa forma, a geopolítica explica a fome coletiva na América Latina. A insegurança alimentar mantém fortes relações com o sistema agrário/agrícola que visa a mercantilização generalizada¹⁸.

Na obra “Desenvolvimento como Liberdade”, o indiano Amartya Sen¹⁹ expõe seu entendimento acerca do fenômeno da fome coletiva, que se coaduna com o exposto na presente produção. Além disso, o autor apresenta algumas alternativas a esse problema, que, em nosso entendimento, podem perfeitamente viabilizar uma atenuação da insegurança alimentar verificada nos países Latino Americanos que compõe o Sul Social. Vejamos:

Subnutrição, fome crônica e fomes coletivas são influenciadas pelo funcionamento de toda economia e de toda sociedade – e não apenas pela produção de alimentos e atividades agrícolas. É crucial examinar adequadamente as interdependências econômicas e sociais que governam a incidência da fome no mundo contemporâneo. É preciso que nos concentremos não na oferta total de alimentos na economia, mas no intitlamento que cada pessoa desfruta: as mercadorias sobre as quais ela pode estabelecer sua posse e das quais ela pode

¹⁶PORTO GONÇALVES, Carlos Walter. *A Globalização da Natureza e a Natureza da Globalização*, 212.

¹⁷PORTO GONÇALVES, Carlos Walter. *A Globalização da Natureza e a Natureza da Globalização*, p. 215.

¹⁸PORTO GONÇALVES, Carlos Walter. *A Globalização da Natureza e a Natureza da Globalização*, p. 223.

¹⁹SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2010, p. 162.

dispor (...). As fomes coletivas podem ocorrer mesmo sem nenhum declínio na produção ou disponibilidade de alimentos. Um trabalhador pode ser levado a passar fome devido ao desemprego, combinado com a ausência de um sistema de seguridade social que forneça recursos como o seguro-desemprego.

Neste sentido, o autor sugere algumas possíveis soluções, que dependeriam de uma atuação efetiva do Poder Público:

As fomes coletivas são fenômenos altamente divisores. As tentativas de compreendê-las em função da disponibilidade média de alimentos *per capita* pode ser absolutamente enganosa. É possível impedir a fome aguda resultante à perda de intitamentos recriando-se sistematicamente um nível mínimo de rendas para as pessoas afetadas pelas mudanças econômicas.

Diante disso, resta demonstrado que a fome e a desnutrição nos países Latinos Americanos do Sul Social possuem cernes em questões geopolíticas e não em uma suposta insuficiência quantitativa de produção de alimentos (até porque falar em insuficiência produtiva em zonas tropicais é uma verdadeira falácia). Na realidade, o problema envolve relações sociais e de poder, pois, conforme já referido, quem controla o fluxo de alimentos é de fato quem controla o fluxo de energia dos povos, ainda mais se considerado o contexto de mundo globalizado em que hoje vivemos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante da problemática proposta como objeto da pesquisa, o artigo se propôs a expor as sérias consequências advindas do atual modelo capitalista de produção de alimentos, que se encontra em plena vigência em grande parte do mundo globalizado. A investigação restou-se delimitada aos países Latinos Americanos que compõem o chamado Sul Social, um grupo de países que foram submetidos ao colonialismo europeu e que, por diversos fatores, ainda não atingiram níveis de desenvolvimento semelhantes aos países situados no Norte Global (Europa e Estados Unidos, por exemplo).

A partir de uma abordagem sistêmica, a utilização da visão de diversos autores de áreas diferentes possibilitou uma conexão de distintas áreas do saber como Direito, Geografia e Antropologia. Objetivou-se, com isso, provocar uma reflexão aos leitores ante a premissas há muito tempo difundidas e aceitas pela população em geral, apesar de contraditórias e questionáveis.

Dessa forma, através de uma investigação profunda, as reais causas da insegurança alimentar verificada nos países Latinos Americanos do Sul Social restaram expostas e devidamente questionadas neste trabalho. Afinal, cabe ao pesquisador da área das ciências sociais aplicadas questionar, de forma fundamentada, o que entende ser prejudicial à sociedade na qual está inserido.

Em linhas gerais, concluiu-se que a real causa da fome nos países Latinos Americanos que compõem o Sul Social é facilmente constatada a partir de uma compreensão acerca das reais razões de as regiões que apresentam maior produtividade biológica não serem – nem de longe – as de maior produtividade econômica. E esta compreensão não nos deixou qualquer dúvida: as características do atual sistema agrícola/agrário são

os pilares e as causas da ampla insegurança alimentar verificada nos países que produzem a maior parte dos alimentos.

REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

BALSAN, Rosane. Impactos decorrentes da modernização da agricultura brasileira. *Campo Território; Revista da Geografia Agrária*, Uberlândia, v. 2, n. 1m p.123-151, agosto, 2006. Disponível em: <http://www.campoterritorio.ig.ufu.br/policies.php>. Acesso em: 10 jul. 2019.

BELIK, Walter. **Segurança Alimentar: a contribuição das universidades**. São Paulo, Instituto Ethos, 2003.

BELIK, Walter; MALUF, Renato Sérgio. **Abastecimento e segurança alimentar: os limites da liberalização**. Campinas: Unicamp, 2000.

BRASIL. **Lei nº 11.346, de 15 de setembro de 2006**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111346.html. Acesso em: 25 de maio de 2019.

CASTRO, Josué de. **Geografia da fome (o dilema brasileiro: pão ou aço)**. 10ª Ed. Rio de Janeiro: Antares Achiamé, 1980.

PORTO GONÇALVES, Carlos Walter. **A Globalização da Natureza e a Natureza da Globalização**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.

SANTOS, Boaventura de Sousa; MENESES, Maria Paula G.; [org.] **Epistemologias do Sul**. São Paulo: Cortez, 2010.

SANTOS, Boaventura de Sousa; MENESES, Maria Paula G.; NUNES, João Arriscado. Introdução: Para ampliar o cânone da ciência: a diversidade epistemológica do mundo. In: SANTOS, Boaventura de Sousa [org.] **Semear outras Soluções: os caminhos da biodiversidade e dos conhecimentos rivais**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2010.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

SHIVA, Vandana. **Monoculturas da Mente: perspectivas da biodiversidade e da biotecnologia**. São Paulo: Gaia, 2003.

ZAMBERLAN, Jurandir; FRONCHETI, Alceu: **preservação do pequeno agricultor e o meio ambiente**. Petrópolis: Vozes, 2001.

AGRO (TÓXICOS): INSEGURANÇA ALIMENTAR E NUTRICIONAL E A VIOLAÇÃO DO DIREITO HUMANO À ALIMENTAÇÃO ADEQUADA

Joana Silvia Mattia Debastiani¹

Josiane Petry Faria²

RESUMO

O artigo examina o fenômeno do aumento do uso de agrotóxicos no Brasil e a sua relação com o modelo hegemônico de agricultura que prima pela expansão da produção de *commodities*. O problema da pesquisa é: na sociedade atual, há possibilidade de garantir segurança alimentar e nutricional e o direito humano alimentação adequada? A hipótese parte da ideia de que somente será possível com o rompimento do modelo produtivo da agricultura capitalista e das estruturas de poder das grandes corporações. O método de abordagem é o dedutivo e o procedimento de pesquisa é bibliográfico.

PALAVRAS-CHAVE: Agricultura Capitalista. Agrotóxico. Alimentação Adequada. Segurança Alimentar.

RESUMEN

El artículo examina el fenómeno del aumento del uso de agro tóxicos en Brasil y su relación con el modelo hegemónico de agricultura que prima por la expansión de la producción de *commodities*. El problema de la investigación es: en la sociedad actual, ¿hay posibilidad de garantizar seguridad alimentaria y nutricional y el derecho humano alimentación adecuada? La hipótesis parte de la idea de que sólo será posible con la ruptura del modelo productivo de la agricultura capitalista y de las estructuras de poder de las grandes corporaciones. El método de enfoque es el deductivo y el procedimiento de búsqueda es bibliográfico.

PALABRAS CLAVE: Agricultura capitalista. Agro tóxico. Alimentación Adecuada. Seguridad Alimentaria.

INTRODUÇÃO

A temática central do trabalho parte da ideia que o acesso ao direito humano à alimentação adequada e a segurança alimentar somente serão possíveis com o rompimento do modelo de agricultura alicerçado na revolução verde e na destrutividade socioambiental e da sociobiodiversidade.

Parte-se da análise do reconhecimento da alimentação adequada enquanto direito humano e a crítica ao modelo constante na Agenda 2030 da ONU, que não enfrenta os problemas de redistribuição dos alimentos e, ainda, fomenta a exploração desenfreada do agronegócio. A segunda seção do artigo analisa o discurso para a implementação da revolução verde no Brasil e as consequências do modelo adotado. Por fim, questiona-se o

¹ Mestranda no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Passo Fundo – UPF em dupla titulação com o programa de *Tecnologías y políticas públicas sobre la gestión ambiental* na Universidade de Alicante, Espanha. Bolsista CAPES. Bolsista voluntária no Programa de Extensão universitária PROJUR Mulher e Diversidade – UPF. Integrante do grupo de pesquisas Dimensões do Poder, Gênero e Diversidade.

² Pós-doutora no Programa de Pós-Graduação da Universidade Federal de Rio Grande. Doutora em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (2015) com bolsa Prosup e PDSE Capes na Universidade de Sevilla/ES (2015). Mestra em Direitos Fundamentais e Relações de Trabalho pela Universidade de Caxias do Sul (2005). Especialista em Ciência Política pela Universidade Federal de Pelotas (2002). Graduada em Direito pela Universidade Federal de Pelotas (2000). É professora do Programa de Pós-Graduação Mestrado em Direito da Universidade de Passo Fundo, PPGDireito UPF. É professora adjunto da Faculdade de Direito UPF. Vice-Presidente da Comissão da Mulher Advogada Passo Fundo/RS. Membro convidada da Comissão Estadual da Mulher Advogada. Conselheira do Conselho Municipal dos Direitos da Mulher (COMDIM). Coordenadora do projeto de extensão Projur Mulher e Diversidade. Coordenadora do grupo de pesquisa Dimensões do Poder, Gênero e Diversidade do PPGDireito. Linha de pesquisa Relações Sociais e Dimensões do Poder, com ênfase em ciências criminais, gênero, relações de poder, diversidade e direitos humanos. Advogada. Passo Fundo, RS. E-mail jpfaria@upf.br.

aumento significativo do uso de agrotóxicos pelo agronegócio e discute-se como garantir o acesso ao direito humano a alimentação adequada e à segurança alimentar.

A partir desse contexto, através do método de abordagem dedutivo e o procedimento bibliográfico, tem-se como problema pesquisar na sociedade atual, há possibilidade de garantir segurança alimentar e nutricional e o direito humano alimentação adequada? Entende-se que o presente estudo pode potencializar a necessidade da revisão do modelo de agricultura atual, da exploração ambiental desenfreada, de riscos à saúde da população em geral e que agrava o abismo das desigualdades sociais.

1 DIREITO HUMANO À ALIMENTAÇÃO ADEQUADA: ENCANTO OU DESENCANTO?

A noção de direitos humanos se converteu no desafio do Século XXI. Não se nega o esforço internacional realizado para se formular juridicamente uma base mínima de direitos que alcance todos os indivíduos e formas de vida. Tradicional e hegemonicamente, os Direitos Humanos são associados às condições de vida a que todos os seres humanos devem ter asseguradas para viverem a vida com dignidade. Nesta perspectiva, os direitos humanos devem ser contemplados de forma universal, indivisível, inalienável, interdependentes e inter-relacionados. Contudo, o trabalho parte de uma análise crítica aos direitos humanos, onde não se trata *de um universalismo mas de um pluralismo de confluência, aberto a partir de suas distintas origens a um permanente diálogo e a um contínuo processo de construção sem imposições etnocêntricas e homogêneas*.³

Reconhecido pelo Pacto Internacional de Direitos Humanos, Sociais, Econômicos e Culturais, no seu artigo 11, ratificado por 153 países, no Comentário Geral nº 12 da ONU e contemplado no artigo 25 da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, o direito à alimentação adequada deve ser garantido tanto em quantidade como de qualidade, afiançado pela Segurança Alimentar e Nutricional (SAN). Através da SAN pleiteia-se que todos tenham o acesso regular e permanente à alimentação adequada, promotoras da saúde, com respeito à diversidade cultural e sejam ambiental, cultural, econômica e socialmente sustentáveis.

Segundo Ramose

O discurso sobre o direito à vida pressupõe sempre e está intimamente relacionado com o direito à alimentação. [...]. O direito à alimentação é um direito humano fundamental. Todos os outros direitos humanos fundamentais ‘tradicionais’ e todas as outras liberdades básicas gravitam em torno do direito à alimentação, derivando deste a sua relevância⁴.

O direito à alimentação no Brasil é um direito social, fixado no artigo 6º da Constituição Federal. Ao assumir o direito humano enquanto preceito fundamental, o Brasil reconheceu a sua importância e, adotou posicionamento que o poder público deve implementar políticas públicas que viabilizem esse direito.

Apesar de todo aparato jurídico, a efetivação do Direito Humano à Alimentação adequada ainda é distante da realidade de muitas pessoas. Segundo relatório divulgado pela *Food and Agriculture Organization*

³ SANCHÉZ RÚBIO, David. **Encantos e desencantos dos direitos humanos**: de emancipações, libertações e dominações. Livraria do Advogado Ed., 2014, p. 55.

⁴ RAMOSE, Mogobe B. Globalização e Ubuntu. In.: SOUZA SANTOS. Boaventura; MENESES, Maria Paula (ORG). **Epistemologias do Sul**. Edições Almedina: Coimbra, 2009, p. 149-151.

of the United Nations (FAO)⁵, mais de 113 milhões de pessoas em 53 países sofreram de fome extrema em 2018, sendo 42,5 milhões na América Latina e no Caribe. Como toda a produção humana, os direitos humanos podem trazer uma ideia de dignidade emancipadora, como também pode ser objeto de dominação, que legitima a exploração e a exclusão.

A dimensão encantadora se une com o potencial emancipador e o horizonte de esperança que possibilita a existência de condições de autoestima, responsabilidade e autonomia diferenciadas e plurais. A dimensão que desencanta pode aparecer no instante em que os Direitos Humanos se fixam sobre discursos e teorias, instituições e sistemas estruturais que sociocultural e sociomaterialmente não permitem que estes sejam factíveis e nem possíveis, devido às assimetrias e hierarquias desiguais sobre as quais se mantêm. Além disso, através de diversos mecanismos de ocultação, pode-se construir um imaginário aparentemente emancipador e, por isso, com um encanto sedutor, falsamente universal.⁶

Sem falsos encantamentos, é preciso assumir um pensamento complexo, relacional e interdisciplinar frente a um pensamento simples e estreito, que reduz e abstrai a diversidade do real, há que se cultivar um pensamento que saiba distinguir relacionalmente, porém sem separar, os elementos que constituem a realidade jurídica, sem isso, permanecerá profundo o abismo existente entre a teoria e a práxis em direitos humanos.

Em um novo discursos universalista, a Organização das Nações Unidas – ONU apresentou em 2015 o que chamou de *uma oportunidade histórica e sem precedentes para reunir os países e a população global e decidir sobre novos caminhos, melhorando a vida das pessoas em todos os lugares*⁷. Segundo os envolvidos, as decisões têm por finalidade determinar o curso global de ação para acabar com a pobreza, promover a prosperidade e o bem-estar para todos, proteger o meio ambiente e enfrentar as mudanças climáticas através dos 8 Objetivos para o Milênio e dos 17 objetivos para o desenvolvimento sustentável.

Acabar com a fome, alcançar a segurança alimentar e melhoria da nutrição e promover a agricultura sustentável é o objetivo 2 da chamada Agenda 2030. Porém, colocar fim à fome implica em afiançar a satisfação efetiva das necessidades básicas da população mundial. Partindo da atualidade temos capacidade para gerar alimentos suficientes para garantir a alimentação adequada com segurança para a população mundial, contudo

el problema del hambre no está relacionado con la provisión de alimentos sino con su distribución. Dicha distribución se realiza a través del mercado, en el cual las grandes empresas transnacionales dedicadas a la comercialización de alimentos, con un gran poder de mercado, mantienen un oligopolio colusivo, que impone a los alimentos unos precios que los hacen inaccesibles para gran parte de la población mundial. Y no es posible ponerle fin al hambre sin limitar el poder de mercado de dichas empresas (...).⁸

⁵ ONU. FAO. **A fome afeta 42,5 milhões de pessoas na América Latina e no Caribe**. Disponível em <http://www.fao.org/brasil/noticias/detail-events/pt/c/1201874/>. Acesso em 12 ago 2019.

⁶ SANCHÉZ RUBIO, David. **Encantos e desencantos dos direitos humanos**: de emancipações, libertações e dominações. Livraria do Advogado Ed., 2014, p. 18.

⁷ ONU. **Objetivos do Desenvolvimento Sustentável**. Disponível em <https://nacoesunidas.org/pos2015/agenda2030/>. Acesso em 12 ago 2019.

⁸ O problema da fome não está relacionado com o fornecimento de alimentos, mas sim com a sua distribuição. Esta distribuição realiza-se através do mercado, no qual as grandes empresas transnacionais dedicadas à comercialização de alimentos, com um grande poder de mercado, mantêm um oligopólio que impõe aos alimentos preços que os tornam inacessíveis a grande parte da população mundial. E não é possível pôr fim à fome sem limitar o poder de mercado dessas empresas. Tradução das Autoras. HIDALGO-CAPITÁN, Antonio Luis; GARCÍA-ÁLVAREZ Santiago; CUBILLO-GUEVARA, Ana Patricia; MEDINA-CARRANCO, Nancy. **Los objetivos**

Os objetivos do desenvolvimento sustentável não fazem referência a regulação dos mercados a fim de possibilitar a redistribuição de alimentos. Aludem ser necessário a promoção de uma agricultura sustentável, baseada no fomento ao mercado, com o aumento da produção. Como consequência dessa aposta, demonstram não considerar a intensificação da exploração da terra e, ainda a expansão da fronteira agrícola⁹.

lo que se pretende es producir más alimentos para tratar de reducir el hambre sin tener que distribuir mejor los alimentos, depositando sobre la capacidad de producción de la naturaleza la solución del problema del hambre. Pero, en realidad, la lógica de producir más es una lógica de agricultura insostenible, pues los aumentos de productividad suelen descansar en el uso de agroquímicos (que contaminan los ecosistemas), en la producción de transgénicos (que amenazan la biodiversidad genética y la bioseguridad) y en la expansión de la frontera agrícola (que destruyen la biodiversidad de ecosistemas y de especies).¹⁰

É necessário esclarecer, para evitar falsos encantamentos, que apenas 4 corporações ocidentais dominam o mercado de produtos agrícolas - *Archer Daniels Midland (ADM)*, *Bunge*, *Cargill* e *Louis Dreyfus Company*. Juntas elas são conhecidas como o “grupo ABCD” ou simplesmente “ABCD”¹¹ elas comercializam, transportam e processam diversas commodities, possuem navios oceânicos, portos, ferrovias, refinarias, silos, moinhos e fábricas. Representam 70% do mercado mundial de *commodities* agrícolas. São essas grandes empresas transnacionais, que mantém hegemonicamente poder para a depender da *situação do mercado*, [d] a qualidade e [d]o preço determinam se essas commodities são vendidas como alimentos, agrocombustíveis ou ração para animais¹².

Los inexorables procesos de la agricultura —la industrialización y la internacionalización— son probablemente responsables del hambre de un mayor número de personas que la crueldad de las guerras y de los caprichos de la naturaleza combinados. Son varios los motivos por los que el modelo de cultivo de alta tecnología para la exportación hace que aumente el hambre. Tierras, créditos, agua y tecnología escasas de per sí son reservadas para el mercado exterior. La mayoría de personas hambrientas no sufren siquiera la influencia directa del mercado. [...]

del buen vivir a escala global: una crítica de los objetivos de desarrollo sostenible y una propuesta alternativa transmoderna. Ediciones Bonanza. Huelva, 2018, p. 26.

⁹ São exemplos: **2.3 Até 2030, dobrar a produtividade agrícola** e a renda dos pequenos produtores de alimentos, particularmente das mulheres, povos indígenas, agricultores familiares, pastores e pescadores, inclusive por meio de acesso seguro e igual à terra, outros recursos produtivos e insumos, conhecimento, serviços financeiros, mercados e oportunidades de agregação de valor e de emprego não agrícola. **2.4 Até 2030, garantir sistemas sustentáveis de produção de alimentos e implementar práticas agrícolas resilientes, que aumentem a produtividade e a produção**, que ajudem a manter os ecossistemas, que fortaleçam a capacidade de adaptação às mudanças climáticas, às condições meteorológicas extremas, secas, inundações e outros desastres, e que melhorem progressivamente a qualidade da terra e do solo. (...) **2.a Aumentar o investimento**, inclusive via o reforço da cooperação internacional, em infraestrutura rural, pesquisa e extensão de serviços agrícolas, **desenvolvimento de tecnologia**, e os bancos de genes de plantas e animais, **para aumentar a capacidade de produção agrícola nos países em desenvolvimento, em particular nos países menos desenvolvidos**. **2.b Corrigir e prevenir as restrições ao comércio e distorções nos mercados agrícolas mundiais**, incluindo a eliminação paralela de todas as formas de subsídios à exportação e todas as medidas de exportação com efeito equivalente, de acordo com o mandato da Rodada de Desenvolvimento de Doha. **2.c Adotar medidas para garantir o funcionamento adequado dos mercados de commodities de alimentos e seus derivados**, e facilitar o acesso oportuno à informação de mercado, inclusive sobre as reservas de alimentos, a fim de ajudar a limitar a volatilidade extrema dos preços dos alimentos. Grifos das autoras.

¹⁰ O que se pretende é produzir mais alimentos para tratar de reduzir a fome sem ter que distribuir melhor os alimentos, depositando sobre a capacidade de produção da natureza a solução do problema da fome. Mas, na realidade, a lógica de produzir mais é uma lógica de agricultura insustentável, pois os aumentos de produtividade costumam descansar no uso de agroquímicos (que contaminam os ecossistemas), na produção de transgênicos (que ameaçam a biodiversidade genética e a biossegurança) e a expansão da fronteira agrícola (que destroem a biodiversidade de ecossistemas e de espécies). Tradução livre das Autoras. GUDYNAS, Eduardo. **Extractivismos:** Ecología, economía y política de un modo de entender el desarrollo y la Naturaleza. Cochabamba: CEDIB/CLAES, 2015, p. 26.

¹¹ **Altas do agronegócio:** fatos e números sobre as corporações que controlam o que comemos. Maureen Santos, Verena Glass, organizadoras. – Rio de Janeiro: Fundação Heinrich Böll, 2018. p. 28.

¹² **Altas do agronegócio:** fatos e números sobre as corporações que controlam o que comemos. Maureen Santos, Verena Glass, organizadoras. – Rio de Janeiro: Fundação Heinrich Böll, 2018. p. 28.

Los beneficios van a parar a grandes compañías a las que no interesa en absoluto alimentar a población hambrienta y sin dinero.¹³

Criticamente, o modelo apresentado pela ONU como produto do sistema internacional, não põem em causa elementos fundamentais das sociedades ocidentais, como são a modernidade, o capitalismo e o antropocentrismo. Por isso o resultado da sua eventual realização não pode contribuir para a melhoria do bem-estar da humanidade, ou pelo menos daquela parte da humanidade que questiona esses elementos; isto é os decolonialistas, pós-capitalistas e os biocentristas.

O paradoxo em reconhecer que são as grandes corporações que determinam o destino dos alimentos no mundo, bem como, que a alimentação adequada só é possível com segurança alimentar, ou seja, diferentes povos, em qualquer lugar do mundo, com a capacidade para decidir acerca de seu modelo de agricultura e de alimentação de forma a garantir o abastecimento de alimentos em termos nutritivos, ambientais, culturais e sociais, está adotar posicionamento que não é possível garantir o acesso à alimentação adequada através do modelo hegemônico de agricultura.

2 IMPLICAÇÕES DO MODELO DE DESENVOLVIMENTO AGRÁRIO BRASILEIRO

O Modelo de produção agrícola atualmente hegemônico no Brasil, marcado pelo ingresso do capitalismo no campo e pela Revolução Verde que lhe sustenta, mostra-se perverso no trinômio: exploração, expropriação e apropriação da natureza e do trabalho.

Com o fim da Primeira Guerra Mundial, enaltecendo a ideia de que a soberania de um país passava, necessariamente pela capacidade de autossuficiência alimentar, bem como esta, estava ligada à capacidade de produção agrícola, passou-se a utilizar, na Europa, o termo “segurança alimentar”¹⁴.

Nesse período a Revolução Verde era considerada difusora de tecnologias agrícolas que permitiram um aumento considerável na produção, sobretudo em países menos desenvolvidos¹⁵. A partir da modernização das técnicas utilizadas buscou difundir a ideia de que a fome e subnutrição no mundo desapareceria com o aumento significativo da produção agrícola, o que estaria assegurado ao assumir um modelo agrícola de grandes propriedades com monoculturas e emprego de insumos químicos¹⁶.

¹³ Os inexoráveis processos da agricultura —a industrialização e a internacionalização— são provavelmente responsáveis pela fome de um maior número de pessoas que a crueldade das guerras e dos caprichos da natureza combinados. São várias as razões pelas quais o modelo de cultivo de alta tecnologia para a exportação faz aumentar a fome. Terras, créditos, água e tecnologia escassas são reservadas para o mercado externo. A maioria das pessoas famintas nem sequer sofre a influência direta do mercado. [...] Os lucros vão para grandes empresas que não têm qualquer interesse em alimentar a população faminta e sem dinheiro. Tradução livre das Autoras. SHIVA, Vandana. **Manifiesto para una democracia de la tierra**. Justicia, sostenibilidad y paz. Barcelona: Paidós, 2006, p. 45

¹⁴ FRITZ, Karen Beltrame Becker; WAQUIL, Paulo Dabdad; FRITZ FILHO, Luiz Fernando. A Insegurança Alimentar no Rural do Rio Grande do Sul: análise da privação de uma capacitação básica. **Desenvolvimento em questão**. Editora Unijuí, ano 12, n. 26, abr./jun., 2014. Disponível em <https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/desenvolvimentoemquestao/article/view/956/2651>. Acesso em 12 ago 2019.

¹⁵ OCTAVIANO, Carolina. Muito além da tecnologia: os impactos da Revolução Verde. **Com Ciência** Campinas, n. 120, 2010. Disponível em http://comciencia.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1519-76542010000600006&lng=es&nrm=iso. Acesso em 12 ago 2019.

¹⁶ FRITZ, Karen Beltrame Becker; WAQUIL, Paulo Dabdad; FRITZ FILHO, Luiz Fernando. A Insegurança Alimentar no Rural do Rio Grande do Sul: análise da privação de uma capacitação básica. **Desenvolvimento em questão**. Editora Unijuí, ano 12, n. 26, abr./jun., 2014. Disponível em <https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/desenvolvimentoemquestao/article/view/956/2651>. Acesso em 12 ago 2019.

Um dos impactos marcantes dessa modernização do setor está na incidência de monoculturas com plantas híbridas, além de ser fortemente apoiada em energias não renováveis como os agrotóxicos, os adubos e na intensa mecanização e na alteração genética dos alimentos, o que é bastante questionado em debates sobre segurança alimentar.¹⁷

No Brasil, a Revolução Verde apresenta-se como um período muito particular do desenvolvimento do capitalismo no campo. Para que esse modelo econômico e tecnológico fosse adotado pelas grandes empresas capitalistas no campo, foi necessário um conjunto de medidas governamentais e legislativas, através de políticas públicas para adoção desse novo modelo por parte dos agricultores. Entre elas, relaciona-se o crédito subsidiado atrelado à compra de insumos como agrotóxicos e adubos, a criação de órgãos de pesquisas nacionais e estaduais para dar suporte ao modelo também é considerada como um incentivo, junto ao treinamento, no exterior, dos professores das faculdades de agronomia e a criação de um serviço de extensão rural para levar a tecnologia até o agricultor.

[ela] associa insumos químicos (adubos e agrotóxicos), insumos mecânicos (tratores colheitadeiras mecânicas etc) e biológicas (variedades melhoradas) (...) Foram desenvolvidas variedades vegetais de alta produtividade que dependiam, entretanto, da adoção de um conjunto de práticas e insumos conhecido como “pacote tecnológico” da revolução verde (insumos químicos, agrotóxicos, irrigação, máquinas agrícolas etc). Foi criada também uma estrutura de crédito rural subsidiado e, paralelamente, uma estrutura de ensino, pesquisa e extensão rural associadas a esse modelo agrícola. Com o apoio de órgãos governamentais e organizações internacionais, a revolução verde expandiu-se rapidamente pelo mundo promovendo uma intensa padronização das práticas agrícolas e artificialização do meio ambiente.¹⁸

Como uma das consequências do modelo adotado foi o aumento do latifúndio no Brasil. Por mais que a raiz da concentração fundiária no Brasil seja identificada na Lei de Terras, a Revolução Verde manteve e aumentou a concentração de terras nas mãos de poucos, diante da insustentabilidade da produção dos pequenos agricultores.

Durante las últimas décadas, la producción, el procesado y la distribución de alimentos han dejado de ser patrimonio de las mujeres y de los pequeños agricultores y productores, y están siendo monopolizados por gigantes empresariales globales como Cargill, Monsanto, Phíllip Morris y Nestlé. En muchas partes, los pequeños agricultores están siendo desplazados y desarraigados por culpa de la competencia desleal de agroindustrias fuertemente subvencionadas.¹⁹

Segundo o Atlas do Agronegócio²⁰ a conjuntura histórica e geopolítica colonial legou à América Latina a pior distribuição de terras em todo mundo, *onde 51,19% das terras agrícolas estão concentradas nas mãos de apenas 1% dos proprietários rurais, [...]. O Brasil, ocupa o 5º lugar no ranking de desigualdade no acesso à terra.*

¹⁷ OCTAVIANO, Carolina. Muito além da tecnologia: os impactos da Revolução Verde. **Com Ciência** Campinas, n. 120, 2010. Disponível em http://comciencia.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1519-76542010000600006&lng=es&nrm=iso. Acesso em 12 ago 2019.

¹⁸ SANTILI, Juliana. **Agrobiodiversidade e o direito dos agricultores**. São Paulo, Petrópolis, 2009

¹⁹. Durante as últimas décadas, a produção, a transformação e a distribuição de alimentos deixaram de ser patrimônio das mulheres e dos pequenos agricultores e produtores, e estão sendo monopolizados por gigantes empresariais globais como Cargill, Monsanto, Phíllip Morris e Nestlé. Em muitas partes, os pequenos agricultores estão a ser deslocados e desenraizados devido à concorrência desleal de agro-indústrias fortemente subsidiadas. Tradução das Autoras. SHIVA, Vandana. **Manifiesto para una democracia de la tierra**. Justicia, sostenibilidad y paz. Barcelona: Paidós, 2006, p. 191.

²⁰ **Altas do agronegócio: fatos e números sobre as corporações que controlam o que comemos**. Maureen Santos, Verena Glass, organizadoras. – Rio de Janeiro: Fundação Heinrich Böll, 2018.

O enfoque agroecológico passa a ser incompatível com o domínio da racionalidade econômica do agronegócio sobre as orientações políticas para o desenvolvimento rural. Ao guiar-se pela lógica da extração do lucro a curto prazo, o agronegócio se produz e se reproduz por meio de economias de escalas que induzem a ocupação dos territórios com extensas monoculturas²¹. É a chamada agricultura capitalista

que expande ahora su manto de destrucción, desnaturalizando el papel de la agricultura y convirtiendo la que fue una actividad para la alimentación de la vida, para el dominio soberano sobre las fuentes de nutrición y la construcción de una cultura de la vida, en un espacio social de la codicia agrícola de recreación de una lógica de la muerte²².

Para Santos²³, a associação entre a tirania do dinheiro e da informação conduz e acelera para processos hegemônicos. Esse modelo de agricultura apela para a superexploração de recursos naturais, concentração fundiária e o descarte da população camponesa, responsável pela produção de mais de 70% dos alimentos²⁴ no Brasil. Não sem razão, a expansão das monoculturas no Brasil em resposta à oportunidade criada com o aumento da demanda externa por *commodities* agrícolas fez com que o país assumisse o posto de maior consumidor de agrotóxicos do mundo.

3 O AGRO(TÓXICO) É MESMO POP?

O processo produtivo agrícola está cada vez mais dependente dos agrotóxicos e de fertilizantes químicos. Em 2008, o Brasil ultrapassou os Estados Unidos e assumiu o posto de maior mercado mundial de agrotóxicos, cerca de um bilhão de litros/ano. Segundo dados extraídos do Dossiê Abrasco, tal aumento está intimamente relacionado com a expansão do plantio da soja transgênica, que amplia o consumo do glifosato, a crescente resistência das chamadas “ervas daninha”, dos fungos e insetos e, ainda, do aumento das doenças nas lavouras.

Neste ano, na contramão de recomendações internacionais, o Brasil deferiu o registro de cerca de 290 agrotóxicos, superando a taxa de 2018 até então a mais alta para o mesmo intervalo, deixando de banir os já proibidos em outros países. Utilizando-se do artifício retórico de chamá-los defensivos agrícolas, a Ministra Tereza Cristina²⁵ sugere que estes supostamente protegem os cultivos e, por consequência oculta os efeitos do

²¹ CARNEIRO, Fernando Ferreira; AUGUSTO, Lia Giraldo da Silva; RIGOTTO, Raquel Maria; FRIEDRICH, Karen; BÚRIGO, André Campos (Org). **Dossiê ABRASCO**: um alerta sobre os impactos dos agrotóxicos na saúde. Rio de Janeiro: EPSJV; São Paulo: Expressão Popular, 2015.

²² Que expande agora seu manto de destruição, desnaturando o papel da agricultura e convertendo o que foi uma atividade para a alimentação da vida, para o domínio soberano sobre as fontes de nutrição e a construção de uma cultura da vida, num espaço social da cobiça agrícola de recreação de uma lógica da morte. Tradução livre. BREIL, Jaime. Ética incorruptible de uma ciência solidária. In.: CARNEIRO, Fernando Ferreira; AUGUSTO, Lia Giraldo da Silva; RIGOTTO, Raquel Maria; FRIEDRICH, Karen; BÚRIGO, André Campos (Org). **Dossiê ABRASCO**: um alerta sobre os impactos dos agrotóxicos na saúde. Rio de Janeiro: EPSJV; São Paulo: Expressão Popular, 2015.

²³ SANTOS, Milton. **Por uma outra globalização**: do pensamento único à conscientização universal. 18. ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Record, 2009.

²⁴ Segundo informações do site da Secretaria de Agricultura Familiar e Cooperativismo, a agricultura familiar produz 70% do feijão nacional, 34% do arroz, 87% da mandioca, 46% do milho, 38% do café e 21% do trigo. O setor também é responsável por 60% da produção de leite e por 59% do rebanho suíno, 50% das aves e 30% dos bovinos. **Se o Brasil só tivesse a produção familiar, ainda assim estaria no top 10 do agronegócio mundial, entre os maiores produtores de alimentos**. Grifo das Autoras. Disponível em <http://www.mda.gov.br/sitemda/noticias/agricultura-familiar-do-brasil-%C3%A9-8%C2%AA-maior-produtora-de-alimentos-do-mundo>. Acesso em 12 ago 2019.

²⁵ BRASIL. MAPA. **Esclarecimentos sobre Registros de Defensivos Agrícolas**. Disponível em <http://www.agricultura.gov.br/noticias/esclarecimentos-sobre-registros-de-defensivos-agricolas>. Acesso em 12 ago 2019.

uso sobre a saúde humana e o meio ambiente, dissimulando sua natureza nociva. É oportuno esclarecer que a utilização da retórica da ocultação não seria suficientemente reconhecida se não contasse com a guarida de instituições científicas. Além de criarem a falsa ideia de que algumas medidas preventivas eliminariam o risco de intoxicação humana e ambiental, essas terminologias criam uma blindagem jurídica para as empresas diante dos milhares de casos de intoxicação anuais.

Ocultar, justificar e desqualificar continuam sendo as armas para impor o silêncio que tem bloqueado a realização de um amplo e informado debate público sobre a temática dos agrotóxicos, *se o público está sendo chamado a assumir os riscos que os controladores de insetos calculam (...) a obrigação de tolerar, de suportar, dá-nos o direito de saber*²⁶.

A nocividade do modelo agrícola dependente de agrotóxicos e de fertilizantes químicos é agravada, pois não se consideram os contextos onde os produtos são aplicados, como vulnerabilidades sociais, políticas, ambientais, econômicas, institucionais e também científicas.

Há uma verdadeira chantagem global que impõem o seu uso. Em nome da fome dos africanos, asiáticos e latino-americanos, engorda-se o gado que alimenta os europeus e norte-americanos à custa das externalidades ambientais sofridas e pagas por esses povos, sem que seus problemas de direitos humanos de acesso à terra, entre outros, estejam resolvidos.²⁷

A Nota Técnica da FioCruz que analisou o conhecido PL do veneno refere que ser fundamental que municípios e estados possam legislar de forma mais restritiva a distribuição, comercialização e uso dos agrotóxicos, pois entendem que riscos ambientais e saúde humana podem diferir de acordo com a localidade. Assim, a proibição imposta pelo art. 9º, § 1º do PL em tramitação, fará com que diplomas legais mais restritivos, com vistas à proteção do meio ambiente e da saúde, percam efeito.

O desmonte da frágil legislação brasileira acerca da temática objetiva maior ganho econômico para as corporações do agronegócio, atenta contra a natureza, viola direitos dos povos originários, das populações e comunidades tradicionais, ou seja, de toda a população, potencializando processos de contaminação da água dos rios, lagos e mares, intensificando o uso da pulverização aérea – as chuvas de agrotóxicos, acarretando riscos inaceitáveis para a saúde, como a contaminação²⁸ do leite materno e surtos de intoxicações

Com esse panorama, como ter acesso a segurança alimentar e nutricional e ao direito humano à alimentação adequada? Primeiro, precisamos compreender esses dois conceitos chaves.

A segurança alimentar e nutricional consiste na realização do direito de todos ao acesso regular e permanente a alimentos de qualidade, em quantidade suficiente, sem comprometer o acesso a outras necessidades essenciais, tendo como base práticas alimentares promotoras de saúde que respeitem a diversidade cultural e que sejam ambiental, cultural, econômica e socialmente sustentáveis.

A alimentação adequada, por sua vez, é direito fundamental do ser humano, inerente à dignidade da pessoa humana e indispensável à realização dos direitos consagrados na Constituição Federal.

²⁶ CARSON, Rachel. **Primavera Silenciosa**. São Paulo: Gaia Editora, 2010, p 28.

²⁷ CARNEIRO, Fernando Ferreira; AUGUSTO, Lia Giraldo da Silva; RIGOTTO, Raquel Maria; FRIEDRICH, Karen; BÚRIGO, André Campos (Org). **Dossiê ABRASCO**: um alerta sobre os impactos dos agrotóxicos na saúde. Rio de Janeiro: EPSJV; São Paulo: Expressão Popular, 2015, p. 78

²⁸ Segundo dados de 2011, 78% dos alimentos analisados continham resíduos de agrotóxicos e 36% apresentam resultados insatisfatórios, ou seja, apresentam resíduos dentro do limite máximo de resíduo estabelecido.

O direito humano à alimentação adequada impõe ao Estado adotar as políticas e ações que se façam necessárias para promover e garantir a segurança alimentar e nutricional da população, sem comprometer os demais direitos básicos e sem ameaçar esses direitos. A violação desse direito, seja quantitativamente, seja qualitativamente – incluindo-se os contaminados, leva à insegurança alimentar. O Brasil, segundo dados do IBGE conta de 70 milhões de brasileiros em estado de insegurança alimentar e nutricional.

O debate sobre o controle social dos agrotóxicos precisa avançar do modelo de fiscalização e controle, para atingir dimensões de banimento, de criação de políticas públicas alternativas ao uso, em busca de segurança alimentar. Estratégias de ação devem estar relacionadas com a produção de conhecimento sobre problemas ambientais e de saúde, onde os protagonistas sejam as populações atingidas e as organizações de justiça ambiental.

A priorização da implementação da Política Nacional de Agroecologia em detrimento do financiamento público ao agronegócio, impulsionar debates e o enfrentamento da concentração do sistema alimentar mundial, estabelecer regras a atuação das corporações transnacionais, banir agrotóxicos já proibidos em outros países e que apresentam graves riscos à saúde humana e ao meio ambiente, suspender as isenções de tributos, fortalecer e ampliar a aquisição de alimentos produzidos sem agrotóxico, são medidas viáveis voltadas para o enfrentamento aos agrotóxicos.

no podemos vivir en una sociedad así sin disponer antes de las posibilidades básicas de elección que nos habilitan para llevar una vida realmente humana, una vida digna: las que nos permiten conocer cómo se produce nuestra comida, las que nos permiten conocer con qué clase de bosques se fabrican nuestras mesas y nuestras sillas, las que nos permiten conocer si los salarios de las personas que cultivaron los alimentos son justos o no, las que nos permiten conocer qué hay en nuestra comida²⁹.

Longe de falsas soluções oferecidas ao mercado por empresas do agronegócio, ao considerar a disponibilidade de alimentos no mundo, a fome não mais deveria ser uma realidade nas proporções ainda existentes. O combate à fome e à pobreza extrema, a garantia da segurança alimentar e nutricional e o direito à alimentação saudável, exigem o enfrentamento da lógica da dominação das grandes empresas e corporações do agronegócio através da superação do modelo produtivo hegemônico e do rompimento da estrutura de poder baseada no controle das sementes e no mercado de agrotóxicos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A pesquisa em questão apresentou como objetivo geral verificar se, na sociedade atual, considerando o modelo de agricultura hegemônico, é possível alcançar o direito humano de acesso à alimentação adequada e a segurança alimentar. Discutiu-se a organização da agricultura capitalista, estruturada na Revolução Verde e as suas consequências, analisou-se criticamente a Agenda 2030 da ONU, apresentada em 2015 como uma oportunidade para trilhar outros caminhos, mas que não ataca o problema, apresentando apenas recursos paliativos.

²⁹ SHIVA, Vandana. **Manifiesto para una democracia de la tierra**. Justicia, sostenibilidad y paz. Barcelona: Paidós, 2006, p. 52

Da análise, percebe-se que o modelo do capitalismo invadiu o campo e transformou a agricultura no agronegócio. Sob o argumento de levar alimentos à quem tem fome, acabar com a miséria, a Revolução Verde, no Brasil, alavancou produção de *commodities*, afiançou latifúndios, expropria diariamente a sociobiodiversidade, o meio ambiente e o campesinato, responsável pela produção de mais de 70% dos alimentos consumidos no país.

Esse novo arranjo proporcionou à agricultura atuar em um processo de dominação, onde a concentração do mercado de produção e distribuição de alimentos se mantém na mão de um número cada vez menor de conglomerados transnacionais. Nesse modelo, o consumo de agrotóxicos no Brasil explodiu e setores do agronegócio propõem menos regulação para esses produtos. Nesse cenário, o estudo aponta para a necessidade de reestruturação da agricultura para que seja possível garantir acesso à alimentação adequada e com segurança alimentar a todos.

REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

Altas do agronegócio: fatos e números sobre as corporações que controlam o que comemos. Maureen Santos, Verena Glass, organizadoras. – Rio de Janeiro: Fundação Heinrich Böll, 2018.

BRASIL. MAPA. **Esclarecimentos sobre Registros de Defensivos Agrícolas.** Disponível em <http://www.agricultura.gov.br/noticias/esclarecimentos-sobre-registros-de-defensivos-agricolas>. Acesso em 12 ago 2019.

CARNEIRO, Fernando Ferreira; AUGUSTO, Lia Giraldo da Silva; RIGOTTO, Raquel Maria; FRIEDRICH, Karen; BÚRIGO, André Campos (Org). **Dossiê ABRASCO:** um alerta sobre os impactos dos agrotóxicos na saúde. Rio de Janeiro: EPSJV; São Paulo: Expressão Popular, 2015.

CARSON, Rachel. **Primavera Silenciosa.** São Paulo: Gaia Editora, 2010.

FRITZ, Karen Beltrame Becker; WAQUIL, Paulo Dabdab; FRITZ FILHO, Luiz Fernando. A Insegurança Alimentar no Rural do Rio Grande do Sul: análise da privação de uma capacitação básica. **Desenvolvimento em questão.** Editora Unijuí, ano 12, n. 26, abr./jun., 2014. Disponível em <https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/desenvolvimentoemquestao/article/view/956/2651>. Acesso em 12 ago 2019.

HIDALGO-CAPITÁN, Antonio Luis; GARCÍA-ÁLVAREZ Santiago; CUBILLO-GUEVARA, Ana Patricia; MEDINA-CARRANCO, Nancy. **Los objetivos del buen vivir a escala global:** una crítica de los objetivos de desarrollo sostenible y una propuesta alternativa transmoderna. Ediciones Bonanza. Huelva, 2018.

OCTAVIANO, Carolina. Muito além da tecnologia: os impactos da Revolução Verde. **Com Ciência** Campinas, n. 120, 2010. Disponível em http://comciencia.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1519-76542010000600006&lng=es&nrm=iso. Acesso em 12 ago 2019.

ONU. **Objetivos do Desenvolvimento Sustentável.** Disponível em <https://nacoesunidas.org/pos2015/agenda2030/>. Acesso em 12 ago 2019.

ONU. FAO. **A fome afeta 42,5 milhões de pessoas na América Latina e no Caribe.** Disponível em <http://www.fao.org/brasil/noticias/detail-events/pt/c/1201874/>. Acesso em 12 ago 2019.

RAMOSE, Mogobe B. Globalização e Ubuntu. In.: SOUZA SANTOS. Boaventura; MENESES, Maria Paula (ORG). **Epistemologias do Sul.** Edições Almedina: Coimbra, 2009.

SANCHÉZ RÚBIO, David. **Encantos e desencantos dos direitos humanos**: de emancipações, libertações e dominações. Livraria do Advogado Ed., 2014, p. 55.

SANTILI, Juliana. **Agrobiodiversidade e o direito dos agricultores**. São Paulo, Petrópolis, 2009.

SANTOS, Milton. **Por uma outra globalização**: do pensamento único à conscientização universal. 18. ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Record, 2009.

SHIVA, Vandana. **Manifiesto para una democracia de la tierra**. Justicia, sostenibilidad y paz. Barcelona: Paidós, 2006.

O USO DOS AGROTÓXICOS NAS LAVOURAS BRASILEIRAS E O AFASTAMENTO DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE: UMA ANÁLISE SISTÊMICA

Rafael Machado Soares¹

Adriana Fasolo Pilati²

RESUMO

Existem muitas pesquisas que demonstram os efeitos perversos do uso de agrotóxicos e que impactam na saúde da população, bem como violam o direito fundamental a alimentação adequada. Além disso, embora o uso dos agrotóxicos possa ser impulsionador da lucratividade, ele também pode figurar como exemplo da não absorção da função social da propriedade. Isso se daria pelo uso indiscriminado, compulsório e descontrolado nas lavouras brasileiras com suas respectivas consequências. O presente trabalho pretende investigar, portanto, essas relações e, desse modo, a pesquisa tem natureza bibliográfica e se utilizará da técnica de revisão documental.

PALAVRAS-CHAVE: Direito de propriedade; Função social; Alimentação adequada; Agrotóxicos.

ABSTRACT

There is much research demonstrating the perverse effects of pesticide use and affecting the health of the population, as well as violating the fundamental right to adequate food. In addition, while pesticide use can be a driver of profitability, it can also be an example of non-absorption of the social function of property. This is due to the indiscriminate, compulsory and uncontrolled use in Brazilian crops with its consequences. Therefore, the present work intends to investigate these relationships and, thus, a research on the bibliographic nature and the use of the document revision technique.

KEYWORDS: Property right ; Social role; Proper Nutrition; Pesticides

INTRODUÇÃO

A agricultura e a pecuária são responsáveis pelo abastecimento alimentar dos povos do mundo todo. Com o passar do tempo, foram se aperfeiçoando de tal forma que conseguiram alcançar um nível fantástico de desenvolvimento, de produção e de produtividade. A seleção genética, o manejo, a maior difusão e divulgação de informações, a assistência técnica, são fatores fundamentais que concorreram para esta realidade.

No entanto, certas tecnologias foram impostas socialmente aos produtores rurais como forma de obterem grandes produções. Na economia globalizada, cada vez mais as empresas se unem, se fundem, incorporam-se, com o escopo de alcançar melhores e maiores mercados. E, na luta por este espaço

¹Docente Titular da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo-UPF, Doutor pela Universidade do Minho-UMINHO Portugal (2014), Mestre pela Universidade Vale do Rio dos Sinos-UNISINOS (2008), Especialização e Direito Civil e Direito Processual Civil pela Universidade Rittes do Reis-UNIRITTER (1999). É advogado e professor da Graduação nas matérias de Direito dos contratos e Direito agrário e professor colaborador do PPGDireito da Universidade de Passo Fundo. E-mail:ramaso@upf.br

²Docente Titular da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo - UPF (1999), Doutora em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC (2015), Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUC/RS (2003) e Especialista em Direito Civil e Processo Civil pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS (1999). É advogada e professora de graduação e do PPGDireito da Universidade de Passo Fundo (1999), com ênfase nas linhas Jurisdição Constitucional, Democracia e Direitos Humanos, Sistemas de Justiça e Direito Imobiliário. E-mail: apilati@upf.br

mercadológico, regras são quebradas, assim como leis e princípios universais - jurídicos, técnicos e econômicos - são descumpridos, desrespeitados.

É alarmante a situação atual da alimentação e dos alimentos, em nível mundial. Apesar de se baterem recordes de aumento de produção no campo, muitas pessoas, principalmente crianças, sofrem comumente de doenças graves em decorrência do uso de inseticidas. Nesse mesmo sentido, mencionam-se os “defensivos agrícolas”, como os fabricantes gostam de nomear. Muitas controvérsias, portanto, se sucedem em virtude desses agrotóxicos, de cujo uso resulta mortes, intoxicações, deformações, danos ambientais, entre outros malefícios já evidenciados.

Desse modo, pensar em direito de propriedade é sempre um grande dilema. E, portanto, pesquisar esta complexidade do nosso tempo é uma necessidade, pois a propriedade somente é garantida na medida em que cumpre a sua função social.

1 O USO DOS AGROTÓXICOS NAS LAVOURAS BRASILEIRAS E OS MALEFÍCIOS DESTA PRÁTICA

O agricultor, com intuito de obter uma alta produtividade na lavoura, utiliza agrotóxicos na plantação, com intuito de se proteger frente a eventuais pragas. Nesse contexto, a meta do agricultor se direciona apenas para a quantidade de produtos a serem colhidos sem se preocupar com os efeitos maléficos do agrotóxico para a população em geral, consumidora daqueles.

Esta ação do agricultor advém também, das informações que estes e toda a sociedade recebem das indústrias e comerciantes de agrotóxicos que enriquecem, cada vez mais, proliferando a ideia da necessidade de plantio seguro através do “defensivo agrícola”, nome escolhido propositalmente em substituição do nome agrotóxico em função do impacto positivo/negativo no convencimento para o consumo do produto. Aliado a este fato, existe uma política econômica que impulsiona tal conduta, pelo fato de que, em partes das vezes, o agricultor acabe por não ter escolha quanto ao uso do tal estrutura. Esta política não nasceu hoje, mas na década de 1960, impulsionada pelo governo através do Plano Nacional de Desenvolvimento (PND) que exigia dos agricultores que buscavam o crédito agrícola, a utilização do agrotóxico como requisito para obtenção do crédito.

Mesmo com esse impulsionamento governamental do uso de agrotóxicos, a sociedade vem combatendo esse uso há décadas, no entanto, esta luta tarda para ser ganha pela sociedade. O Brasil consome mais de 20% de todo o agrotóxico comercializado no mundo, aumentando este consumo significativamente a cada ano. Houve um consumo em agrotóxicos de mais de 500.000 toneladas do ano 2000 ao ano de 2014, sendo a soja o maior destino deste produto³.

O uso desenfreado dos agrotóxicos traz consigo inúmeros problemas de saúde. Os agrotóxicos estão gradativamente contaminando o planeta. O agrotóxico contamina o ar, o solo e a água. Os alimentos que

³ BOMBARDI, Larissa Mies. **Geografia do uso de agrotóxicos no Brasil e conexões com a União Europeia**. São Paulo: FFLCH - USP, 2017, p.33. Disponível em: <http://conexaoagua.mpf.mp.br/arquivos/agrotoxicos/05-larissa-bombardi-atlas-agrotoxico-2017.pdf>. Acesso em: 01 julho. 2019.

consumimos, contêm agrotóxicos e, acabamos por consequência, recebendo os efeitos maléficos daqueles. Segundo informações coletadas no Dossiê da ABRASCO,

[..] um terço dos alimentos consumidos cotidianamente pelos brasileiros está contaminado pelos agrotóxicos, segundo análise de amostras coletadas em todos os 26 estados do Brasil, realizada pelo Programa de Análise de Resíduos de Agrotóxicos em Alimentos (PARA) da Anvisa (2011). (...)63% das amostras analisadas apresentaram contaminação por agrotóxicos, sendo que 28% apresentaram IAs não autorizados (NAs) para aquele cultivo e/ou ultrapassaram os limites máximos de resíduos (LMRs) considerados aceitáveis. Outros 35% apresentaram contaminação por agrotóxicos, porém dentro desses limites.⁴

O artigo 6º da Constituição Federal determina que o alimento é um direito fundamental social. E a pergunta que não quer calar é justamente, se basta ter o alimento, mas se este direito contempla o alimento saudável? A resposta não poderia ser outra. É certo que o brasileiro tem direito a alimentação saudável, mas infelizmente no Brasil isto não é o que ocorre.

Para controlar a qualidade alimentar no Brasil e assessorar o direito humano à alimentação adequada, foi construída e aprovada a Lei 11.346/2006. Tal norma criou o Sistema Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional (SISAN). O artigo 2.º da norma contempla que a alimentação adequada é um direito fundamental do ser humano, inerente à dignidade humana e o poder público tem o dever de adotar as políticas e ações que se façam necessárias para promover e garantir a segurança alimentar e nutricional da população.⁵

No seu parágrafo segundo, estabeleceu que é dever do poder público “respeitar, proteger, promover, informar, monitorar, fiscalizar e avaliar a realização do direito humano à alimentação adequada”, além de garantir os mecanismos para sua exigibilidade⁶. Ademais, mesmo havendo dispositivo constitucional e norma federal prevendo o direito à alimentação adequada, presenciamos, a cada dia, uma maior liberação do uso dos agrotóxicos no Brasil.

Segundo dados do Observatório do agronegócio no Brasil, no atual governo, já foram liberados 152 novos agrotóxicos, sendo que 16 deles apresentam grau de risco toxicológico mais elevado. A nova lista de agrotóxicos trouxe a maior quantidade de pesticidas classe I, classificado pela ANVISA como o grau mais elevado de risco toxicológico, sendo que, somente 18 foram classificados com grau de risco pouco tóxicos. Uma das líderes em número de agrotóxicos liberados pelo governo Bolsonaro, a belga-espanhola Tradecorp conseguiu o licenciamento do Tebuconazol. Em 1996, a substância já era apontada como “[possivelmente cancerígena](#)” pela Agência de Proteção Ambiental dos Estados Unidos. O pedido de registro data de 2012 e o novo agrotóxico será usado em cultivos como café, frutas, arroz, feijão e algodão.⁷

⁴ CAMPOS, Gastão Wagner de Sousa; SOUSA, Romier da Paixão. **Dossiê Científico e Técnico contra o Projeto da Lei do Veneno 6299/2002**. ABRASCO. Disponível em: <https://www.abrasco.org.br/site/publicacoes/dossie-cientifico-e-tecnico-contr-o-projeto-da-lei-do-veneno-6299-2002-e-favor-do-projeto-de-lei-que-instituiu-politica-nacional-de-reducao-de-agrotoxicos-pnara/36015/>

⁵ BRASIL. **Lei n.º 11.346, de 15 de setembro de 2006**. 2006. Regulamento Cria o Sistema Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional – SISAN com vistas em assegurar o direito humano à alimentação adequada e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11346.htm . Acesso em 10 de jul 2019.

⁶ BRASIL. **Lei n.º 11.346, de 15 de setembro de 2006**.

⁷ BASSI, Bruno Stankevicius. No centésimo dia, governo autoriza mais 31 agrotóxicos; metade deles, “extremamente tóxicos”. **De olho nos ruralistas: Observatório do Agronegócio no Brasil**. Disponível em: <https://deolhonosruralistas.com.br/2019/04/10/no-centesimo-dia-governo-autoriza-mais-31-agrotoxicos-metade-deles-extremamente-toxicos/>

Infelizmente o que se verifica é que não há fomento para pesquisas sobre o tema, mas tão somente uma preocupação capitalista com o setor rural com intuito de buscar haver produção para exportação. É de conhecimento público que as médias e, principalmente, as grandes propriedades rurais do país produzem para exportação, mas, não havendo o consumo imediato destas produções, o ar, a água e o solo acabam sendo contaminados dos agrotóxicos utilizados na terra. Assim, busca-se somente a alta produtividade sem controle da qualidade desta produção, como se a arrecadação de impostos, a produção do capital, fossem a solução do problema do controle social.

Segundo dados retirados do site repórter Brasil,⁸ que relata o uso dos agrotóxicos no Brasil que foram proibidos na Europa, constatou-se que

Agrotóxicos associados a casos de câncer, danos genéticos, suicídios estão presentes em alimentos cotidianos do brasileiro, como o café, arroz, feijão, batata, maçã, banana e até caldo de cana. Enquanto os riscos à saúde fizeram a comunidade européia banir o uso do paraquate, atrariza e acefato, as três substâncias estão entre as mais vendidas no Brasil. Em 2017, as plantações brasileiras receberam mais de 60.000 toneladas destes químicos.

Em relação ao uso glifosato, segundo a Nota técnica n.º 23/2018 da ANVISA, foram comercializados mais de 175.000 toneladas de glifosato no Brasil em 2017 e, nesta nota a ANVISA, por grande surpresa, e indo na montra mão da realidade, salientou que não foram encontrados resquícios deste agrotóxico na maioria dos alimentos e que os resquícios encontrados não produzem maiores malefícios para saúde da população.

Inúmeras pesquisas já foram feitas sobre este problema tão grave. As conclusões não poderiam ser diferentes do demonstrado no site repórter brasil, no entanto, no Brasil, A ANVISA, emitiu o relatório sobre a análise do glifosato, um dos agrotóxicos mais usados no Brasil, sustentando não haver qualquer comprovação do surgimento de câncer pelo uso deste agrotóxico. E aí fica a dúvida: Como surgem a cada momento novos casos de câncer no Brasil? Como estão presentes cada vez mais precocemente na população brasileira? Será uma coincidência? Entendemos que não, e os dados de diversas pesquisas também refletem o contrário. O Instituto Nacional do Câncer (INCA) monitora os índices de câncer no país. Segundo dados encontrados na página do Instituto⁹, verifica-se que em 2018, somente de câncer de próstata foram descobertos 68.220 novos casos nos homens, com um aumento de 31,7 %. No estômago, foram descobertos 13.540 novos casos importando em um aumento de 6,3, sem aqui mencionar os demais órgãos afetados por esta moléstia. Nas mulheres, tomamos como exemplo o câncer de mama. Quanto a este item foram constatados 59.700 novos casos, importando num percentual de aumento de 29,5 % e, em se tratando de câncer de colo de útero, verificou-se um aumento de 16.370 novos casos, gerando um percentual de aumento de 8,1%. Mas como a ANVISA divulga dados que vão de encontro a estas pesquisas?

O que se verifica neste contexto é, talvez, uma manipulação de dados oficiais do Brasil para manter os interesses dos agricultores na eterna busca do capital.

Mas, suponhamos que a ANVISA estivesse certa quanto a não comprovação dos malefícios do glifosato, mas aonde fica o princípio da precaução? Não seria mais lógico diante da incerteza quanto a

⁸ BRITO, José. Agrotóxicos proibidos na Europa são campeões de venda no Brasil. **ReporterBrasil**. 2018. Disponível em: <http://reporterbrasil.org.br/2018/12/agrotoxicos-proibidos-europa-sao-campeoes-de-vendas-no-brasil> Acesso em 10 de jan. 2019.

⁹ ESTATÍSTICAS de câncer. **Instituto Nacional de Câncer (INCA)**. Disponível em: <https://www.inca.gov.br/numeros-de-cancer>

possibilidade ou não de danos à saúde que fossem suspensos, mesmo que temporariamente, o uso maciço dos agrotóxico mencionado? O que depender do atual governo essa decisão dificilmente irá ocorrer, mas a sociedade tenta fazer a sua parte.

Em 2016 foi proposto a Câmara dos Deputados o Projeto de Lei 6670/2016 com intuito de buscar a redução do uso dos agrotóxicos no Brasil, o PNARA (Política Nacional de Redução dos Agrotóxicos). Tal projeto foi aprovado pela Comissão especial e tramita ainda para virar lei se aprovado em definitivo. Tal projeto busca consolidar a tese da exploração sustentável dos recursos naturais, com a extinção gradativa do uso dos agrotóxicos no Brasil, utilizando-se, cada vez mais o controle natural das pragas. Tem por escopo também criar estruturas que possibilitem ao produtor explorar a terra com os mecanismos adequados a busca da saúde coletiva e da sustentabilidade do meio ambiente por consequência.

Aliado a esta estrutura criada, para frear o uso dos agrotóxicos, a ABRASCO e a ABA-Agroecologia organizaram o “Dossiê Científico e Técnico contra o Projeto de Lei do Veneno (PL 6.229/2002)”¹⁰ que tenta, através da bancada ruralista, a maior liberação dos agrotóxicos no território brasileiro.

Mas, mesmo com todos os apontamentos dos malefícios dos agrotóxicos na qualidade alimentar e na saúde da população, ocorre, cada vez mais a proliferação destes produtos nas lavouras do Brasil.

2 A BUSCA DO CAPITAL EM DETRIMENTO DA SAÚDE POPULACIONAL

O hipercapitalismo fomenta a necessidade de poder do capital na sociedade, ou seja, os seres sociais buscam “ter” para poder “ser”. Busca o sujeito-social objetivar suas metas sem compreender que é uma peça do todo social.

Os seres sociais são influenciados pela informação e há uma influência direta sobre as informações recebidas pelos sujeitos sociais e a moldagem que os constrói nessa era de hipercapitalismo. A moldagem passada pelo sistema capitalista, no entanto, é o de ter poder pela conquista econômica, isto é, existe um discurso da verdade do capital. Nesse sentido Foucault¹¹ comenta sobre essa complexidade:

O corpo social é atravessado, caracterizado, constituído por múltiplas relações; elas não podem dissociar-se, estabelecer-se ou funcionar sem uma produção, uma acumulação, uma circulação, um funcionamento do discurso da verdade. Não há exercício de poder sem uma certa economia dos discursos de verdade funcionando dentro, a partir e através desse poder. Estamos submetidos, pelo poder, à produção da verdade.

Nessa eterna busca da verdade produzida do “ter”, esquece-se do conceito de sociedade. Para que a sociedade exista, devem os seres sociais viver em harmonia. Mas o que vem a ser esta harmonia e como chegar a ela? A harmonia social é justamente o controle social. Para tanto, deve a sociedade ser devidamente estruturada.

¹⁰ CAMPOS, Gastão Wagner de Sousa; SOUSA, Romier da Paixão. **Dossiê Científico e Técnico contra o Projeto da Lei do Veneno 6299/2002**. ABRASCO. Disponível em: <https://www.abrasco.org.br/site/publicacoes/dossie-cientifico-e-tecnico-contra-o-projeto-da-lei-do-veneno-6299-2002-e-favor-do-projeto-de-lei-que-instituiu-politica-nacional-de-reducao-de-agrotoxicos-pnara/36015/>

¹¹ FOUCAULT, Michel. **Preciso Defender a Sociedade**. Lisboa: Ed. Livros do Brasil, 2006, p. 38.

No que tange a utilização dos agrotóxicos, fomentado pelo hipercapitalismo, e analisado por uma ótica sociológica, então, verifica-se que falta o comprometimento do produtor e do Estado com o consumidor/cidadão, na medida em que boa parte dos produtores, em especial os que produzem em grande escala, tendo conhecimento dos males que causam os agrotóxicos, não procuram alternativas viáveis para produzir um alimento com a qualidade necessária para o consumo.

Esta ação reflete a sociedade em que vivemos, uma sociedade egoísta, com valores coletivos apagados pela verdade capitalista que destrói o que há de mais importante no seio social, a preocupação com o outro, a ideia de coletivo, de solidariedade.

Estas ações poderiam ser combatidas pelo Estado. De acordo com a Constituição e pelo disposto na Lei 11346/2006 é dever do Estado fazer o controle da qualidade do alimento que circula no mercado. O Estado tem as ferramentas a sua disposição para fazer o controle social. Tem os recursos e o pessoal necessário, bastando buscar alcançar esta meta com responsabilidade cumprindo o seu papel na sociedade de gestor social. No entanto, não é o que se verifica, principalmente neste momento.

O alimento que circula no mercado contaminado com os agrotóxicos vem causando complexidade social, na medida em que problemas de saúde vêm sendo ocasionados pelo consumo dos alimentos sem a qualidade necessária.

Se pensarmos sistemicamente, verifica-se que o não controle da qualidade do alimento gera problemas de saúde. Se existem problemas de saúde, tem o Estado o dever de garantir o acesso ao tratamento adequado, gastando os recursos dos tributos em uma contingência criada pela própria falha no sistema de controle. E quem paga a conta dessa omissão estatal?

Certamente é o cidadão que pagará essa conta com seus impostos, que aumentam progressivamente no tempo em face da inércia governamental frequente há décadas no Brasil. E a maior conta é a miséria social, pois se os recursos públicos são destinados para resolver a complexidade proveniente da falta de saúde, a pobreza e a miséria nunca deixarão de existir.

3 A OBJETIVAÇÃO DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE E O CONTROLE DOS AGROTÓXICOS

O direito de propriedade continua sendo um precursor de grandes discórdias sociais, uma vez que, cada vez mais é utilizado como expressão de poder econômico e, portanto, social. No que tange a propriedade agrária é reconhecidamente uma propulsora de capital, sendo, portanto, fonte de riqueza pessoal. Assim, reconhecendo o caráter da propriedade de ferramenta de controle social, a mesma, no Brasil, é reconhecida apenas ou na medida em que cumpre a sua função social. “A propriedade social, funcionalizada é algo inevitável para o alcance de uma sociedade mais justa e equilibrada, no qual todos os cidadãos possam ter uma qualidade de vida indispensável para o seu bem estar.”¹²

¹² SOARES, Rafael Machado. **Direito de propriedade e princípio da justiça social**: Controle social da propriedade pela desapropriação do latifúndio. 1.ª ed. Curitiba-Paraná: Ed. Juruá, 2015, p.92.

Os requisitos desta funcionalização foram inseridos, primeiramente na Lei 4504/64 (Estatuto da terra) e, após, foram inseridos na Constituição de 1988. Mas, ao mesmo tempo que a propriedade passou a ter que ser funcionalizada por uma necessidade social, a objetivação deste direito/dever tarda para acontecer. Um dos exemplos típicos desta não absorção da função social da propriedade é a utilização compulsiva e descontrolada dos agrotóxicos nas lavouras brasileiras como impulsionador da lucratividade, sendo desconsiderados os efeitos maléficos da utilização destes venenos na saúde da população, que vem a consumir o produto da exploração rural.

Se analisarmos os requisitos da função social, percebe-se que dentre eles está tanto o alcance de níveis satisfatórios de produtividade, e o requisito de conservação dos recursos naturais. O uso de agrotóxicos fere tanto o primeiro quanto o segundo, ou seja, quando se fala em níveis satisfatórios de produtividade, não se está a falar apenas de quantidade de produção. Fazendo uma interpretação constitucional do requisito em confronto com o direito fundamental à alimentação previsto no art. 6.º da Constituição Federal (CF) de 1988, então, verifica-se a produção de alimento saudável é uma obrigação constitucional.

Assim, diante dos malefícios causados pelo agrotóxico à saúde, não há como entender que somente a quantidade de alimentos a serem produzidos na terra será suficiente para objetivar o requisito dos níveis satisfatórios de propriedade. Desse modo,

[...] não é possível mais analisar a produção de bens de consumo, aumentando-se o capital do proprietário, sem que haja preocupação do risco da produção inadequada, em face do efeito negativo que esta forma de exploração gera para a toda a sociedade.¹³

Em relação ao segundo requisito acima apontado, como os usos de agrotóxicos vêm causando danos ambientais sistemicamente, isso vai de encontro ao próprio objetivo do requisito, importando, por consequência, no descumprimento da função social da propriedade rural. Para comprovação de tal afirmação pode-se utilizar, por exemplo, o caso das abelhas no Brasil. Existe uma diminuição gradativa dos números de abelhas no Brasil prejudicando a polinização automaticamente.

[...] Thompson (2003) relatou que produtos fitossanitários, quando aplicados sobre abelhas adultas, podem provocar a morte, repelência e interferência na capacidade de forrageamento e no desenvolvimento da colônia. Verificou-se que os inseticidas deltametrina, fipronil e dimetoato afetaram de forma negativa a capacidade de aprendizagem das abelhas *Apis mellifera* Linnaeus, com reflexos na distensão da probóscida.¹⁴

Importa ponderar que o nosso Estado passou por diversas transformações, do modelo liberal para o social e alcançou o status de Estado Democrático de Direito. Dentre estas transformações, buscou-se, cada vez mais, evoluir na implementação de direitos fundamentais, criando, ao longo do tempo, mais garantias aos cidadãos brasileiros, com intuito de construção de uma sociedade mais justa. Não obstante isso, nessa passagem não foram absorvidos elementos fundamentais desta evolução constitucional.

¹³ SOARES, Rafael Machado. **Direitos fundamentais e expectativas normativas**: o caso da função social no direito de propriedade. Porto Alegre: Ed. Fabris, 2012, p.53.

¹⁴ BAPTISTA, Ana Paula Machado et al. Toxicidade de produtos fitossanitários utilizados em citros para *Apis mellifera*. *Ciência Rural*, Santa Maria, v. 39, n. 4, jul. 2009, p.3. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/S0103-84782009005000049>>. Acesso em: 01 julho. 2019.

Na visão de Canotilho¹⁵, o Estado Democrático é um Estado que tem por obrigação a garantia de que os direitos fundamentais de cada cidadão sejam respeitados. Deve estar focado e comprometido na harmonização de interesses públicos, privados e coletivos. O público incentivando o privado, bem como o privado preocupando-se com o bem coletivo.

Norteia a produção de quaisquer atos normativos com as suas normas constitucionais limitando-as ou mesmo direcionando-as para que não haja possíveis violações aos direitos fundamentais elencados na Constituição de cada país. É o Estado que legitima a conduta social de acordo com os parâmetros inseridos na Constituição, para ela seja respeitada, fazendo com que os objetivos elencados na Carta não se percam, sob pena de retrocesso social e de desrespeito à dignidade de seus cidadãos. Nesse sentido Henning¹⁶ afirma que

[...] este Estado, entretanto, não se restringe à condição de simples assegurado de regras de mercado vigentes, garantindo, tão somente, a manutenção das estruturas de poder existentes. [...] Não basta o Estado possuir uma Constituição utopicamente garantidora da cidadania, se não se verificarem reformas estruturais que possibilitem uma atuação e efetiva no sentido de sua consecução.

As normas constitucionais são conquistas temporais que devem ser adaptadas ao tempo atual. Constituem normas concretizadas por fatores sociais que geraram a necessidade de serem inseridas no texto constitucional. São conquistas políticas emanadas da pressão social do seu tempo. Possuem fundamental importância para a sociedade, pois refletem as necessidades dela. No entanto, tais prioridades devem ser respeitadas e aplicadas adequadamente. Para que a Constituição tenha a sua eficácia conquistada, deve ser interpretada a cada momento, pois não se pode separá-la da realidade concreta atual. Como bem afirma Eros Roberto Grau:

Perece a força normativa do direito quando ele já não corresponde à natureza singular do presente. Opera-se então a frustração material da finalidade dos seus textos que estejam em conflito com a realidade, e ele se transforma em obstáculo ao pleno desenvolvimento das forças sociais.¹⁷

Concretizar a Constituição deve ser o objetivo, uma vez que a Carta Magna apresenta os requisitos necessários para o alcance da vida digna dos cidadãos.

Fazendo uma análise do contexto do uso dos agrotóxicos em relação aos direitos constitucionais e aos objetivos da Carta Magna, verifica-se que tanto os objetivos da Constituição quanto o direito fundamental à alimentação saudável não estão sendo respeitados, nem tampouco o direito fundamental à saúde. Mas como resolver este problema funcional?

Uma das possíveis soluções, primeiramente, seria utilizar o princípio da função social da propriedade para fazer a intervenção necessária na propriedade rural. Como mencionado anteriormente, toda propriedade tem que objetivar a sua função social sob pena de sofrer a intervenção estatal.

¹⁵ CANOTILHO, J.J. Gomes e MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa Anotada**. 3.^a Ed Coimbra: Ed. Coimbra, 1993, s/p.

¹⁶ HENNING, Mônica Clarissa. Propriedade: De Direito Absoluto à sua Função Social. EDUNISC, 1999. p. 158. In: **Revista do Direito** n.º 12.

¹⁷ GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito**. 4.^a Ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 2006. p.58.

O INCRA, órgão fiscalizador da propriedade rural, deve fazer o seu papel e mapear as propriedades que usam agrotóxicos, pelo menos de maneira desordenada, fora dos parâmetros atuais, e autuar pontualmente os proprietários das mesmas, sendo que, na perpetuação da infração, buscar a desapropriação.

Como segundo passo, deve o governo, utilizando o princípio da precaução, mapear os agrotóxicos com maior toxicidade, e suspender, temporariamente, a sua comercialização, investindo em pesquisas para análise, mas de maneira aprofundada sobre os efeitos da utilização dos mesmos para a produção dos alimentos.

Por fim, se comprovados os efeitos negativos na saúde da população brasileira pelo uso dos agrotóxicos, então, criar uma política de extinção dos mesmos, ainda que o impacto na economia brasileira seja negativo temporariamente. Desse modo, a médio e longo prazo, a expectativa é que a população do país estará lucrando com essa nova política ecológica e o meio ambiente poderá ter um aliado para sua melhora gradativa.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A propriedade como direito fundamental é explorada até os dias atuais como um direito subjetivo que pode ser utilizado de acordo com as necessidades pessoais de quem detém o domínio desta ferramenta de poder.

São várias as pesquisas realizadas sobre o tema que apontam para possíveis efeitos sistêmicos na saúde dos consumidores, dentre eles a possibilidade da formação de diversos tipos de câncer em parte da população consumidora dos alimentos. No entanto, o Estado, através da agência nacional de controle de saúde, se omite em relação a esta contingência e falha fatalmente na defesa dos cidadãos brasileiros que precisam do alimento como fonte de vida e não, como propulsor de diversas doenças advindas da utilização do agrotóxico em nossas plantações.

Apesar da função social da propriedade ser prevista na Constituição Federal de 1988 ainda assim persiste a não absorção dessa função através da utilização compulsiva e descontrolada dos agrotóxicos nas lavouras brasileiras, desse modo, urgente se faz repensar o direito de propriedade e suas respectivas funções.

REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

BAPTISTA, Ana Paula Machado et al. **Toxicidade de produtos fitossanitários utilizados em citros para *Apis melífera***. Ciência Rural, Santa Maria, v. 39, n. 4, jul. 2009. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/S0103-84782009005000049>>. Acesso em: 01 julho. 2019.

BOMBARDI, Larissa Mies. **Geografia do uso de agrotóxicos no Brasil e conexões com a União Europeia**. São Paulo: FFLCH - USP, 2017. Disponível em: http://conexaoagua.mpf.mp.br/arquivos/agrotoxicos/05-larissa-bombardi_atlas-agrotoxico-2017.pdf. Acesso em: 01 julho. 2019.

BASSI, Bruno Stankevicius. No centésimo dia, governo autoriza mais 31 agrotóxicos; metade deles, “extremamente tóxicos”. **De olho nos ruralistas: Observatório do Agronegócio no Brasil**. Disponível em: <https://deolhonosruralistas.com.br/2019/04/10/no-centesimo-dia-governo-autoriza-mais-31-agrotoxicos-metade-deles-extremamente-toxicos/>. Acesso em 10 de jul. 2019.

BRASIL. **Lei n.º 11.346, de 15 de setembro de 2006.** Regulamento Cria o Sistema Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional – SISAN com vistas em assegurar o direito humano à alimentação adequada e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11346.htm . Acesso em 10 de jul 2019.

BRITO, José. Agrotóxicos proibidos na Europa são campeões de venda no Brasil. **ReporterBrasil**. 2018. Disponível em: <http://reporterbrasil.org.br/2018/12/agrotoxicos-proibidos-europa-sao-campeoes-de-vendas-no-brasil> Acesso em 10 de jan. 2019.

CAMPOS, Gastão Wagner de Sousa; SOUSA, Romier da Paixão. **Dossiê Científico e Técnico contra o Projeto da Lei do Veneno 6299/2002.** ABRASCO. Disponível em: <https://www.abrasco.org.br/site/publicacoes/dossie-cientifico-e-tecnico-contra-o-projeto-da-lei-do-veneno-6299-2002-e-favor-do-projeto-de-lei-que-instituiu-politica-nacional-de-reducao-de-agrotoxicos-pnara/36015/>

CANOTILHO, J.J. Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa Anotada.** 3.^a Ed Coimbra: Ed. Coimbra,1993.

ESTATÍSTICAS de câncer. **Instituto Nacional de Câncer (INCA).** Disponível em: <https://www.inca.gov.br/numeros-de-cancer> . Acesso em 15 de ago 2019.

FOUCAULT, Michel. **Preciso Defender a Sociedade.** Lisboa: Ed. Livros do Brasil, 2006.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito.** 4.^a Ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 2006.

HENNING, Mônica Clarissa. Propriedade: De Direito Absoluto à sua Função Social. EDUNISC, 1999. In: **Revista do Direito n.º 12.**

OBSERVATÓRIO DO AGROTÓXICO NO BRASIL. Disponível em: <https://deolhonosruralistas.com.br/2019/04/10/no-centesimo-dia-governo-autoriza-mais-31-agrotoxicos-metade-deles-extremamente-toxicos/> Acesso em: 15 ago. 2019.

PARSONS, Talcott. **O Sistema das Sociedades Modernas.** São Paulo: Ed. Pioneira, 1974.p.18.

SOARES, Rafael Machado. **Direito de propriedade e princípio da justiça social:** Controle social da propriedade pela desapropriação do latifúndio. 1.^a ed. Curitiba-Paraná: Ed. Juruá, 2015.

SOARES, Rafael Machado. **Direitos fundamentais e expectativas normativas:** o caso da função social no direito de propriedade. Porto Alegre: Ed. Fabris, 2012.

ARTIGOS – GT 11 - SOCIEDADE, CONFLITO E MOVIMENTOS SOCIAIS

MEDIAÇÃO COMO POSSIBILIDADE DE ADMINISTRAR POSITIVAMENTE AS EMOÇÕES PRESENTES NO CONFLITO

Caroline Isabela Capelesso Ceni¹

Janete Rosa Martins²

RESUMO

A pesquisa decorre da necessária atenção a ser dispensada às emoções no tratamento dos conflitos interpessoais, uma vez que as decisões tomadas diariamente têm o aspecto emocional muito presente. Assim, é essencial que as pessoas estejam preparadas para administrar essas emoções, que se transformam em sentimento, de maneira positiva, a fim de que o conflito não entre em uma espiral e gere proporções danosas aos envolvidos. O trabalho objetiva analisar se a mediação respeita as emoções presentes nas divergências, para que possa ser utilizada como meio de gestão de conflitos. Para o trabalho utilizou-se o método de raciocínio dedutivo com abordagem hermenêutica, e levantamento bibliográfico, a fim de contextualizar a importância do respeito as emoções na gestão dos conflitos. Concluiu-se que a mediação traz o elemento da sensibilidade e enseja em um novo modo de pensar o lugar do Direito, das emoções e dos conflitos emergentes na contemporaneidade.

PALAVRAS-CHAVE: Gestão. Modernidade. Sensibilidade.

Abstract

The research stems from the necessary attention to be dispensed to emotions in the treatment of interpersonal conflicts, since the decisions taken daily have the emotional aspect present. Thus, it is essential that people are prepared to administer these emotions, which are positively transformed into sentiment, so that the conflict does not spiral and generate harmful proportions to those involved. The work aims to analyze whether the mediation respects the emotions present in the divergences, so that it can be used as a means of conflict management. The study used the deductive reasoning method with a hermeneutic approach, and a bibliographic survey, in order to contextualize the importance of respecting emotions in conflict management. It was concluded that mediation brings the element of sensitivity and in a new way of thinking the place of law, emotions and emerging conflicts in contemporaneity.

KEYWORDS: Management. Modernity. Sensibility.

INTRODUÇÃO

A pesquisa apresenta a importância do respeito as emoções durante o tratamento de conflitos interpessoais. Entretanto, para que tal condição ocorra se faz necessária uma análise positiva do conflito e de seu potencial transformador. Esse deve ser analisado não apenas a partir de um viés negativo e prejudicial, mas sim com um caráter positivo tanto para o aprimoramento das relações interpessoais, quanto para o aprimoramento das pessoas. Contudo, o paradigma da modernidade, e a excessiva judicialização da vida,

¹ Pós-graduanda em Mediação, Conciliação e Arbitragem na URI Campus de Erechim/RS. Mestranda do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* – Mestrado e Doutorado em Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI), Campus de Santo Ângelo/RS. Bolsista CAPES/TAXA. E-mail: caroline.ceni@hotmail.com.

² Doutora em Ciências Sociais pela UNISINOS. Mestre em Direito pela UNISC. Especialista em Direito Público pela UNIJUI. Professora colaboradora do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* – Mestrado e Doutorado em Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI), Campus de Santo Ângelo/RS e professora do Curso de Direito da URI Campus de Santo Ângelo. Editora da Revista Direito e Justiça: Reflexões Sociojurídicas do Curso de Direito da URI/SA. E-mail: janete@san.uri.br.

desenvolveram a percepção de que o conflito é algo negativo, gerador de problemas, frustrações e desconfortos as pessoas.

Tais aspectos, confirmam, a partir do senso comum, a negatividade e a prejudicialidade do conflito, bem como a necessidade de um ‘protetor’ – no caso o Poder Judiciário – para resolver os problemas. Entretanto, o outro lado do conflito é o seu binômio positivo, ou seja, a capacidade de transformação que esse tem nas relações sociais, isso a partir do reconhecimento das emoções ali presentes, assim não se pode deixar de lado as referências sociais do conflito que são intrínsecas ao desenvolvimento social.

Nessa senda, para o trabalho utilizou-se o método de raciocínio dedutivo com abordagem hermenêutica, e levantamento bibliográfico, a fim de contextualizar a importância do respeito as emoções na gestão dos conflitos, a fim de que a vivência em sociedade seja pacífica e dialógica. Assim o trabalho questiona se: a mediação respeita as emoções presentes nas divergências a fim de que possa ser utilizada como meio de gestão de conflitos?

O trabalho tem como objetivos: i) analisar as características principais do conflito, bem como o binômio conflito positivo e conflito negativo; ii) descrever o método de solução adjudicada ofertado pelo Poder Judiciário e quais emoções são priorizadas por esse; e, iii) propor a mediação como meio de gestão de conflitos que respeita as emoções das pessoas envolvidas em divergências. Tais considerações são necessárias, uma vez que o conflito é uma constante natural, e intrínseca, as relações, tanto intrapessoais quanto interpessoais.

1 O CONFLITO E SUA CAPACIDADE TRANSFORMATIVA: BINÔMIO POSITIVO X NEGATIVO

O conflito é algo natural no meio social, bem como uma característica intrínseca aos relacionamentos interpessoais, e também intrínseca aos próprios seres humanos, de maneira intrapessoal. O conflito é a diversidade de enfrentamento entre os homens, da competição até a guerra ou revolução, mas também é a luta o embate, a batalha e também a disputa, desacordo ou rivalidade³.

“O conflito trata de romper com a resistência do outro [...]”⁴. É a imposição de duas vontades em que cada um busca impor a sua solução para o outro. Se caracteriza como uma “[...] manifestação de um poder baseado em diversos meios possíveis como a chantagem e a intimidação, ou a violência direta ou indireta. Ao final o resultado pode ser o triunfo de um e o reconhecimento da derrota do outro [...]”⁵.

Entretanto, o conflito não pode ser visto apenas por um viés negativo – nos moldes que surgiram com a Modernidade. O conflito é uma das mais intensas formas de socialização e dele é possível dissociar alguns elementos, como: ódio e inveja; necessidade e desejo; por isso é uma forma de resolução de contrários, mas é um elemento positivo⁶.

Não é certo que a vida coletiva seria mais rica e plena se eliminassem as energias repulsivas que, consideradas em isolamento, são também destrutivas: o resultado

³ FREUND, Julien. **Sociologia del Conflicto**. Madrid: Ministerio de Defensa, Secretaria General Técnica, 1995. Tradução de Juan Guerrero Roiz de la Parra.

⁴ FREUND, Julien. **Sociologia del Conflicto**, p. 61.

⁵ FREUND, Julien. **Sociologia del Conflicto**, p. 61.

⁶ SIMMEL, Georg. **El Conflicto: sociología del antagonismo**. 2. ed. Edição e tradução de Javier Eraso Ceballos. Madrid: Sequitur, 2013.

seria tão distorcido e irrealizável como o que resultaria de pretender eliminar as energias cooperativas, a simpatia, a solidariedade ou a convergência de interesses⁷.

“[...] A oposição forma então parte da relação, com o mesmo direito que os outros elementos da relação: não só é um meio para conservar a relação, é uma das funções em que está se concretiza [...]”⁸. A vida urbana se organiza a partir de diferentes graus de simpatia, indiferença e aversão, o que pode ser momentâneo ou duradouro e apesar de assemelhar uma dissociação são na verdade elementos de socialização nas cidades.

Na contemporaneidade há a substituição dos conflitos pela ansiedade e depressão, uma vez que não se exercita o diálogo, da mesma maneira que não há o exercício de reflexão profunda sobre os desejos e projetos de vida⁹. Tais condições ensejam no reforço do caráter negativo do conflito, deixando de lado seu potencial transformador; condição essa confirmada pela cultura da sentença e do litígio presente hodiernamente.

É necessário então redimensionar o conflito “[...] aqui entendido como conjunto de condições psicológicas, culturais e sociais que determinam um choque de atitudes e interesses no relacionamento das pessoas envolvidas [...]”¹⁰. Nessa senda, reforça-se a importância da mediação que procura uma reconstrução simbólica, com o outro, do conflito e das diferenças para “[...] superar as divergências e formar identidades culturais”¹¹.

Contudo, tal condição se concretizará com uma mudança de paradigma, ou seja, com a emancipação dos indivíduos para que assumam o controle de sua vida. Para tanto, é necessária uma nova concepção de conflito, alteração realizada a partir da área jurídica.

Falta no direito uma teoria do conflito que nos mostre como o conflito pode ser entendido como uma forma de produzir, com o outro, a diferença, ou seja, inscrever a diferença no tempo como produção do novo. O conflito como uma forma de inclusão do outro na produção do novo: o conflito como outriedade que permita administrar, com o outro, o diferente para produzir a diferença¹².

“[...] A experiência cotidiana ensina que o conflito pode modificar o indivíduo, não só na sua relação com o outro, mas em si mesmo, na medida em que se produzem condições prévias, modificações e adaptações para melhor continuidade do conflito [...]”¹³. É necessário para a continuidade a sociedade um mínimo de comportamento ético e pacífico, além do ordenamento jurídico, do contrário a sociedade e o Estado deixam de existir¹⁴.

O conflito é um fenômeno social normal, como a transgressão das regras, dessa maneira, não é saudável ocultá-lo a qualquer preço (bem como não é possível, é utópico), o conflito pode ser algo necessário; quando se procura bloquear os conflitos a todo custo, pode-se acabar por bloquear as saídas e negociações que poderiam advir dele/com ele¹⁵.

⁷ SIMMEL, Georg. **El Conflicto**: sociología del antagonismo, p. 20.

⁸ SIMMEL, Georg. **El Conflicto**: sociología del antagonismo, p. 21.

⁹ WARAT, Luis Alberto. **Surfando na Pororoca**: O Ofício do Mediador. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

¹⁰ WARAT, Luis Alberto. **Surfando na Pororoca**: O Ofício do Mediador p. 60.

¹¹ WARAT, Luis Alberto. **Surfando na Pororoca**: O Ofício do Mediador, p. 58.

¹² WARAT, Luis Alberto. **Surfando na Pororoca**: O Ofício do Mediador, p. 61.

¹³ SIMMEL, Georg. **El Conflicto**: sociología del antagonismo, p. 67.

¹⁴ SIMMEL, Georg. **El Conflicto**: sociología del antagonismo.

¹⁵ FREUND, Julien. **Sociologia del Conflicto**.

“Toda situação conflituosa, porém, deve ser vista como uma oportunidade, na medida em que pode veicular um processo de transformação [...]”¹⁶. É preciso que os indivíduos tenham uma convivência harmoniosa com seus conflitos internos para que redimensionem seus conflitos interpessoais¹⁷. Contudo, tal condição se dá com o respeito das emoções – intrapessoais e interpessoais – que estão presentes no conflito; condição contrária ao processo judicial, que transforma um conflito em um litígio.

2 O PROCESSO JUDICIAL, O PODER JUDICIÁRIO E A TRANSFORMAÇÃO DO CONFLITO EM LITÍGIO

No que tange ao Estado Democrático de Direito Brasileiro a pacificação social se encontra no ordenamento jurídico a partir da previsão da solução pacífica das controvérsias constante do preâmbulo da Constituição Federal de 1988. Além disso, há a normatização da solução pacífica das controvérsias como princípio no art. 4º, VII, do diploma legal referido anteriormente e também a previsão da defesa da paz no inciso VI¹⁸.

Contudo, a mera previsão legal não basta. O Estado Democrático de Direito exerce um importante papel na garantia de diversos direitos fundamentais, como o acesso à justiça, a liberdade, a segurança – diretamente ligados à pacificação social e a humanização dos conflitos – assim esse não pode, como ocorre na prática, se constituir como um empecilho em razão de sua estrutura deficitária, ou do tratamento inadequado dispensado às contendas.

Internamente o Estado tem reforçado a pacificação social por meio do Poder Judiciário, que detém capacidade e atribuições para tal intento, contudo a realidade que se apresenta é de intensa litigiosidade. A sociedade se move com imensa rapidez e dela emerge uma enorme força que torna necessária uma condução e um tratamento adequado dos conflitos a fim de que se permita o aprimoramento do caráter humano dos indivíduos, respeitando as características que lhes são intrínsecas.

O conflito jurídico vai além do que aparenta, caracterizando-se, inicialmente, como um conflito social que gera consequências em âmbito individual privado e, caso não seja tratado de maneira adequada, em âmbito público. A judicialização excessiva resulta na percepção de negatividade do conflito, e não permite a sua humanização, além do seu não reconhecimento como transformador das relações e como forma de socialização o que, por consequência, acarreta frustrações que reverberam socialmente.

Entretanto é necessária a consciência da capacidade transformadora dos conflitos para que o ser humano cresça individualmente e, dessa maneira, fortaleça sua capacidade de enfrentar as condições adversas do mundo de maneira madura¹⁹. Tais premissas são as que conduzem à uma humanização dos conflitos, o que

¹⁶ FOLEY, Gláucia Falsarella. **Justiça Comunitária**: por uma justiça da emancipação. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 119-120.

¹⁷ WARAT, Luis Alberto. **Surfando na Pororoca**: O Ofício do Mediador.

¹⁸ BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 20 jul. 2019.

¹⁹ MENDONÇA, Rafael. **(Trans)Modernidade e Mediação de Conflitos**: pensando paradigmas, devires, e seus laços com um método de resolução de conflitos. Petrópolis: KRB, 2012.

vai de contramão a atividade jurisdicional que transfigura um conflito que tem potencial transformador em um litígio que tem potencial para o embate.

Na jurisdição institucionalizada, o juiz é um “terceiro” que dita a solução, através de imperativos concretos (normas jurídicas) dirigidas à conduta das partes processuais. Assim, a jurisdição não administra os conflitos apresentados, pois utiliza uma sutileza normativa que propõe o deslocamento da conflitividade (sentimento de insatisfação), *reinstitutionalizando o conflito através da jurisdicalização da insatisfação pessoal do sujeito em um fato litigioso quantificável ao imprimir-lhe a necessária decidibilidade*: esquece-se das insatisfações e do retorno à harmonia entre indivíduos para tratar de algarismos racionais, ou melhor, cifras [...] ²⁰.

Tal condição se agrava, uma vez que “[...] a maioria dos juristas acredita também que todas as verdades de seu universo encontram-se nas normas, não sendo necessário sair delas para realizar as práticas sociais de justiça [...]” ²¹. Como consequência, o poder jurisdicional por meio da instauração do litígio não resolve o conflito real, mas apenas o aparente; por isso é preciso ampliar a “[...] compreensão do direito como princípio e instrumento da transformação social politicamente legitimada [...]” ²².

É necessário possibilitar a realização da autonomia dos atores e a intervenção no conflito por meio do diálogo – e não da judicialização – buscar um denominador comum e não a destruição do outro. O direito e a justiça exercem um importante papel na sociedade contemporânea, mas precisam ser fatores de democratização da vida coletiva e não de autoritarismos.

O padrão adversarial nem sempre se mostra adequado, na medida em que o sistema binário – considerado pela Modernidade o melhor meio de se atingir a verdade – polariza o debate, distorce a realidade, omite informações importantes, simplifica complexidades e obscurece, ao invés de clarificar [...] ²³.

A gestão positiva dos conflitos, bem como a sua humanização advém de um Estado promotor de uma cultura, jurídica e social, voltada para a paz, que permita a construção da paz social e desenvolva a capacidade de autonomia; condição contrária ao processo judicial que não abre espaço para as emoções. Contudo, é necessário que se disponibilizem ferramentas para que as próprias pessoas envolvidas em problemas consigam, de maneira autônoma, gerir esses conflitos a partir de um viés positivo, transformativa e com uma visão prospectiva para um futuro melhor.

3 MEDIAÇÃO: A GESTÃO POSITIVA DAS EMOÇÕES PRESENTES NO CONFLITO

A mediação é uma técnica utilizada desde os primórdios da humanidade, uma vez que consiste no ato em que um terceiro, imparcial, facilite a comunicação entre duas pessoas que se encontram em conflito. Dessa maneira, depreende-se que para a utilização não são necessários meios rebuscados ou que geram um custo alto

²⁰ MENDONÇA, Rafael. (Trans)Modernidade e Mediação de Conflitos: pensando paradigmas, devires, e seus laços com um método de resolução de conflitos., p. 106, grifo do autor.

²¹ WARAT, Luis Alberto. **A Rua Grita Dionísio!** Direitos Humanos da Alteridade, Surrealismo e Cartografia. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. Tradução e organização de: Vívian Alves de Assis; Júlio Cesar Marcellino Jr. e Alexandre Moraes da Rosa, p. 04.

²² SANTOS, Boaventura. **Para Uma Revolução Democrática da Justiça**. Coimbra: Almedina, 2014, p. 13.

²³ FOLEY, Gláucia Falsarella. **Justiça Comunitária**: por uma justiça da emancipação, p. 74-75.

para as pessoas. A ideia principal é que alguém de confiança das pessoas envolvidas no procedimento de mediação as auxilie para que elas, por si próprias, possam retomar o diálogo.

Contudo, apesar de simples o grande diferencial se encontra na condução de uma sessão de mediação, uma vez que – ao contrário do processo judicial – na mediação os mediandos poderão expor, por si próprios, seus sentimentos e angústias e relatar com suas palavras e anseios o conflito que aconteceu. Nesse momento, percebe-se que tal técnica prioriza os sentimentos e aborda o conflito como uma oportunidade de crescimento e melhora.

“[...] a mediação apresenta um escopo psicopedagógico ou educacional: leva o ser humano a aprender-se como parte da humanidade, ou seja, lidar diretamente consigo e com o outro [...]”²⁴. Esse escopo deve ser concretizado a partir dos ideais que o Estado objetiva, ou seja, com respeito a pacificação social, o que concretizará uma sociedade apta à comunicação e ao diálogo, e não apenas ao conflito e embate.

Tal condição se mostra necessária, uma vez que a tradição da cultura jurídica fragmenta o pensamento e judicializa os sentimentos. Tais fatos ensejam no esquecimento dos atores dos conflitos uma vez que se separam as normas e os fatos que são passíveis de produção de provas e não se leva em consideração as necessidades sócio emocionais dos envolvidos²⁵.

Contudo, não basta a mera aplicação da lei ao caso concreto, uma vez que a lide jurídica que se encontra nos autos apta à análise judicial não comporta e não abarca as necessidades da lide sociológica, que é o real problema apresentado pelas partes e que precisa de tratamento. A complexidade que se encontra na sociedade contemporânea envolve “novos tipos de problemas jurídicos que não podem, nem à tapa, ser resolvidos pela velha e tradicional mentalidade jurídica”²⁶.

As emoções presentes nos conflitos interpessoais não encontram espaço para serem dialogadas no processo judicial, por isso tem-se que “a mediação seria uma resposta ecológica de resistência às formas jurídico-institucionais do poder”²⁷, que efetiva uma participação democrática socialmente justa.

“A mediação circunscreve-se no cenário das profundas transformações concernentes aos processos de tratamento de conflitos, no particular das fórmulas modernas vinculadas ao Estado e sua função jurisdicional [...]”²⁸. Ela possibilita a compreensão do conflito de maneira construtiva, respeitando seu potencial transformador, ou seja, respeita a importância que o conflito exerce nas emoções, mas, para tanto, deve ser tratado adequadamente, de maneira humanizada.

Em termos de autonomia, cidadania, democracia e direitos humanos a mediação pode ser vista como a sua melhor forma de realização. As práticas sociais de mediação configuram-se em um instrumento de exercício da cidadania, na medida em que educam, facilitam e ajudam a produzir diferenças e a realizar tomada

²⁴ MENDONÇA, Rafael. (Trans)Modernidade e Mediação de Conflitos: pensando paradigmas, devires, e seus laços com um método de resolução de conflitos., p. 126-127.

²⁵ WARAT, Luis Alberto. **Educação, Direitos Humanos, Cidadania e Exclusão Social**: fundamentos preliminares para uma tentativa de refundação. 2005. Disponível em: <<http://portal.mec.gov.br/sesu/arquivos/pdf/educacaodireitoshumanos.pdf>>. Acesso em: 20 jul. 2019.

²⁶ WARAT, Luis Alberto. Ecologia, Psicanálise e Mediação. In: WARAT, Luis Alberto (Org.). **Em Nome do Acordo**: a mediação no direito. 2. ed. Argentina: Angra Impresiones, 1999, p. 10.

²⁷ WARAT, Luis Alberto. **A Rua Grita Dionísio!** Direitos Humanos da Alteridade, Surrealismo e Cartografia, p. 42.

²⁸ MORAIS, José Luis Bolzan de; VERAS, Mariana Rodrigues. Mediação e Transformação Social. **Direitos Culturais**, Santo Ângelo, v. 13, n. 30, maio/agos. 2018, p. 15-28, p. 16.

de decisões, sem a intervenção de terceiros que decidem pelos afetados em um conflito. Falar de autonomia, de democracia e de cidadania, em certo sentido, é ocupar-se da capacidade das pessoas para se autodeterminarem em relação e com os outros; autodeterminarem-se na produção da diferença (produção do tempo com o outro). E a autonomia uma forma de produzir diferenças e tomar decisões em relação à conflitividade que nos determina e configura em termos de identidade e cidadania; um trabalho de reconstrução simbólica dos processos conflitivos das diferenças que nos permite formar identidades culturais, e nos integrarmos no conflito com o outro, com um sentimento de pertinência comum. E uma forma de poder perceber a responsabilidade que toca a cada um em um conflito, gerando devires reparadores e transformadores²⁹.

A mediação permite o encontro de um ponto de equilíbrio nosso e com o outro, ou seja, o reencontro consigo mesmo e com o outro, para sentir o outro e produzir com ele a sensibilidade³⁰. “Para adentrarmos positivamente nos conflitos com os outros devemos deixar de ser uma mente social, retornar ao nosso centro que sente (a reserva selvagem, o imaginário radical dos sentimentos)”³¹.

A mediação procura uma reconstrução simbólica, com o outro, do conflito e das diferenças para “[...] superar as divergências e formar identidades culturais. Isso exige, sempre, a presença de um terceiro que cumpra as funções de escuta e implicação”³². A partir da mediação o conflito pode ser visto como uma confrontação construtiva, que revitaliza, energiza e não prejudica, que tem um potencial construtivo, isso porque as ferramentas que a mediação propõe abordam os problemas a partir de uma nova lente.

Existe, na mediação, uma proposta cultural, muito valiosa que propõe nos inscrever na trama de uma educação da sensibilidade e da ternura, uma proposta pedagógica transformadora da sensibilidade individual e coletiva, e que está afetando todos os modos de entender tanto as ações públicas como os vínculos privados, e fundamentalmente, as relações amorosas. Uma Ética, cidadã, de ternura, começa a instalar-se socialmente através da mediação. A ética da cidadania reconhece no afetivo sua dimensão fundamental. E uma ética da ternura que destrói, por completo, a antiga e arbitrária dicotomia do público e do privado³³.

A mediação é ir ao fundo de nosso mal-estar e encontrar a raiz que gera aquele estado permanente de conflito³⁴ ou seja, é ‘ouvir’ o que dizem os sentimentos, as emoções. Em razão de suas características próprias não há no processo judicial espaço para sentimentos e emoções e tal condição reforça o caráter negativo e prejudicial que o senso comum acredita que os conflitos possuem. A mediação permite que as pessoas sintam e expressem suas emoções com suas próprias palavras, é uma técnica que abre espaço para os sentimentos e as necessidades genuínas dos envolvidos, indo além da aplicação da letra da lei ao caso concreto.

²⁹ WARAT, Luis Alberto. **Surfando na Pororoca**: O Ofício do Mediador, p. 66.

³⁰ WARAT, Luis Alberto. **Surfando na Pororoca**: O Ofício do Mediador.

³¹ WARAT, Luis Alberto. **Surfando na Pororoca**: O Ofício do Mediador, p. 30.

³² WARAT, Luis Alberto. **Surfando na Pororoca**: O Ofício do Mediador, p. 58.

³³ WARAT, Luis Alberto. **Surfando na Pororoca**: O Ofício do Mediador, 103-104.

³⁴ WARAT, Luis Alberto. **Surfando na Pororoca**: O Ofício do Mediador, 2004.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O conflito é uma constante natural e intrínseca tanto aos seres humanos, quanto as relações intrapessoais e interpessoais. Contudo, a Modernidade trouxe consigo uma visão negativa e prejudicial do conflito, compreensão reforçada pelo processo judicial desenvolvido no Poder Judiciário. Entretanto, o conflito porta em si um caráter que enseja na transformação das relações e das pessoas envolvidas, isso quando abordado positivamente e respeitando as emoções ali presentes.

Contudo, tais condições não ocorrem na solução adjudicada ofertada pelo Poder Judiciário, que, em razão de suas técnicas e procedimentos, não reconhece as emoções envolvidas de uma maneira positiva, uma vez que o escopo principal é prolatar uma sentença ao caso posto. Se impõe uma solução a partir das normas jurídicas, sem a possibilidade de abertura de espaço para as emoções.

Em longo prazo, tais decisões podem se mostrar insatisfatórias, em razão do não atendimento das reais necessidades das pessoas envolvidas. Dessa maneira, a fim de que se reconheçam os sentimentos que a sociedade apresenta na contemporaneidade, faz-se necessária a utilização de um meio que possibilite a gestão dos conflitos com respeito as emoções, positivas, que esse apresenta.

Nessa senda, a mediação se mostra como um mecanismo que viabiliza tais condições, uma vez que a partir de suas ferramentas se permite que as pessoas envolvidas em divergências reconheçam suas emoções e suas necessidades e, a partir disso, encontrem uma solução satisfatória ao problema que lhes pertence. A mediação traz o elemento da sensibilidade e, assim, enseja em um novo modo de pensar o lugar do Direito, das emoções e dos conflitos que emergem na contemporaneidade.

REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 20 jul. 2019.

FOLEY, Gláucia Falsarella. **Justiça Comunitária**: por uma justiça da emancipação. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

FREUND, Julien. **Sociologia del Conflicto**. Madrid: Ministerio de Defensa, Secretaria General Técnica, 1995. Tradução de Juan Guerrero Roiz de la Parra.

MENDONÇA, Rafael. **(Trans)Modernidade e Mediação de Conflitos**: pensando paradigmas, devires, e seus laços com um método de resolução de conflitos. Petrópolis: KRB, 2012.

MORAIS, José Luis Bolzan de; VERAS, Mariana Rodrigues. Mediação e Transformação Social. **Direitos Culturais**, Santo Ângelo, v. 13, n. 30, maio/agos. 2018, p. 15-28.

ROSENBERG, Marshall B. **Comunicação Não-Violenta**: técnicas para aprimorar relacionamentos pessoais e profissionais. São Paulo: Ágora, 2006. Tradução de Mário Vilela.

SANTOS, Boaventura. **Para Uma Revolução Democrática da Justiça**. Coimbra: Almedina, 2014.

SIMMEL, Georg. **El Conflicto**: sociología del antagonismo. 2. ed. Madrid: Sequitur, 2013. Edição e tradução de Javier Eraso Ceballos.

VEZZULLA, Juan Carlos. **Teoria e Prática da Mediação**. Instituto de Mediação e Arbitragem do Brasil, 2001. Disponível em: <<https://www.passeidireto.com/arquivo/4417307/teoria-e-pratica-da-mediacao>>.

WARAT, Luis Alberto. Ecologia, Psicanálise e Mediação. In: WARAT, Luis Alberto (Org.). **Em Nome do Acordo**: a mediação no direito. 2. ed. Argentina: Angra Impresiones, 1999.

WARAT, Luis Alberto. **Surfando na Pororoca**: O Ofício do Mediador. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

WARAT, Luis Alberto. **Educação, Direitos Humanos, Cidadania e Exclusão Social**: fundamentos preliminares para uma tentativa de refundação. 2005. Disponível em: <<http://portal.mec.gov.br/sesu/arquivos/pdf/educacaodireitoshumanos.pdf>>. Acesso em: 20 jul. 2019.

WARAT, Luis Alberto. **A Rua Grita Dionísio!** Direitos Humanos da Alteridade, Surrealismo e Cartografia. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. Tradução e organização de: Vívian Alves de Assis; Júlio Cesar Marcellino Jr. e Alexandre Moraes da Rosa.

O DIREITO À MORADIA ADEQUADA NO BRASIL E SUA EFETIVAÇÃO SOB AS PERSPECTIVAS DA GARANTIA DO MÍNIMO EXISTENCIAL E DA CLÁUSULA DA RESERVA DO POSSÍVEL

Ana Paula Araujo Carbonari¹

RESUMO

A moradia adequada é um direito humano reconhecido pela normativa internacional, em especial pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, ao artigo XXV, § 1º, e pelo Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC), ao artigo 11, ratificado pelo Brasil em 1992. No plano nacional, o direito à moradia é parte da Constituição Federal, o que foi afirmado pela Emenda Constitucional nº 26, de 14 de fevereiro de 2000, passando a constar no artigo 6º, sob o status de direito fundamental social, restando inequívoca a vinculação do direito à moradia com a dignidade da pessoa humana no que toca às condições materiais mínimas para uma existência digna. A definição do conteúdo do direito à moradia, tanto no plano internacional como nacional, é orientada por aquilo que o Comitê dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais das Nações Unidas estabelece, ao seu Comentário Geral nº 4, como os elementos necessários para que uma moradia seja considerada adequada: a segurança da posse; a disponibilidade de serviços, materiais, instalações e infraestrutura; a economicidade; a habitabilidade; a acessibilidade; a boa localização; e a adequação cultural. A partir da ratificação do PIDESC, juntamente com a inclusão expressa do direito à moradia no rol dos direitos fundamentais sociais constitucionais, o Estado brasileiro passa a reconhecer a moradia como direito de todo cidadão, deixando evidente seu compromisso com a garantia e a realização desse direito. Contudo, ainda que a referida incorporação tenha suma relevância político-jurídica, é essencial que se converta o direito fundamental positivado em direito concretizado, efetivo. A crescente urbanização brasileira mostra que é cada vez mais preocupante a questão da moradia, dado que a população mais pobre vai, paulatinamente, sendo “empurrada” para as periferias das cidades, onde passa a residir em moradias precárias, sem o mínimo de condições dignas de habitação. Apesar do denso aparato normativo dado ao direito à moradia adequada, persiste uma distância significativa entre o que está positivado e o que se vê na realidade das cidades brasileiras. Neste sentido, propõe-se uma análise acerca da garantia do mínimo existencial em contraste com a cláusula da reserva do possível, para saber em que medida se poderia avançar concretamente na efetivação deste direito humano. Enfim, a cláusula da reserva do possível encontra limite intransponível na garantia constitucional do mínimo existencial, que representa, em nosso ordenamento jurídico, manifestação máxima do princípio da dignidade da pessoa humana.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos Fundamentais. Direitos Humanos. Moradia Adequada.

ABSTRACT

The adequate housing is a human right recognized by the international law, it is enshrined in Article 25 of the Universal Declaration of Human Right and in Article 11 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, ratified by Brazil on 1992. The right of adequate housing is also affirmed by brazilian law, as a fundamental right, included in the Article 6 of the Constitution, among the social rights. from the enactment of Constitutional Amendment No. 26/2000. This right is thus derived from the right to an adequate standard of living. The concept of adequate housing is determined by the General comment No. 4 of the Covenant on Economic, Social and Cultural Rights. The Committee on Economic, Social and Cultural Rights (CESCR) believes that it is possible to identify certain aspects of the right that must be taken into account for the purpose of the Covenant, they include the following: Legal security of tenure; Availability of services, materials, facilities and infrastructure; Affordability; Habitability; Accessibility; Location; and Cultural adequacy. The housing right is, necessarily, dependent on a positive activity of the State to make it effective. Despite the fact that Brazil has frequently reaffirmed the importance of full respect for the right to adequate housing, there remains a disturbingly large gap between the standards set in the Constitution and the situation prevailing in many parts of the country. The growing urbanization in Brazil shows that the issue of housing is increasingly worrying, because the poorer population is gradually being “pushed” to the outskirts of cities, to precarious housing, without the minimum conditions of living. The implementation of social rights requires

¹ Advogada, graduada pela Universidade de Passo Fundo. E-mail: anaaficarbonari@gmail.com.

material provisions by the State. In this context, it's necessary to discuss about the minimum for the existence and the possible reserves, to reach the full realization of the right to adequate housing. Finally, the possible reserves finds an insurmountable limit in the constitutional guarantee of the existential minimum, which represents, in our legal system, a logical corollary of the human dignity principle.

KEYWORDS: Fundamental Rights. Human Rights. Adequate Housing.

INTRODUÇÃO

A moradia adequada é um direito humano reconhecido por atos internacionais de Direitos Humanos, em especial no artigo XXV, § 1º, da Declaração Universal dos Direitos Humanos, e no artigo 11 do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC), ratificado pelo Brasil em 1992.

No plano nacional, o direito à moradia é parte da Constituição Federal, o que foi afirmado pela Emenda Constitucional nº 26, de 14 de fevereiro de 2000, passando a constar no artigo 6º, sob o status de direito fundamental social, restando inequívoca a vinculação do direito à moradia com a dignidade da pessoa humana no que toca às condições materiais mínimas para uma existência digna.

A ratificação do PIDESC junto com a inclusão expressa do direito à moradia no rol dos direitos fundamentais sociais constitucionais, o Estado brasileiro passa a reconhecer a moradia como direito de todo cidadão, deixando evidente seu compromisso com a garantia e a realização desse direito. No entanto, ainda que a referida incorporação tenha suma relevância político-jurídica, é essencial que se converta o direito fundamental positivado em direito concretizado, efetivo.

A crescente urbanização brasileira mostra que é cada vez mais preocupante a questão da moradia, dado que a população mais pobre vai, paulatinamente, sendo “empurrada” para as periferias das cidades, onde passa a residir em moradias precárias, sem o mínimo de condições dignas de habitação.

Ainda que a comunidade internacional reafirme frequentemente a importância de que o direito à moradia adequada seja respeitado, persiste uma distância significativa entre o que está nas normas e o que se vê na realidade das cidades brasileiras. Neste sentido, é analisada importância da garantia do mínimo existencial no qual se insere o direito à moradia adequada, em contraste com a cláusula da reserva do possível, para saber em que medida se poderia avançar concretamente na efetivação deste direito humano.

1 O DIREITO À MORADIA COMO DIREITO HUMANO E SUA PREVISÃO NOS INSTRUMENTOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS

O direito à moradia é um direito humano, reconhecido na legislação internacional dos direitos humanos. O artigo XXV, § 1º, da Declaração Universal dos Direitos Humanos, dispõe o seguinte

Toda pessoa tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência fora de seu controle.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos marca uma nova concepção de direitos humanos. Esse instrumento, há que destacar, não é um tratado, mas uma resolução, sem força de lei. Contudo, ganhou relevante força no campo legal e político, sob a forma de direito costumeiro, nos âmbitos internacional e interno.

A partir desse instrumento, a moradia passou a constar em diversos outros atos internacionais, como o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966), a Declaração de Vancouver sobre Assentamentos Urbanos (1976), a Declaração de Istambul sobre Assentamentos Humanos (1996) e a Declaração Sobre as Cidades e Outros Assentamentos Humanos em um Novo Milênio (2001).

A partir da adoção da Declaração Universal dos Direitos Humanos, surgiu uma preocupação em formular tratados internacionais com força jurídica vinculante, capazes de garantir efetivamente os direitos e liberdades fundamentais nela elencadas. Foi assim que, em 1966, foi aprovado o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC). Ele entrou em vigor 10 anos depois, em 1976, sendo ratificado pelo Brasil em 1992 e, neste mesmo ano, promulgado por meio do Decreto nº 591, de 06 de julho de 1992.

Os Pactos, como instrumentos jurídicos internacionais, quando ratificados pelos Estados, fazem com que este se torne Estado-parte, assumindo uma série de obrigações jurídicas, comprometendo-se a garantir os direitos e a cumprir as disposições consagradas no instrumento em questão. Assim, através da ratificação dos Pactos de direitos humanos, os Estados tornam-se responsáveis perante a comunidade internacional, perante os outros Estados que tenham ratificado o mesmo instrumento e perante os seus próprios cidadãos.

O Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais reforça, consolida, complementa e amplia o rol dos direitos econômicos, sociais e culturais elencados na Declaração Universal, entre eles o direito à moradia adequada. Os direitos econômicos, sociais e culturais são plenamente reconhecidos pela comunidade internacional e em todo o direito internacional dos direitos humanos, e visam garantir a proteção da pessoa humana em sua plenitude.

Nesse sentido, Cançado Trindade² afirma que

Não tardou muito para que se apercebesse do fato de que, se dentre os direitos econômicos, sociais e culturais havia os que se aproximavam de “normas organizacionais”, também havia os que requeriam implementação semelhante à dos direitos civis e políticos (os direitos clássicos de liberdade), o que veio a ressaltar a unidade fundamental de concepção dos direitos humanos.

Em seu preâmbulo, o Pacto afirma a universalidade, a inalienabilidade e a indivisibilidade dos direitos humanos. Em seguida, no artigo 2º, dispõe que os direitos nele previstos devem ser realizados de forma progressiva e a longo prazo, por meio da atuação e investimento dos Estados, inclusive com a adoção de medidas legislativas cabíveis, comprometendo-se

A adotar medidas, tanto por esforço próprio como pela assistência e cooperação internacionais, principalmente nos planos econômico e técnico, até o máximo de recursos disponíveis, que visem a assegurar, progressivamente, por todos os meios

² TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997. v. 1. p. 358.

apropriados, o pleno exercício dos direitos reconhecidos no presente Pacto, incluindo, em particular, a adoção de medidas legislativas.

Em termos gerais, os direitos econômicos são os direitos a um desenvolvimento autônomo, a um meio ambiente sadio, à alimentação, ao trabalho e os direitos do trabalhador. Os direitos sociais, por sua vez, referem-se à segurança social, à família, à maternidade e infância, à moradia e à cidade e o direito à saúde. Por fim, os direitos culturais são relativos à educação, à participação da vida cultural e ao progresso científico. Os direitos econômicos, sociais e culturais são de realização progressiva, isto é, não admitem retrocessos, com atuação fundamental do Estado, e obrigações de efeito imediato, como a obrigação de adotar medidas.

Em seu artigo 4º, o Pacto dispõe sobre os limites que podem ser impostos pelo Estado aos direitos nele reconhecidos, sendo somente aqueles estipulados em lei, unicamente em medida conciliável com a natureza desses direitos e por razões que visem o bem geral da sociedade democrática.

O Comentário Geral nº 3, emitido pelo Comitê dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais³, ao item 10, destaca a necessidade de que o Estado-parte estabeleça um núcleo mínimo de obrigações para assegurar a satisfação de níveis básicos essenciais de cada um dos direitos alcançados pelo Pacto, sendo que, se fosse interpretado sem levar em conta tal núcleo mínimo de obrigações, seria esvaziada sua razão de ser.

Cançado Trindade⁴ assinala que o Comentário Geral nº 3 estabelece as obrigações de efeito imediato impostas pelo Pacto, além da realização progressiva dos direitos nele consagrados. São elas: a obrigação de adotar medidas logo após a entrada em vigor do Pacto; o compromisso de garantir o exercício dos direitos sem que haja discriminação; a aplicabilidade imediata de determinadas disposições por órgãos judiciais nos ordenamentos jurídicos internos; a obrigação geral de buscar sempre a realização dos direitos sem que se permitam retrocessos; o estabelecimento de obrigações mínimas em relação aos direitos que, se não cumpridas, acarretam a obrigação de provar que utilizou-se o máximo de recursos disponíveis; e a obrigação de proteger setores mais vulneráveis da sociedade em épocas de crises econômicas graves.

O Pacto, instrumento central para a proteção do direito à moradia, em seu artigo 11, faz referência ao direito a um padrão de vida adequado, incluindo alimentação, vestuário e habitação, e com a melhoria contínua das condições de vida. Dispõe, ainda, que a moradia adequada é um direito humano social que deve ser garantido pelo Estado a todos, independentemente de origem social, etnia, nacionalidade, orientação sexual, sexo, religião ou posição política e que os Estados-parte tomarão medidas apropriadas para assegurar a consecução desse direito, reconhecendo, nesse sentido, a importância essencial da cooperação internacional fundada no livre consentimento.

Faz-se necessário mencionar, neste ponto, o Comentário Geral nº 4, do Comitê dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, emitido com o escopo de esclarecer definições acerca de moradia adequada. A moradia adequada deve conter os elementos:

³ O Comitê dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais foi instituído em 1985 pelo Conselho Econômico e Social das Nações Unidas, como a finalidade de controlar a aplicação, pelos Estados-Partes, das disposições do PIDESC. O Comitê analisa os relatórios elaborados pelos Estados-parte, em que são expostas as medidas adotadas para tornar efetivo aquilo que foi disposto pelo Pacto. Ainda, o Comitê possui competência para formular comentários gerais relativos a determinados artigos ou disposições do Pacto e organizar debates temáticos sobre matérias cobertas por ele.

⁴ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos**. p. 377.

- (1) Segurança da posse: a moradia não é adequada se os seus ocupantes não têm um grau de segurança de posse que garanta a proteção legal contra despejos forçados, perseguição e outras ameaças;
- (2) Disponibilidade de serviços, materiais, instalações e infraestrutura: a moradia não é adequada, se os seus ocupantes não têm água potável, saneamento básico, energia para cozinhar, aquecimento, iluminação, armazenamento de alimentos ou coleta de lixo;
- (3) Economicidade: a moradia não é adequada, se o seu custo ameaça ou compromete o exercício de outros direitos humanos dos ocupantes;
- (4) Habitabilidade: a moradia não é adequada se não garantir a segurança física e estrutural proporcionando um espaço adequado, bem como proteção contra o frio, umidade, calor, chuva, vento, outras ameaças à saúde;
- (5) Acessibilidade: a moradia não é adequada se as necessidades específicas dos grupos desfavorecidos e marginalizados não são levadas em conta;
- (6) Localização: a moradia não é adequada se for isolada de oportunidades de emprego, serviços de saúde, escolas, creches e outras instalações sociais ou, se localizados em áreas poluídas ou perigosas;
- (7) Adequação cultural: a moradia não é adequada se não respeitar e levar em conta a expressão da identidade cultural.

Ainda, o Comentário Geral nº 4 dispõe que

O direito à habitação não deveria ser interpretado em um sentido estreito ou restrito que o equipara com, por exemplo, o abrigo provido meramente de um teto sobre a cabeça dos indivíduos, ou julga o abrigo exclusivamente como uma mercadoria. Diferentemente, isso deveria ser visto mais propriamente como um direito a viver, onde quer que seja, com segurança, paz e dignidade. Isto é apropriado por, pelo menos, duas razões. Em primeiro lugar, o direito à habitação é integralmente vinculado a outros direitos humanos e a princípios fundamentais sobre os quais a Convenção é baseada. Esta “inerente dignidade da pessoa humana”, de que os direitos na Convenção são ditos derivar, exige que o termo “habitação” seja interpretado de forma que leve em conta uma variedade de outras considerações, fundamentalmente que o direito à habitação deveria ser assegurado a todas as pessoas independentemente da renda ou acesso a recursos econômicos. Segundamente, a referência no artigo 11 deve ser lida referindo-se não apenas à habitação, mas à habitação adequada.

Em suma, na legislação internacional de direitos humanos há um importante reconhecimento da moradia adequada como um direito a ser observado e realizado pelos Estados. Ademais, é de suma relevância a definição de moradia adequada elaborada no âmbito internacional.

2 O DIREITO À MORADIA COMO DIREITO FUNDAMENTAL E SUA PREVISÃO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

A Constituição Federal de 1988 representa, para o Estado brasileiro, um marco jurídico de transição para o regime democrático, expandindo significativamente o campo dos direitos e garantias fundamentais. Em seu Preâmbulo, a Constituição revela a estruturação de um Estado democrático de direito, objetivando assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o desenvolvimento, o bem-estar, a igualdade e a justiça, como valores norteadores de uma sociedade fraterna, plural e sem preconceitos.

Dentre os fundamentos que alicerçam o Estado Democrático de Direito, dá-se destaque a cidadania e a dignidade da pessoa humana, referidos ao artigo 1º, incisos II e III, da Constituição. Assim, resta claro que os direitos fundamentais são elemento essencial para a realização da democracia⁵.

É evidente, pois, que a Constituição elegeu a dignidade da pessoa humana como valor primordial. Os valores constitucionais, por sua vez, compõem fundamento básico para a interpretação de todo o ordenamento jurídico, para guiar e orientar a interpretação do texto constitucional e, por fim, para auferir a legitimidade das diversas manifestações do sistema de legalidade. Assim sendo, a dignidade humana dá unidade de sentido à Constituição.

O direito à moradia passa a integrar expressamente o ordenamento jurídico brasileiro por meio da Emenda Constitucional nº 26, de 14 de fevereiro de 2000, passando a constar no artigo 6º da Constituição Federal, junto a outros direitos fundamentais sociais, como educação, saúde, trabalho, segurança e previdência social. Referido artigo constitucional dispõe o seguinte

Artigo 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.

No entanto, tal inclusão não implica que, antes, o direito à moradia adequada não fosse, de certa forma, tutelado pela Constituição. Conforme exposto no capítulo anterior, o direito à moradia encontra amparo em diversos tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil é signatário. A Constituição Federal de 1988 elenca, em seu artigo 4º, inciso II, o princípio da prevalência dos direitos humanos como princípio fundamental a reger o Estado nas relações internacionais. Esse princípio implica o engajamento do Brasil no processo de elaboração de normas de Direito Internacional de Direitos Humanos, o empenho pela plena integração dessas normas ao ordenamento jurídico interno e, também, o compromisso de contrapor-se aos Estados violadores de direitos humanos⁶.

Ademais, os direitos decorrentes dos tratados internacionais de direitos humanos são, também, direitos materialmente fundamentais, em decorrência do alcance da previsão do artigo 5º, § 2º, da Constituição Federal, que determina que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, o dos tratados internacionais em que a república Federativa do Brasil seja parte”.

Outrossim, ainda antes da Emenda Constitucional nº 26, o direito à moradia já se fazia presente, de forma não explícita, no texto constitucional, visto que ao artigo 7º, inciso V, está elencada a moradia como uma das necessidades essenciais à vida que o salário mínimo deveria suportar. Ainda, ao artigo 23, quando define as competências comuns da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, indica, ao inciso IX, a promoção de programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico⁷.

⁵ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 26.

⁶ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. p. 40.

⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. O Direito Fundamental à Moradia na Constituição: Algumas Anotações a Respeito de seu Contexto, Conteúdo e Possível Eficácia. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**. Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 20 dez. 2009. p. 12.

Além disso, o artigo 183, parte do Capítulo II, chamado “Da Política Urbana”, prevê a usucapião especial urbana, em que se reconhece o domínio àquele que possuir como sua área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando o espaço para sua moradia ou de sua família, e desde que não seja proprietário de outro imóvel. Há previsão em sentido semelhante, mas para os casos de área rural, ao artigo 191, destacando a necessidade de produtividade da terra. Ademais, cabe mencionar a previsão constitucional dos princípios da propriedade privada e da função social da propriedade, presentes no artigo 170, incisos II e III, e no artigo 5º, caput, incisos XXII e XXIII, respectivamente, sendo possível afirmar a proteção do direito de propriedade é condicionado ao atendimento de sua função social⁸.

Por fim, de qualquer modo, o direito fundamental à moradia teria reconhecimento em decorrência do princípio da dignidade da pessoa humana, previsto no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal. Nesse sentido, Ingo Sarlet⁹ ressalta que

No caso do direito à moradia, a íntima e indissociável vinculação com a dignidade da pessoa humana resulta inequívoca pelo menos no âmbito daquilo que se tem designado de um direito às condições materiais mínimas para uma existência digna e na medida em que a moradia cumpre esta função. Nesta perspectiva, talvez seja ao direito à moradia - bem mais do que ao direito de propriedade - que melhor se ajusta a conhecida frase de Hegel, ao sustentar - numa tradução livre - que a propriedade constitui (também) o espaço de liberdade da pessoa (*Sphäre ihrer Freiheit*). De fato, sem um lugar adequado para proteger a si próprio e a sua família contra as intempéries, sem um local para gozar de sua intimidade e privacidade, enfim, de um espaço essencial para viver com um mínimo de saúde e bem estar, certamente a pessoa não terá assegurada a sua dignidade, aliás, a depender das circunstâncias, por vezes não terá sequer assegurado o direito à própria existência física, e, portanto, o seu direito à vida.

Nas palavras do jurista¹⁰, ainda

[...] onde não houver respeito pela vida e pela integridade física do ser humano, onde as condições mínimas para uma existência digna não forem asseguradas, onde a intimidade e identidade do indivíduo forem objeto de ingerências indevidas, onde sua igualdade relativamente aos demais não for garantida, bem como onde não houver limitação do poder, não haverá espaço para a dignidade da pessoa humana, e esta não passará de mero objeto de arbítrio e injustiças.

Sendo assim, a ausência de uma habitação adequada ao indivíduo e sua família, e a falta de um local que possibilite a vida saudável, inviabilizam uma vida plena em dignidade.

A inclusão expressa e formal do direito à moradia ao texto constitucional, portanto, além de encerrar qualquer questionamento cerca do reconhecimento desse direito em nível constitucional, deixa claro o compromisso do Estado brasileiro com a garantia desse direito. Em função disso, fortalece-se a exigência de uma intervenção estatal integrada e permanente. Sarlet afirma que, ainda que já houvesse menção na ordem

⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. O Direito Fundamental à Moradia na Constituição: Algumas Anotações a Respeito de seu Contexto, Conteúdo e Possível Eficácia. p. 12.

⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos fundamentais, orçamento e “reserva do possível”**. Porto Alegre: Livraria dos Advogados Editora, 2008. p. 67.

¹⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12. ed. Porto Alegre: Livraria dos Advogados Editora, 2015. p. 105-106.

jurídico-constitucional do direito à moradia “a sua expressa positivação lhe imprime uma especial significação, além de colocar novas dimensões e perspectivas no que diz com sua eficácia e efetividade”¹¹.

O status de direito fundamental social conferido ao direito humano à moradia constitui um grande ganho no âmbito jurídico-político, porquanto passa a ser um forte fundamento para a reivindicação e concretização de políticas habitacionais, em especial aquelas que visam atender os indivíduos em situação de maior vulnerabilidade social.

A Constituição Federal é silente no que toca à definição de um conteúdo para o direito à moradia. A proteção do direito à moradia, constante do artigo 6º da Constituição Federal, traz em seu bojo uma moradia “genérica”, sem qualquer qualificação. Apesar dessa ausência de adjetivação do termo no texto constitucional, é lógico que disso não decorre a possibilidade de uma interpretação que considere um direito à moradia “não adequada”. De qualquer modo, a qualificação tem o poder de afastar interpretações restritivas, que possam vir a reduzir em demasia o objeto do direito à moradia.

Nesse contexto, assume lugar especial as disposições de tratados e documentos internacionais firmados pelo Brasil. Assim, na interpretação do conteúdo do direito à moradia, há que considerar os parâmetros mínimos indispensáveis para uma vida saudável, no sentido de total bem-estar físico, mental e social. Se o texto constitucional foi omissivo, deve-se fazer uso da normativa internacional¹².

O direito à moradia integra o rol dos limites materiais à reforma constitucional, isto é, trata-se de cláusula pétrea, nos termos do que dispõe o artigo 60, §4º, da Constituição Federal. Os direitos fundamentais sociais possuem uma vinculação íntima com a concepção de Estado social consagrada pela Constituição, assim, são autênticos limites materiais implícitos à reforma constitucional. Ainda, é dotado de aplicabilidade imediata, conforme prevê o artigo 5º, §1º, do texto constitucional.

Evidenciado, pois, o amparo normativo dado ao direito à moradia no âmbito nacional, o que revela, enfim, a obrigação estatal em promover a proteção efetiva desse direito fundamental e viabilizar a sua concretização.

3 A REALIDADE HABITACIONAL BRASILEIRA À LUZ DA GARANTIA DO MÍNIMO EXISTENCIAL E DA CLÁUSULA DA RESERVA DO POSSÍVEL

O processo de urbanização brasileiro deu-se sobretudo no século XX. No entanto, a urbanização não foi capaz de suplantiar alguns traços dos períodos colonial e imperial, marcados pela concentração de terra, renda e poder. No início do século XX, as cidades brasileiras eram vistas como a possibilidade de avanço e modernidade em relação ao campo. Após a revolução de 1930, com as políticas estatais, dá-se início a um processo de urbanização e industrialização simultâneas, sob o lema da ordem e do progresso. Ermínia Maricato¹³ assinala que, nesse período,

¹¹ SARLET. Ingo Wolfgang. O Direito Fundamental à Moradia na Constituição: Algumas Anotações a Respeito de seu Contexto, Conteúdo e Possível Eficácia. p. 13.

¹² SARLET. Ingo Wolfgang. O Direito Fundamental à Moradia na Constituição: Algumas Anotações a Respeito de seu Contexto, Conteúdo e Possível Eficácia. p. 17-18.

¹³ MARICATO. Ermínia. **Metrópole, legislação e desigualdade**. Estudos Avançados. São Paulo, v. 17, n. 48, p. 151-157, maio 2003. p. 152.

[...] as mudanças políticas havidas [...], com a regulamentação do trabalho urbano (não extensiva ao campo), incentivo à industrialização, construção da infra-estrutura industrial, entre outras medidas, reforçaram o movimento migratório campo-cidade.

No entanto, ao fim do século XX, o que se percebe é que aquelas oportunidades que existiam ao início do século, como a inserção econômica e melhoria de vida, já não são mais realidade. O que se vê é a extensão das periferias urbanas, que, a partir dos anos de 1980, apresentam maior crescimento do que as áreas centrais, ficando evidente a segregação espacial¹⁴.

Na segunda metade do século XX, é mais intenso o processo de crescimento das periferias, sobretudo em razão dos projetos de remoção das favelas centrais, que ocorreram em virtude dos planos de modernização, embelezamento e controle dos núcleos urbanos¹⁵.

Ermínia Maricato¹⁶, neste sentido, ensina que

“[...] o avassalador processo de urbanização foi acompanhado da modernização no modo de vida, no ambiente construído, nas comunicações, sem deixar, entretanto, de reproduzir seu lado arcaico. Isto é, a modernização e apenas para alguns; a cidadania e os direitos, idem”.

Nesse contexto, a segregação urbana configura-se como elemento essencial à produção de desigualdade social. À dificuldade de acesso aos serviços e infraestrutura urbanos, somam-se a menos oportunidades de emprego, sobretudo o emprego formal, e mais proximidade à violência, discriminação racial, discriminação de gênero, além da dificuldade de acesso à justiça. Nas áreas desprezadas pelo mercado imobiliário, desprovidas de segurança ambiental, é onde a população pobre se instala, como nas encostas dos morros e beira de viação férrea. Na cidade, a invasão de terras é uma regra, e não uma exceção. No entanto, esse processo não se dá pelo desapego ou afronta à lei, mas sim pela falta de alternativas¹⁷.

A intervenção estatal insuficiente no campo habitacional acaba “empurrando” uma parte da população brasileira para morar em áreas afastadas dos núcleos urbanos, afinal, nessas regiões periféricas há maior disponibilidade de terras para serem adquiridas a preço acessível ou para serem ocupadas clandestinamente, sem que se leve em conta se são aptas ao fim habitacional¹⁸.

Frente à essa realidade de problemas habitacionais e de desigualdades social e econômica, fica evidente a violação do direito humano fundamental à moradia de milhões de pessoas, que vivem em condições inadequadas e tem, diariamente, a sua dignidade atacada. Assim sendo, para que se vislumbre um modo de reverter esse processo, faz-se necessária uma reflexão acerca da efetivação dos direitos sociais.

Não há, na legislação brasileira, um conceito de mínimo existencial e tampouco a doutrina, no que diz de uma definição do mínimo existencial, possui consenso, mas chegam a resultados bastante próximos, que, para Flavio Pansieri¹⁹, se pode resumir na garantia do núcleo essencial dos direitos sociais tocados pela

¹⁴ MARICATO, Ermínia. **Metrópole, legislação e desigualdade**. p. 152-153.

¹⁵ SILVA, Gilnei José Oliveira. Apontamentos sobre exclusão habitacional urbana e direito fundamental social à moradia. In: CARBONARI, P. C. et al (Orgs.). **Direitos Humanos: diversas leituras**. Passo Fundo: IFIBE; IMED, 2006. p. 133.

¹⁶ MARICATO, Ermínia. Conhecer para resolver a cidade ilegal. In: CASTRIOTA, Leonardo Basci (Org.). **Urbanização Brasileira – Redescobertas**. Belo Horizonte: C/Arte, 2003. p. 78.

¹⁷ MARICATO, Ermínia. Conhecer para resolver a cidade ilegal. p. 79.

¹⁸ SILVA, Gilnei José Oliveira. Apontamentos sobre exclusão habitacional urbana e direito fundamental social à moradia. p. 112.

¹⁹ PANSIERI, Flávio. **Eficácia e vinculação dos direitos sociais**: reflexões a partir do direito à moradia. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 172.

dignidade da pessoa humana, que não pode sofrer intervenções do Estado e que existe prestações estatais positivas.

Ingo Sarlet foge do termo mínimo existencial, utilizando o termo “direto à garantia a uma existência digna”. Ele parte da análise da dignidade humana como fundamento da garantia de uma existência digna de todos os indivíduos, definindo a jusfundamentalidade dos direitos fundamentais sociais prestacionais ao salário mínimo, à assistência social, ao direito à previdência social, à educação e à moradia.

Sarlet²⁰ leciona o seguinte

[...] na base dos direitos sociais aqui versados e expressamente consagrados pelo nosso Constituinte, se encontra a necessidade de preservar a própria vida humana, não apenas na condição de mera sobrevivência física do indivíduo [...], mas também de uma sobrevivência que atenda aos mais elementares padrões de dignidade. Não podemos esquecer que a dignidade da pessoa humana, além de constituir um dos princípios fundamentais da nossa ordem constitucional (art. 1º, inc. III, da CF), foi guindada à condição de finalidade precípua da ordem econômica (art. 170, caput, da CF).

A Constituição Federal de 1988 tem como princípio fundamental a dignidade humana, que deve pautar toda a aplicação e interpretação legal, o que confere proteção aos direitos sociais. Apesar de não trazer de forma expressa a garantia do mínimo existencial, ela encontra-se implícita em seus artigos 1º, inciso III, 3º, inciso III, bem como em seu artigo 5º.

O mínimo existencial assume fundamental importância nas situações em que o Estado utiliza o argumento da reserva do possível para impor restrições à efetivação dos direitos fundamentais sociais, dado que mínimo existencial demarcará aquilo que não poderá ser objeto de restrições, sob pena de inviabilizar a vida digna do indivíduo titular do direito. A interpretação dos direitos sociais deve dar-se à luz do princípio da dignidade humana, que estabelece um mínimo essencial, indicando que a vida digna de um indivíduo não poderá ser violada por outros interesses do Estado.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, no artigo 25, também faz referência ao mínimo existencial

Artigo 25 - Toda a pessoa tem direito a um nível de vida suficiente para lhe assegurar e à sua família a saúde e o bem-estar, principalmente quanto à alimentação, ao vestuário, ao alojamento, à assistência médica e ainda quanto aos serviços sociais necessários, e tem direito à segurança no desemprego, na doença, na invalidez, na velhice, na viuvez, em outros casos de perda de meios de subsistência por circunstâncias independentes da sua vontade.

O Comentário Geral nº 3 do Comitê dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, no item 10, trata especificamente do mínimo existencial, dispondo que é incumbência de cada Estado-parte estabelecer um núcleo mínimo de obrigações para assegurar a satisfação de níveis mínimos essenciais dos direitos sociais. Se o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais fosse interpretado no sentido de não estabelecer um núcleo mínimo de obrigações, não teria razão de existir. Além disso, assinala que o artigo 2º

²⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. p. 318.

do Pacto obriga cada Estado-parte a tomar as medidas necessárias “até o máximo de seus recursos disponíveis”, sendo que, para que se possa alegar que o fracasso em atender ao núcleo mínimo de obrigações se deu por falta de recursos, o Estado deve demonstrar o esforço feito para usar todos os recursos disponíveis para a satisfação dessas obrigações mínimas.

O mínimo existencial é o conjunto de circunstâncias materiais mínimas a que todos os seres humanos têm direito, constituindo núcleo irredutível da dignidade humana. Representa, portanto, limite às interferências realizadas pelo Estado. É núcleo básico da norma programática consagradora da dignidade da pessoa humana e, enfim, não se sujeita à cláusula da reserva do possível.

O que se observa, em suma, é que o direito à moradia, como núcleo essencial da dignidade humana, deve ser tutelado na perspectiva do mínimo existencial. Ao poder público, além da obrigação de tutelar esse direito, impõe-se a obrigação de promover ações de efetivação dele, sob a observância de que, quanto mais essencial é a prestação ligada ao direito, mais excepcional deve ser a razão para que ela não seja realizada.

A cláusula da reserva do possível, por sua vez, é utilizada como argumento de defesa do Estado em situações em que se pleiteia a prestação positiva referente de algum direito fundamental social. Em síntese, objetiva adequar as pretensões dos cidadãos titulares de um direito social às possibilidades financeiras do Estado.

O direito à moradia como direito prestacional tem como objeto a destinação de prestações estatais para sua satisfação, criando, destinando ou distribuindo bens materiais ou serviços, surgindo aqui sua dimensão econômica. Ingo Sarlet²¹ leciona que, para grande parte da doutrina, os direitos sociais a prestações, têm o custo como foco central de tratamento, limitando sua eficácia e efetivação, “dependendo, em última análise, da conjuntura econômica, já que está em causa a possibilidade de os órgãos jurisdicionais imporem ao poder público a satisfação das prestações reclamadas”. Ademais, afirma a existência de direitos prestacionais neutros, que não impliquem aplicação de recursos, no sentido de que há prestações materiais condicionadas ao pagamento de taxas e tarifas públicas, além de outras que se restringem ao acesso aos recursos já disponíveis. Ressalva o autor que, mesmo nesse caso, há a dimensão econômica de forma indireta.

A reserva do possível é a expressão de que só existem direitos sociais quando existir dinheiro nos cofres públicos, e se estes direitos se encontram condicionados à existência de recursos, equivale dizer que não há nenhuma vinculação jurídica. Como atenuante a esta constatação de ineficácia dos direitos sociais na perspectiva prestacional, há uma única vinculação razoável e possível do Estado em sede de direitos sociais, a garantia do mínimo.

O Comentário Geral nº 3 do Comitê dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, ao item 11, em complemento ao disposto no item 10 acerca da necessidade de que o Estado evidencie que, ao não conseguir satisfazer um direito social por restrições de recursos disponíveis, esforçou-se até seus limites para atender ao núcleo mínimo de suas obrigações, estabelece que, ainda que seus recursos disponíveis sejam insuficientes

[...] a obrigação do Estado-parte permanece no sentido de se esforçar para assegurar o mais amplo gozo possível de direitos relevantes de acordo com as circunstâncias

²¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. p. 281.

predominantes. Além disso, as obrigações para monitorar a extensão da realização, ou mais especialmente da não realização, de direitos econômicos, sociais e culturais e para planejar estratégias e programas para promoção desses direitos, não são de modo algum eliminadas como resultado das restrições de recursos.

Quanto mais limitada a disponibilidade de recursos, mais necessária é a atuação responsável a respeito de sua destinação, aprimorando os mecanismos de gestão democrática do orçamento público. Além disso, cabe ao Estado o ônus de comprovar a efetiva indisponibilidade de recursos e do não desperdício daqueles existentes. Assim sendo, a teoria da reserva do possível deve ser aplicada sob a égide da razoabilidade da demanda social.

A proporcionalidade, nesse caso, deve figurar como proibição do excesso e também da insuficiência, além de atuar como parâmetro essencial de controle dos atos estatais²². O Estado, como responsável pela efetivação dos direitos sociais, onde a insuficiência de proteção e promoção causa maior impacto, deverá observar os critérios da adequação, necessidade e da proporcionalidade, respeitando o núcleo essencial do direito, não podendo, ademais, sob a justificativa de promover algum direito, negar proteção a outro, não satisfazendo um patamar minimamente eficiente de realização e de garantia do direito.

Em suma, a cláusula da reserva do possível encontra limite intransponível na garantia constitucional do mínimo existencial, que representa, em nosso ordenamento jurídico, manifestação máxima do princípio da dignidade da pessoa humana.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Partindo da premissa de que a moradia é uma necessidade básica de todo ser humano, a presente reflexão propôs-se a verificar o reconhecimento dessa necessidade como direito – o direito à moradia adequada – no plano internacional e nacional, como direito humano e fundamental, respectivamente. A partir dessa disso, expôs-se uma análise concisa acerca da efetivação do direito à moradia na realidade brasileira, à luz da garantia do mínimo existencial e da cláusula da reserva do possível.

A moradia é um direito humano reconhecido internacionalmente, presente na Declaração Universal dos Direitos Humanos (artigo XXV, § 1º), no Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (artigo 11), entre outros atos internacionais. A definição do conteúdo do direito à moradia, tanto no plano internacional como nacional, é orientada por aquilo que o Comitê dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais das Nações Unidas estabelece, ao seu Comentário Geral nº 4, como os elementos necessários para que uma moradia seja considerada adequada. São eles: a segurança da posse; a disponibilidade de serviços, materiais, instalações e infraestrutura; a economicidade; a habitabilidade; a acessibilidade; a boa localização; e a adequação cultural, conforme detalhamos no trabalho.

No plano nacional, o direito à moradia é parte da Constituição Federal, constante no artigo 6º, sob o status de direito fundamental social, o que representa um grande ganho no âmbito jurídico-político, porquanto

²² SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. p. 374.

passa a ser um forte fundamento para a reinvidicação em vista da concretização desse direito. Nessa perspectiva, resta inequívoca a vinculação do direito à moradia com a dignidade da pessoa humana no que toca às condições materiais mínimas para uma existência digna.

Contudo, apesar da existência de um amplo reconhecimento no ordenamento jurídico brasileiro e significativa proteção internacional, é essencial afirmar que ainda há muitos passos a serem dados para que se converta o direito positivado em direito efetivado. Nessa perspectiva, verificou-se que a crescente urbanização brasileira mostra que é cada vez mais preocupante a questão da moradia, dado o aumento das periferias das cidades, onde são estabelecidas moradias precárias e, muitas vezes, sem o mínimo de condições dignas de habitação. Buscou-se, a partir disso, compreender a responsabilidade do Estado para efetivação do direito à moradia.

Neste contexto, demonstrou-se a importância da garantia do mínimo existencial no qual se insere o direito à moradia adequada, em contraste com a cláusula da reserva do possível, para saber em que medida se poderia avançar concretamente na efetivação deste direito humano.

As alegações do Estado quando se trata da não efetivação plena de direitos sociais, vão na direção da limitação orçamentária. Apesar de seres razoáveis, essas justificativas não eximiriam o Estado de responsabilização. Além disso, é imprescindível que o Estado comprove a efetiva indisponibilidade de recursos.

Enfim, a efetivação do direito à moradia adequada depende da observância da garantia constitucional do mínimo existencial, barreira à cláusula da reserva do possível, e principal manifestação do princípio da dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil (1988)**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

_____. **Direito à moradia adequada**. Brasília, DF: Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República, 2013.

MARICATO, Ermínia. Conhecer para resolver a cidade ilegal. In: CASTRIOTA, Leonardo Basci (Org.). **Urbanização Brasileira – Redescobertas**. Belo Horizonte: C/Arte, 2003. p. 78-96.

_____. Metrópole, legislação e desigualdade. **Estudos Avançados**. São Paulo, v. 17, n. 48, p. 151-157, maio 2003.

NAÇÕES UNIDAS. **CESCR. Comentário Geral nº 03 [UN doc. E/1991/23]**. Genebra: Comitê sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (CESCR), 1990.

_____. **CESCR. Comentário Geral nº 04: Direito à Moradia Adequada [UN doc E/1992/23]**. Genebra: Comitê sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (CESCR), 1991.

_____. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Brasília: Ministério das Relações Exteriores, Ministério da Justiça, 1948.

_____. **Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais**. Brasília: Ministério das Relações Exteriores, Ministério da Justiça, 1992.

PANSIERI, Flávio. **Eficácia e vinculação dos direitos sociais: reflexões a partir do direito à moradia**. São Paulo: Saraiva, 2012.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2008

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 12. ed. Porto Alegre: Livraria dos Advogados Editora, 2015.

_____. **Direitos fundamentais, orçamento e “reserva do possível”**. Porto Alegre: Livraria dos Advogados Editora, 2008.

_____. O Direito Fundamental à Moradia na Constituição: Algumas Anotações a Respeito de seu Contexto, Conteúdo e Possível Eficácia. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**. Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 20 dez. 2009.

SILVA, Gilnei José Oliveira. Apontamentos sobre exclusão habitacional urbana e direito fundamental social à moradia. In: CARBONARI, P. C. et al (Orgs.). **Direitos Humanos: diversas leituras**. Passo Fundo: IFIBE; IMED, 2006. p. 109-134.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997. v. 1. p. 358.

DAS PARADIGMÁTICAS PERSPECTIVAS DE ESTIGMATIZAÇÃO SOCIO-HODIERNAS – DELIBERAÇÕES SIMBÓLICAS DA ANOMIA CONVENCIONAL, IMBRICADAS À ESFERA DE RECONHECIMENTO SOCIETAL

Felipe Pinheiro¹

RESUMO

A presente elucubração propõe-se a acrescer novel abstração aos fenômenos incutidos ao âmago dos processos reivindicatórios hodiernos – erigidos ao cerne dos movimentos sociais – concomitantemente, a lapidações e perscrutações propedêuticas à teoria do reconhecimento societal, aspirando incidir íris ao processo de plasmação normativa dos nichos factualmente reconhecidos. Valendo-se de método indutivo e perquirir bibliográfico. Destarte, procedendo de toda sorte pelos meandros conceituais de liberalidade e seguridade, granjeia-se o desenvolvimento exordial da concepção de “*sociodinâmica de estigmatização*”, expressão emanada dos postulados de Tedesco, pela qual realizam-se as primazes perlustrações a um processo de teor fenomenológico, que, por sua vez, culmina por prescindir e transpassar ao normado objetivo-Estatal, denotando arauto à anomia.

PALAVRAS-CHAVE: Reconhecimento Societal. Sociodinâmica de Estigmatização. Anomia.

ABSTRACT

The present reflection intends to add a new abstraction to the phenomena instilled at the core of the current claiming processes – built at the center of social movements – concomitantly, the propaedeutic stonings and scrutiny of the theory of social recognition, aiming at focusing the normative processo the factually recognized niches. Using the inductive method and bibliographical Thus, proceeding in every way through the conceptual paths of liberality and security, we obtain the initial development of the sociodynamic conception of stigmatization na expression. Originated from Tedesco’s postulates through which the first observations are made of a processo of phenomenological content which, in turn, it ends up by dismissing and transgressing the normed State-objective, denoting voice to anomie.

KEYWORDS: Social Recognition. Sociodynamic of Stigmatization. Anomie.

INTRODUÇÃO

O escopo do referente artigo trata-se ponderar um prisma a respeito das paradigmáticas perspectivas de estigmatização socio-hodiernas – deliberações simbólicas da anomia convencional, imbricadas à esfera de reconhecimento societal – aspirando acrescer lume às referentes vicissitudes sociais, coligidas à contemporânea *teoria do reconhecimento social*, por cuja abstração, procede, inexoravelmente, por transpassar as meras searas de normatização Estatal. Dessarte, valendo-se do cognominado método indutivo, entrementes, ao estrito perquirir bibliográfico, sob uma perlustração sociológica, filosófica e jurídica; a saber: como as maquinações, incutidas ao âmago das reivindicações jungidas ao teor de reconhecimento em arcadas normativas, procederiam por edificar segregações de estrito jaez simbólico, que possibilitariam a forja nômica social de um profuso processo anômico de desconhecimento Estatal?

¹ Discente do curso de Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade de Passo Fundo (UPF), integrante do grupo de pesquisa Transnacionalização, Migração e Trabalho, coordenado pelos docentes Me. Jacson Bacin Vicente e Me. Maira Angélica Dal Conte Tonial; homogeneamente, integrando o projeto de pesquisa Reconhecimento e Tolerância em Sociedades Multiculturais, coordenado pelo docente Dr. Marcio Renan Hamel; Bolsista do Programa Institucional de Bolsas de Iniciação Científica da Universidade de Passo Fundo (PIBIC/UPF), aglutinando como orientador o professor Dr. Marcio Renan Hamel, felipe.pinheiro36@gmail.com.

Destarte, o presente artigo desenvolver-se-á em duas esferas. Exordialmente, edificando as respectivas interseções dentre o referente jaez convencional/pactual social, cotejando-se as minúcias de liberalidade e seguridade - zarpando, incipientemente, de sua forja em aspecto negativo, transpassando pelo ideário reflexivo - consonantemente às grafias kantianas, cabalmente - plasmando propedêutica apreensão às preleções hegelianas de liberdade social. Consequentemente, prosseguindo por acrescer à retina as respectivas demudações de teor sociológico, e como prepostas, culminaram por imiscuir-se às anafóricas deliberações entabuladas dentre os nichos de arguição social. Em termo, conceituar-se-á um peculiar processo de segregação dentre as arcadas societais reivindicatórias, tal dá-se: a cognominada *sociodinâmica de estigmatização*, perlustrando seus imperativos-acionários e denunciando sua vigência em processos precedentes a própria objetivação normativa Estatal. Para tanto, o presente trabalho elenca sobre: Da pactuação societal a concepção de liberdade social hegeliana, pelas perlustrações honnethanas – precedentes para abstração da contemporânea teoria do reconhecimento; a atribulante disrupção convencional – permeada ao âmago dos processos de reconhecimento societal.

1 DA PACTUAÇÃO SOCIETAL A CONCEPÇÃO DE LIBERDADE SOCIAL HEGELIANA, PELAS PERLUSTRações HONNETHANAS – PRECEDENTES PARA ABSTRAÇÃO DA CONTEMPORÂNEA TEORIA DO RECONHECIMENTO

Faz-se cediço, que as respectivas deliberações societais, por cuja forja plasmara-se por um referente escambo dentre liberdade e seguridade, aspirando prover uma superna coesão e harmonização dentre os inerentes nichos sociais, erigira-se, consonantemente, aos cotejos de *júbilo freudiano* – tal dá-se: pelo profuso jaez de comprazimento ou mesmo a referente homização de suplícios; portanto – as anafóricas plangências humanas radicar-se-iam, indubiamente, em sede de uma prepotência da natureza, pela fragilidade corpórea e a insuficiência de diretrizes reguladoras da verve social – isto é, normas tutelares aos vínculos humanos na família, Estado e nos arcabouços de altercação societal – retrotranscritas, ansiando propugnar imperativos, para a vocificação e deliberação dentre prepostos nichos, de modo a possibilitar abrandamentos à exequíveis acionários, perlustráveis em uma condição abscondita de *paradigmas normativos*².

Consonantemente às obtemperaões de Freud, em comensurabilidade às edificações pactuais das arcadas de deliberação sinalagmática e comiseração individual, a concepção civilizacional advém, precipuamente, da imputação, entrementes, a canonização de preposta como salvaguardo das malignidades do fortuito e de indeléveis manifestações desmedidas de viços naturais³. Desse modo, entreve-se que cunhada civilização, como modal de repristinação de entabulações sociais, cumula, indissociavelmente, jungir, para com as cognominadas pactuações societais, havendo em vislumbre, que as mesma deveriam prover aos nichos de adesão, normatização que possibilitasse reflexão, e portanto, *reconhecimento* pelas vias Estatais, atendo-se à íris – suas situações de pactuantes bilaterais; o que, por sua vez, pode-se espelhar à concepção governamental, radicada às grafias de Rousseau, tal dá-se: *lócus* de intermediação e arguição dentre os epitetados vassalos e

² FREUD, Sigmund. **O Mal-estar na Civilização**. Tradução de Paulo César de Souza. São Paulo: Penguin Classics Companhia das Letras, 2011.

³ FREUD, Sigmund. **O Mal-estar na Civilização**.

suseranos⁴, isto é, elementarmente: “Um corpo intermediário, estabelecido entre os súditos e o soberano para permitir sua mútua correspondência, encarregado da execução das leis e da manutenção da liberdade, tanto civil como política”⁵, conquanto – se transpassado ao vogo, poder-se-ia convir assertivamente que, ao Estado caberiam medidas aspirantes de um aproximar e defenestrar de inexequibilidades de postulação dentre as arcadas societais, meramente pela condição à estas disposta^{6,7}.

Denotando-se, assim, o cognominado pacto social, exordial e incipientemente, como um determinado amálgama de viços/forças, lastreado pelo anseio prismático de denegar perecimento ou fenecimento a sua *gens societal*, que se meramente poderia gestar pelo concurso de muitos, sendo a força e a liberdade de cada quais os primordiais instrumentos de sua manutenção e conservação; *in litteris*, pois: “encontrar uma forma de associação que defenda e proteja com toda a força comum as pessoas e os bens de cada associado, e por meio da qual cada um, ao se unir a todos, somente obedeça a si mesmo e permaneça tão livre quanto”⁸.

Acrescentemente ao aposto faz-se necessário vislumbrar, que a subsistência de supramencionada convenção, estar-se-ia, plenamente, jungida, para com a cognominada soberania Estatal – para tal, curial demonstram-se as preleções de Pallieri, por cuja apreensão dos referentes predicados elementares Estatais, delineiam a vigência de um povo, um território, um elemento de soberania, um governo, entrementes, a uma finalidade, assinalada como espécime de apêndice de preconização das antepostas volições pactuadas, e de toda sorte apta a promoção de uma indispensável coesão social⁹ ou mesmo a “ordem jurídica soberana que tem por fim o bem comum de um povo situado em determinado território.”¹⁰ – soberania essa, que, por sua vez, dar-se-ia de modo inalienável e indivisível, quedando-se em prisma, seu caráter de vontade geral, preposta, que meramente poderia conduzir as maquinacões Estatais, pelas aspirações mútuas institucionalizadas, “Ora, é unicamente sobre esse interesse comum que a sociedade deve ser governada”¹¹; com efeito, abstraindo-se que a estrita volição de teor privativo, quedar-se-ia, por verossimilhança, profusamente aquém dos intentos societais soberanos, podendo-se prepostos serem representados, todavia – jamais suplantados por aspirações diversas a dos peculiares nichos sociais pactuantes, possibilitando-se em derradeira esfera, um alcunhado mecanismo Estatal de controle social – inobstantemente, saliente-se que supracitado controle de cerne das arcadas societais, factibilizado por meios dos cunhados mecanismos de controle Estatal, estar-se-ia, sempiternamente, tolhido à circunscrição da observância das cláusulas imbuídas ao paradigma normativo vigente e convencionado.

⁴ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do Contrato Social**. Tradução de Ana Resende. São Paulo: Martin Claret, 2013.

⁵ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O Contrato Social: Princípios do Direito Político**. Tradução de Antonio de Pádua Danesi. São Paulo: Martin Fontes, 1996. p. 76.

⁶ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do Contrato Social**.

⁷ Leia-se, pois, a respectiva edificação processual – ao sema empregado contemporaneamente – prospectivamente aos aspectos de autotutela/autodefesa (atualmente tidas como ilícito de ordem penal, *vide*: Art. 345 e art. 350, ambos ao CP/42), autocomposição e, derradeiramente, a fundação de referido processo. Ademais, fitando-se o magno arcabouço do vigente ordenamento jurídico, frisar-se-á o disposto ao art. 5º, XXXV, CF/88 – havido como direito fundamental de ação. *Vide*: CANOTILHO, José Joaquim Gomes et al. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 385-95; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 25-42.

⁸ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do Contrato Social**. p. 27.

⁹ PALLIERI, Giorgio Balladore. **Diritto Costituzionale**. 4. ed. Milano: Giuffrè, 1955.

¹⁰ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 49.

¹¹ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do Contrato Social**. p. 35.

De referidas maquinações, procede-se por vislumbrar a construção plena de arcadas normativas e cominatórias fulcradas de todo na supratranscrita alienação de um determinado quinhão de liberdade, em provimento à canonizada seguridade.

Por conseguinte, só a necessidade constrange os homens a ceder uma parte de sua liberdade; daí resulta que cada um só consente em pôr no depósito comum a menor porção possível dela, isto é, precisamente o que era preciso para empenhar os outros em mantê-lo na posse do resto. O conjunto de todas essas pequenas porções de liberdade é o fundamento do direito de punir. Todo exercício do poder que se afastar dessa base é abuso e não justiça; é um poder de fato e não de direito, é uma usurpação e não mais um poder legítimo.¹²

Tanto tais, como quais proclamações, prosseguem, dessarte, por plasmar os nominados ideários de liberdade negativa, imbuídos aos sujeitos sociais, por cujo cerne demonstra-se ao cenho de uma abstenção das estruturas Estatais, ante às referentes estratificações sociais – predicativando-se por seu caráter de liberalidade externa de um mesurável agir, portanto – de modo elementar: concebe-se pelo absconditar de tolhimentos/óbices às factibilidades individuais, emergentes da peculiar volição; todavia, se supramencionada emprega-se, sumariamente, pelas aspirações de transgressão de atravancamentos estruturais, tais – legitimados pelas arcadas Estatais – a saber: que em conjuntural homização dos cabíveis direitos inatos, imanentes aos indivíduos radicados aos nichos sociais, poder-se-ia proceder pela insurreição, deliberada pelo próprio factual de inabstração de seus aspectos – desse modo: porquanto o jus de caráter inerente fosse ignoto pelas esferas Estatais, aos arcabouços societais acudiria, pelas peculiares condições convencionais, direito de insurgir-se, legitimamente, ante ao menoscabo e vilipendioso jugo de uma conjuntura social despótica, que, por sua vez, intentaria transpassar as pactuações em espécime de resilição unilateral, arrimada pelo emprego de meios desinstitucionalizadores¹³.

Freud, em tônica de mesmas perscrutações civilizacionais, procede por colimar a liberdade como um aspecto da *filosofia do dado*¹⁴, e não como edificação cultural, pois, para retrotranscrito autor, meramente ocorrera uma vasta comutação hermenêutica, para com as apreensões susas do jaez de liberalidade e seguridade, convindo, cabalmente, que a liberdade, sempiternamente, quedara-se permeada às maquinações societais de modo inato, conquanto - prospectivamente ao advento de cotejos convencionais lastreados na mesma, transmudara sua valia à peculiar manutenção do forjado *paradigma normativo*¹⁵.

Malgrado, se a incunábula edificação social, atinente e abarcante do corpo societal, denota-se graduada pelo verniz indeclinável de individualização e matiz de uma reprimatização do acionário unívoco do ser, para com o mundo exteriorizado da psiquê, caberia à filosofia kantiana a conversão e demudação ao *além-mar* do em si mesmo; ora, se o respectivo espelhar de uma determinada liberalidade, propugnada ao cerne das arcadas societais em provimento do ímpar indivíduo (*vide*, que precipuamente, pelas preconizações de intangibilidade à jus como vida, a própria liberdade, e a propriedade privada.), possibilitaria o desembocar de factibilidades para o exterior - e portanto, sua manifestação às deblaterações dentre os arcabouços; caberia, porém, a uma

¹² BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. São Paulo: Martin Claret, 2014, p. 27-8.

¹³ HONNETH, Axel. **O Direito da Liberdade**. Tradução de Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2015.

¹⁴ REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. São Paulo: Saraiva, 2002.

¹⁵ FREUD, Sigmund. **O Mal-estar na Civilização**.

diversa congênere de liberalidade a emancipação magna do ser, a vazão líquida pelos sólidos grilhões do *inesclarecimento*¹⁶, por cujo estopim e caudal, vislumbrar-se-ia ao centro de uma auspiciosa benévola volição¹⁷. De tal, evoca-se, à outrossim, a forja concepcional da alcunhada teoria do esclarecimento, que, *per se*, acrescera prosseguimento à secundária alínea de liberdade - imbricada aos nichos sociais - tal dá-se: a nominada liberdade reflexiva, entrevista como autonomia do ser para consigo próprio, isto é: “Esclarecimento (*Aufklärung*) é a saída do homem de sua menoridade, da qual ele mesmo é culpado.

A menoridade é a incapacidade de fazer uso de seu entendimento sem a direção de outro indivíduo.”¹⁸, residente em *locus* de *ex-adversa* esfera, isto é: se pela liberdade negativa a abstenção Estatal possibilitaria o exprimir exteriorizado, sublevar-se-ia pelo brado, precedentemente em *staccato*, de referida liberdade reflexiva, a condição de senhor de seus próprios ideários, realizando-se, portanto, de modo interno, como aspecto indissolúvel do prelúdio e bulevar à cabal liberdade social hegeliana¹⁹.

Portanto, a superioridade do homem está no saber, disso não há dúvida. Nele muitas coisas estão guardadas que os reis, com todos os seus tesouros, não podem comprar, sobre as quais sua vontade não impera, das quais seus espias e informantes nenhuma notícia trazem, e que provêm de países que seus navegantes e descobridores não podem alcançar.²⁰

Inobstantemente, se ao supracitado bipartite de esferas às elucubrações de liberdade, isto é: (a) negativa, (b) reflexiva - meramente pôde-se fitar a incidência de uma apreensão de teor individual, remanescera à filosofia hegeliana, a plasmação conceitual apta ao imbuir de uma atribulante lacuna, que se delineara - pela homização de uma cabível implicação dentre os referentes indivíduos, em sede de uma organização societal, que se somente poderia granjear verossimilhantermente, pela fática abstração de existência dentre tais, entrementes, ao liame górdio da condição de um veraz reconhecimento - a saber: que para ao largo da ínfima cogitação (apreensão e cômico do existencialismo de outrem), fazer-se-ia, indelével, para auferir as aspirações de disposição de predicativos característicos e perlustração dos mesmos, pelos peculiares nichos sociais, sinalagmática interseção - que em si, cumula espécime de situação ambivalente, impingida aos arcabouços sociais.

Ainda em propedêutica retina, supracitadas exequibilidades de reconhecimento, fitadas, por cá, ao cerne dos movimentos reivindicatórios de persecução aos rutilantes aspectos de uma veraz apreensão de determinados nichos sociais, tal factibilizando-se, máxime: pela vivificação de predicados transindividuais, isto é, para *além-mar* da mera *cognição* da existência (a qual acolhe cognome de *cogitação*), sendo forjados, sinalagmaticamente, por todas as demais subculturas do locus social, ratificando-se, desse modo, as infindas bifurcações da estrutura societal contemporânea, que se não pode denotar unívoca, em sede de uma comensurabilidade cultural. Pois bem, pode-se vislumbrar em outrossim tônica, que de modo simplório, supramencionados processos de reconhecimento, estar-se-iam delineados em bipartição, ou seja, seccionados

¹⁶ KANT, Immanuel. O que é esclarecimento? In: _____. **Textos Seletos**. Tradução de Floriano de Sousa Fernandes. Petrópolis: Editora Vozes, 1985, p.100-117.

¹⁷ KANT, Immanuel. **Fundamentos da Metafísica dos Costumes**. Tradução de Paulo Quintela. Lisboa: Casagraf, 2007.

¹⁸ KANT, Immanuel. O que é esclarecimento? p.100.

¹⁹ HONNETH, Axel. **O Direito da Liberdade**.

²⁰ ADORNO, Theodor; HORKHEIMER, Max. **Dialética do Esclarecimento: Fragmentos Filosóficos**. Tradução de Guido Antonio de Almeida. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1985, p. 17.

em duas esferas principais de acionário – (a) cogitação, (b) reconhecimento – denegando-se interdependência mútua dentre as mesmas, pois, cediço demonstra-se o escalonamento de prepostas; assim, acrescendo vazão, ao exercício da homização de reconhecimento, quando, aposto processo, quedar-se inerte em sua primaz esfera, inexistindo reconhecença, tendo-se em vista, que ela estaria condicionada ao cumprimento da integralidade – em outros termos, diga-se, que para a consecução de valoração de aspirável capital simbólico aos arcabouços de reivindicação, a esfera de reconhecimento evocará interdependência, para com a esfera de cogitação – todavia, a recíproca não se fará verossímil, desse modo – onde radicar-se o reconhecimento, haverá cognição, conquanto, onde permear-se a cognição, não imperativamente haverá reconhecimento.

Por conseguinte, a colimação de Honneth ao jaez de liberdade social hegeliano, faz-se singularmente profícua (tanto para lapidações, quanto reedificações teóricas), a saber: que se por incunábulo, as respectivas concepções de liberdade demonstram-se graduadas pela tricotomia: (a) negativa, (b) reflexiva, (c) social, sublevar-se-á esta, como magno lastro para as perlustrações de reconhecimento hodierno, precipuamente pelo referente ideário de âmago metaindividual, demonstrando-se, à outrossim, a categoria de reconhecimento recíproco chave, para os referidos cotejos de liberdade hegelianos, cumulando propugnação ao epitetado “em-si-do-si-mesmo no outro”, que, por sua vez, imiscuir-se-á em espeque à teoria do reconhecimento da contemporaneidade.²¹ Sucedendo, à *pari passu*, porquanto vastas abstrações de um pertencimento como forja de um *nós social* - que ao imo do todo, ao cerne holístico – reside em irrefutável convenção de *caráter simbólico*²², entrementes, ao tutelar e sobrepujar das peculiares arcadas normativas sociais, por cuja a inobservância de um reconhecimento bilateral, procederia por resilir qualquer espécime de convenção, agravando estratificações de diretrizes singulares aos determinados nichos olvidados pelas pactuações, factibilizando, destarte, uma alcunhável *sociodinâmica de estigmatização* e consequentemente um atribulador retrogradar nos processos de reconhecimento socio-hodieranos²³.

Desse modo, a edificação de um estar em si no outrem, apresenta-se para além de um aspecto tolhível, tampouco desmesurável - como pelas apreensões de liberalidade negativa; trata-se, pois, da cabal esfera de reconhecimento social - pelos ordenamentos societais - que se não poderia olvidar em sede do verossimilhante exercício metaindividual de legitimação.

2 A ATRIBULANTE DISRUPÇÃO CONVENCIONAL – PERMEADA AO ÂMAGO DOS PROCESSOS DE RECONHECIMENTO SOCIETAL

Para Bourdieu²⁴, o estabelecimento de todo e qualquer *paradigma normativo* ou de exequibilidades, que se pudesse intervir diretamente para com o respectivo acionário social, demandaria se se denega, exordialmente, a suma, ao menos um determinável quinhão de sobrepujar, incidente para com a conjuntura em sopeso, isto é, de modo simplório: para se edificar qualquer espécime de diversificação/demudação, para com

²¹ HONNETH, Axel. **O Direito da Liberdade**.

²² BOURDIEU, Pierre. **O Poder Simbólico: Memória e Sociedade**. Tradução de Fernando Tomaz. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1989.

²³ HONNETH, Axel. **O Direito da Liberdade**.

²⁴ BOURDIEU, Pierre. **Contre-feux**. Paris: Liber-Raisons d'Agir, 1998.

um paradigma de construção susa, demandar-se-ia ao menos alguns fragmentos de controle societal, sob a égide do hoje. Desse modo, posto que toda e qualquer convenção social, trata-se de um recôndito amálgama simbólico de normatização; sucede, todavia, que a modernidade, pelo sublevar de suas particulares vicissitudes, lograra papel primordial, ao mote da respectiva edificação pós-moderna²⁵ - portanto, à outrossim, amalgamando quinhão de responsabilidade nos catafóricos fenômenos hodiernos. A colimar, elementarmente: a inexequibilidade de ponderação à condição pós-moderna de modo holístico, homiziando-se o jaez precípua – tal dá-se: o predicado originário do hoje. Frebvre²⁶, corrobora supracitado cotejo, ao vislumbrar a história não como um mero registro atemporal do factual, conquanto, o criptar de circunscritas ocorrências em um arcabouço magno, donde o indivíduo faz-se delineado no contexto de seu vezo e condição; destarte, o estudo do processo de comutação social humana, plasmado profusamente, e não restritivamente, “o objeto de nossos estudos não é um fragmento do real, um dos aspectos isolados da actividade humana – mas o próprio homem, entendido no seio dos grupos de que faz parte”²⁷.

Por tal, a indeclinável infactibilidade de vitalidade a determinado texto, homiziando-se o respectivo meio de existência, ou seja – o contexto, não se podendo auferir vislumbre à conjuntura hodierna, acoutando-se as susas vicissitudes. Pelo bulevar da modernidade, granjeara vazão um novel fenômeno, aclamado pelos sumários predicados de ineditismo, a liquefação dos arcabouços sociais pré-modernos – o sólido tornara-se misoneísta, e derradeiramente – emergira a exequibilidade, profícua, de depuração às prepostas arcadas; pela vertente da “liquidação”, poder-se-ia reedificar, paulatinamente as predisposições sociais – mitigando-se os nichos contraprodutivos de empertigabilidade austera, ou seja, solidez²⁸; a saber, que o superno labor moderno, personificara-se em dissipar ideários precedentes a sua vigência²⁹.

Inobstantemente, se ao côncavo, a modernidade devê-los-ia delir plenamente; ao convexo, adversamente, forjá-los-ia à têmpera moderna, cumulados pela virtude de adequação à conjuntura temporal; todavia, do proselitismo, paupérrima fora a transmutação ao verossimilhante, a ilação factual (endêmica) de homeopáticas decomposições e reconstruções, dera-se pela dispersão dos indivíduos de seus nichos natais, para uma readequação à novas esferas, que em constantes e tautológicas comutações, espargiram sumariamente a solidez, tornando-se liquidas e imbuídas de magna insegurança; ademais, o apanágio de mutação de arcabouços sociais, perdera a tutela, tornando-se vulgo, e portanto, possessão dos peculiares grupos sociais³⁰. Tanto tais, como quais postulações, prosseguiram por acrescer arauto à efeitos adjacentes dissonantes e vastos, a fitar: a perda do anteposto sentido temporal – precedentemente caracterizado pelo cerne cíclico e pontual, para o verniz linear e incessante; o transmutamento do aspecto e fulcro de poder – benevolmente como o respectivo *modus operandi* de aposto, anaforicamente plasmado em um sistema de divisão binária e marcação (louco/não-louco; periclitante/inofensivo.), da repartição diferencial (abstração de predicados peculiares do indivíduo) – predisposições necessárias ao exercício de uma vigilância constante, aos moldes de um

²⁵ Salientem-se malsonâncias concepcionais à terminologia *pós-modernidade* – vide, para tanto, o emprego de *secundária modernidade* em Beck, entrementes a *modernidade líquida* em Bauman.

²⁶ FREBvre, Lucien. **Combates pela História**. Lisboa: Editorial Presença, 1989.

²⁷ FREBvre, Lucien. **Combates pela História**. p. 28.

²⁸ BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

²⁹ BAUMAN, Zygmunt. **Sociedade Individualizada**: Vidas Contadas e Histórias Vividas. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

³⁰ BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**.

*Panóptico*³¹, suplantados por uma incomum forma de factibilizar possança, ou seja, de exercer poder, edificada à têmpera simbólica “uma espécie de círculo cujo o centro está em toda parte e em parte alguma”³², aglutinando sustentáculo em seu caráter recôndito, vultivo, velado – elementarmente homiziável, facilmente fluível³³; de mesmo modo, culminando por alterar o ideário de liberdade, como já plainado, empregando-lhe a característica agravada de liberdade individual e metaindividual, perlustrada em tripartite – modelo (I) negativo, (II) reflexivo e (III) social³⁴; além é claro, do advento inexorável moderno – a cunhada globalização, por cujo engendro, procederia pelo mitigar de diversidades socioeconômicas, por vias do estreitamento de polos *ex-adversos*, possibilitando o dissipar de problemáticas segregantes dentre dicotômicas classes sociais, conquanto, por sua vez, meramente prosseguiu por dilatar as mesmas, erigindo globalizados e localizados³⁵.

Outrossim, pondera-se que o referente espargir da canonizada seguridade, concomitantemente, a vigência de uma cognominada liquefação - procedera, por dissipar os jaezes elementares de uma forja societal hodierna; ademais, em outrossim tônica, abstrai-se que a filosofia tripartite de liberalidade societal, repristinação e ao mesmo salvaguardo das pactuações sociais, demonstra-se como apêndice de tangibilidade do peculiar sistema que propugna - podendo-se prismar assertivamente, que qualquer modal de atribuição, cumulada de viço suficientemente veraz, prosseguiria por acrescer resilição às convenções, e portanto - a peculiar inobservância de supracitada liberdade hegeliana, abarcaria homogêneo efeito. À *pari passu*, faz-se curial obtemperar que a edificação pactual-societal, submerge como espectro de tutela simbólico, plasmado aspirando factibilizar-se em um imo social de coesão; proclame-se, por verossímil, mesurado a uma sociedade de características quase singulares.

Malgrado, prepostos intentos, colima-se, contemporaneamente, um vasto processo de disrupção das univocidades, que incute em seu mais rutilante lume a concepção de uma novel plurivocidade; tal, que, por sua vez, gradua um grandiloquente processo de dissipação de singularidade aos paradigmas culturais e sociais, podendo de todo, se não direta, indiretamente, escamotear supramencionadas convenções sociais. Vislumbre-se, para tanto, as preleções de Elias e Scotson³⁶, pelo gestar de íris ao microcosmos fictício e hipotético de Winston Parva - tratando-se de zona industrial, habitada por cinco mil congêneres; ora, pois, fulcral faz-se a perlustração de que indivíduos dotados de outrossim condição socioeconômica, cultural e local, procediam por edificar uma cognominada *sociodinâmica de estigmatização*³⁷, aglutinando como espeque a temporalidade de vivência imbricada à referido *locus*.

Desse modo, os cognominados estabelecidos andrajavam-se de perenal capital simbólico, encimando-se aos demais congêneres, aos quais dispunham todo e qualquer predicado vilipendioso e histriônico, plasmando um profuso sistema de antônimas-dicotômicas, tal dá-se: o superno aclave, em sede de voga estrutura social, denotaria, indeclinavelmente, o parcial olvidar deliberado de aspectos benévolos dos demais nichos societais, imputando-lhes a plenitude de vilanias ecumênicas. Irrisório, inobstantemente, que quanto

³¹ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: Nascimento da Prisão**. Petrópolis: Vozes, 1987.

³² BOURDIEU, Pierre. **O Poder Simbólico: Memória e Sociedade**. p. 7.

³³ BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**.

³⁴ HONNETH, Axel. **O Direito da Liberdade**.

³⁵ BAUMAN, Zygmunt. **Globalização: Consequências Humanas**. Rio de Janeiro: Zahar, 1999.

³⁶ ELIAS, Norbert; SCOTSON, John. **Os Estabelecidos e os Outsiders**. Rio de Janeiro: Zahar, 2000.

³⁷ TEDESCO, João Carlos. **Estrangeiros, Extracomunitários e Transnacionais**. Chapecó: Argos, 2010.

mais tempo os indivíduos radicavam-se aos lócus de tal *paradigma nômico*, de teor plenamente anômico em jaez holístico, tornavam-se reverberadores do peculiar processo de estigma, que lhes outrora aplacara.

Homogeneamente, acode denotar a respectiva dinâmica de manutenção de subjugo aos demais, que se factibilizara, primordialmente, pela ascensão à cargos de representatividade (saliente-se: públicos ou privados), entrementes, a alienação de capital-social-simbólico³⁸, em sede de um mesmo nicho social, que aos demais arcabouços demonstrava-se obstado.

Os autores mostram que o processo de valorização de um grupo e de desvalorização de outro é parte integrante de um único mecanismo simbólico: o intercâmbio e a coesão de códigos culturais. “No caso de diferenciais de poder muito grande e de uma opressão correspondentemente acentuada, os grupos outsiders são comumente tidos como sujos e quase inumanos [...]. A auto-imagem e a auto-estima de um indivíduo estão ligadas ao que os outros membros do grupo pensam dele. Imagens e esteriótipos auxiliam na produção de elementos de valorização de um e de estigmatização de outros e, também, na incorporação da identidade negativizada pelo grupo inferiorizado (estigmatizado), dificultando-lhe estratégias de contraposição. Valores da tradição, das velhas famílias da zona mais antiga, foram se desenvolvendo no interior do grupo como importantes; logo, violar esses valores pode gerar cólera, hostilidade e desprezo.”³⁹

Destarte, a fitar: que a precípua forma de manutenção da conjuntura social, delineava-se deveras, pela edificação de um peculiar *paradigma normatizador*; por tal, o jaez nômico de uma institucionalização anômica, procederia por propiciar tolhimentos e sanções aos referentes transgressores plasmando derradeiramente um *panótico próprio*, que, de *per se*, denotaria ínvia a transposição de tal, e portanto - o verossimilhante reconhecimento de supracitados nichos sociais reivindicatórios subjugados inerte e simbolicamente.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O escopo do respectivo artigo fora ponderar um prisma ao tocante das paradigmáticas perspectivas de estigmatização socio-hodiernas, deliberações simbólicas da anomia convencional, imbricadas à esfera de reconhecimento societal; valendo-se, para tanto, de uma vasta digressão conceitual, puderam-se colimar curiais lapidações às comensurabilidades teóricas de reconhecimento contemporâneo; a saber: que as referidas maquinações de segregação dentre os peculiares nichos reivindicatórios societais, radicar-se-ão para além do mero verniz social ou mesmo da própria aptidão de perscrutação Estatal, denotando-se as arcadas normativas de teor objetivo - tão somente meandro de um profuso processo de querelas, que prescindem a superveniência de diretrizes, entrementes, a transpassa-las, pelas lides de manutenção de tais arcabouços vislumbrados pelos espectros de políticas de reconhecimento e estruturação Estatal, em determinado lume artificioso da observância.

À *pari passu*, pôde-se prisma a edificação de uma amiúde proclamada liberdade social hegeliana, que se não a suma, demonstra-se o magno quinhão de aplicabilidade da referente liberdade transindividual, destarte: o estar em si em outrem, predicar-se-ia plenamente assertivo para uma filosofia de verniz

³⁸ BOURDIEU, Pierre. **A Dominação Masculina**. Tradução de Maria Helena Kühner. 2. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002.

³⁹ TEDESCO, João Carlos. **Estrangeiros, Extracomunitários e Transnacionais**. p. 37.

metaindividual, aglutinando pináculo, pela mitigação das maquinações de segregação e estigmatização ao imo das arcadas sociais reivindicatórias de adesão ao pactual.

Portanto - será de dealbar proficuidade a manutenção e propugnação de deliberações sinalagmáticas dentre as arcadas. Malgrado, ainda em tempestivo, acolha superna valia as supracitadas concepções entabuladas, sobressalta-se à íris, suas plenas inabstrações aos aspectos pormenorizados das engendras sociais, *verbi gratia*: pela errática ponderação de univocidade social, havendo-se em retina um profuso e agravante fenômeno de disrupção sociológica, máxime pela exacerbada canonização e galvanização do conceito de liberdade estritamente em sede de uma autonomia individual, denotando-se inexequibilidade, em tais conjunturas ao veraz reconhecimento - pois, anafórico, queda-se sumariamente imbricado à um bosquejo de condolência ou mesmo enternecimento em coesão social - coesão, essa, entre as diversificadas bifurcações para com seus peculiares membros, todavia, não meramente tal - atendo-se a necessidade de altercação dentre os referidos nichos societais, para uma aspirável subsistência das estruturas de esqueleto de um vigente *paradigma normativo*.

Acrescentemente ao apostrofo, portanto, saliente-se que o absconditar ou subjugar de determinados grupos sociais, abarcaria, inexoravelmente, como ilação factual e estopim presumível uma cunhável resilição unilateral, para com as preconizações paradigmáticas - constituindo de todo viço subculturas normativas, jungidas a estreitados amálgamas culturais. Sucede colimar, *in fine*, consonante aos arpejos de Elias e Scotson, perlogadamente, as preclaras e notáveis obtemperações de Tedesco, a factibilidade magna de forja de um paradigma contra-hegemônico, que se andraje, vilipendiosamente, às verves de singulares *lôcus*, por donde a concepção nômica, demonstrar-se-á a ínsigne anomia, tutelada e criptada pelas exequibilidades de um *panóptico* vultivo, que se permeie até os mais marginalizados arcabouços, possibilitando a manutenção prolongada de uma teratológica dinâmica, por donde a normatização em seu mais lívido cenho - chancela deliberações simbólicas de uma *naturalização vã*⁴⁰, em provimento à própria anomia.

REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

ADORNO, Theodor; HORKHEIMER, Max. **Dialética do Esclarecimento: Fragmentos Filosóficos**. Tradução de Guido Antonio de Almeida. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1985.

BAUMAN, Zygmunt. **Globalização: Consequências Humanas**. Rio de Janeiro: Zahar, 1999.

_____. **Modernidade Líquida**. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

_____. **Sociedade Individualizada: Vidas Contadas e Histórias Vividas**. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. São Paulo: Martin Claret, 2014.

BOURDIEU, Pierre. **A Dominação Masculina**. Tradução de Maria Helena Kühner. 2. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002.

⁴⁰ Para colimações pormenorizadas à conceituação empregada, *vide*: PINHEIRO, Felipe; TONIAL, Maira Angélica Dal Conte. “Senzalas Atemporais”: Resquícios de um Recôndito Colonialismo Perene – Entrementes, ao Superno Amalgamar à Vernizes Laborais. In: ZANOTTO, Gisele. (Org.). **IV Congresso Internacional História, Regiões e Fronteiras**. Passo Fundo: UPF, 2018. p. 409-423.

- _____. **Contre-feux**. Paris: Liber-Raisons d'Agir, 1998.
- _____. **O Poder Simbólico: Memória e Sociedade**. Tradução Fernando Tomaz. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1989.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes et al. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2018.
- CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.
- ELIAS, Norbert; SCOTSON, John. **Os Estabelecidos e os Outsiders**. Rio de Janeiro: Zahar, 2000.
- FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: Nascimento da Prisão**. Petrópolis: Vozes, 1987.
- FREBVRE, Lucien. **Combates pela História**. Lisboa: Editorial Presença, 1989.
- FREUD, Sigmund. **O Mal-estar na Civilização**. Tradução de Paulo César de Souza. São Paulo: Penguin Classics Companhia das Letras, 2011.
- HONNETH, Axel. **O Direito da Liberdade**. Tradução de Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2015.
- KANT, Immanuel. O que é Esclarecimento? In: _____. **Textos Seletos**. Tradução de Floriano de Sousa Fernandes. Petrópolis: Editora Vozes, 1985, p.100-117.
- _____. **Fundamentos da Metafísica dos Costumes**. Tradução de Paulo Quintela. Lisboa: Casagraf, 2007.
- PALLIERI, Giorgio Balladore. **Diritto Costituzionale**. 4. ed. Milano: Giuffrè, 1955.
- REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. São Paulo: Saraiva, 2002.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do Contrato Social**. Tradução de Ana Resende. São Paulo: Martin Claret, 2013.
- _____. **O Contrato Social: Princípios do Direito Político**. Tradução de Antonio de Pádua Danesi. São Paulo: Martin Fontes, 1996.
- TEDESCO, João Carlos. **Estrangeiros, Extracomunitários e Transnacionais**. Chapecó: Argos, 2010.

A IMPORTÂNCIA DO EXAME DE ORDEM: UM ESTUDO A LUZ DA SUA OBRIGATORIEDADE

Andréia Moser Keitel¹

Letícia Natiele da Silva Simsen²

RESUMO

O Direito e Sociedade são conceitos inter-relacionados, onde a concepção de ambos reflete diariamente no conhecimento de novas práticas políticas. É neste contexto que o trabalho se insere com o objetivo de demonstrar a importância do Exame de Ordem, bem como analisar o Projeto de Lei nº 832 de 2019 que busca eliminar a exigência da prova para ser advogado, visando apresentar os posicionamentos perante ao tema e o índice elevado de reprovações no exame. A metodologia da pesquisa trata de uma abordagem hipotético-dedutivo e segundo o procedimento técnico como qualitativa bibliográfica. A pesquisa baseia-se em fontes tais como artigos, doutrinas e meios eletrônicos, os quais foram analisados e utilizados na construção deste trabalho. O Exame de Ordem se faz necessário para conservação do Estado Democrático de Direito, visto que os alunos e egressos demonstrem através do exame a capacidade que possuem para praticar o exercício da advocacia.

PALAVRAS-CHAVE: Exame de Ordem; Extinção; Obrigatoriedade; Mercado de trabalho; Movimentos sociais.

ABSTRACT

Law and Society are interrelated concepts, where the conception of both reflects daily on the knowledge of new political practices. It is in this context that the paper is inserted in order to demonstrate the importance of the Order Examination, as well as analyze the Bill 832 of 2019 that seeks to eliminate the requirement of proof to be a lawyer, aiming to present the positions on the subject and the high failure rate on the exam. The research methodology deals with a hypothetical-deductive approach and according to the technical procedure as qualitative bibliographic. The research is based on sources such as articles, doctrines and electronic media, which were analyzed and used in the construction of this work. The Examination of the Order is necessary for the preservation of the Democratic Rule of Law, since students and alumni demonstrate through examination their ability to practice law.

KEYWORDS: Examination of the Order; Extinction; Obligatoriness; Job market; Social movements.

INTRODUÇÃO

O Direito e Sociedade são conceitos inter-relacionados, onde a concepção de ambos reflete diariamente no conhecimento de novas práticas políticas, nesse sentido a pesquisa está sendo desenvolvida pelo Programa Institucional de nesse sentido, a pesquisa está sendo desenvolvida pelo Programa Institucional de Bolsas de Iniciação Científica (PIBIC) na Universidade de Cruz Alta com o tema: O Exame de Ordem: uma análise

¹ Advogada. Mestra em Direito pela UNISINOS. Bacharel em Direito pela UNICRUZ. Coordenadora do Curso de Direito e Professora na UNICRUZ. Contato: akeitel@unicruz.edu.br.

² Acadêmica do 6º Semestre do Curso de Direito da Universidade de Cruz Alta (UNICRUZ). Integrante do Grupo de Pesquisa Jurídica em Cidadania, Democracia e Direitos Humanos - GPJUR. Bolsista PIBIC/UNICRUZ do Projeto “O exame da ordem: uma análise acerca das habilidades e competências para aprovação sob a perspectiva humanística e experiência prática na área”. Contato: leticiasimsen05@gmail.com.

acerca das habilidades e competências para aprovação sob a perspectiva humanística e experiência prática na área.

O presente trabalho tem como objetivo demonstrar a importância do Exame de Ordem na atualidade frente ao Projeto de Lei nº 832 de 2019 que busca eliminar a exigência da prova para o exercício da advocacia, através de uma análise dos posicionamentos existentes em relação ao tema, bem como as dificuldades que vem sendo encontradas pelos bacharéis e acadêmicos do curso de Direito no que atine aos índices elevados de reprovação no exame.

Em primeiro momento o trabalho visa apresentar a origem do Exame de Ordem que surgiu no ano de 1971 e tornou-se obrigatório no país em 1994. Posteriormente, o trabalho aborda a situação dos egressos e universitários que se submeteram ao exame e foram reprovados.

Na sequência, é apresentado o Projeto de Lei nº 832 de 2019, que se encontra na Câmara de Deputados, o qual pretende extinguir o Exame de Ordem, como condição para o exercício da Advocacia, da mesma maneira que expõe uma discussão acerca do tema, com posicionamentos opostos que podem refletir em organizações da sociedade civil, tendo em vista as grandes reivindicações através das redes sociais.

A metodologia utilizada no desenvolvimento deste trabalho será a pesquisa qualitativa bibliográfica, tendo em vista que o método utilizado tem caráter exploratório e instiga o leitor ao pensamento, reflexão e análise sobre o tema abordado. Trata-se de uma pesquisa baseada, principalmente, na legislação, em artigos científicos, recorrendo também ao uso de doutrinas e jurisprudência.

Desse modo, pode-se observar e confirmar o método nas palavras de Fonseca:

A pesquisa bibliográfica é feita a partir do levantamento de referências teóricas já analisadas, e publicadas por meios escritos e eletrônicos, como livros, artigos científicos, páginas de web sites. Qualquer trabalho científico inicia-se com uma pesquisa bibliográfica, que permite ao pesquisador conhecer o que já se estudou sobre o assunto. [...] ³

O método de pesquisa utilizado é hipotético-dedutivo, pois este se baseia em hipóteses, buscam a verdade, porém estão sujeitas a contraditório pela construção de novas hipóteses. Conforme Koche, o referido método é utilizado para:

[...] a) Para ampliar grau de conhecimentos e uma determinada área, capacitando o investigador a compreender ou delimitar melhor um problema de pesquisa; b) Para dominar o conhecimento disponível e utilizá-lo como base ou fundamentação na construção de um modelo teórico explicativo de um problema, isto é, como instrumento auxiliar para a construção e fundamentação de hipóteses; c) Para descrever ou sistematizar o estado da arte, daquele momento, pertinente a um determinado tema ou problema. ⁴

³ FONSECA, João José Saraiva da. **Metodologia da pesquisa científica**. Fortaleza: UEC, 2002, p. 32.

⁴ KÖCHE, José Carlos. **Fundamentos de metodologia científica**: teoria da ciência e prática de pesquisa. Petrópolis, RJ: Vozes, 1997, p. 122. Disponível em: <<http://www.joinville.udesc.br/portal/professores/cristala/materiais/Unidade3aPesquisaCientifica.pdf>>. Acesso em 09 out. 2017

Este método de pesquisa é adequado a este trabalho por estar sendo desenvolvido com base na legislação vigente, também em artigos, doutrinas e meios eletrônicos. Sendo as técnicas utilizadas as documentais, por se tratar de busca em fontes escritas e publicadas em documentos.

1 ORIGEM DO EXAME DE ORDEM

Para atender a burocracia estatal de um país recém independente foram criados os primeiros cursos de direito no dia 11 de agosto de 1827 por lei assinada pelo imperador Dom Pedro primeiro, situados em Olinda, Pernambuco e São Paulo capital, se destacando entre os primeiros cursos superiores do país da época. Até então, só bastava o curso superior de direito para se tornar advogado e exercer a função sem nem um problema.

A Ordem dos advogados só nasceu em 1930 em uma época em que o Brasil estava passando por diversas transformações, como por exemplo a revolução de 1930 que deu um caminho para a democracia brasileira possibilitando conquistas como a criação da justiça eleitoral, o voto secreto e as mulheres o direito de participar da vida política do país e também abrindo espaço para a constituição de 1934.

O exame da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) surgiu no ano de 1971 no Estado de São Paulo, tendo em vista que no final da década de 60 (sessenta) o juiz de direito, chamado Ennio Bastos de Barros, remeteu à presidência da Ordem dos Advogados do Brasil local uma petição com erros exorbitantes de um advogado que se encontrava despreparado para assumir tal cargo⁵

Para o Estatuto da Ordem – Lei 4.215 de 1963 vigente naquela época, segundo o artigo 48 era necessário para realizar a inscrição na Ordem dos Advogados do Brasil:

- I - capacidade civil;
 - II - diploma de bacharel ou doutor em Direito, formalizado de acordo com a lei (art, 57);
 - III - certificado de comprovação do exercício e resultado do estágio, ou de habilitação no Exame de Ordem (arts. 18, inciso VIII, letras "a" e "b" e 53) ;
 - IV - título de eleitor e quitação do serviço militar, se for brasileiro;
 - V - não exercer cargo função ou atividades incompatíveis com a advocacia, (arts. 82 a 86) ;
 - VI - não ter sido condenado por sentença transitada em julgado em processo criminal, salvo por crime que não importe em incapacidade moral;
 - VII - não ter conduta, incompatível com o exercício da profissão (art. 110, parágrafo único);
- Parágrafo único. Satisfazendo os requisitos deste artigo, o estrangeiro será admitido à inscrição nas mesmas condições estabelecidas para os brasileiros no seu país de origem, devendo exibir diploma reavaliado, quando não formado no Brasil.⁶

Neste período as faculdades estavam aumentando cada vez mais no país, sendo ofertadas em média 500 (quinhentas) vagas de ingresso no curso de Direito por universidade. No entanto, as qualificações dos profissionais não se mantinham no nível adequado para assumir as incumbências determinadas ao cargo,

⁵ MIGALHAS. **Como surgiu o exame da Ordem.** Migalhas, 27 de agosto de 2015. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI225938,41046-Como+surgiu+o+exame+de+Ordem>>. Acesso em 21 maio 2019.

⁶ BRASIL. **Lei nº 4.215, de 27 de abril de 1963.** Dispõe sobre o Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil. In: Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 27 abr. 1963. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/1950-1969/L4215.htm>. Acesso em 01 out. 2019.

devido à grande quantidade de bacharéis que se formava por ano e se inscrevia para fazer parte da classe Advocacia.

Em virtude disso, houve grandes reivindicações da Ordem dos Advogados requerendo a formação e qualificação dos futuros profissionais de maneira adequada, tornando-se obrigatório o exame no estado de São Paulo a partir do ano de 1974.

Assim, partindo do despreparo de grande parte dos advogados no Brasil, em 4 de julho de 1994 entra em vigor a Lei nº 8.906 que regulamenta o estatuto da advocacia e da OAB, contemplando em seu artigo 8º, IV, que para a inscrição como advogado, é necessário obter aprovação no Exame de Ordem. Nesse sentido, priorizando pela qualidade e igualdade dos inscritos a realizar o exame, no ano de 2009 o Conselho Federal da OAB unificou conteúdo e aplicação da prova em todo o país através do provimento nº 136.

A proposta desta lei veio a acrescentar o Estado Democrático de Direito à luz dos bacharéis, para que demonstrem através do exame a capacidade que possuem para praticar o exercício da advocacia.

2 DAS DIFICULDADES ENCONTRADAS PARA A APROVAÇÃO NO EXAME DE ORDEM

O Exame de Ordem encontra-se em sua XXIX edição, é realizado 3 (três) vezes ao ano, com duas fases distintas, sendo que a primeira consiste em uma prova objetiva composta por 80 (oitenta) questões de múltipla escolha e a segunda que abrange uma prova prática-profissional formada por 4 (quatro) questões descritivas e uma peça profissional. Estão aptos a participar do certame, os bacharéis e acadêmicos do curso de Direito que estão cursando entre o 9º e 10º semestre.

Desta forma, a prova tem como objetivo garantir a qualidade do profissional que atua na advocacia, testando seus conhecimentos para ter a aptidão necessária no que tange sua função. De fato, observa que o nível de aprovação é extremamente baixo, em casos que podem atingir menos de 20% do total de inscritos, segundo dados do blog exame de ordem.

Em 1º lugar como pior prova de todos os tempos nós temos o XXIII Exame de Ordem, cuja aprovação foi de **13,35%** na primeira fase, sem anulações. Em 2º lugar temos ainda o IX Exame Unificado, com **16,67%** de aprovação na 1ª fase, contando com as 3 anuladas de ofício. Em 3º lugar entra a atual edição, o XXVII Exame de Ordem, com **16,79%** de aprovação (20.995 aprovados) dentre os 125 mil inscritos. E em 4º lugar fica o XXI Exame, quando apenas **17,09%** dos inscritos foram aprovados após as duas anulações de ofício naquela oportunidade.⁷

Nesse sentido, é válido mencionar que há diversas circunstâncias que podem influenciar o aluno ou o bacharel a ser reprovado no exame como: o baixo nível de ensino nas Universidades, o grau de dificuldade da prova, bem como a instabilidade emocional do candidato. Conforme Silva:

⁷ GIESELER, Maurício. XXVII Exame de Ordem 3 pior prova de todos os tempos. **Blog Exame de Ordem**, 03 de dezembro de 2019. Disponível em: <<https://blogexamedeordem.com.br/xxvii-exame-de-ordem-3-pior-prova-de-todos-os-tempos>>. Acesso em 08 ago. 2019.

É fato que um outro fator gerador da grande reprovação é o nervosismo que o exame causa. Direito é o único curso que exige ao seu final que o bacharel seja aprovado num exame para que possa estar apto ao ingresso na carreira que sempre almejou. É uma espécie de segundo vestibular. Por conta disso, os estudantes sentem-se pressionados e muitas vezes tensos com a realização de tal prova. Além de uma primeira fase os candidatos devem obter aprovação também numa segunda fase totalmente prática. E é esse justamente o momento de maior dificuldade. O aluno que esteve por cinco anos numa faculdade absorveu muitas teorias. As instituições apresentam também disciplinas práticas, mas nada comparado ao dia-a-dia de um advogado experiente.⁸

No entanto, partindo dos dados mencionados, nota-se que o efeito da prova não vem sendo satisfatório, pela quantidade de candidatos eliminados, mesmo que ainda haja exceções. Contudo, o site prova de ordem observa a metodologia pedagógica que distancia o aluno com a familiaridade com a prova da ordem.

E, embora possam ter semelhanças curriculares entre si, cada uma delas possui uma pedagogia diferente, com critérios e métodos de avaliação variados. E, na maioria dos casos, há margem para que cada professor decida como irá aferir o conhecimento dos seus alunos. Assim, muitos candidatos chegam no Exame de Ordem sem familiaridade com o *modus operandi* da prova. E sem este conhecimento prévio, não é difícil ser pego de surpresa e acabar sucumbindo à pressão de fechar 80 questões em 05 horas. São poucas as instituições que abriram os olhos para este fato e que incluem em seu cronograma algum tipo de orientação para os acadêmicos que pretendem prestar o Exame de Ordem.⁹

A função do advogado é de extrema importância para a sociedade como um todo e para o estado democrático de direito, a vista disso é necessário que esses profissionais estejam aptos a tamanha responsabilidade, sendo de tamanha importância que sejam bem preparados pelas Instituições de Ensino. O Exame de Ordem dos Advogados é uma forma de preparar o acadêmico e o bacharel em direito como bons advogados, para que assim sejam recebidos perante a sociedade os melhores profissionais possíveis.

Sendo assim, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil realiza a cada certame, o índice de desempenho dos estudantes e egressos do curso de Direito de cada Universidade e encaminha a cada Instituição de Ensino Superior.

3 DA PROPOSTA DE EXTINÇÃO DO EXAME DE ORDEM

Em pleno século XXI surge a proposta de extinguir o Exame de Ordem apresentada no ano de 2005 pelo Deputado Max Rosenmann. Este Projeto de Lei foi apensado a outros projetos que obtinham o mesmo propósito e logo após foram arquivados.

No dia 14 de fevereiro de 2019 foi apresentado pelo Deputado José Antônio dos Santos Medeiros do partido PODE - Podemos do Estado de Mato Grosso o Projeto de Lei nº 832/2019 que visa extinguir o Exame de Ordem, como exigência para o exercício da advocacia perante a Ordem dos Advogados do Brasil, tendo

⁸ SILVA, Daiana Santos. **O desempenho do bacharel em Direito nos exames da OAB no Brasil**. 2006. Disponível em: <<https://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/artigo/1277/o-desempenho-bacharel-direito-exames-oab-brasil>>. Acesso em 14 de agosto de 2018.

⁹ AVILA, Lucas. Por que a Faculdade de Direito não Garante a Aprovação na OAB? **Prova da Ordem**, 18 de fevereiro de 2018. Disponível em: <<https://www.provadaordem.com.br/blog/post/faculdade-de-direito-e-aprovacao-na-oab/>>. Acesso em 08 ago. 2019.

como justificativa para equiparação com os demais profissionais que não necessitam se submeter a uma avaliação.

O tema do projeto tornou-se polemico na sociedade brasileira, tendo posicionamentos a favor e contra. Um dos defensores acerca do tema é o Ministério da Educação (MEC), através de seu atual ministro Abraham Weintraub¹⁰. Além do ministro, há vários posicionamentos no mesmo sentido de bacharéis, advogados e acadêmicos de direito. Segundo pesquisa apresentada pelo site Correio Braziliense em janeiro de 2019, o professor Henrique Araque de Direito Empresarial do Centro Universitário de Brasília (UniCeub) argumentou:

Para que serve o exame? Se serve para que gente que sabe escrever o nome, que sabe o mínimo do mínimo possa ser advogado; então, o filtro não tinha que ser a OAB, tinha que ser lá atrás. Se é para que bons profissionais cheguem ao mercado; então, está muito fraco e não serve. Não há garantia de que quem passou nesse exame, trivial, seja bom advogado. O bom profissional não consegue se diferenciar do mau profissional só pela carteirinha. Se é instrumento de regulação, deve ter finalidade. E se é para proteger a sociedade de profissionais ruins, não protege. É preciso frear os problemas na faculdade. Como que alguém que não sabe escrever ou concatenar ideias vai expor o ponto de vista do cliente ao juiz? Não tem condição de alguém assim ser advogado. O filtro do Exame de Ordem não funciona para o que se propõe. Então, sou contra o filtro. Sou a favor de reavaliar o sistema todo.¹¹

Entretanto, é válido mencionar que, como há alegações positivas, também há posicionamentos negativos acerca da eliminação da prova, conforme demonstrado pelo site Correio Braziliense através da declaração de alunos e professores, e, principalmente do Presidente da Ordem dos Advogados do Brasil Claudio Lamachia:

A prova é um filtro absolutamente necessário como garantia para a própria sociedade. O nível de dificuldade não é absurdo. Ela é feita de modo equilibrado e busca aferir o preparo de cada um. Prova disso é que há faculdades com níveis de aprovação de 70%, 80% e até 90%. Claro que o ideal seria ter 100%, mas essas taxas são muitas positivas. As instituições de ensino com maior qualificação são as que mais aprovam. Há também faculdades que aprovam 3% dos alunos. O que vai acontecer na hora em que não tiver o exame? A sociedade não vai saber como contratar um advogado. A ausência do filtro do Exame de Ordem retira a condição de aferirmos a efetiva qualificação do bacharel, o que cria, sem dúvida nenhuma, um risco muito grande para seus futuros constituintes, para seus futuros clientes... Porque alguém que não esteja devidamente preparado que vá trabalhar na defesa dos interesses de um cidadão poderá colocar em risco exatamente o seu direito. O advogado lida com bens da vida fundamentais, como a liberdade, o patrimônio e a própria honra das pessoas. Esse profissional, colocado no mercado sem uma boa formação jurídica, é um risco para a própria cidadania e a sociedade. Por isso, a importância do exame, que tem como função básica aferir a real capacidade do advogado que será colocado no mercado de trabalho. Hoje, nós temos no Brasil mais de 1.500 faculdades de direito, algumas formando alunos sem o necessário cuidado com a qualidade do ensino jurídico, comprometidas mais com o lucro do que com a formação profissional. Eu defende que exista um exame não só no direito, mas para inúmeras categorias, hoje submetidas a esse estelionato educacional patrocinado pelo MEC. Ao longo dos últimos anos, da última década, o MEC patrocinou um

¹⁰ COLUNA POLÍTICA, 2019.

¹¹ LISBOA, Ana Paula. A prova da OAB pode acabar. **Correio Braziliense**, 2019. Disponível em: <<https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/eu-estudante/trabalho-e-formacao/2019/01/27/interna-trabalhoeformacao-2019,733381/a-prova-da-oab-pode-acabar.shtml>>. Acesso em 08 ago. 2019.

verdadeiro estelionato educacional, com liberação indiscriminada de faculdades de direito, muitas vezes levando em consideração apenas critérios políticos, sem aferir a real capacidade de formação profissional das respectivas entidades. Isso cria ilusão em muitos bacharéis, que saem da faculdade achando que têm condições de passar na prova, mas, de fato, não têm. Cabe ao MEC regular e fiscalizar a qualidade do ensino jurídico. E, se a ideia é melhorar o ensino jurídico no Brasil, o MEC deveria ter critérios mais rígidos para aferir e liberar o funcionamento de novas faculdades de direito, investindo efetivamente na fiscalização da qualidade das faculdades, congelando o número de instituições. Podem fazer como na medicina: a abertura de novos cursos de direito pode ser congelada. Aliás, eu instei o novo governo a implementar uma revisão junto ao MEC do número de faculdades hoje existentes. Com relação ao preço da inscrição no Exame de Ordem, já há isenção para pessoas de baixa renda. E não há como reduzir a taxa, hoje de R\$ 260, pois há custos, professores pagos, banca examinadora, locais de realização do exame, transporte das provas (...).¹²

Neste mesmo sentindo, ainda, ressalta o professor de Direito Penal da Víctor Minervino Quintiere, segundo site Correio Braziliense:

Sem o exame, o aumento da quantidade de profissionais não tão bem qualificados seria uma tendência natural. A prova serve como mecanismo de fiscalização por parte da OAB. A advocacia é uma função essencial de Justiça, não é um serviço qualquer, é fundamental para a efetivação de direitos fundamentais. Se você tira esse filtro, piora. O fato de não ter um exame em todas as categorias não pode servir de fundamento para acabar com uma boa iniciativa, que é justamente o controle do órgão de classe, que serve para preservar a sociedade. Tenho certeza de que o exame não gera lucro financeiro à OAB, mas gera ganho à sociedade, que pode contar com profissionais minimamente capacitados. Inclusive, acho que o exame poderia ser mais rígido.¹³

Devido aos diversos posicionamentos a respeito do Projeto de Lei nº 832/2019, estão sendo organizados movimentos nas redes sociais, como *Facebook*, *Instagram*, *Blogs*, etc., e aplicativo *WhasApp*, defendendo a opinião sobre o assunto, conforme demonstra o site *Fim do Exame de Ordem*, promovido por Bacharéis em Direito com apoio da ANB – Associação Nacional de Bacharéis, no qual possuem 15.898 Membros nas plataformas do WhatsApp, 22.661 Manifestações OnLine, 32 Operadores nas Plataformas WhatsApp e 34 Representantes da ANB na Federação.

No entanto, urge salientar que possuir um diploma, não traz consigo uma profissão, tendo como significado de diploma “Documento pelo qual se reconhece ou se confere oficialmente um privilégio, um título, uma dignidade, um poder”, segundo o Dicionário Online de Português.

Após a análise do assunto em tela, destaca-se que o Exame de Ordem se faz essencial para a qualificação dos profissionais que adentram no mercado de trabalho, a fim de que os mesmos estejam aptos a exercer a advocacia, a exemplo do que ocorre nos demais concursos públicos direcionados aos bacharéis de Direito.

¹² LISBOA, Ana Paula. A prova da OAB pode acabar.

¹³ LISBOA, Ana Paula. A prova da OAB pode acabar.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O advogado possui um papel muito importante para a sociedade, ele é considerado o defensor de direito dos cidadãos, sendo indispensável à administração pública, contribuindo para o estado democrático de direito, conforme abrange o artigo 133 da Constituição Federal de 1988.

A função do advogado não é só de defender seu cliente, mas também de garantir seus direitos em meio a uma sociedade que está cada vez mais turbulenta, sendo fundamental um profissional dedicado e competente, que trabalha com a vida de terceiros, e principalmente, que tenha conhecimento jurídico suficiente para defender uma causa.

A Lei nº 8.906/1994 prevê que há necessidade de aprovação em Exame de Ordem para inscrição na Ordem dos Advogados do Brasil, como forma de propiciar que o bacharel em direito possa exercer a profissão de advogado.

Para que o Estado Democrático de direito prevaleça, não há dúvidas da importância na realização do Exame de Ordem, o que vem sendo defendido pelo atual presidente da Ordem dos Advogados do Brasil, Dr. Claudio Lamachia. Tendo em vista, o histórico da Ordem dos Advogados do Brasil em relação a sua qualificação profissional, o Exame de Ordem sobreveio a fim de certificar aqueles que estão aptos a exercer a incumbência do cargo.

É válido mencionar que a prova se faz importante em virtude da OAB possuir uma segurança em relação aos futuros profissionais que ingressarão no mercado de trabalho.

Em virtude do carregado quadro acadêmico em que se encontram nas Instituições de Ensino Superior, as mesmas não conseguem suprir a qualidade de ensino, em que pese a competência dos estabelecimentos em qualificar o cidadão para o exercício profissional o que em regra, excluiria tal atribuição da Ordem dos Advogados do Brasil.

No entanto, conforme abordado no trabalho, há um grande índice de reprovação na prova da ordem, o que resulta do grau de dificuldade do exame e da instabilidade emocional do candidato.

Denota-se a existência de movimentos sociais, que estão se organizando em função da possível aprovação do Projeto de Lei nº 832/2019, o que implicará, caso ocorra a aprovação, em novas práticas políticas em relação aos advogados.

Dessa forma, constata-se que a obrigatoriedade do Exame de Ordem para o exercício da advocacia deve ser mantida, pois notavelmente uma forma de permitir o acesso ao mercado de trabalho dos profissionais que efetivamente estejam preparados para o exercício da profissão, assim como ocorre para ingresso nos demais concursos públicos direcionados aos bacharéis de Direito.

REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

AVILA, Lucas. Por que a Faculdade de Direito não Garante a Aprovação na OAB? **Prova da Ordem**, 18 de fevereiro de 2018. Disponível em: <<https://www.provadaordem.com.br/blog/post/faculdade-de-direito-e-aprovacao-na-oab/>>. Acesso em 08 ago. 2019.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 5.801/2005**. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=298026>>. Acesso em 21 maio 2019.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 832/2019**. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2192239>>. Acesso em 8 ago. 2019.

BRASIL. **Lei nº 4.215, de 27 de abril de 1963**. Dispõe sobre o Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil. In: Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 27 abr. 1963. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/1950-1969/L4215.htm>. Acesso em 01 out. 2019.

BRASIL. **Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994**. Dispõe sobre o Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil. In: Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 4 jul. 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8906.htm>. Acesso em 01 out. 2019.

DICIONÁRIO ONLINE DE PORTUGUÊS. Diploma. **Dicio**, 2019. Disponível em: <<https://www.dicio.com.br/diploma/>>. Acesso em 08 ago. 2019.

ESCOLA BRASILEIRA DE DIREITO. OAB se pronuncia após Bolsonaro criticar Exame da Ordem. **JusBrasil**, 2019. Disponível em: <<https://ebradi.jusbrasil.com.br/noticias/651324365/oab-se-pronuncia-apos-bolsonaro-criticar-exame-da-ordem>>. Acesso em 2 jun. 2019.

FONSECA, João José Saraiva da. **Metodologia da pesquisa científica**. Fortaleza: UEC, 2002.

GIESELER, Maurício. XXVII Exame de Ordem 3 pior prova de todos os tempos. **Blog Exame de Ordem**, 03 de dezembro de 2019. Disponível em: <<https://blogexamedeorde.com.br/xxvii-exame-de-ordem-3-pior-prova-de-todos-os-tempos>>. Acesso em 08 ago. 2019.

KÖCHE, José Carlos. **Fundamentos de metodologia científica: teoria da ciência e prática de pesquisa**. Petrópolis, RJ: Vozes, 1997. Disponível em: <<http://www.joinville.udesc.br/portal/professores/cristala/materiais/Unidade3aPesquisaCientifica.pdf>>. Acesso em 09 out. 2017.

LISBOA, Ana Paula. A prova da OAB pode acabar. **Correio Braziliense**, 2019. Disponível em: <<https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/eu-estudante/trabalho-e-formacao/2019/01/27/interna-trabalhoeformacao-2019,733381/a-prova-da-oab-pode-acabar.shtml>>. Acesso em 08 ago. 2019.

MIGALHAS. Como surgiu o exame da Ordem. **Migalhas**, 27 de agosto de 2015. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI225938,41046-Como+surgiu+o+exame+de+Ordem>>. Acesso em 21 maio 2019.

NOBREGA, Ronaldo. **Novo ministro do MEC quer o fim do Exame da OAB**. Coluna Política, 10 de abril de 2019. Disponível em: <<https://colunapolitica.com.br/2019/04/novo-ministro-do-mec-quer-o-fim-do-exame-da-oab/>>. Acesso em 1 jun. 2019.

SCHNEIDER, Carlos Otávio; FLORES, Itacir Amauri; LEONICE. **Advogados Proibidos do Exercício Profissional**. Fim do Exame de Ordem, 2019. Disponível em: <<https://www.fimdoexamedeorde.adv.br/?fbclid=IwAR3OeRSFEQDbof7rvezvN7Yfz8DkqDm7AqkHmXIY109J8oUdxvCH0Lhz8l0>>. Acesso em 08 ago. 2019.

SILVA, Daiana Santos. **O desempenho do bacharel em Direito nos exames da OAB no Brasil**. 2006. Disponível em: <<https://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/artigo/1277/o-desempenho-bacharel-direito-exames-oab-brasil>>. Acesso em 14 de agosto de 2018.

O SOFT POWER DA RELIGIÃO NO CONTROLE SOCIAL

Alessandra Duncke¹

RESUMO

O presente artigo aborda a temática de como a religião possui um poder sutil de controle social sobre os indivíduos e até mesmo sobre o direito, aqui principalmente no que tange ao reconhecimento das novas entidades familiares. Diante disso, o estudo questiona se a religião cria barreiras no reconhecimento das novas entidades familiares. Possuindo como objetivo fundamental, esclarecer as inter-relações existentes entre a Religião e o Direito de Família. A pesquisa é realizada pelo método dedutivo, pois explica determinados fatos e fenômenos a partir de uma visão global pela busca do reconhecimento das novas entidades familiares, e o método histórico em razão desta análise ser realizada na observância de diversos acontecimentos jurídicos e sociais em tempos diversos. Observa-se que as religiões possuem o poder de influenciar e conduzir tanto os pensamentos de seus membros, como as legislações para um conceito de família conservadora.

PALAVRAS-CHAVE: Religião; Direito; Família.

ABSTRACT

The present article deals with the theme of how religion has a subtle power of social control over individuals and even over the law, here mainly regarding the recognition of new family entities. Given this, the study questions whether religion creates barriers in the recognition of new family entities. Having as its fundamental objective, to clarify the existing interrelationships between Religion and Family Law. The research is performed by the deductive method, because it explains certain facts and phenomena from a global view by the search for recognition of new family entities, and the historical method because this analysis is performed in compliance with various legal and social events at different times. It is observed that religions have the power to influence and drive both the thoughts of their members and the legislations for a conservative family concept.

KEYWORDS: Religion; Right; Family.

INTRODUÇÃO

Vivemos em um mundo multicultural, com diversas identidades e hábitos, que nos definem como seres únicos. É cristalina a influência dos grupos sociais na formação da identidade do indivíduo, onde observa-se resquícios de uma cultura que foi introduzida em nós através do grupo social a que pertencemos, da nossa religião e até mesmo pelo Estado.

Nesta reflexão quer-se retratar como o controle social exercido pelas religiões podem criar barreiras no reconhecimento das novas entidades familiares. Objetivando assim, encontrar algumas conexões existentes entre o controle social exercido pela Religião e o Direito de Família.

Primeiramente o presente estudo dedica-se ao esclarecimento do que é um fato social e de como ele pode influenciar nossos pensamentos e atitudes, construindo assim, um pensamento moral e ético que pode

¹ Advogada cadastrada sob a OAB/RS 112.036. Mestranda do PPGDireito URI, linha de pesquisa I - Direito e Multiculturalismo, campus Santo Ângelo/RS. Pós graduada em Práticas Pedagógicas para a Docência no Ensino Técnico, Tecnólogo e Superior, pelas Faculdades Integradas Machado de Assis - FEMA (2019). Possui graduação em Direito pelas Faculdades Integradas Machado de Assis - FEMA (2016). Técnica em Gerência Empresarial, pela Sociedade Educacional Três de Maio - SETREM (2011). Pesquisadora das áreas de Direito de Família e Sucessões. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1475863445783948>

pertencer somente a aquele indivíduo ou grupo social em que ele está inserido, sendo caracterizado assim, como um controle social.

Como também o “Soft Power”, o poder suave que determinadas culturas e governos possuem em influenciar os indivíduos e conduzir os seus pensamentos a determinadas temáticas. Esse poder suave, possui como um dos seus grandes objetivos, fazer com que haja uma cultura dominante, sem que ela seja imposta por meio da força ou pelo uso de armas, mas sim, pela utilização de mecanismos sutis que possam influenciar os atos dos indivíduos.

Não raras vezes, ainda tem-se uma ideia medieval de que as totalidades são mais importantes do que as individualidades, não havendo espaços para as subjetividades, seja de um indivíduo ou de uma cultura, enfim, minorias que não são reconhecidas pelos demais.

Desta forma, a indagação que envolve esta reflexão preocupa-se em investigar se de fato a religião cria barreiras no reconhecimento das novas entidades familiares, que na sua maioria não mais correspondem ao conceito medieval de família oriunda do casamento entre um homem e uma mulher.

Sabe-se que os contextos familiares foram se modificando ao longo do tempo, seja referente a aspectos econômicos e afetivos, ou até mesmo em relação a uniões de pessoas do mesmo sexo. O que as novas entidades familiares almejam é um lugar no mundo que lhes tragam segurança, onde sejam reconhecidos e respeitados da forma que são, e não em uma tentativa de impor uma cultura dominante que controle os seus pensamentos e atos.

1 DEFINIÇÃO DE FATO SOCIAL PARA UMA COMPREENSÃO DO EXERCÍCIO DO CONTROLE SOCIAL

Fatos sociais podem ser definidos segundo Émile Durkheim, como todos os fenômenos que ocorrem na sociedade que possuem interesse social. O autor lembra ainda, que existem fenômenos que ocorrem na sociedade que pertence a outras ciências e não a sociologia.²

Para compreendermos o que seria um fato social, o autor utiliza-se de uma forma didática para explicar tal fenômeno, trazendo o exemplo de que quando nós desempenhamos a tarefa de irmão, de esposo ou de cidadão, executamos compromissos que assumimos, cumprimos deveres que estão definidos para além de nós e dos nossos atos, no direito e no costume, não sendo estabelecidas por nós, mas que recebemos pela nossa educação.

Desta forma, segundo ele, os fatos sociais são “[...] maneiras de agir, de pensar e de sentir que apresentam a notável propriedade de existir fora das consciências individuais [...]”³ e que funcionam independentemente do uso que delas fazemos ou não.

Essa influência exercida no pensamento e no comportamento do indivíduo, que são exteriores a suas vontades, possuem um poder imperativo e coercitivo sobre aqueles que estão sendo “dominados”. Durkheim explica que quando nos conformamos de boa vontade, esta coerção não se faz sentir, ou se torna inútil, pois

² DURKHEIM, Émile. **As regras do método sociológico**. 10 ed. Editorial Presença: Lisboa, 2007.

³ DURKHEIM, Émile. **As regras do método sociológico**. p. 38.

ela se afirma logo que eu procuro resistir. Da mesma forma, quando tento violar as regras impostas pelo direito, elas reagem contra mim de modo a impedir o meu ato.

Assim, há uma repressão por parte da consciência pública dos atos que ofendem o seu modo de pensar e sobre a conduta a ser adotada, por meio da vigilância exercida no comportamento dos cidadãos e sobre a imposição de penas especiais de que dispõe.

Portanto, os fatos sociais possuem características muito específicas, influenciando os pensamentos e condutas que não advêm da vontade própria do indivíduo, que são exercidas muitas vezes por meio de um poder coercitivo sobre o mesmo.

Os fatos sociais são o domínio próprio da sociologia, e o termo coerção que os definimos pode assustar alguns, uma vez que a maior parte das nossas ideias e tendências não são elaboradas por nós, mas de resquícios exteriores impostos pela cultura que estamos inseridos, da religião ou da sociedade que pertencemos, penetrando em nós por meio da sua imposição.⁴

Para o pesquisador Durkheim, existem diversos fatos que possuem o mesmo objetivo e exercem influência sobre o indivíduo, que são denominados por ele como correntes sociais, que não possuem a sua origem em nenhuma consciência particular, mas que chega ao indivíduo de forma externa e influencia o mesmo contra a sua própria vontade.

Esse poder de influência é imposto sem que os indivíduos sintam a pressão que eles exercem, mas que se manifesta na oportunidade em que o mesmo tenta lutar contra elas. E no momento em que este passa a refletir sobre o seu interior e exterior, percebe que há algo de estranho em suas atitudes, passando a não se reconhecer mais.

Esta definição de fato social em que somos influenciados pelo meio em que vivemos, pode ser observado através da maneira como as crianças são educadas, reparando nos fatos sociais como sempre foram, onde toda a educação consiste num esforço contínuo para impor à criança maneiras de ver, de sentir e de agir às quais não teria chegado espontaneamente.⁵

Com o passar do tempo essa coerção exercida na criança/indivíduos deixa de ser sentida e tornam-se nossos hábitos e tendências internas, tornando tal coerção inútil. Reproduzimos tais fatos sociais, pois são nossas crenças e práticas que foram transmitidas pelas gerações anteriores, as quais a recebemos e modificamos, adaptando-as ao nosso contexto e tempo atual, pois elas são revestidas de um poder dirigente que a educação nos ensinou a reconhecer e a respeitar.

Segundo Durkheim, reconhecemos um fato social pelo poder de coerção externa que ele exerce sobre os indivíduos, seja ele pelo poder exercido por uma sanção determinada ou até mesmo pela resistência que o fato opõe a qualquer iniciativa individual que objetiva violá-lo.⁶

O Autor afirma que se queremos conhecer a maneira como uma sociedade é dividida politicamente e como são compostas essas divisões, elas não podem ser realizadas por meio de uma inspeção material ou de observações geográficas, pois essas divisões vão além destes limites, essas divisões são morais. E somente por

⁴ DURKHEIM, Émile. **As regras do método sociológico.**

⁵ DURKHEIM, Émile. **As regras do método sociológico.**

⁶ DURKHEIM, Émile. **As regras do método sociológico.**

intermédio do direito público torna-se possível estudar essa organização, pois é o direito quem determina as nossas relações familiares e cívicas.⁷

Podemos concluir segundo o autor, que a estrutura política de uma sociedade é consequentemente a maneira como os diferentes segmentos a compõem, sejam eles, sociais, econômicos, políticos dentre outros e que de certa forma os indivíduos se habituaram a conviver e a respeitar as regras impostas por eles. Desta forma, Durkheim conceitua fato social como sendo,

[...] 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.⁸

Observa-se que os fatos sociais são crenças que cada sociedade prega como sendo correta e desta forma influenciam as condutas dos indivíduos que estão ali inseridos. De tal modo, que os mesmos consigam manifestar-se individualmente porém, sob influencia do contexto social a que pertencem.

Qualquer fenômeno é susceptível de revestir formas diferentes, apesar de permanecer essencialmente o mesmo, pois estes fenômenos variam de indivíduo para indivíduo, a qual também pode não mais durar por sua vida inteira, variando no tempo e no espaço.⁹

Portanto, para analisar um fato social deve-se levar em conta uma determinada espécie social como também, a fase em que se encontra e o seu desenvolvimento, para assim ser considerado normal.

Para melhor compreendermos os fatos sociais, Durkheim formula três regras, quais sejam:

- 1-Um facto social é normal para um tipo social determinado, considerado numa fase determinada do seu desenvolvimento, quando se produz na média das sociedades dessa espécie, consideradas na fase correspondente da sua evolução;
- 2- Os resultados do método precedente podem verificar-se mostrando que a generalidade do fenómeno está ligada às condições gerais da vida coletiva do tipo social considerado.
- 3-Esta verificação é necessária quando este fato diz respeito a uma espécie social que ainda não completou a sua evolução integral.¹⁰

Não há dúvidas de que o direito e a moral diferenciam-se entre os diversos grupos sociais, e até mesmo dentro do próprio grupo, pois as condições de existência coletiva são distintas entre os indivíduos, sofrendo variações e modificações. Portanto, para que as transformações sejam realmente realizadas, é fundamental um sentimento coletivo que pode estar baseada moral, mas que em um contexto geral estejam dispostos a eventuais mudanças.

Da mesma maneira, no que tange as mudanças ocorridas no seio de uma sociedade e no controle social que ela exerce sobre os demais, é necessário observar o seu *soft power* (poder suave) de conduzir e influenciar

⁷ DURKHEIM, Émile. **As regras do método sociológico.**

⁸ DURKHEIM, Émile. **As regras do método sociológico.** p. 47.

⁹ DURKHEIM, Émile. **As regras do método sociológico.**

¹⁰ DURKHEIM, Émile. **As regras do método sociológico.** p. 94

aqueles que de certa forma podem ser considerados como fragilizados, assunto este que será abordado no tópico a seguir.

2 O SOFT POWER (PODER SUAVE)

O poder mais habitual existente em todos os povos é sem dúvida a violência, aquela que é caracterizada pela dominação das armas e pelo dinheiro, denominada de poder duro (*hard power*). Na qual, produz líderes rebeldes, caracterizando-se como a mais primitiva e ineficaz das forças humanas.¹¹

Uma das instituições que mais exercia poder e desempenhava uma forte influência sobre os indivíduos nos séculos passados, e que até hoje possui um determinado poder sobre as pessoas, é a Igreja Católica. Na qual utiliza-se de um poder que não advém de armas, mas sim de um poderoso poder que se chama fé, em que domina vários cantos do mundo sem utilizar armas. Esse pode ser considerado o mais eficiente dos poderes, pois manipula uma multidão sem precisar aplicar a força bruta, porque a fé seduz as pessoas. Além da fé, existem outras formas de persuasão, quais sejam: a ciência, a cultura, a língua, o esporte as artes entre outras.¹²

O *Soft Power* é denominado como um poder suave, utilizado por atores não estatais que se utilizam de mecanismos como a mídia, as redes sociais, a música, filmes, séries, eventos folclóricos, para influenciar os pensamentos e condutas dos indivíduos sem que para isso empregue o uso de armas de fogo ou de instrumentos de coerção.

O conceito de poder suave segundo Nye é:

[...] a habilidade de conseguir o que se quer pela atração e não pela coerção ou por pagamentos. Surge da atratividade de um país por meio de sua cultura, de sua política e de seus ideais. [...] A sedução é sempre mais eficaz que a coerção, e muitos dos valores como democracia, direitos humanos e oportunidades individuais são profundamente sedutores.¹³

Outro estudioso ao analisar a importância e a influência do poder suave norte-americano sobre os países latino-americanos vai além da conceituação designada por Nye. Jason W. Cronin caracteriza tal poder como a

[...] capacidade de conseguir um resultado desejado porque outros querem que você quer. [...] Por meio do poder suave, é possível convencer os outros a seguir regras ou concordar com elas, produzindo um comportamento desejado [...].¹⁴

¹¹ BALLERINI, Frantjesco. **Poder Suave (soft power): arte africana; arte milenar chinesa; arte renascentista; balé russo; Bollywood; Bossa-Nova; British invasion; carnaval; cultura mag japonesa; Hollywood; moda francesa; tango; telenovelas.** São Paulo: Summus, 2017

¹² BALLERINI, Frantjesco. **Poder Suave (soft power): arte africana; arte milenar chinesa; arte renascentista; balé russo; Bollywood; Bossa-Nova; British invasion; carnaval; cultura mag japonesa; Hollywood; moda francesa; tango; telenovelas.**

¹³ BALLERINI, Frantjesco. **Poder Suave (soft power): arte africana; arte milenar chinesa; arte renascentista; balé russo; Bollywood; Bossa-Nova; British invasion; carnaval; cultura mag japonesa; Hollywood; moda francesa; tango; telenovelas.** p.17.

¹⁴ BALLERINI, Frantjesco. **Poder Suave (soft power): arte africana; arte milenar chinesa; arte renascentista; balé russo; Bollywood; Bossa-Nova; British invasion; carnaval; cultura mag japonesa; Hollywood; moda francesa; tango; telenovelas.** p.17.

Percebe-se assim, que a sociedade possui o poder de induzir os seus membros a determinadas atitudes individualistas que impactam de forma a desestruturar a identidade individual de seus membros e até mesmo do grupo em si por meio de seu reconhecimento ou não.¹⁵

O poder suave não só gera a imposição de uma nova cultura ou de um pensamento extremamente fechado, como também gera uma violência simbólica, no momento em que não reconhece as diferenças existentes entre as diversas culturas e entidades familiares.

3 AS BARREIRAS CRIADAS PELAS RELIGIÕES NO RECONHECIMENTO DAS NOVAS ENTIDADES FAMILIARES

Todo indivíduo ou um determinado grupo, buscam o reconhecimento de suas próprias identidades, de suas características fundamentais, defendendo a maneira de como elas se definem, e que fazem delas serem uma família e um ser humano igual a todos os outros.

Assim, para que possamos verificar as mudanças já ocorridas na sociedade, principalmente no que se refere a moral, deve-se analisar as perspectivas morais do passado. Que possuíam uma forte ligação com o divino, onde todas as respostas naquela época eram encontradas em Deus, na ideia do bem e do mal, do justo e do injusto, pois estas eram as condições morais para atingir a perfeição do ser, de ter a sua identidade reconhecida.

Na cultura moderna, o indivíduo passou a enxergar-se como sujeito munido de uma profundidade interior, mas que nem por isso, exclui a sua relação com Deus. Essas mudanças ocorridas no modo de pensar dos indivíduos podem ser consideradas como uma continuação do que foi proposto inicialmente por Santo Agostinho, pregando a ideia de que a nossa autoconsciência é a via para chegar a Deus.¹⁶

Rousseau trata a questão da moralidade como se fosse “[...] uma voz da natureza dentro de nós e por nós seguida.”¹⁷ Essa voz não raras vezes, é reprimida por nossas paixões desencadeadas pela nossa dependência dos outros, na qual também pode ser destaca o amor próprio, e até mesmo o orgulho. Segundo o entendimento de Rousseau, a salvação da moral estaria no reestabelecimento do contato moral autêntico com nós mesmos.¹⁸

Essa importância moral entre as diferenças existentes nos seres humanos torna-se um mecanismo de força, que concilia esta importância moral, com o contato do individuo consigo. Que pode sofrer influência por meio de pressões que lhe são impostas para virar-se para o exterior, como também pela possível perda de sua capacidade de ouvi-la.

As lutas pelo reconhecimento social e jurídico das novas entidades familiares estão associadas a um processo de afirmação/negação, uma vez que está enraizada na sociedade uma cultura de família tradicional.

¹⁵ SANTOS, André Leonardo Copetti; DOGLAS Cesar Lucas. **A (in)diferença no direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Advogado, 2015.

¹⁶ TAYLOR, Charles. **Multiculturalismo**. Lisboa: Instituto Piaget, 1994.

¹⁷ TAYLOR, Charles. **Multiculturalismo**, p. 49.

¹⁸ TAYLOR, Charles. **Multiculturalismo**.

Essa barreira é ainda maior quando falamos de entidades familiares com pessoas do mesmo sexo, ou seja, famílias homossexuais.¹⁹ (MELLO, 2005).

O autor por meio dos discursos pelo reconhecimento dessas novas entidades familiares, constatou que: “o conflito existente entre uma visão de mundo laica e outra religiosa constitui o núcleo dos embates em torno do reconhecimento da legitimidade da conjugalidade homossexual.”²⁰

A família é uma instituição que sofre influências diretas da religião, principalmente do cristianismo. Pode-se dizer que a família é a primeira sociedade em que o indivíduo desenvolve a sua personalidade, suas crenças, costumes e sua moral.

Vivemos em um mundo controlado em sua maioria por homens (governo) e sofremos uma forte influência da religião, por meio de sua atuação política em crenças e valores socialmente definidos como masculinos e machistas.²¹

Em entrevista concedida para o Jornal Folha de São Paulo, na data de 23 de maio de 2019, o presidente da Conferência Nacional dos Bispos do Brasil – CNBB, Dom Walmor Oliveira de Azevedo afirmou que a igreja é lugar para todos os filhos e filhas de Deus, mas que ela não pode defender bandeiras contrárias ao evangelho e de seus horizontes morais. Afirmou ainda, que a igreja possui um horizonte intocável, que não se adapta e que não relativiza, não admitindo chamar de matrimônio a união entre pessoas do mesmo sexo.²²

Estaríamos aqui diante de um preconceito velado, uma vez que afirmam que todos são filhos de Deus mas ao mesmo tempo não aceitam as condições dos novos arranjos familiares? Porém, o representante da Igreja Católica esclareceu em sua entrevista que ninguém pode colocar-se como dono da verdade.

O que se espera de fato não é uma verdade absoluta do que é considerado como entidade familiar e sim o reconhecimento e respeito as suas diversas formas. O que se questiona é uma imposição moral defendida como correta do que é considerado como família e da forma como é disseminada para os indivíduos.

Uma expressão que nos exprime muitas verdades é sem dúvida “[...] à famosa frase de O Controle Social, que diz que os homens nascem livres, mas vivem acorrentados em toda a parte [...]”.²³ Esta é uma frase que nos faz refletir sobre nossas condutas e pensamentos, pois nascemos indivíduos livres de preconceitos e ideologias, que com passar do tempo acabam sendo empregados em nós por meio de um *soft power* (poder suave) dos grupos sociais que convivemos, das religiões, até mesmo de nossas próprias famílias, etc.

Desta forma, mesmo que o indivíduo não pense da mesma maneira que o grupo social que convive, ele é influenciado a determinadas condutas e até mesmo deixa de fazer outras, o que em um primeiro momento era visto por ele como uma coerção, passa a ser visto agora como algo normal de sua cultura. Neste ponto, observa-se como o controle social é um mecanismo poderoso capaz de controlar o que os indivíduos pensam, refletindo inclusive na ótica do reconhecimento, que por este fato pode acarretar um processo de inclusão e exclusão de indivíduos e grupos minoritários.

¹⁹ MELLO, Luiz. **Novas Famílias: conjugalidade homossexual no Brasil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Garamond, 2005.

²⁰ MELLO, Luiz. **Novas Famílias: conjugalidade homossexual no Brasil contemporâneo**. p. 18.

²¹ MELLO, Luiz. **Novas Famílias: conjugalidade homossexual no Brasil contemporâneo**.

²² TAVARES, Joelmir. **Nem Igreja Católica nem governo é o dono da verdade, diz novo presidente da CNBB**. Jornal Folha de São Paulo, São Paulo 24 de maio de 2019. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2019/05/nem-igreja-catolica-nem-governo-e-dono-da-verdade-diz-novo-presidente-da-cnbb.shtml>. Acesso em: 30 jul. 2019.

²³ TAYLOR, Charles. **Multiculturalismo**. p.65.

A família é um agente socializador, caracterizando-se como uma instância fundamental de mediação entre indivíduo e sociedade, caracterizando-se como uma reprodução de ordem social. Pode-se dizer que as famílias “[...] variam muito quanto a sua estrutura, exercício de autoridade, funções, extensão de parentesco e autonomia no meio social.”²⁴

Porém, o seu conceito vem ao longo do tempo sendo redimensionando e sofrendo reconstruções e mutações constantes, fazendo assim surgir novos contextos familiares que não são reconhecidos por lei, mas possuem amparo principalmente nos princípios da igualdade, dos Direitos Humanos e da afetividade.

Pois, a família deixou de ser vista sob um aspecto econômico e meramente procriatório, e passou a ser compreendida como um instituto que desenvolve o bem estar social de seus membros, ligados principalmente por vínculos afetivos.

O objetivo central das novas famílias não é mais a construção de alianças entre dois grupos sociais ou linhagens e sim, a aliança de amor e afeto entre duas pessoas que dizem se amar. Não há uma família em termos absolutos, esse conceito passou ao longo do tempo por grandes transformações, sofrendo influências sociais, da economia, da política, do ambiente, religiosas dentre outras.²⁵

A partir do século XX as famílias passaram por transformações intensas e aparentemente desconcertantes. Na qual, surgiu discursos obsessivos de desestruturação da família e desprestígio social do casamento, esses discursos eram fundados em valores religiosos de uma concepção de família naturalista e sagrada.²⁶

Algumas religiões por meio de seus dogmas e de seu poder suave influenciam e enraízam pensamentos morais nos indivíduos que pertencem ao seu grupo religioso, fazendo com que haja uma barreira na aceitação das famílias que não são oriundas do casamento de pessoas heterossexuais. Não reconhecer essas entidades familiares que são diferentes desta percepção, é o mesmo que negar a nossa realidade social. Vivemos em uma sociedade democrática, e como tal, devemos defender a igualdade, a dignidade humana e a laicidade entre os indivíduos e o Estado.

Em um primeiro momento o princípio da laicidade estava ligado a liberdade religiosa, que consistia na separação do Estado e da religião, mas também seguiu a evolução histórica dos Direitos Humanos e das novas constituições que garantiam uma gama de direitos individuais aos cidadãos.²⁷ A nossa Constituição Federal reflete a influência religiosa em sua aprovação, isto porque, houveram

[...] propostas de incluir dispositivos que estabelecia que ninguém seria prejudicado ou privilegiado em função de sua orientação sexual. O texto foi atacado intensamente pela bancada religiosa, com argumentos religiosos até que fosse retirado de pauta.²⁸

²⁴ MELLO, Luiz. **Novas Famílias: conjugalidade homossexual no Brasil contemporâneo**. p. 25.

²⁵ MELLO, Luiz. **Novas Famílias: conjugalidade homossexual no Brasil contemporâneo**.

²⁶ MELLO, Luiz. **Novas Famílias: conjugalidade homossexual no Brasil contemporâneo**.

²⁷ ZYLBERSZTAJN, Joana. **Princípio da Laicidade na Constituição Federal de 1988**. Tese de Doutorado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2012.

²⁸ ZYLBERSZTAJN, Joana. **Princípio da Laicidade na Constituição Federal de 1988**. p.28.

Em um pensamento extremamente restrito, acreditavam que se tal dispositivo fosse aprovado com essa redação, estariam oficializando o homossexualismo e consequentemente garantindo a igualdade de direitos aos homossexuais.

O que de fato a laicidade representa é a “[...] garantia da liberdade religiosa e não na submissão pública a normas religiosas [...] já que a legitimação do Estado não se encontra mais no divino, mas na legitimação democrática constitucional, garantidora de direitos fundamentais.”²⁹

Não podemos ter o mesmo pensamento do Código Civil de 1916 na conceituação do que corresponde ser uma família, que identificava-se somente como aquelas uniões oriundas do casamento.³⁰ Hoje é evidente que esse pensamento está mais do que ultrapassado, sabemos que existem outras espécies de famílias que não são derivadas do casamento, e de tal forma necessitam gozar das mesmas garantias que estas possuem.

A Constituição Federal de 1988 trouxe alguns princípios norteadores, o qual se destaca o princípio da dignidade humana, que possui como objetivos fundamentais, “[...] a promoção do bem-estar de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação; e, entre os direitos e garantias fundamentais, a igualdade de todos perante a lei [...].”³¹

A evolução do conceito de família, que abrange o *princípio da pluralidade familiar*, possui amparo na Constituição Federal de 1988, pois somente após a sua promulgação, a mesma trouxe inovações a respeito de outras formas de famílias, rompendo-se com o modelo familiar fundado somente na união conjugal.

Tal dispositivo constitucional tentou proteger as diversas formas de entidades familiares, pois abrange a família como um fato cultural e não como um fato de natureza. Não podemos considerar somente a família como aquela formada por um pai, uma mãe e filhos, e sim uma estruturação psíquica em que cada um deles possui um lugar e uma função diferente, sem que obrigatoriamente exista o elo biológico entre ambos.³²

Embora a concepção de família tradicional identifique-se com o modelo patriarcal, hoje, pode-se afirmar que o modelo familiar é concebido pelos “[...] vínculos psicológicos do afeto, consciente a sociedade que, na formação da pessoa humana, os valores como educação, o afeto e a comunicação contígua guardam muito mais importância do que o elo da hereditariedade.”³³

Distancia-se assim, do perfil medievo perpetuado pela herança cultural, que prevê somente os vínculos biológicos oriundos de uma relação matrimonializada. Na contemporaneidade, há pluralidade nos tipos estruturais de família, além da matrimonial, reconhece-se a: informal, monoparental, anaparental, reconstituída, paralela, eudemonista e homoafetiva, possuindo como pilares a afetividade e a solidariedade.

Segundo Pereira, a família passou a ser o “[...] locus de afeto, de comunhão do amor, em que toda forma de discriminação afronta o princípio basilar do Direito de Família.”³⁴ Na explicação de Cassettari, não pode existir um rol taxativo nas formas de constituição de família, muito menos uma hierarquia entre suas

²⁹ ZYLBERSZTAJN, Joana. **Princípio da Laicidade na Constituição Federal de 1988**. p.37.

³⁰ VENCELAU, Rose Melo. **O Elo perdido da Filiação: entre a paternidade jurídica, biológica e afetiva no estabelecimento do vínculo paterno-filial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

³¹ FUJITA, Jorge Shinguemitsu. **Filiação**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 25.

³² PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios Fundamentais Norteadores para o Direito de Família**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

³³ MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. 5. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 6-7.

³⁴ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios Fundamentais Norteadores para o Direito de Família**. p.167.

espécies, devido ao que a Constituição Federal estabelece em seu artigo 226, que a família é a base de nossa sociedade e que goza de proteção do Estado.³⁵

Essa dificuldade e resistência em aceitar e reconhecer as diversas formas de entidades familiares pode estar inserida de forma implícita, no inconsciente das pessoas, achando que ao aceitar essas novas estruturas familiares, estarão destruindo a “verdadeira” família.³⁶

Entretanto, ainda persiste no imaginário comum, a associação entre família e o conceito tradicional: um pai, uma mãe e seus filhos. Contudo, esta realidade sofre transformações mediante às necessidades sociais na contemporaneidade e é preciso que se reconheça essa pluralização de famílias, flexionando o seu conceito para que não haja nenhuma discriminação a todos os seus arranjos.

Os novos contextos familiares no Brasil ainda sofrem pela ausência de reconhecimento jurídico positivado. Essa falta de reconhecimento das famílias atuais, que são influenciadas por barreiras morais conservadoras, não podem mais impor um tipo considerado como padrão para o conceito de família. Mais uma vez, percebe-se a importância dos princípios quando abordamos a temática do Direito de Família.

Devemos fazer uma análise antropológica, verificando os contextos morais e éticos de quando as legislações que versam sobre o Direito de Família foram promulgadas e analisarmos as mesmas por um olhar que condiz com o contexto atual vivenciado pela nossa sociedade. Devendo aqueles que intercedem pelo reconhecimento e respeito as novas entidades familiares buscarem sempre a justiça, mesmo que ela não possa ser encontrada expressamente em nossas legislações.

A ideia não é renegar os ensinamentos e a cultura religiosa, mas sim saber refletir sobre elas e ter a percepção de até onde ela pode influenciar e induzir nossas atitudes. Até que ponto o indivíduo tem a liberdade de expressar e defender os seus ideais na busca pela igualdade, reciprocidade e respeito, antes que sofra uma pressão social pelos demais por pensar e agir de forma diferente.

As religiões não podem interferir na concessão ou no cerceamento de direitos, baseados em seus ideais éticos e morais. Somos indivíduos diferentes uns dos outros, em que devem ser respeitados e reconhecidos as nossas individualidades que nos caracterizam como tais.

Constata-se portanto, que as religiões possuem um poder significativo em dizer o que representa o conceito de família, baseado em argumentos éticos e morais de sua cultura. Esse poder não só paira sobre o pensamento de seus fieis, mas também influencia na promulgação de legislações que não reconhecem os novos contextos familiares existentes. Neste ponto, percebe-se a importância dos princípios norteadores do Direito de Família, para que estas famílias sintam-se amparadas e reconhecidas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este estudo trata em especial sobre as barreiras criadas pelo controle social exercido pelas religiões no reconhecimento das novas entidades familiares. Analisando o controle social exercido por agentes não estatais, entendidos aqui como aquele controle social empregado por um poder suave de culturas dominantes, das

³⁵ CASSETTARI, Christiano. **Multiparentalidade e Parentalidade Socioafetiva: efeitos jurídicos**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

³⁶ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios Fundamentais Norteadores para o Direito de Família**.

religiões, das comunidades e até mesmo das próprias famílias em influenciar as condutas dos indivíduos e assim não reconhecer aqueles sujeitos que caracterizam-se de forma diferente de sua cultura.

Assim o objetivo deste estudo é esclarecer as relações existentes entre a Religião e o Direito de Família, a fim de compreender a busca pelo reconhecimento das novas entidades familiares, que baseiam-se no desenvolvimento mútuo de seus membros e no afeto existente entre eles.

Logo, podemos observar que as religiões possuem um *Soft Power* (poder suave) de influenciar e conduzir tanto os pensamentos de seus membros, como as legislações para um conceito de família ultrapassado, extremamente conservador que tenta renegar o amor existente entre aquelas famílias que não são frutos do casamento, especialmente quando trata-se de casais homossexuais.

REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

BALLERINI, Franchesco. **Poder Suave (soft power): arte africana; arte milenar chinesa; arte renascentista; balé russo; Bollywood; Bossa-Nova; British invasion; carnaval; cultura mag japonesa; Hollywood; moda francesa; tango; telenovelas.** São Paulo: Summus, 2017.

BRASIL. **Constituição.** Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 10 jul. 2019.

CASSETTARI, Christiano. **Multiparentalidade e Parentalidade Socioafetiva: efeitos jurídicos.** 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

DURKHEIM, Émile. **As regras do método sociológico.** 10 ed. Editorial Presença: Lisboa, 2007.

FUJITA, Jorge Shinguemitsu. **Filiação.** 2. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família.** 5. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

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

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios Fundamentais Norteadores para o Direito de Família.** Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

SANTOS, André Leonardo Copetti; DOGLAS Cesar Lucas. **A (in)diferença no direito.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Advogado, 2015.

TAVARES, Joelmir. Nem Igreja Católica nem governo é o dono da verdade, diz novo presidente da CNBB. Jornal Folha de São Paulo, São Paulo 24 de maio de 2019. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2019/05/nem-igreja-catolica-nem-governo-e-dono-da-verdade-diz-novo-presidente-da-cnbb.shtml>. Acesso em: 30 jul. 2019.

TAYLOR, Charles. **Multiculturalismo**. Lisboa: Instituto Piaget, 1994.

VENCELAU, Rose Melo. **O Elo perdido da Filiação**: entre a paternidade jurídica, biológica e afetiva no estabelecimento do vínculo paterno-filial. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

ZYLBERSZTAJN, Joana. **Princípio da Laicidade na Constituição Federal de 1988**. Tese de Doutorado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2012.

DISCURSOS E AÇÕES: EM BUSCA DA COALIZÃO ENTRE DIREITOS HUMANOS E DIREITO PENAL NA SOCIEDADE (DEMOCRÁTICA) DE RISCO

André Giovane de Castro¹

Aline Michele Pedron Leves²

RESUMO

A sociedade de risco da época atual promove a difusão de discursos sociais pautados no recrudescimento do direito penal em busca de segurança. Com efeito, os direitos humanos são relativizados pelo sistema repressivo-punitivo. Problematisa-se, ao mesmo tempo em que se objetiva encontrar, no contexto do Estado Democrático de Direito brasileiro, possíveis elementos para a coalizão entre direitos humanos e direito penal. Como hipótese embrionária da pesquisa científica, ao fim corroborada, a desigualdade social e a carência cívica, cujo desiderato é a deficitária democracia, são consideradas como razões e, conseqüentemente, como entraves a serem enfrentados em prol da conciliação entre a intervenção estatal e a garantia das liberdades individuais. O estudo é perspectivado pelo método fenomenológico-hermenêutico, aliado à abordagem qualitativa, à técnica exploratória e ao procedimento bibliográfico.

PALAVRAS-CHAVE: Brasil. Direitos Humanos. Direito Penal. Estado Democrático de Direito. Sociedade de Risco.

ABSTRACT

The risk society of the present age promotes the diffusion of social discourses based on the resurgence of criminal law in search of security. Indeed, human rights are relativized by the repressive-punitive system. It is problematized, at the same time, the objective is to find, in the context of the Brazilian Democratic State of Law, possible elements for the coalition between human rights and criminal law. As an embryonic hypothesis of scientific research, in the end corroborated, social inequality and civic deprivation, whose desideratum is deficient democracy, are considered as reasons and, consequently, as obstacles to be faced in order to reconcile state intervention and guarantee of individual freedoms. The study is perspective by the phenomenological-hermeneutic method, allied to the qualitative approach, the exploratory technique and the bibliographic procedure.

KEYWORDS: Brazil. Human Rights. Criminal Law. Democratic State of Law. Risk Society.

INTRODUÇÃO

A simetria entre direitos humanos e direito penal não se apresenta como uma realidade posta ou facilmente atingível. O Estado, na sua conformação da Modernidade, detém, simultaneamente, o *jus puniendi* e o dever de assegurar os preceitos considerados fundamentais à pretensa dignidade da pessoa humana. O cenário que ora se estabelece na conjuntura brasileira não permite evidenciar o relacionamento amistoso entre a intervenção repressivo-punitiva e a proteção do ser humano, como era de se esperar, especialmente porque a Constituição Federal de 1988 instituiu um Estado Democrático de Direito.

¹ Mestrando pelo Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito - Curso de Mestrado em Direitos Humanos da Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul - UNIJUÍ. Bolsista da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - CAPES. Bacharel em Direito pela UNIJUÍ. Integrante do Grupo de Pesquisa do CNPq: Biopolítica & Direitos Humanos. Ijuí, Rio Grande do Sul, Brasil. E-mail: andre_castro500@hotmail.com

² Mestra pelo Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito - Curso de Mestrado em Direitos Humanos da Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul - UNIJUÍ. Bacharel em Direito pela UNIJUÍ. Integrante do Grupo de Pesquisa do CNPq: Direitos Humanos, Governança e Democracia. Advogada. Ijuí, Rio Grande do Sul, Brasil. E-mail: alineleves@hotmail.com

Com base nessa temática e nesse cenário, assim como com escopo na teoria da sociedade de risco, cunhada por Ulrich Beck, a pesquisa científica, aqui proposta, problematiza possíveis elementos à coalização entre direitos humanos e direito penal na sociedade (democrática) de risco configurada na realidade brasileira. O foco do trabalho situa-se na transformação do sistema jurídico-político em virtude do sentimento de insegurança que permeia a área contemporânea e repercute na difusão de discursos e ações, tanto de cunho social quanto institucional, pautados no recrudescimento da lei.

O estudo emerge da hipótese, ao fim corroborada, de que a sensação de ameaça dos tempos hodiernos enseja discursos de maximização da ordem jurídico-criminal em prol da almejada segurança, embora, para isso, seja necessária a mitigação de direitos humanos. A desigualdade social e a carência cívica, no seio da democracia brasileira, são apontadas como possíveis razões e, conseqüentemente, como os entraves a serem enfrentados para a busca de coalização entre direitos humanos e direito penal no intento de conciliar a intervenção repressivo-punitiva com a proteção das liberdades.

À luz do método fenomenológico-hermenêutico, considerado adequado pela aproximação entre sujeito e objeto e pela possibilidade de descortinar as sinuosidades envolventes dos discursos e ações sociais e institucionais, posto que compreende a vivência dos pesquisadores com a realidade investigada, o artigo atende à abordagem qualitativa, à técnica exploratória e ao procedimento bibliográfico com o objetivo de: a) analisar a emergência do Estado, a formação do direito penal e a conformação da sociedade de risco; e b) refletir sobre as perspectivas de coalização entre direitos humanos e direito penal no Brasil.

1 DIREITO PENAL E SOCIEDADE DE RISCO: DO ESTADO QUE NASCE PARA PROTEGER

A ideia de Estado, na sua conformação atual, é uma construção da era moderna. Muitas são as razões fundadoras da instituição estatal, embora todas considerem como seu desiderato a edificação de um conjunto de normas para regular a vida em sociedade. A segurança dos indivíduos encontra-se entre os pilares da gênese do contrato social e estabelece-se, hodiernamente, como um dos principais campos de atuação do poder público, especialmente porque demandado pelo povo a apresentar respostas aos dilemas securitários, os quais se evidenciam cada vez mais intensos.

É possível considerar três vertentes conceituais sobre a origem do ente estatal. Todas integram o que se denomina de teoria contratualista. A noção de contrato pressupõe, nos pensamentos de Thomas Hobbes³, John Locke⁴ e Jean-Jacques Rousseau⁵, a decisão consensual dos indivíduos de entregarem as suas liberdades, absolutas no seio do Estado natural, em prol da criação artificial de um poder central, idealizado como Estado civil, com o intuito de promover a harmonia e a pacificação da vida em coletividade, em que pese a liberdade se tornasse relativa.

³ HOBBS, Thomas. **Leviatã**: ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil. Tradução de Rosina D'Angina. São Paulo: Martin Claret, 2017.

⁴ LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo**. Tradução de Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2002.

⁵ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social**. Tradução de Edson Bini. 2. ed. São Paulo: Edipro, 2015.

Para a concepção hobbesiana, a inexistência de um poder regulador da vida coletiva provoca “uma guerra de todos contra todos”⁶, por meio da qual a força física é que dita as regras da convivência, posto que as paixões naturais do homem são inclinadas à parcialidade, ao orgulho e à vingança. No Estado natural, então, a vida torna-se “solitária, pobre, embrutecida e curta”⁷. Esse é o motivo, sintetizado pelo sentimento de medo e pelo anseio de segurança, que conduz livremente os seres humanos a optarem, com efeito, pela emergência do Leviatã, composto pela figura de todos os súditos.

A preservação da propriedade é a razão central e fundante do pacto na leitura lockeana. A aceitação da submissão do homem ao controle e ao domínio de um poder, que não apenas o seu, resulta da precariedade da fruição dos direitos no Estado de natureza, no âmbito do qual, embora existam direitos, que se poderiam definir como naturais, os seus detentores permanecem sob a constante ameaça de violação⁸. Assim, a abdicação das liberdades decorre da intenção de viver uns com os outros, na condição de sociedade civil ou política, com “segurança, conforto e paz”⁹.

A igualdade é um fator elementar na elaboração do contrato para a visão rousseauiana, de modo a transformar a igualdade natural dos homens em igualdade civil. Esse pressuposto igualitário ocorre porque, “cada um se dando por inteiro, a condição é igual para todos, e a condição sendo igual para todos, ninguém tem o interesse de torná-la onerosa para os outros”¹⁰. O benefício do pacto encontra-se no fato de que, embora iguais naturalmente, os indivíduos são desiguais em força e em gênio, mas, com a ascensão da sociedade civil, “se tornam todos iguais pela convenção e pelo direito”¹¹.

A ambição de segurança, nesse sentido, está atrelada ao nascimento do Estado. É a perspectiva de usufruir da liberdade com mais segurança, sem os temores e a ameaça constante de encontrar inimigos, que obriga os indivíduos, na percepção de Cesare Beccaria, a ceder a liberdade absoluta. O resultado é a constituição da soberania da nação, do soberano do povo e, em específico, no que diz respeito à normatização e à concretização da vida segura, do direito de punir, cuja realização deve estar adstrita ao poder que o constituiu, pois, do contrário, será abusivo, fato e usurpação, e não justiça, direito e legítimo¹².

O direito penal ascende, em tal contexto, como importante ramo jurídico destinado a zelar pela vida segura dos cidadãos, especialmente no âmago de um Estado Democrático de Direito, como é o caso do Brasil. A ordem jurídica de cariz criminal, que dita o certo e o errado, o justo e o injusto, consubstancia-se de condutas consideradas socialmente como inadequadas, definidas, pois, pelos seres humanos e não, evidentemente, por um ente transcendental, nos termos de Augusto Thompson¹³. Caso as ações ou omissões tipificadas forem inobservadas, compete, então, à instituição estatal exercer o *jus puniendi*.

A partir disso, a questão que se coloca é buscar entender quando e por que o Estado pode intervir na liberdade dos indivíduos. Para Claus Roxin, a razão de seu uso deve se restringir a uma função social desempenhada pelo direito penal, motivo pelo qual o aparelho repressivo-punitivo restringe-se ao alcance de

⁶ HOBBS, Thomas. **Leviatã**: ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil. p. 108.

⁷ HOBBS, Thomas. **Leviatã**: ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil. p. 138.

⁸ LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo**.

⁹ LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo**. p. 76.

¹⁰ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social**. p. 20.

¹¹ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social**. p. 27.

¹² BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução de Torrieri Guimarães. 7. ed. São Paulo: Martin Claret, 2012.

¹³ THOMPSON, Augusto. **Quem são os criminosos?** Rio de Janeiro: Achiamé, 1983.

metas vistas como inviáveis mediante outras maneiras¹⁴. Trata-se, a bem da verdade, da clássica idealização do uso do monopólio da violência legítima, obtido pelo ente estatal em virtude do pacto social, em *ultima ratio*, ou seja, em última situação, quando outra, menos interventiva, não for suficiente.

Dessa forma, o sistema de justiça criminal existe, de acordo com Roxin, com o propósito de “uma vida em comunidade livre e pacífica”¹⁵. No entanto, se a vida no Estado de natureza era, em tese, absolutamente livre, a liberdade no Estado civil não pode, consequentemente, ser totalmente restringida, mas à proporção que for necessária para a convivência benéfica a todos. Com efeito, faz-se imperioso que se encontre “um equilíbrio entre o poder de intervenção estatal e a liberdade civil, que então garanta a cada um tanto a proteção estatal necessária como também a liberdade individual possível”¹⁶.

A tipificação de delitos corresponde, assim, à determinação de hipóteses de não fazer, isto é, de deveres. No instante em que o cidadão descumpre os tipos penais, o Estado, em nome de todo o corpo social e político, age com o intuito de punir o transgressor. Essa lógica evidencia o entrelaçamento dos deveres com os direitos, notadamente porque as situações selecionadas como criminosas representam, em suma, a violação de direitos. Pode-se assinalar, então, que o direito penal tutela bens jurídicos, os quais, quando infringidos, repercutem em sanção pública, e não privada, como ocorria no Estado natural.

Para Mariângela Gama de Magalhães Gomes, a relação entre o direito penal e os direitos humanos pode se conformar, basicamente, de duas formas, quais sejam: em primeiro lugar, “os direitos humanos podem atuar com uma função crítica ao direito penal, impondo a diminuição do poder do Estado para que não seja opressivo aos indivíduos”, e, em segundo lugar, “podem representar uma função promocional, ou seja, exigindo sua proteção como forma de garantir sua efetividade”¹⁷. Trata-se, pois, de considerar os direitos humanos como verdadeiros instrumentos de contenção ou limitação e, inclusive, como objetos do direito penal.

Essa cristalização do direito penal e dos direitos humanos, em que pese historicamente seja conflituosa, fragiliza-se atualmente, de maneira acentuada, frente à configuração da sociedade de risco. A sociedade de risco – expressão cunhada pelo sociólogo alemão Ulrich Beck – refere-se ao contínuo sentimento de medo no bojo de um corpo social marcado pela imprevisibilidade das relações entre os seres humanos e pelo irrefreável avanço tecnológico e científico¹⁸. Na percepção de Zygmunt Bauman e Ezio Mauro, hoje, diferentemente dos perigos de outrora, os riscos sociais já “não são visíveis a olho nu”¹⁹ e, portanto, podem surgir em qualquer lugar do planeta e a qualquer momento da história civilizacional.

O contexto de riscos da modernidade tardia, nos termos de Beck, ou, como também pode ser identificada, da contemporaneidade, cria uma aura de permanente insegurança, embora seja um fenômeno produzido e sentido pela própria civilização²⁰. Caracterizados, na lição de Beck, como a “possibilidade de

¹⁴ ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do direito penal**. Organização e tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

¹⁵ ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do direito penal**. p. 17.

¹⁶ ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do direito penal**. p. 17.

¹⁷ GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. **Direito penal e direitos humanos: análise crítica da jurisprudência punitivista da Corte Interamericana de Direitos Humanos**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018. p. 98-99.

¹⁸ BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**. Tradução de Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2010.

¹⁹ BAUMAN, Zygmunt; MAURO, Ezio. **Babel: entre a incerteza e a esperança**. Tradução de Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2016. p. 75.

²⁰ BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**.

acontecimentos e desenvolvimentos futuros”, os riscos “tornam presente um estado do mundo que (ainda) não existe”²¹ e são oriundos da industrialização, da ciência, da tecnologia e – por que não dizer – das relações humanas. Esse contexto deriva do fenômeno da globalização.

A globalização, que se alavancou no século XX, estabeleceu-se, no século XXI, como o paradigma das relações sociais. Desse modo, na visão de Miguel Tedesco Wedy, o fenômeno, “seja qual for seu grau de impactação nas sociedades, é um fator transcendente que influencia, de forma decisiva, as políticas criminais”²². O Estado, especialmente na sua atribuição embrionária de propiciar segurança aos cidadãos, é convocado, conseqüentemente, em um cenário tal, para oferecer respostas aos dilemas dos tempos hodiernos. O ente estatal, sobremaneira, utiliza, então, do direito penal.

A decisão de instrumentalizar o direito penal para o enfrentamento às causas ou aos agentes perturbadores da vida coletiva enseja, no entanto, conflitos com os direitos humanos. Torna-se forçoso, à vista disso, evidenciar as sinuosidades que engendram esse processo de colisão, essencialmente no âmago do Estado Democrático de Direito brasileiro, com o intuito de compreendê-las e, principalmente, perspectivar possíveis maneiras de transpor o choque constituído, portanto, entre o anseio de segurança e a necessidade de proteção dos direitos de todos os seres humanos.

2 AO ESTADO QUE VIOLA DIREITOS HUMANOS: PERSPECTIVAS SOBRE O BRASIL

O sentimento de insegurança parece estar impregnado à realidade de hoje e retratar a chamada sociedade de risco. É possível apontar que no Brasil se estabelece uma sociedade (democrática) de risco. As ameaças e os perigos estão em todos os lugares e podem ser consumados em todos os momentos. Os cidadãos, ao sentirem medo, pleiteiam medidas estatais para enfrentar os dilemas e, especialmente, combater os causadores desse mal-estar. Em um Estado Democrático de Direito, o sistema de justiça criminal tende a resultar da vontade – democrática – dos indivíduos, o que, contudo, exige cautela.

O discurso – que, para Michel Foucault²³, se veste de funções de controle, de limitação e de validação de regras em distintas épocas e sociedades – assume relevância na conjuntura nacional, essencialmente nos campos social e político. O discurso pode ascender com a pretensão de afirmar uma verdade, que, na concepção de Hannah Arendt²⁴, se configura a partir dos tempos modernos como uma construção humana. Essa verdade decorre do discurso social e/ou institucionalmente respeitado e temido ou – o que pode ser compreendido da mesma forma – legitimado²⁵.

Os discursos difundidos socialmente, em meio ao sentimento de medo, especialmente relacionado à criminalidade comum, concebida como os delitos de rua, pautam-se pelo recrudescimento do direito penal. O

²¹ BECK, Ulrich. **Sociedade de risco mundial**: em busca da segurança perdida. Tradução de Marian Toldy e Teresa Toldy. Lisboa: Edições 70, 2015. p. 31-32.

²² WEDY, Miguel Tedesco. **A eficiência e sua repercussão no direito penal e no processo penal**. Porto Alegre: Elegancia Juris, 2016. p. 32.

²³ FOUCAULT, Michel. **A ordem do discurso**: aula inaugural no Collège de France, pronunciada em 2 de dezembro de 1970. Tradução de Laura Fraga de Almeida Sampaio. 5. ed. São Paulo: Edições Loyola, 1996.

²⁴ ARENDT, Hannah. **Entre o passado e o futuro**. Tradução de Mauro W. Barbosa de Almeida. 2. ed. São Paulo: Perspectiva, 1988.

²⁵ FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**. Tradução e organização de Roberto Machado. 17. ed. Rio de Janeiro: Edições Graal, 2002.

problema, contudo, assenta-se no fato de que a maior interferência do sistema criminal na vida dos indivíduos tende a reduzir as liberdades, isto é, a mitigar os direitos humanos. Todavia, na leitura de Beck, “cuando los seres humanos tienen miedo, están dispuestos a aceptar sin preguntas ni resistencias unas injerencias en aspectos fundamentales de su vida que antes hubieran sido impensables”²⁶.

Diante de um discurso, social e, ao mesmo tempo, democraticamente construído, em face da criminalidade, como se tornasse, então, uma verdade, exsurge o anseio punitivo, representado pela máxima repressão e punição dos violadores das normas consideradas de boa convivência. O direito penal, com efeito, segundo Débora Regina Pastana, eleva-se à “tábua de salvação”²⁷, a qual parece ser cada vez mais aceita pelo corpo social quanto mais rígida for exercida. De tal modo, o direito penal caracteriza-se não mais como *ultima ratio* e, sim, como *prima ratio*.

No Brasil, o sistema penal, conforme Pastana, “opera no sentido do ‘excesso de ordem’, único capaz de tranquilizar nossa atual sociedade de consumo hedonista e individualista”²⁸, embora, muitas vezes, seus efeitos sejam tão somente simbólicos, mas não efetivos no combate à criminalidade. O único resultado seja, quiçá, o de acalmar, instantaneamente, os medos dos cidadãos, que aparentam, no bojo democrático, postular a redução do próprio Estado Democrático de Direito, consubstanciado, em tese, pela proteção dos direitos humanos, como prevê a Constituição Federal de 1988.

Assim, o sistema penal brasileiro, mascarado de democrático, consoante Pastana, “representa, ao contrário, uma violência institucional ilegítima, diluída na banalização da desigualdade e reforçada na seletividade da punição e consequente aniquilação do agressor”²⁹. Isso pode ser definido, segundo João Ricardo Dornelles, como “eficientismo penal”, por meio do qual se configura uma “política de resultados” céleres aos conflitos sociais, com a renúncia “às garantias legais processuais da tradição do direito penal liberal e presentes nos princípios constitucionais modernos e nos tratados internacionais”³⁰.

A resposta do Estado aos riscos da era contemporânea parece estar, pois, no direito penal. Essa atuação do ente estatal, a teor de Ana Isabel Pérez Cepeda, seria, *a priori*, desejável, mas sempre com a observância dos ideais de um Estado de Direito e com a responsabilização adequada e coerente ao modelo jurídico³¹. No entanto, o que se constata com a politização do aparato criminal é o almejo da opinião pública por resultados rápidos; para isso, “los políticos reaccionan debilitando las garantías relativas a la seguridad jurídica e introduciendo medidas legislativas simbólicas”³², salienta Pérez Cepeda.

Urge, segundo André Leonardo Copetti Santos e Douglas Cesar Lucas, que se pense na relação atual de direito penal com democracia, pois compõe o alicerce do fenômeno democrático, posto que “a quantidade e a qualidade da utilização da violência legítima pelo Estado exerce uma forte determinação sobre a condição

²⁶ BECK, Ulrich. **Poder y contra-poder en la era global: la nueva economía política mundial**. Tradução de R. S. Carbó. Barcelona: Paidós, 2004. p. 358.

²⁷ PASTANA, Débora Regina. Os contornos do Estado punitivo no Brasil. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, Curitiba, v. 46, dez. 2007. p. 210.

²⁸ PASTANA, Débora Regina. Os contornos do Estado punitivo no Brasil. p. 210.

²⁹ PASTANA, Débora Regina. Os contornos do Estado punitivo no Brasil. p. 212.

³⁰ DORNELLES, João Ricardo. **Conflito e segurança: entre pombos e falcões**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 49.

³¹ PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel. **La seguridad como fundamento de la deriva del derecho penal postmoderno**. Madri: Iustel, 2007.

³² PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel. **La seguridad como fundamento de la deriva del derecho penal postmoderno**. p. 51.

democrática de uma sociedade e sua organização política”³³. Essa necessidade torna-se especial em sociedades díspares, como é a do Brasil, haja vista ser notória a utilização discricionária, desigual e injustificada do aparato coercitivo, por quem detém o poder, em face dos marginalizados³⁴.

Clarifica-se, em um contexto de desigualdade social, como o brasileiro, de acordo com Copetti Santos e Lucas, que aqueles que ascendem ao poder, em regra, tomam as decisões e constroem o sistema – no caso, criminal – que será aplicado, geralmente, sobre “aqueles que não conseguem, por falta de competitividade, ascender aos lugares decisórios do poder político”³⁵. Isso torna evidente, então, que o cariz democrático do país se adstringe, por vezes, tão somente ao texto legal, pois os deveres parecem direcionar-se a alguns e os direitos, a outros, a depender do poderio que detêm.

A cidadania, desde há muito, pode ser apontada como exigência à relação amistosa entre direito penal e direitos humanos. Na lição de André Leonardo Copetti Santos e João Martins Bertaso, a cidadania refere-se a um direito humano básico e, ao vincular-se com os direitos humanos e com a democracia, implica considerá-la como a “prática dos direitos humanos; e os direitos humanos se consolidando pela realização da cidadania”³⁶. Em um seio democrático e nas imbricações do sistema penal, ser cidadão é ser penalizado nos marcos jurídicos e ser, efetivamente, incluído no corpo social e político³⁷.

Há, contudo, um problema. Os membros de uma sociedade, como a brasileira, devem sentir-se partícipes do corpo político e social, notadamente porque o seu papel não se restringe ao voto nos pleitos eleitorais. Para Alain Touraine, a “democracia terá possibilidades de se desenvolver plenamente quando os atores sociais e atores políticos estiverem ligados uns aos outros e, portanto, quando a representatividade social dos governantes estiver garantida”³⁸, o que exige o fomento do civismo, assim como a não utilização da deficitária cidadania como motivo para a violação estatal de direitos humanos.

Em um Estado que se pretenda, verdadeiramente, democrático, mas com uma sociedade que não se sente e não se realiza democraticamente, por diversas razões, os dilemas coletivos são difíceis de serem dirimidos, pois não se estabelece a comunhão dos cidadãos. O entrave brasileiro, no caso do discurso punitivo transformado em ação, é nítido, especialmente se constatada a legitimidade social de atos bárbaros perpetrados pela polícia e no cárcere, posto que, nos termos de Felipe Lazzari da Silveira, “no Brasil, a violência estatal em não raras oportunidades recebe o apoio da população”³⁹.

Não obstante, com o emergir da Modernidade, consoante Copetti Santos e Lucas, o indivíduo foi reconhecido como portador de direitos e, por conseguinte, protegido em face das intervenções estatais

³³ COPETTI SANTOS, André Leonardo; LUCAS, Douglas Cesar. Sobre as (im)possíveis relações entre novas penologias e democracia: um estudo no Brasil penal contemporâneo. **Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas**, Bebedouro, v. 5, n. 1, p. 1-33, 2017. p. 19.

³⁴ COPETTI SANTOS, André Leonardo; LUCAS, Douglas Cesar. Sobre as (im)possíveis relações entre novas penologias e democracia: um estudo no Brasil penal contemporâneo.

³⁵ COPETTI SANTOS, André Leonardo; LUCAS, Douglas Cesar. Sobre as (im)possíveis relações entre novas penologias e democracia: um estudo no Brasil penal contemporâneo. p. 21-22.

³⁶ COPETTI SANTOS, André Leonardo; BERTASO, João Martins. Reflexões sobre o déficit de cidadania na construção normativa do sistema penal brasileiro. **Revista Justiça do Direito**, Passo Fundo, v. 31, n. 2, p. 246-278, maio/ago. 2017. p. 253.

³⁷ COPETTI SANTOS, André Leonardo; LUCAS, Douglas Cesar. Sobre as (im)possíveis relações entre novas penologias e democracia: um estudo no Brasil penal contemporâneo.

³⁸ TOURAINE, Alain. **O que é a democracia?** Tradução de Guilherme João de Freitas. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 1996. p. 92.

³⁹ SILVEIRA, Felipe Lazzari da. **A tortura continua!**: o regime militar e a institucionalização da violência e do autoritarismo nas instituições de segurança pública. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. p. 152.

arbitrárias; logo, no bojo do pacto social, o ser humano torna-se “o fundamento e o limite do poder”⁴⁰. Na mesma esteira é o pensamento de Gilmar Antonio Bedin, para quem, com a assunção do sistema jurídico da era moderna, diversamente de outros sistemas, o acusado dispõe de direitos, os quais “transformam a pessoa acusada, de mero objeto do poder punitivo do Estado, em sujeito de direitos”⁴¹.

O Estado deve atender à atribuição de garantir segurança, mas, ao mesmo tempo, observar a condição de humanidade do ser humano, pois, na visão de Luigi Ferrajoli, “um Estado que mata, que tortura, que humilha um cidadão não perde qualquer legitimidade, senão que contradiz sua razão de ser, colocando-se no nível dos mesmos delinquentes”⁴². Não haveria sentido, aliás, que os cidadãos se submetessem a uma instituição estatal, cuja origem concerne à proteção dos direitos, se esta contrariasse a sua função declarada e violasse os respectivos preceitos.

O que se verifica, no Brasil, a teor de Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth e Joice Graciele Nielsson, é que, não obstante a retomada do modelo democrático com a Constituição Federal de 1988, se mantém “uma sociedade profundamente autoritária, hostil aos mais elementares avanços em termos de direitos humanos”⁴³. O resultado disso é que a nascente democracia nacional “vai se esfacelando e se transformando em uma maquiagem, que confere a aparência de um Estado Democrático, e ao invés de ampliar e efetivar direitos, suprime-os paulatinamente”⁴⁴.

Os discursos sociais, no âmbito de uma sociedade (democrática) de risco, evidenciam, portanto, a pauta de recrudescimento do direito penal e, via de consequência, a sua institucionalização no âmago do Estado. De tal feita, o aparato jurídico-criminal expande-se repressiva e punitivamente, mediante a violação de direitos humanos, inclusive, à vista do exposto, com a anuência do corpo social e político. A desigualdade social e a carência cívica, como marcas desse cenário, são os elementos a serem enfrentados para uma possível coalizão entre direito penal e direitos humanos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A pesquisa, aqui delineada, assumiu o propósito de investigar a relação entre direitos humanos e direito penal na sociedade (democrática) de risco brasileira com o intuito de apontar possíveis elementos para a coalização entre a intervenção jurídico-criminal e a proteção das liberdades individuais. Para isso, procedeu-se à análise da ascensão do Estado e, consequentemente, do direito de punir, da estruturação da sociedade de risco nos tempos atuais, do sentimento de insegurança e da difusão de pautas securitárias alicerçadas no recrudescimento do sistema de justiça criminal com a mitigação de direitos.

⁴⁰ COPETTI SANTOS, André Leonardo; LUCAS, Douglas Cesar. **A (in)diferença no direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015. p. 43.

⁴¹ BEDIN, Gilmar Antonio. **Os direitos do homem e o neoliberalismo**. 3. ed. rev. e ampl. Ijuí: Unijuí, 2002. p. 52.

⁴² FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Tradução de Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares, Luiz Flávio Gomes. 3 ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 364.

⁴³ WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi; NIELSSON, Joice Graciele. A (in)discernibilidade entre democracia e estado de exceção no Brasil contemporâneo: uma leitura a partir de Giorgio Agamben. **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC**, Fortaleza, v. 38, n. 2, p. 93-116, jul./dez. 2018. p. 103.

⁴⁴ WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi; NIELSSON, Joice Graciele. A (in)discernibilidade entre democracia e estado de exceção no Brasil contemporâneo: uma leitura a partir de Giorgio Agamben. p. 104.

Constatou-se, no âmago do contexto brasileiro, a colisão do direito penal com os ideais do Estado Democrático de Direito instituído no país com a Constituição Federal de 1988, no bojo da qual um rol extenso e não taxativo de direitos fundamentais foi elencado. O direito penal, que deveria, de um lado, tutelar os bens jurídicos indispensáveis à pretensa harmonia e pacificação do corpo social, assim como, de outro lado, reduzir e conter a intervenção estatal, parece afastar-se de sua missão e violar os preceitos considerados essenciais à dignidade da pessoa humana em prol da aura de segurança.

O aparato repressivo-punitivo brasileiro caminha em descompasso, por vezes, aos postulados democráticos e garantistas. Na sociedade atual, frente ao sentimento de insegurança, o Estado age, em medida, incongruentemente na resolução dos conflitos sociais. A desigualdade social e a carência cívica, cujo resultado é a deficiência democrática, ensejam discursos de maximização do direito penal, mesmo se direitos humanos devam ser relativizados, como se a ordem jurídico-criminal fosse a medida indispensável à promoção da boa convivência do corpo social, e não a atuação estatal nas áreas sociais.

A condição de cidadão, com a redução das desigualdades e não das suas liberdades, representa a possibilidade de o indivíduo estar na plenitude de seus direitos culturais, econômicos, políticos, sociais e, especialmente, de viés humanitário. A coalizão entre direitos humanos e direito penal perpassa, à vista do exposto, pela ação do Estado nas áreas sociais, com o intuito de diminuir as desigualdades e fomentar a cidadania, cuja consequência, nos limites desta pesquisa, pode ser compreendida pela possibilidade de construção de um verdadeiro Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

ARENDT, Hannah. **Entre o passado e o futuro**. Tradução de Mauro W. Barbosa de Almeida. 2. ed. São Paulo: Perspectiva, 1988.

BAUMAN, Zygmunt; MAURO, Ezio. **Babel: entre a incerteza e a esperança**. Tradução de Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2016.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução de Torrieri Guimarães. 7. ed. São Paulo: Martin Claret, 2012.

BECK, Ulrich. **Poder y contra-poder en la era global: la nueva economía política mundial**. Tradução de R. S. Carbó. Barcelona: Paidós, 2004.

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**. Tradução de Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2010.

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco mundial: em busca da segurança perdida**. Tradução de Marian Toldy e Teresa Toldy. Lisboa: Edições 70, 2015.

BEDIN, Gilmar Antonio. **Os direitos do homem e o neoliberalismo**. 3. ed. rev. e ampl. Ijuí: Unijuí, 2002.

COPETTI SANTOS, André Leonardo; BERTASO, João Martins. Reflexões sobre o déficit de cidadania na construção normativa do sistema penal brasileiro. **Revista Justiça do Direito**, Passo Fundo, v. 31, n. 2, p. 246-278, maio/ago. 2017. Disponível em: <http://seer.upf.br/index.php/rjd/article/view/7097/4342>. Acesso em: 28 maio 2019.

COPETTI SANTOS, André Leonardo; LUCAS, Douglas Cesar. **A (in)diferença no direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

COPETTI SANTOS, André Leonardo; LUCAS, Douglas Cesar. Sobre as (im)possíveis relações entre novas penologias e democracia: um estudo no Brasil penal contemporâneo. **Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas**, Bebedouro, v. 5, n. 1, p. 1-33, 2017. Disponível em: http://www.unifafibe.com.br/revista/index.php/direitos-sociais-politicas-pub/article/view/195/pdf_1. Acesso em: 17 maio 2019.

DORNELLES, João Ricardo. **Conflito e segurança**: entre pombos e falcões. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Tradução de Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares, Luiz Flávio Gomes. 3 ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FOUCAULT, Michel. **A ordem do discurso**: aula inaugural no Collège de France, pronunciada em 2 de dezembro de 1970. Tradução de Laura Fraga de Almeida Sampaio. 5. ed. São Paulo: Edições Loyola, 1996.

FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**. Tradução e organização de Roberto Machado. 17. ed. Rio de Janeiro: Edições Graal, 2002.

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. **Direito penal e direitos humanos**: análise crítica da jurisprudência punitivista da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018.

HOBBS, Thomas. **Leviatã**: ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil. Tradução de Rosina D'Angina. São Paulo: Martin Claret, 2017.

LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil**. Bauru: Edipro, 2014.

PASTANA, Débora Regina. Os contornos do Estado punitivo no Brasil. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, Curitiba, v. 46, dez. 2007. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/1498>. Acesso em: 28 maio 2019.

PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel. **La seguridad como fundamento de la deriva del derecho penal postmoderno**. Madri: Iustel, 2007.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social**. Tradução de Edson Bini. 2. ed. São Paulo: Edipro, 2015.

ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do direito penal**. Organização e tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

SILVEIRA, Felipe Lazzari da. **A tortura continua!:** o regime militar e a institucionalização da violência e do autoritarismo nas instituições de segurança pública. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

THOMPSON, Augusto. **Quem são os criminosos?** Rio de Janeiro: Achiamé, 1983.

TOURAINE, Alain. **O que é a democracia?** Tradução de Guilherme João de Freitas. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 1996.

WEDY, Miguel Tedesco. **A eficiência e sua repercussão no direito penal e no processo penal**. Porto Alegre: Elegancia Juris, 2016.

WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi; NIELSSON, Joice Graciele. A (in)discernibilidade entre democracia e estado de exceção no Brasil contemporâneo: uma leitura a partir de Giorgio Agamben. **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC**, Fortaleza, v. 38, n. 2, p. 93-116, jul./dez. 2018. Disponível em: <http://www.periodicos.ufc.br/nomos/article/view/20662/95965>. Acesso em: 05 abr. 2019.

PREVIDÊNCIA SOCIAL: A NECESSIDADE DE CRIAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DE PROTEÇÃO SOCIAL ÀS RELAÇÕES FAMILIARES

Clovis Gorzevski¹

Priscilla Paola Severo²

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo ressaltar a importância da criação do Auxílio-Doença Parental, face a inexistência de proteção a este risco social que afeta a dignidade da pessoa humana, uma vez que atinge a proteção integral da criança e amparo aos idosos, ambos assegurados expressamente pela atual Constituição Federal. A problemática do trabalho consiste em demonstrar qual a importância da criação do benefício previdenciário de Auxílio-Doença Parental na efetivação dos direitos humanos. Inicialmente discorreu-se acerca das conquistas dos direitos humanos de segunda geração cujo direito à previdência social está inserido. Posteriormente, foi abordado o conceito do benefício previdenciário de Auxílio-Doença Parental. Por fim, demonstrou-se a proteção social às famílias, em especial às crianças e idosos, diante da regulamentação legal do novo benefício no Regime Geral da Previdência Social. Para tanto, utiliza-se a metodologia dedutiva e como técnica de pesquisa a bibliográfica que consiste, basicamente, na pesquisa e interpretação doutrinária.

PALAVRAS-CHAVE: Previdência Social; Políticas Públicas; Criança; Idoso; Auxílio-doença Parental.

ABSTRACT

The objective of this study is to emphasize the importance of the creation of Parental Aid-Disease, given the lack of protection to this social risk that affects the dignity, once it reaches the integral protection of the child and protection for the elderly, both assured expressly by the Constitution. The problem is to demonstrate how important is the creation of this benefit in the realization of human rights. Initially it has been discussed the achievements of second generation of human rights whose right to social security is embedded. Subsequently, the concept of the parental benefit was analyzed. Finally, the social protection of families, especially children and the elderly, has been demonstrated in view of the legal regulation of the new benefit in the General System. For that, the deductive methodology has been used and as a research technique the bibliographical one that consists, basically, in the research and doctrinal interpretation.

KEYWORDS: Social Security; Public policy; Children; Elderly; Parental Aid-Disease.

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 traz de forma inequívoca a necessidade de proteção social e construção de políticas públicas capazes de satisfazer o bem-estar social idealizado pelo constituinte. Esta adotou como forma o Estado Democrático de Direito e não só introduziu no sistema constitucional garantias à proteção aos direitos fundamentais, como determinou no decorrer do texto formas de garanti-los e promove-los via políticas públicas.

É nesse sentido que o estudo dos direitos humanos se mostra importante na leitura da necessidade de ampliação da proteção social, pois estes representam o direito à pessoa humana ao desenvolvimento de uma vida digna, com direito à evolução das suas qualidades e consciência. Para tanto, como meio de concretizar e

¹ Advogado, doutor em direito (Universidad de Burgos, 2001), pós-doutor em direito (CAPES – Universidad de Sevilla, 2007), pós-doutor (CAPES – Fundación Carolina – Universidad de La Laguna, 2010). Professor-pesquisador do Programa de PPGD – Mestrado/Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. E-mail: clovisg@unisc.br.

² Mestranda no Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado – da Universidade de Santa Cruz do Sul, na linha de Políticas Públicas de Inclusão Social. Integrante do grupo de pesquisa de Direitos Humanos, coordenado pelo Prof. Pós Dr. Clovis Gorzevski. Advogada. E-mail: priscillasevero@hotmail.com.

assegurar a dignidade da pessoa humana encontram-se os direitos sociais e direito à previdência que integram uma conquista histórica relacionada à segunda geração de direitos humanos.

Partindo deste pressuposto, a presente abordagem resulta da pesquisa da necessidade da criação de um novo benefício previdenciário, o chamado Auxílio-Doença Parental, estabelecendo a sua criação como uma forma de política pública de Seguridade Social capaz de concretizar os direitos humanos, em razão da garantia ao direito a uma vida digna, além da bem como assegurar o direito fundamental à família e a proteção integral às crianças.

É importante destacar que há insuficiente abordagem científica pelos operadores do direito sobre o tema objeto da presente pesquisa, embora esta matéria seja de caráter de grande relevância social. Isto porque, em termos práticos, a situação dos segurados do Regime Geral da Previdência Social que, atualmente, encontram-se desamparados pelo sistema é recorrente, agravando o risco social envolvido diante da falta de regulamentação legal deste direito.

Partindo desse pressuposto, no primeiro capítulo estudou-se as conquistas dos direitos humanos, até a conquista histórica dos direitos humanos de segunda geração, em destaque os direitos sociais e direito à previdência, que intimamente encontram-se relacionados ao benefício cuja criação é defendida pela presente pesquisa. Após estabelecer a conexão entre direitos humanos e necessidade de ampliação da proteção social, via criação de novo benefício previdenciário, este utilizado como argumento capaz de concretizar aquele, buscou-se conceituar, no segundo capítulo, o Auxílio-Doença Parental, além de demonstrar de que forma este se estabelece no Sistema de Seguridade Social.

No terceiro capítulo, estudou-se onde encontra-se os riscos sociais envolvidos ante a falta de regulamentação deste benefício e conseqüentemente, demonstrou-se as conseqüências positivas na sua inserção junto ao Regime Geral da Previdência Social. Para tanto, utiliza-se a metodologia dedutiva e como técnica de pesquisa a bibliográfica que consiste, basicamente, na pesquisa e interpretação doutrinária.

1 DIREITOS HUMANOS SOCIAIS: A BUSCA POR PRESTAÇÕES POSITIVAS

A efetivação dos Direitos Humanos propostos desde seus primórdios, no antigo testamento não deixa de estar intimamente ligado ao sistema de Seguridade Social de um país, que por sua vez conecta-se com a ideia de proteção social, sendo esta uma grande e eficaz fonte geradora do idealizado bem-estar social via políticas públicas de inclusão social. Olhando sob uma perspectiva geral, é possível afirmar que os direitos humanos representam direitos intrínsecos à pessoa humana em prol de uma vida digna, sendo que, uma das formas de concretizá-los, é mediante a criação de políticas públicas de Seguridade Social. Mais precisamente, são o que os direitos humanos de segunda geração representam, o direito ao bem-estar social.

Para tanto, inicialmente, faz-se necessário o aprofundamento no estudo acerca dos direitos humanos a fim de relacionar a sua efetivação com a ampliação da proteção social via políticas públicas de Seguridade Social. Dessa forma, tem-se que os direitos humanos

são direitos inerentes ao ser humano. Inerentes no sentido de que não são meras concessões da sociedade política, mas nascem com o homem, fazem parte da própria

natureza humana e da dignidade que lhe é intrínseca; e são fundamentais, porque sem eles o homem não é capaz de existir, de se desenvolver e participar plenamente da vida; e são universais, porque exigíveis de qualquer autoridade política em qualquer lugar³.

Considerando a sua condição intrínseca aos homens, os direitos humanos deixam de se limitar aos direitos positivados e representam valores superiores que permanecem geração após geração, moldando-se à evolução da sociedade, mantendo, contudo, o seu conteúdo basilar de proteção à dignidade da pessoa humana. É nesta concepção que se encontra a diferença entre direitos humanos e direitos fundamentais, muitas vezes utilizados de forma equivocada como sinônimos. Os primeiros se referem a valores superiores enquanto os segundos encontram-se positivados pelo ordenamento jurídico⁴.

Em se tratando de direitos humanos, conforme o próprio nome já diz, são direitos “humanos”, bastando possuir a condição de humano para ser titular destes direitos ditos universais, uma vez que não se faz distinção de nacionalidade, gênero, etnia ou religião, embora a sua efetiva aplicação prática enfrente dificuldade em razão do relativismo cultural⁵.

Há que se destacar que os direitos humanos são conquistas históricas, porquanto firmados e positivados de acordo com o que uma sociedade necessita em um determinado contexto político-temporal. Enquanto a primeira geração, que surge ao longo do século XVIII e XIX, é marcada por um contexto cuja necessidade volta-se à atuação negativa do estado, que apenas deve abster-se de atuar de forma que pudesse violar o direito à liberdade, a segunda geração, logo em seguida, no século XX, é marcada pela exigência positiva do estado, cuja responsabilidade é de garantir o bem-estar social, com destaque aos direitos sociais, culturais e econômicos.⁶

Nesse compasso, a positivação de direitos de segunda geração traduz a necessária participação positiva do Estado, no sentido de agir e poder ser exigido a garantir os **direitos sociais, econômicos e culturais, uma vez que** a constituição não só instituiu direitos fundamentais como determinou a promoção destes vias políticas públicas e programas sociais com a preocupação de buscar a igualdade material. É possível observar a partir disso, que a Constituição Federal de 1988, possui *status* de “Constituição de Estado Social”⁷.

Dessa forma, direitos sociais representam uma conquista histórica e foram recepcionados pela atual Constituição Federal de forma clara e determinante no seu texto:

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.⁸

³ GORCZEVSKI, Clovis. **Direitos humanos: dos primórdios da humanidade ao Brasil de hoje**. 1. ed. Porto Alegre: Imprensa Livre, 2005.

⁴ GORCZEVSKI, Clovis. **Direitos humanos, educação e cidadania: conhecer, educar, praticar**. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2016.

⁵ [COSTA, M. M. M.](#) da; MARTÍN, Belloso Núria. **Diálogos Jurídicos entre o Brasil e Espanha: da exclusão social aos direitos sociais**. 1. ed. Porto Alegre: Imprensa Livre, 2008.

⁶ GORCZEVSKI, Clóvis. **Direitos humanos, educação e cidadania: conhecer, educar, praticar**.

⁷ GORCZEVSKI, Clóvis. **Direitos humanos, educação e cidadania: conhecer, educar, praticar**, p. 211.

⁸ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, Distrito Federal: Senado Federal, 1988.

Dentre os direitos acima elencados, o direito à previdência social, inserido no sistema de Seguridade Social, representa um forte instrumento na efetividade dos direitos sociais, atuando em conjunto com os demais pilares do sistema: saúde e assistência social.

A garantia e proteção constitucional dada aos direitos sociais é inquestionável, da mesma forma que sua importância na promoção do bem-estar e da justiça social. Contudo, não é possível observá-los de maneira esparsa: todos os direitos fundamentais (sejam eles de quaisquer gerações) são conquistas e processos históricos, devendo ser analisados de forma conjunta, uma vez que todos tem sua parcela de importância no desenvolvimento do cidadão a uma vida digna.

Nos dias atuais, é possível observar uma certa distância entre o conteúdo material de direitos humanos e fundamentais como essência protetiva e sua efetiva aplicação prática. Embora a existência e, principalmente, a importância dos direitos humanos seja, de fato, reconhecida, a falta de garantias e acesso a estes direitos gera a sua descrença na aplicabilidade prática, isto porque, não são todas as pessoas que desfrutam de direitos ditos fundamentais e humanos. Para exemplificar, esta é a situação vivida na maioria dos países da América Latina, considerando o abismo entre o discurso normativo e sua efetivação e, é partindo dessas situações que a universalidade destes direitos deixa de ser absoluta, possuindo caráter, na verdade, relativo⁹.

Embora tenha se observado este distanciamento entre o conteúdo material e sua efetivação prática, ao analisar sua condição inerente à pessoa, os direitos humanos transformam-se junto aos clamores da sociedade, que além de cobrar pela efetivação de políticas públicas já integradas, anseia por novas propostas, políticas e atores sociais. Por esta razão, os direitos humanos permanecem no horizonte, e ao se aproximar deles, estes se afastam, possibilitando a descoberta de novos direitos ainda não pensados e consequentemente, a ampliação da tutela protetiva.¹⁰

Nesse contexto, é possível afirmar que a Seguridade Social, representando um sistema de proteção social, é uma das formas de concretizar os direitos humanos, via criação e ampliação de políticas públicas de proteção e inclusão social em favor das pessoas que sofrem de infortúnios capazes de impossibilitá-las ao acesso à proteção básica: o direito a uma vida digna.

Nesse sentido, os direitos humanos de segunda geração, “[...] só podem ser desfrutados com o auxílio do Estado, portanto se lhe impõe o dever de propiciar as necessárias condições [...]”¹¹. São direitos que exigem do Estado uma participação, uma ação”. É por esta razão que se faz necessária a cobrança da atuação positiva do Estado, em se tratando de direitos de segunda geração, em destaque, de Previdência Social.

⁹ RUBIO, David Sánchez. **Fazendo e desfazendo direitos humanos**. Tradução de Clóvis Gorcevski. 1. ed. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2010.

¹⁰ ANNONI, Danielle. Prefácio. **Direitos humanos, constituição e políticas públicas**. In: CUSTÓDIO, A. V.; COSTA, M. M. M.; STAHLHÖFER, I. S. (Org.). Curitiba: Multideia, 2013.

¹¹ GORCZEWSKI, Clóvis. **Direitos humanos, educação e cidadania: conhecer, educar, praticar**, p. 138.

2 A CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS VIA AMPLIAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS PREVIDENCIÁRIAS

O estudo em conteúdo objetiva a análise da necessidade de criação de políticas públicas de Seguridade Social para efetivação dos direitos humanos, a partir de uma análise teórico metodológica da proteção integral à família e à criança. Para tanto, neste contexto de necessidade de ampliação da proteção social que se defende a criação deste benefício aos segurados do Regime Geral da Previdência Social – RGPS.

De início, é importante mencionar que a presente pesquisa é direcionada ao estudo em relação à necessidade e ao risco social que existe em razão da falta de regulamentação legal do benefício previdenciário que ora se analisa. Não se atém, portanto, a se aprofundar acerca da determinação quanto à necessidade de Preexistência do Custeio em relação à criação ou extensão de um benefício ou serviço da Seguridade Social, conforme determina expressamente a Constituição Federal em seu art. 195, § 5º.¹²

Nesse sentido, em se tratando de benefício a ser concedido aos segurados do regime geral, necessário indicar que a Previdência Social é organizada sob a forma de RGPS, de caráter contributivo e compulsório, na medida em que o artigo 201 da Constituição Federal¹³ prevê a filiação obrigatória ao regime daqueles que auferem renda¹⁴.

Muito embora o RGPS seja utilizado como sinônimo de Previdência Social, existem dois regimes básicos previdenciários brasileiros: o já mencionado RGPS, e o Regime Próprio da Previdência Social – RPPS, ambos com a característica da filiação compulsória¹⁵.

A Previdência Social é, portanto, uma forma de proteção social aos segurados ou dependentes destes que de alguma forma necessitam de tal proteção, em razão da perda total ou parcial, permanente ou temporária, das condições de manter sua própria subsistência, seja por invalidez, morte – nos casos dos dependentes –, prisão ou gestação.

Conforme já mencionado, é importante destacar que direitos humanos estão dispostos em um plano superior e, portanto, somente poderão ser exigidos pela legislação pátria, quando houver necessidade da sociedade política e esta optar por positiva-los, inserindo-os no ordenamento jurídico¹⁶. É por esta razão que se analisa na presente pesquisa a necessidade da sociedade em alcançar a ampliação da proteção social via políticas públicas de Seguridade Social, neste caso, mais precisamente, na prestação de serviços e benefícios da Previdência Social, um dos três pilares do sistema de Seguridade Social instituído pela atual Constituição Federal.

Para tanto, tem-se que a razão de ser do nome “Auxílio-Doença Parental” é em função de se tratar de um auxílio para o familiar e não ao doente propriamente dito, ou seja, decorre das situações em que o segurado ou a segurada torna-se, temporariamente, incapaz para realizar as atividades laborativas em razão da enfermidade de um membro familiar, seja este, mãe, pai, cônjuge, filho ou afins que a lei determinar.

¹² BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, 1988.

¹³ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, 1988.

¹⁴ VIANNA, João Ernesto Aragonés. *Curso de direito previdenciário*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

¹⁵ IBRAHIM, Fábio Zambitte. *Curso de direito previdenciário*. 17. ed. Niterói: Impetus, 2012.

¹⁶ GORCZEWSKI, Clóvis. *Direitos humanos, educação e cidadania: conhecer, educar, praticar*.

Atualmente, os benefícios garantidos aos segurados da Previdência Social, ainda que consideráveis, carecem de ampliação da proteção frente a certas necessidades urgentes e recorrentes que a população enfrenta, razão pela qual se propõe a ampliação do rol dos benefícios no RGPS.

Dentre os benefícios assegurados pelo RGPS, na sua essência, o Auxílio-Doença é o que mais se assemelha ao benefício abordado pelo presente trabalho, conforme o próprio nome já demonstra, tendo em vista que aquele é o benefício que atualmente ampara os segurados com incapacidade temporária para o trabalho, nos moldes previstos pelo art. 59 da Lei 8.213/91, que abaixo se colaciona:

Art. 59. O auxílio-doença será devido ao segurado que, havendo cumprido, quando for o caso, o período de carência exigido nesta Lei, ficar incapacitado para o seu trabalho ou para a sua atividade habitual por mais de 15 (quinze) dias consecutivos. Parágrafo único. Não será devido auxílio-doença ao segurado que se filiar ao Regime Geral de Previdência Social já portador da doença ou da lesão invocada como causa para o benefício, salvo quando a incapacidade sobrevier por motivo de progressão ou agravamento dessa doença ou lesão¹⁷.

Contudo, conforme se pode observar, o artigo acima não faz qualquer menção à incapacidade do segurado ou a possibilidade do segurado de afastar-se do trabalho para cuidados de familiar enfermo. Nesse sentido, embora a Previdência Social tenha expressiva cobertura aos infortúnios que atingem a população brasileira, ainda é escassa no que diz respeito aos encargos familiares, motivo pelo qual a falta de regulamentação legal do benefício do Auxílio-Doença Parental limita a proteção concedida pelo RGPS, tornando pertinente a análise dos riscos sociais que afetam os segurados acometidos deste tipo específico de incapacidade e que atualmente encontram-se desamparados pelo sistema.

3 PROTEÇÃO SOCIAL ÀS POPULAÇÕES VULNERÁVEIS

Com o desenvolvimento da sociedade e dos direitos humanos e fundamentais, as crianças que antes não eram consideradas detentoras de direito, passaram a ser vistas com outro olhar capaz de torná-las titulares de direitos que antes alcançava apenas os adultos. Não apenas tornaram-se protegidas por direitos já instituídos, mas também alcançaram uma esfera de tutela integral aos direitos. Como forma de assegurar e efetivas a proteção integral às crianças, a Constituição Federal de 1988 determina a tríplice responsabilidade compartilhada em seu 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 opressão¹⁸.

Nesse processo de ampliação da proteção às crianças, a Convenção sobre os Direitos da Criança da Organização das Nações Unidas, por meio do Decreto nº 99.710/1990 representa um marco importante na garantia da tutela especial às crianças, indo de encontro também ao conteúdo material dos direitos humanos,

¹⁷ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, 1988.

¹⁸ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, 1988.

uma vez que a condição de pessoa é o requisito único para a titularidade de direitos, abrangendo, por óbvio, as crianças.

Da mesma forma, o Estatuto da Criança e do Adolescente complementa a proteção constitucional absoluta às crianças, positivando o conceito de proteção integral, além de disciplinar formas de concretização de tais direitos, mediante implementação de políticas públicas capazes de promover a proteção, o atendimento e o desenvolvimento das crianças e adolescentes¹⁹.

Desse modo, a teoria da proteção integral foi adotada como princípio fundamental que por meio de instrumentos normativos e políticos promove estratégias de aplicação e concretização dos direitos às crianças e adolescentes que merecem proteção especial frente a condição de vulnerabilidade que os atinge em razão de estarem em processo de desenvolvimento²⁰.

Nesse sentido, é possível afirmar que a ampliação da proteção social, via políticas públicas de Seguridade Social representa uma forma de concretização desta proteção especial às crianças, em situações que estas encontram-se acometidas de enfermidades que as tiram, ainda que temporariamente, do seio da sociedade, em uma internação hospitalar, por exemplo. Em situações como esta, mais do que direito ao familiar, é direito absoluto da criança o acompanhamento de um ente familiar.

O próprio Preâmbulo da Convenção sobre os Direitos da Criança menciona a necessidade da assistência necessária que a criança demandar, da mesma forma que o art. 18 do mesmo diploma legal assegura o dever do Estado a prestar a assistência adequada e necessária aos pais com o fim de proteção e cuidado das crianças²¹.

Nesse sentido, estudos revelam que a presença de um familiar, principalmente nos casos de doentes mais vulneráveis, como crianças e idosos, muitas vezes atinge positivamente a recuperação que se torna mais ágil e menos dolorida ao paciente enfermo. Abaixo trecho da pesquisa realizada nas Unidades de Terapia Intensiva (UTI) pediátrica e neonatal no Hospital do Paraná:

O estresse da criança é inevitável durante o período de internação na UTI, visto que vários são os fatores causadores deste distúrbio, entre os quais o medo, a dor, os longos períodos de vigília, a mudança do ambiente e a ausência da família. Os resultados encontrados mostram que os profissionais têm conhecimento do estresse e do sofrimento que a criança vivencia diante da à (sic) internação, pois **a mudança de ambiente lhe causa desequilíbrio emocional, principalmente quando não pode compartilhar com a família esta nova situação vivencial**. A retirada da criança do ambiente em que ela vive gera angústia e dor, que a criança tem dificuldade em trabalhar. (M 6) Em contrapartida, **a presença da família**, em especial a da mãe, geralmente promove e mantém a inter-relação criança/família/equipe, neutraliza os efeitos negativos decorrentes da separação, melhora sua adaptação ao hospital, **facilita a aceitação do tratamento e ameniza os fatores estressantes da doença, dos procedimentos e da hospitalização**²².

¹⁹ CUSTÓDIO, André Viana; MOREIRA, Rafael Bueno da Rosa. **A garantia do direito à educação de crianças e adolescentes no contexto das políticas públicas brasileiras**. Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília, v. 5, nº 1, 2015 p. 223-245.

²⁰ CUSTÓDIO, André Viana; MOREIRA, Rafael Bueno da Rosa. **A garantia do direito à educação de crianças e adolescentes no contexto das políticas públicas brasileiras**.

²¹ BRASIL. Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990. **Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm>. Acesso em: 18 mai. 2019.

²² MOLINA, R. C. M. et al. **Presença da Família nas Unidades de Terapia Intensiva Pediátrica e Neonatal: Visão da Equipe Multidisciplinar**. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ean/v11n3/v11n3a07>>. Acesso em: 19 mai. 2019.

O próprio Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu art. 12, determina que os estabelecimentos de atendimento à saúde proporcionem a um dos pais ou responsável condições para permanência em tempo integral no estabelecimento nos casos de internação de criança ou adolescente²³.

Desta forma, pessoas acometidas de doenças graves estão expostas a inúmeras situações desagradáveis e procedimentos dolorosos, que os tornam inseguros e angustiados, especialmente às crianças. Na medida em que a enfermidade de algum destes, por exemplo, se torna mais eficaz na presença e com os cuidados de um familiar, a viabilidade jurídica na criação do benefício representa uma forma de concretizar a proteção integral assegurada às crianças pelo texto constitucional e leis infraconstitucionais, que preveem a absoluta prioridade na efetivação dos direitos destes. Nesse sentido, há que se mencionar que “partindo do pressuposto que a criança e o adolescente estão em condição peculiar de desenvolvimento, o princípio da prioridade absoluta é um mecanismo de proteção e prevalência do melhor interesse da criança”²⁴.

Ademais, a ampliação da proteção à família, que desde os primórdios representa a base da sociedade, o início da convivência com outros indivíduos (onde se aprende os primeiros valores e regras sociais), seja esta sanguínea ou afetiva, é expressamente amparada pela Constituição Federal que determina, em seu artigo 226²⁵, proteção especial do Estado para com ela. Da mesma forma, o artigo 1º da Lei nº 8.213/91 ao dispor dos Planos e Benefícios da Previdência Social, prevê a proteção previdenciária aos encargos familiares:

Art. 1º A Previdência Social, mediante contribuição, tem por fim assegurar aos seus beneficiários meios indispensáveis de manutenção, por motivo de incapacidade, desemprego involuntário, idade avançada, tempo de serviço, encargos familiares e prisão ou morte daqueles de quem dependiam economicamente²⁶.

A viabilidade jurídica para a criação do benefício encontra respaldo nos preceitos básicos assegurados constitucionalmente aos cidadãos, dentre eles, a dignidade da pessoa humana, a proteção à família e a promoção da justiça social. Imagina-se uma mãe que precisa deixar o emprego para cuidar de um filho com câncer. Ou uma filha, que precisa deixar suas atividades laborativas para cuidar da sua mãe em estado grave de saúde. Ambas estariam vivenciando o estado crítico da saúde de um ente querido, além da redução drástica do capital financeiro, essencial nesses casos.

Neste sentido, a escassa doutrina e a mínima provocação que o Poder Judiciário possui para decidir sobre o assunto, contribuem para que ainda não haja consideráveis decisões e consequentes jurisprudências a respeito. Ainda assim, há precedente sobre a matéria, conforme se observa na decisão da turma Recursal de Santa Catarina sob o n.º 2006.72090007861, transitada em julgado em 09/11/2006, que confirmou, de forma unânime, a concessão do benéfico de Auxílio-Doença à mãe que, apesar de fisicamente não possuir qualquer limitação para o trabalho, encontrava-se impossibilitada de trabalhar do ponto de vista psicológico em razão

²³ BRASIL. Lei n. 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>. Acesso em: 16 mai. 2019.

²⁴ CUSTÓDIO, André Viana; SOUZA, Ismael Francisco de. **O direito ao não trabalho: a proteção jurídica contra a exploração de crianças e adolescentes**. In: Marli M. Moraes da Costa, Rosane B. Mariano da Rocha B. Terra, Suzéte da Silva Reis. (Org.). *Direitos Sociais, Trabalho e Educação*. 1ed. Curitiba: Multidéia, 2011, v. 1, p. 71-91.

²⁵ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, 1988.

²⁶ BRASIL. Lei n. 8.213, de 24 de julho 1991. **Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências**. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 25 jul. 1991. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8213cons.htm>. Acesso em: 16 mai. 2019.

da doença sem possível cura da filha de pouco mais de um ano de idade na época, conforme trecho da decisão abaixo:

[...] Pelo que se extrai dos documentos juntados com a inicial e da análise da perícia judicial realizada, a enfermidade que acomete a filha da postulante bem como a expectativa de sobrevida é o limite de 1 ano de idade, em razão de complicações pulmonares, sendo que no caso a criança já conta 1 ano e 3 meses de vida, criando para a autora um quadro tal em que, ao mesmo tempo em que acredita na possibilidade de recuperação da filha, também tem conhecimento de que não existe possibilidade médica de cura e o pior, que a cada dia passa mais próximo esta de uma notícia desalentadora. Evidente assim que, apesar de fisicamente a postulante não ter qualquer limitação para o trabalho, sob o ponto de vista psicológico, conforme destacado pela perícia judicial, não vislumbra qualquer possibilidade de que a autora possa desenvolver atividade profissional. No caso, não se pode desconsiderar o fato de que a criança necessita de um acompanhamento individualizado que é feito pela mãe já que a UTI tem apenas atendimento coletivo, conforme consta da perícia. Já a contratação de uma enfermeira para atendimento individualizado até poderia suprir a necessidade médica da criança, mas sem o contato afetivo mãe-filha que, nos termos da perícia médica, gera à criança “maior possibilidade de sobrevida, segurança e conforto familiar”. Dessa forma, tanto pelo lado psicológico da mãe, que não conseguiria qualquer rendimento satisfatório indo trabalhar e deixando a vida de sua filha esvair-se no hospital, quanto pelo lado da criança, que tem maior expectativa de vida ao receber o atendimento materno, verifica-se que não existe a mínima capacidade laboral por parte da requerente [...]. Em sendo assim, a conclusão desse juízo é que existe direito à concessão do benefício auxílio-doença, a ser mantido enquanto persistir o quadro fático noticiado nos autos [...]²⁷

No mesmo sentido encontra-se a proteção aos idosos, que se encontram em situação de vulnerabilidade após longa experiência de vida. As relações familiares são ciclos de cuidado que devem ser amparados, além de que toda pessoa idosa tem direito a uma velhice bem-sucedida e com qualidade, além de proteção integral e prioritária, conforme dispõe o Estatuto do Idoso²⁸

Não bastasse o drama de conviver com um ente da família acometido de doença grave, o segurado se encontra totalmente desamparado da Previdência Social, que é de responsabilidade do Estado. Configura dever do Estado a garantia e a proteção social, como a promoção de políticas públicas que auxiliem os segurados acometidos de infortúnios, sendo imprescindível e de direito a atuação ativa do Estado, por meio da Seguridade Social, neste caso, da Previdência Social.

Ademais, há consideráveis consequências ao segurado que se encontra ativo no mercado de trabalho quando se tem um membro da família enfermo por grande período de tempo. Dentre todos os cuidados, o acometimento de doença grave traduz o periódico e necessário descolamento ao hospital para realização de quimioterapia ou radioterapia, como é o caso do câncer, ou outros cuidados específicos que cada doença requer.

²⁷ COSTA, M.M.M. da; NUNES, J.B.A. **Auxílio doença parental: Viabilidade e necessidade de sua criação com o fito de garantir a dignidade da pessoa humana, o bem estar e justiça social.** In: XIII SEMINÁRIO INTERNACIONAL DE DEMAN DAS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA, 2016, Santa Cruz do Sul. Anais... Santa Cruz do Sul. Disponível em: <<http://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/sidspp/article/view/15852/3749>>. Acesso em: 15 mai. 2019.

²⁸ BRASIL. Lei n. 10.741, de 1º de outubro de 2003. Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 3 out. 2003. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/10/741.htm>. Acesso em: 19 mai. 2019.

E, não rara as vezes, a família que reside em cidade pequena não vê alternativa senão deslocar-se de cidade para dar continuidade ao tratamento.

Deste modo, a ampliação da proteção social mediante a regulamentação legal do Auxílio-Doença Parental, além de aumentar a cobertura social e previdenciária, traduz a aplicação dos direitos humanos e fortalece o direito fundamental à família e a proteção integral à criança e aos idosos, promovendo o bem-estar e a justiça social determinada pelo texto constitucional.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Um longo caminho de anseios, lutas e conquistas de direitos humanos foi percorrido para que se instituíssem constitucionalmente o que se entende hoje por direitos fundamentais. Nesse sentido, a conquista do direito à previdência, dentre tantos outros progressos, é uma transformação de um direito humano em direito fundamental, pois positivado na Magna Carta, e desde então, exigível.

É possível observar que existe riscos sociais, que consequentemente se tornariam benefícios aos segurados do Regime Geral da Previdência Social em razão da criação do Auxílio-doença Parental. Dentre as consequências positivas mediante a ampliação da proteção social, está o direito ao desenvolvimento de uma vida digna, além de vantagens de cunho psicológico e afetivo em se tratando de doenças graves. Isto porque, as pesquisas confirmam que a presença de um ente próximo da família, além de atenuar a dor do paciente, contribui no tratamento, facilitando, em alguns casos, à cura ou melhora do quadro.

A Constituição Federal de 1988 determina os direitos sociais de forma expressa. A forma de concretizar a proteção social é via construção de políticas públicas capazes de satisfazer o bem-estar social idealizado pelo constituinte. Para tanto, a criação do benefício previdenciário do Auxílio-Doença Parental representa uma política pública de Seguridade Social capaz de concretizar os direitos humanos, bem como assegurar o direito fundamental ao trabalho e a proteção integral às crianças, assegurando a garantia ao desenvolvimento de uma vida digna.

REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

ANNONI, Danielle. Prefácio. **Direitos humanos, constituição e políticas públicas**. In: CUSTÓDIO, A. V.; COSTA, M. M. M.; STAHLHÖFER, I. S. (Org.). Curitiba: Multideia, 2013.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, Distrito Federal: Senado Federal, 1988.

BRASIL. **Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990**. Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm>. Acesso em: 18 mai. 2019.

BRASIL. **Lei n. 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>. Acesso em: 16 mai. 2019.

BRASIL. **Lei n. 8.112, de 11 de dezembro 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, 10 abr. 1991. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8112cons.htm>. Acesso em: 20 mai. 2019.

BRASIL. **Lei n. 8.213, de 24 de julho 1991**. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 25 jul. 1991. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8213cons.htm>. Acesso em: 16 mai. 2019.

BRASIL. **Lei n. 10.741, de 1º de outubro de 2003**. Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 3 out. 2003. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/110.741.htm>. Acesso em: 19 mai. 2019.

COSTA, M. M. M. da; MARTÍN, Beloso Núria. **Diálogos Jurídicos entre o Brasil e Espanha: da exclusão social aos direitos sociais**. 1. ed. Porto Alegre: Imprensa Livre, 2008.

COSTA, M.M.M. da; NUNES, J.B.A. **Auxílio doença parental: Viabilidade e necessidade de sua criação com o fito de garantir a dignidade da pessoa humana, o bem estar e justiça social**. In: XIII SEMINÁRIO INTERNACIONAL DE DEMAN DAS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA, 2016, Santa Cruz do Sul. Anais... Santa Cruz do Sul. Disponível em: <<http://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/sidssp/article/view/15852/3749>>. Acesso em: 15 mai. 2019.

CUSTÓDIO, André Viana; MOREIRA, Rafael Bueno da Rosa. **A garantia do direito à educação de crianças e adolescentes no contexto das políticas públicas brasileiras**. Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília, v. 5, nº 1, 2015 p. 223-245.

CUSTÓDIO, André Viana; SOUZA, Ismael Francisco de. **O direito ao não trabalho: a proteção jurídica contra a exploração de crianças e adolescentes**. In: Marli M. Moraes da Costa, Rosane B. Mariano da Rocha B. Terra, Suzete da Silva Reis. (Org.). Direitos Sociais, Trabalho e Educação. 1ed. Curitiba: Multidéia, 2011, v. 1, p. 71-91.

GORCZEWSKI, Clóvis. **Direitos humanos: dos primórdios da humanidade ao Brasil de hoje**. 1. ed. Porto Alegre: Imprensa Livre, 2005.

GORCZEWSKI, Clóvis. **Direitos humanos, educação e cidadania: conhecer, educar, praticar**. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2016.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de direito previdenciário**. 17. ed. Niterói: Impetus, 2012.

INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL. **Benefícios**. Disponível em: <<https://www.inss.gov.br/beneficios/>>. Acesso em: 19 mai. 2019.

MOLINA, R. C. M. et al. **Presença da Família nas Unidades de Terapia Intensiva Pediátrica e Neonatal: Visão da Equipe Multidisciplinar**. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ean/v11n3/v11n3a07>>. Acesso em: 19 mai. 2019.

RUBIO, David Sánchez. **Fazendo e desfazendo direitos humanos**. Tradução de Clóvis Gorczewski. 1. ed. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2010.

SANTOS, Marisa Ferreira dos. **Direito previdenciário esquematizado**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

VIANNA, João Ernesto Aragonés. **Curso de direito previdenciário**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

MEDIAÇÃO NA CONCRETIZAÇÃO DO SUJEITO COMO ATOR OU ATRIZ SOCIAL A PARTIR DE ALAIN TOURAINE

Caroline Isabela Capelesso Ceni¹

Thaís Maciel de Oliveira²

RESUMO

A presente pesquisa se justifica em razão da necessária (re)tomada de consciência dos indivíduos na sociedade contemporânea que se volta para uma ética do consumo, deixando de lado seu desejo-de-ser. A importância se dá em razão da necessidade de mudar, gradualmente, o paradigma de uma sociedade de massa voltada para o consumo e para o desenvolvimento de relações interpessoais efêmeras. Nessa senda, o trabalho objetiva questionar a possibilidade de uso da mediação na concretização do sujeito como ator ou atriz social conforme as categorias de compreensão de Alain Touraine. Para esse intento utiliza-se o método de raciocínio dedutivo em uma abordagem hermenêutica, em vista de contextualizar a possibilidade da utilização da mediação em um âmbito de totalização dos sujeitos. A mediação, em razão de suas ferramentas, possibilita que o indivíduo se emancipe e se empodere em meio social, o que, como consequência, enseja na retomada de seu desejo-de-ser.

PALAVRAS-CHAVE: Emancipação; Indivíduo; Sociedade do Consumo.

ABSTRACT

The present research is justified on the grounds of (re) awareness of individuals in contemporary society that turns to an ethic of consumption, leaving aside your desire-to-be. The importance is given because of the need to change, gradually, the paradigm of a mass society geared to the consumption and the development of interpersonal relations ephemeral. In this way, the work aims to question the possibility of use of mediation on the subject as social actor or actress as the categories of understanding Alain Touraine. For this purpose we use the method of deductive reasoning in a hermeneutic approach, in order to contextualize the possibility of the use of mediation in a framework of aggregation of subject. Mediation, on the grounds of his tools, enables the individual emancipe and if empodere in social environment, which consequently leads to the resumption of your desire-to-be.

KEYWORDS: Emancipation; Individual; Consumption society.

INTRODUÇÃO

Consoante a totalização dos indivíduos no mundo contemporâneo e a aniquilação do desejo de ser do sujeito pela racionalidade capitalista, o presente estudo se concentra nas possibilidades de emancipação do sujeito como ator e atriz social a partir das ferramentas propostas pela mediação. Assim, questionam-se: as (im)possibilidades da mediação na concretização do sujeito como ator ou atriz social conforme as categorias de compreensão de Alain Touraine?

Para esse intento utiliza-se o método de raciocínio dedutivo em uma abordagem hermenêutica, em vista de contextualizar a possibilidade da utilização da mediação em um âmbito de totalização dos sujeitos. Isso porque, a sociedade consumista concretiza uma moral de objetificação do eu, uma limitação do eu enquanto sujeito, com a consequente aniquilação do seu desejo-de-ser.

¹ Pós-graduanda na Mediação, Conciliação e Arbitragem na URI Campus de Erechim. Mestranda do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* – Mestrado e Doutorado em Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI), Campus de Santo Ângelo/RS. Bolsista CAPES/TAXA. E-mail: caroline.ceni@hotmail.com.

² Mestranda do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* – Mestrado e Doutorado em Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI), Campus de Santo Ângelo/RS. Bolsista CAPES/TAXA. E-mail: adv.thaismaciel@gmail.com.

Têm-se por objetivo, primeiramente introduzir as categorias de compreensão de indivíduo, sujeito e ator e atriz social segundo a perspectiva de Alain Touraine. Nesse ponto, pretende-se esclarecer a diferença entre indivíduo e sujeito a fim de se alcançar um processo emancipatório, assim como argumentar sobre as forças que matam o desejo-de-ser e as amarras que aprisionam o ser em uma lógica do consumo como sentido-centro.

Nessa senda, em um segundo momento a pesquisa se propõe a questionar a cultura consumista como a ruína de desejo de ser do sujeito. Indaga-se, portanto o *lócos* epistemológico da racionalidade capitalista, que parte de um sentido-centro e condiciona/determina a existência do indivíduo em uma negação da passagem para o sujeito.

Esse processo emancipatório fica comprometido em razão da estruturação da lógica da totalidade que a sociedade do consumo reverbera. Dentro desta perspectiva, se denota a necessária emancipação do sujeito para se tornar ator ou atriz social. Nessa senda, a mediação entra como forma de resistência aos processos de alienação e objetificação do indivíduo. Portanto, nesse terceiro momento, insere-se a mediação como forma de resistência e criação do desejo de ser do sujeito, levando em consideração as ferramentas que podem ser utilizadas com a aplicação da mediação.

1 ALAIN TOURAINE E AS CATEGORIAS DE COMPREENSÃO DE INDIVÍDUO, SUJEITO, ATOR E ATRIZ SOCIAL

Para a compreensão da presente pesquisa se faz de essencial importância o esclarecimento das categorias de compreensão delineadas por Alan Touraine, quais sejam: indivíduo, sujeito e ator e atriz social. Tal condição se dá uma vez que é necessária a elucidação de tais elementos para que se compreenda a situação de alienação e objetificação dos indivíduos da sociedade na contemporaneidade, bem como as constantes mudanças sociais e mudanças de paradigmas que vivencia-se na atualidade.

Cada vez que muda nosso olhar sobre nós mesmos, nosso meio ambiente e nossa história, temos a impressão de que o antigo mundo ruiu por terra e que não aparece nada capaz de substituí-lo. É o que experimentamos hoje, mas – como fizemos no passado – tentaremos construir uma nova representação da vida social e escapar assim à impressão angustiante da perda total de sentido³.

Para Alain Touraine⁴ é preciso entender que indivíduo são todas as pessoas que habitam no mundo e que passam por ele, mas cada indivíduo tem em si o desejo-de-ser ator/atriz social que é a possibilidade de realizar um processo emancipatório a partir do desejo-de-ser, que é o próprio sujeito. Entretanto, existem forças que matam o desejo-de-ser do indivíduo, como o sistema de mercado consumista. O indivíduo tem desejos, necessidades e mundos que são fabricados e imaginados pela comunicação; mas que por consequência acarretam no enfraquecimento de seus grupos de pertença, da garantia de sua identidade⁵.

³ TOURAINE, Alain. **Um Novo Paradigma**: para compreender o mundo de hoje. 4. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2011. Tradução de Gentil Avelino Titton, p. 11.

⁴ TOURAINE, Alain. **Um Novo Paradigma**: para compreender o mundo de hoje.

⁵ TOURAINE, Alain. **Um Novo Paradigma**: para compreender o mundo de hoje.

Assim, tem-se que ser sujeito é algo libertador, mas que se confirma pelo “[...] combate contra as forças organizadas que, dando embora uma existência concreta ao sujeito, ameaçam destruí-lo [...]”⁶. Na contemporaneidade existem diversas forças, como a de mercado, que influencia as decisões e ações dos sujeitos, que altera suas vontades e sua consciência.

Para que o sujeito vença a força de mercado é necessário que ele resista e crie, condição que pode ser dar por técnicas que empoderam e emancipem os indivíduos, como a proposta da mediação a ser delineada na seção três do presente artigo. Por processos de resistência e criação o indivíduo que é sujeito (composto pelo desejo-de-ser) chega a ser ator e atriz e isso ocorre por meio de processos emancipatórios, que garantem que o indivíduo tenha ações conscientes e não previamente influenciadas por forças que permeiam o meio social, como as forças de mercado.

Contudo, para Touraine⁷:

É preciso, sem dúvida, perceber de que maneira o indivíduo é manipulado pela propaganda e pela publicidade, mas igualmente descobrir o ator social presente neste indivíduo, e mesmo o sujeito que está presente nele e que luta contra a sociedade de massa, a impessoalidade dos mercados e a violência da guerra [...].

Confirma-se pela mídia, e pela constituição do meio social na contemporaneidade, o desejo-de-ser do indivíduo é substituído pelo desejo-de-ter, ou seja, há a matança da vontade do sujeito na sociedade em ser ator ou atriz social e se (auto)determinar em sua vida. Contudo, o processo de transformação do indivíduo em ator e atriz social requer uma mudança de paradigma, pois é necessário se desvincular das forças sociais que o moldam.

O sujeito se forma na vontade de escapar às forças, às regras, aos poderes que nos impedem de sermos nós mesmos, que procuram reduzir-nos ao estado de componente de seu sistema e de seu controle sobre a atividade, as intenções e as interações de todos. Estas lutas contra o que nos rouba o sentido de nossa existência são sempre lutas desiguais contra um poder, contra uma ordem. Não há sujeito senão rebelde, dividido entre raiva e esperança⁸.

O sujeito tem deveres e direitos consigo mesmo e isso se encontra acima das demais relações⁹. Entretanto, tal condição é concretizada no momento em que o indivíduo entra em contato consigo quando em conflito com o outro, quando ocorrer o despertar para si e para o outro. Tal ação permite o (re)nascimento do seu desejo-de-ser e pode ser concretizada com as técnicas propostas pelas ferramentas da mediação.

O sujeito se caracteriza no momento em que se reconhece enquanto indivíduo e se defende e constrói sua singularidade por meio de atos de resistência, dando sentido a existência¹⁰. “O sujeito é carregado pelos esforços que fazemos para nos libertar do lugar que nos foi assinalado. A tentativa mais extrema para realizar-se como sujeito é descer para dentro de si [...]”¹¹.

⁶ TOURAINE, Alain. **Um Novo Paradigma**: para compreender o mundo de hoje, p. 26.

⁷ TOURAINE, Alain. **Um Novo Paradigma**: para compreender o mundo de hoje., p. 84.

⁸ TOURAINE, Alain. **Um Novo Paradigma**: para compreender o mundo de hoje, p. 119.

⁹ TOURAINE, Alain. **Um Novo Paradigma**: para compreender o mundo de hoje.

¹⁰ TOURAINE, Alain. **Um Novo Paradigma**: para compreender o mundo de hoje.

¹¹ TOURAINE, Alain. **Um Novo Paradigma**: para compreender o mundo de hoje, p. 132.

[...] O sujeito não abre suas asas acima da sociedade; tampouco está preso em suas regras e hierarquias. Ele está presente na sociedade e na história, nas relações coletivas e interpessoais, mas ali ele evolui também como uma exigência, um protesto, uma esperança¹².

“[...] O sujeito é mais forte e mais consciente de si mesmo quando se defende de ataques que ameaçam sua autonomia e sua capacidade de perceber-se como um sujeito integrado [...]”¹³. Contudo, tal sujeito se tornará ator ou atriz social ao transformar sua situação e ambiente, ou seja, romper com a cultura do consumo, com a ética do consumo que transforma seu desejo-de-ser em um desejo-de-ter.

2 A CULTURA CONSUMISTA E A RUÍNA DO DESEJO-DE-SER DO SUJEITO

Confirma-se na contemporaneidade uma alteração de paradigma em que se circunscreve no sujeito uma constante insatisfação que se direciona para o consumo, adotando-se na prática diária uma moral do consumo. As relações se tornam efêmeras e se estruturam a partir desse sentimento de consumismo extremado. O outro é colocado como fonte potencial de prazer, não se caracterizando uma preocupação com o estabelecimento de laços duradouros¹⁴.

Fixar-se ao solo não é tão importante se o solo pode ser alcançado e abandonado à vontade, imediatamente ou em pouquíssimo tempo. Por outro lado, fixar-se muito fortemente, sobrecarregando os laços com compromissos mutuamente vinculantes, pode ser positivamente prejudicial, dadas as novas oportunidades que surgem em outros lugares [...] ¹⁵.

Tal condição caracteriza a desintegração social que é “[...] tanto uma condição quanto um resultado da nova técnica do poder, que tem como ferramentas principais o desengajamento e a arte da fuga [...]”¹⁶. A sociedade moderna, enquanto sociedade do trabalho, e do consumo, aniquilou as possibilidades de agir do indivíduo, degradando-o como um animal trabalhador e consumista. A modernidade se fundou – após seu nascer em agir heroica – numa passividade mortal ¹⁷, ou seja, sem momentos de reflexão e sem o estabelecimento de relações interpessoais duradouras e sólidas.

A sociedade atua se “[...] individualizando e isolando”¹⁸. Tal condição aniquila o desejo-de-ser do indivíduo, o aliena, o distancia de sua comunidade, desintegra as comunidades e desfigura o outro que passa a ser olhado como uma mercadoria que pode gerar satisfação.

A forma liberal reduz a vida social a um mercado não regulado “[...] cada um empurra o outro para apropriar-se de um produto que ele define como um bom negócio [...]”¹⁹. Nesse sentido, confirma-se que o

¹² TOURAINE, Alain. **Um Novo Paradigma**: para compreender o mundo de hoje, p. 159.

¹³ TOURAINE, Alain. **Um Novo Paradigma**: para compreender o mundo de hoje, p. 112.

¹⁴ BAUMAN, Zygmunt. **Vida para Consumo**: a transformação das pessoas em mercadoria. Rio de Janeiro: Zahar, 2008. Tradução de Carlos Alberto Medeiros.

¹⁵ BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. Rio de Janeiro: Zahar, 2001. Tradução de Plínio Dentzien, p. 22.

¹⁶ BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**, p. 23.

¹⁷ HAN, Byung-Chul. **Sociedade do cansaço**. Petrópolis, RJ: Vozes, 2015.

¹⁸ HAN, Byung-Chul, 2015, p. 71.

¹⁹ TOURAINE, Alain. **Um Novo Paradigma**: para compreender o mundo de hoje, p. 100.

indivíduo tem múltiplas realidades e “[...] revelou um eu fragilizado, mutante, submisso a todas as publicidades, a todas as propagandas e às imagens da cultura de massa [...]”²⁰.

“Em nossas sociedades contemporâneas é o mundo dos meios de comunicação que deforma e manipula mais constantemente o sujeito presente em cada indivíduo [...]”²¹. Para que o indivíduo concretize seu sujeito (seu desejo-de-ser) é necessário que ele “[...] receba imagens favoráveis dele mesmo provenientes dos membros da comunidade próxima à qual ele pertence [...]”²²; condições que ultrapassam, ou até mesmo se confundem com, a esfera do consumo.

[...] Já foi dito que o *spiritus movens* da atividade consumista não é mais o conjunto mensurável de necessidades articuladas, mas o *desejo* – entidade muito mais volátil e efêmera, evasiva e caprichosa, e essencialmente não referencial que as “necessidades”, um motivo autogerado e autopropelido que não precisa de outra justificação ou “causa” [...]”²³.

O desejo é seu constante objeto e por essa razão é insaciável²⁴, mas esse desejo não é aquele presente no sujeito, mas sim a necessidade de consumo sem racionalidade presente no indivíduo. A alteridade ética é muito importante na sociedade do consumo, que crescem tecnologicamente, mas perdem o sentido de comunidade e se tornam egoístas, desconfiadas e violentas²⁵.

A contemporaneidade confirma a necessidade de romper alguns limites, pois as velhas seguranças e evidências antes estabelecidas destilam perplexidades e angústias, ou seja, é necessário articular um programa que transforme a sociedade²⁶. Contudo, que transforme também os indivíduos voltados ao consumo para a compreensão de que são sujeitos portadores de um desejo-de-ser.

Vivemos em uma cultura pré-moldada, que força a paixão por consumir (relações, informação inútil, não formativa, viagens de turismo acidental, coisas supérfluas, etc.) e que nos condiciona a seguir a rota da ansiedade, que terminará fatalmente em melancolia e indiferença. E uma cultura que personifica os objetos e coisifica as pessoas. Vivemos em uma cultura globalizada, onde todos consumimos e falamos os mesmos tópicos e lugares comuns, e que globaliza também a trivialização dos sentimentos (como significado e como sensibilidade). E uma socialização do infantilismo: indivíduos que não conseguem decidir nada, e que estão à deriva (e o que não é o mesmo que se deixar surpreender pelo inesperado), vazios de si mesmo, com planos de vida brilhantes e descompromissados, é um sexo-maquínico, sem mistério [...] É uma cultura que substitui os conflitos e inaugura a era da ansiedade e da depressão. E um diagnóstico de decadência para a cultura globalizada que inaugura o milênio (o global como sintoma de decadência). Temos uma humanidade com homens cada dia mais longe de si mesmos, sem a mínima capacidade para refletir profundamente sobre si mesmos, sobre o que realmente querem construir, e desse modo, criar um projeto coerente de vida²⁷.

²⁰ TOURAINE, Alain. **Um Novo Paradigma**: para compreender o mundo de hoje, p. 119.

²¹ TOURAINE, Alain. **Um Novo Paradigma**: para compreender o mundo de hoje, p. 138.

²² TOURAINE, Alain. **Um Novo Paradigma**: para compreender o mundo de hoje, p. 146.

²³ BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**, p. 96.

²⁴ BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**.

²⁵ WARAT, Luis Alberto. **Surfando na Pororoca**: O Ofício do Mediador. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

²⁶ WARAT, Luis Alberto. **Crisis de La Democracia Y Crisis de La Modernidad**. In: MEZZAROBBA, Orides et al (Org.). **Epistemologia e Ensino do Direito**: o sonho acabou. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004. P. 313-322.

²⁷ WARAT, Luis Alberto. **Surfando na Pororoca**: O Ofício do Mediador, p. 46.

Essa falta de compreensão e de reflexão do mundo e do desejo-de-ser proposto por Alain Touraine é verificada nas relações líquidas que são delineados hodiernamente. Dessa maneira, é necessário que ocorra uma quebra desse padrão de consumo, a fim de que o sujeito concretize no meio social seu sentimento genuíno e não apenas preencha essas necessidades com compras sem sentido. Isso pode ser dar por meio de ferramentas que possibilitem processos de resistência e criação com consciência da capacidade criadora, como as ferramentas propostas pela mediação.

3 MEDIAÇÃO COMO FORMA DE RESISTÊNCIA AOS PROCESSOS DE ALIENAÇÃO E OBJETIFICAÇÃO

As ferramentas propostas pela mediação possibilitam o (re)encontro do sujeito consigo mesmo, a (re)descoberta do seu desejo-de-ser, indo além do desejo-de-ter imposto pela cultura do consumo. A mediação possibilita que as pessoas se tornem efetivamente atores de suas próprias vidas, que se empoderem.

A mediação realiza a autonomia dos indivíduos, ela permite o desenvolvimento da capacidade de autodeterminação em relação a si mesmo e com o outro²⁸, especialmente na ocorrência de conflitos, que se iniciam como conflitos internos. A mediação é portadora de valores humanistas que consagram o homem como sujeito livre e consciente²⁹, consciência que é direcionada ao outro indivíduo apesar da relação conflituosa existente.

A mediação é portadora de valores humanistas que consagram a representação ideal do homem considerado sujeito livre e consciente. Ele representa o valor supremo e deve ser protegido contra todas as formas de sujeição política, religiosa ou econômica. Os princípios éticos e deontológicos da mediação priorizam a capacidade dos indivíduos de fazer escolhas e de usar palavras que lhes sejam próprias. Esse postulado da competência dos indivíduos está no coração de um processo que considera de forma deliberadamente otimista que todo ser humano pode, a qualquer momento, progredir, mudar e melhorar suas capacidades de ouvir, de comunicar e de compreender. Tal habilidade às vezes é projetada individualmente, às vezes coletivamente. Os ingleses fazem sempre referência ao termo *empowerment*³⁰ para qualificar o processo que permite retomar o poder de sua própria vida, de desenvolver suas atitudes de progredir, de se organizar, de defender seus direitos, de se emancipar e de sair de uma situação de alienação³¹.

Proporciona-se a partir das experiências da mediação a participação, o estímulo e a capacidade de dialogar, compreender o outro na sua diversidade, uma vez que é preciso “compreender o outro, entrar, em certo sentido, na profundidade cultural do outro, para evitar justamente que a diversidade gere suspeitas, medos, mecanismos de defesa, agressividade”³².

²⁸ WARAT, Luis Alberto. *Surfando na Pororoca*: O Ofício do Mediador.

²⁹ FAGET, Jacques. As Vidas Divididas da Mediação. *Meritum*, Belo Horizonte, MG, v. 7, n. 2, p. 229-247, jul./dez. 2012. Disponível em: <<http://www.fumec.br/revistas/meritum/article/view/1602/1003>>. Acesso em: 20 fev. 2019.

³⁰ Tradução livre desse termo em inglês: empoderamento.

³¹ FAGET, Jacques. As Vidas Divididas da Mediação, p. 239.

³² BAGGIO, Antonio Maria. A Inteligência Fraterna: democracia e participação na era dos fragmentos. BAGGIO, Antonio Maria (Org.). *O Princípio Esquecido 2*: exigências, recursos e definições da fraternidade na política. Tradução de Durval Cordas e Luciano Menezes Reis. Vargem Grande Paulista (SP): Cidade Nova, 2009., p. 97.

A mediação possibilita esse reencontro com si próprio, com os nossos sentimentos, medos e angústias, essas mudanças de verdades arraigadas e, por fim, o reencontro com o Outro, para que se possibilite a produção da diferença e dela nasça o reconhecimento do Outro, que não é mais um inimigo, um terceiro, mas sim um Outro ser humano.

“[...] a mediação apresenta um escopo psicopedagógico ou educacional: leva o ser humano a aprender-se como parte da humanidade, ou seja, lidar diretamente consigo e com o outro [...]”³³. Tal condição leva a criação de espaços de diálogos com o outro, bem como espaços de reflexão comigo, enquanto sujeito com um desejo-de-ser.

A mediação pode ser utilizada como uma filosofia diária de vida que permite que os indivíduos desenvolvam uma forma de (r)evolução social que, hoje, se encontra fragilizada em razão, especialmente, da cultura e da ética do consumo. A significação das vidas individuais se dá a partir desses momentos de reflexão, tal ação permite uma transformação social, mas para isso é necessário desenvolver uma cultura que liberte e permita a compreensão de que o indivíduo pode ir além em suas capacidades e determinações, ou seja, que o indivíduo pode se tornar ator ou atriz social.

A mediação possibilita que os sujeitos administrem a diferença e mediem o simbólico, por isso ela tem uma essência maior do que o seu enquadramento legal é uma “estratégia educativa, como realização política da cidadania, dos direitos humanos e da democracia [...]”³⁴.

Ela proporciona a realização da autonomia dos envolvidos no conflito, a partir da “autonomia de cada um, como a produção com o outro do novo (diferença). A autonomia com a possibilidade de me transformar olhando-me a partir do olhar do outro”³⁵. É um caminho que vai além do normativismo e do consumismo reverberado no meio social.

[...] mediar é potencializar a capacidade das partes em promover novas significações do conflito, revisitando suas razões – até então, irredutíveis – a partir do diálogo e do reconhecimento do outro como diferença a ser respeitada. Ademais, através da consciência da alteridade que emerge da relação com o outro, torna-se possível compreender as manifestações do outro que habita (e constitui) o eu. Assim, a mediação não promove uma solução para o conflito específico. Antes, é exercício de sociabilidade, é prática dialógica que valoriza e promove a capacidade das partes de administrar seus próprios conflitos, estimulando o que poderíamos chamar de uma “autonomia amorosa”, base da convivência sadia, onde a pessoa se afirma enquanto singularidade, capaz de administrar diferenças em suas interferências com singularidades diversas³⁶.

“[...] É reconhecendo os direitos humanos do outro que eu me reconheço a mim mesmo como ser humano, que reconheço para mim obrigações relativas a mim mesmo [...]”³⁷. É necessário que o indivíduo se

³³ MENDONÇA, Rafael. **(Trans)Modernidade e Mediação de Conflitos: pensando paradigmas, devires, e seus laços com um método de resolução de conflitos**. Petrópolis: KRB, 2012, p. 126-127.

³⁴ WARAT, Luis Alberto. Ecologia, Psicanálise e Mediação. In: WARAT, Luis Alberto (Org.). **Em Nome do Acordo: a mediação no direito**. 2. ed. Argentina: Angra Impresiones, 1999, p. 08.

³⁵ WARAT, Luis Alberto. Ecologia, Psicanálise e Mediação, p. 08.

³⁶ BISOL, Jairo. Mediação e Modernidade: sítios para uma reflexão crítica. In: WARAT, Luis Alberto (Org.). **Em Nome do Acordo: a mediação no direito**. 2. ed. Argentina: Angra Impresiones, 1999, p. 115.

³⁷ TOURAINE, Alain. **Um Novo Paradigma: para compreender o mundo de hoje**, p. 157.

perceba como sujeito e reconheça seu desejo-de-ser, a fim de que possa se autodeterminar na vida em sociedade.

É num nível intermediário entre os acontecimentos “históricos” e a relação conosco, ou seja, na relação com o outro (que pode assumir a forma da relação com os outros), que a experiência do sujeito parece a mais frequente e mais viva. Muitos de nós fizeram a experiência de reconhecer no outro uma presença que ultrapassa a do indivíduo em questão. Somos então atraídos pela presença iluminadora de um valor humano superior que um indivíduo traz em si³⁸.

Nesse sentido, percebe-se que “[...] a ideia de sujeito faz aparecer em mim e no outro aquilo que podemos ter em comum”³⁹. Entretanto, são necessário meios que permitam que o sujeito se reconheça em si mesmo e reconheça seu desejo-de-ser para que possa reconhecer o outro.

A Mediação é um instrumento que auxilia os sujeitos a negociarem suas diferenças, pautados no discernimento e na virtude aristotélica – deliberar com excelência a respeito do que é bom e conveniente para si e para o outro. As ações éticas baseadas nessa natureza de discernimento e de virtude são resultantes de uma análise crítica interna permanente, no que tange à interação com o outro, independentemente de uma normativa externa. Tais ações éticas estariam, ainda, pautadas na justa medida da doutrina aristotélica do meio-termo, aquele que evita os extremos caracterizados pelo excesso e pela falta⁴⁰.

A mediação prioriza um diálogo generativo que possibilita que as pessoas desenhem o futuro almejado com uma visão prospectiva, ou seja, de estrutura o presente com um futuro desejado, isso permite que as pessoas sejam ativas e construam novas realidades e atitudes⁴¹. É a possibilidade de ser ator do próprio diálogo, da própria necessidade, da própria vida.

A mediação permite a reflexão, e refletir nada mais é que “[...] ter um diálogo interno, conversar consigo mesmo e com as vozes internalizadas que atravessaram e atravessam a nossa história [...]”⁴², adquire-se uma autoria com responsabilidade de nossa própria vida e de nossas ações conosco e com o outro.

O sujeito é “[...] roubado, condicionado, manipulado, argumentado, persuadido, trabalhado de todas as formas possíveis para que não pudesse chegar a você mesmo. Isso é o que a cultura chama de socialização”⁴³. Dessa maneira, é necessário que se disponibilizem ao indivíduo meios para que ele chegue ao seu desejo-de-ser genuíno.

A autonomia vem a partir de nosso próprio pensamento e não daqueles impostos pela cultura⁴⁴. Autonomia como “[...] possibilidade de adquirir, na vida, um movimento próprio, sem dependências ou submissões aos movimentos dos outros”⁴⁵. A autonomia pode ser compreendida como o desejo-de-ser do sujeito em se tornar ator ou atriz social, ou seja, em se tornar protagonista de sua própria vida e se autodeterminar nas suas escolhas, sem influências externas.

³⁸ TOURAINE, Alain. **Um Novo Paradigma**: para compreender o mundo de hoje, p. 158.

³⁹ TOURAINE, Alain. **Um Novo Paradigma**: para compreender o mundo de hoje, 2011, p. 158.

⁴⁰ ALMEIDA, Tânia. **Caixa de Ferramentas em Mediação**: aportes práticos e teóricos. São Paulo: Dash, 2014, p. 133.

⁴¹ ALMEIDA, Tânia. **Caixa de Ferramentas em Mediação**: aportes práticos e teóricos.

⁴² ALMEIDA, Tânia. **Caixa de Ferramentas em Mediação**: aportes práticos e teóricos, p. 149.

⁴³ WARAT, Luis Alberto. **Surfando na Pororoca**: O Ofício do Mediador, p. 17.

⁴⁴ WARAT, Luis Alberto. **Surfando na Pororoca**: O Ofício do Mediador.

⁴⁵ WARAT, Luis Alberto. **Surfando na Pororoca**: O Ofício do Mediador, p. 114-115.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A concretização do desejo-de-ser do sujeito permite uma maior compreensão da realidade e das necessidades pessoais de cada um. Na contemporaneidade, depreende-se que nem todos os indivíduos alcançam o *status* de sujeito, ou seja, nem todos os indivíduos se tornam ator ou atriz social. Tal condição se dá em razão da configuração do meio social na contemporaneidade.

Adota-se uma postura voltada ao consumo em razão das diversas influências externas que o próprio indivíduo recebe. Tais influências aniquilam, ou ao menos confundem, o desejo-de-ser do sujeito com o desejo-de-ter; afirmações que confirmam-se na efemeridade das relações interpessoais e na pouca reflexão das ações pessoas que os indivíduos adotam.

Nesse sentido, as ferramentas propostas pela mediação possibilitam o (re)encontro do sujeito consigo mesmo e a (re)descoberta do seu desejo-de-ser. Especialmente diante das características que envolvem as ferramentas da mediação, seu processo possibilita um empoderamento do indivíduo enquanto sujeito e concretiza sua emancipação como ator ou atriz social. Ante de mais nada, a mediação viabiliza uma capacidade de resistência frente aos processos de alienação diante da sociedade da estratificação social. Assim, esse movimento de subjetificação representa a passagem do sujeito que resiste frente a um condicionamento do mesmo em um âmbito de normatização social.

REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

ALMEIDA, Tânia. **Caixa de Ferramentas em Mediação**: aportes práticos e teóricos. São Paulo: Dash, 2014.

BAGGIO, Antonio Maria. A Inteligência Fraterna: democracia e participação na era dos fragmentos. BAGGIO, Antonio Maria (Org.). **O Princípio Esquecido 2**: exigências, recursos e definições da fraternidade na política. Vargem Grande Paulista (SP): Cidade Nova, 2009. Tradução de Durval Cordas e Luciano Menezes Reis.

BAJOIT, Guy. **Tudo muda**: proposta teórica e análise de mudança sociocultural nas sociedades ocidentais contemporâneas. Ijuí: Ed. Ijuí, 2006.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. Rio de Janeiro: Zahar, 2001. Tradução de Plínio Dentzien.

BAUMAN, Zygmunt. **Amor Líquido**: sobre a fragilidade dos laços humanos. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004. Tradução de Carlos Alberto Medeiros.

BAUMAN, Zygmunt. **A Sociedade Individualizada**: vidas contadas e histórias vividas. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008. Tradução de José Gradel.

BAUMAN, Zygmunt. **Vida para Consumo**: a transformação das pessoas em mercadoria. Rio de Janeiro: Zahar, 2008. Tradução de Carlos Alberto Medeiros.

BAUMAN, Zygmunt; DONSKIS, Leonidas. **Cegueira Moral**. A perda da sensibilidade na modernidade líquida. Rio de Janeiro: Zahar, 2014.

BISOL, Jairo. Mediação e Modernidade: sítios para uma reflexão crítica. In: WARAT, Luis Alberto (Org.). **Em Nome do Acordo**: a mediação no direito. 2. ed. Argentina: Angra Impresiones, 1999.

FAGET, Jacques. As Vidas Divididas da Mediação. **Meritum**, Belo Horizonte, MG, v. 7, n. 2, p. 229-247, jul./dez. 2012. Disponível em: <<http://www.fumec.br/revistas/meritum/article/view/1602/1003>>. Acesso em: 20 fev. 2019.

HAHN, Noli Bernardo. **Vozes de cidadania na profecia**. Curitiba: CRV, 2018.

HAN, Byung-Chul. **Sociedade do cansaço**. Petrópolis, RJ: Vozes, 2015.

DAHRENDORF, Ralf. **Homo Sociologicus**. Rio de Janeiro: GB, 1969. Tradução de Manfredo Berger.

MENDONÇA, Rafael. **(Trans)Modernidade e Mediação de Conflitos**: pensando paradigmas, devires, e seus laços com um método de resolução de conflitos. Petrópolis: KRB, 2012.

TOURAINE, Alain. **Crítica da modernidade**. Petrópolis, RJ: Vozes, 1994. Tradução de Elia Ferreira Edel.

TOURAINE, Alain. **Iguais e Diferentes**: poderemos viver juntos? Lisboa: Instituto Piaget, 1997.

TOURAINE, Alain. **Um Novo Paradigma**: para compreender o mundo de hoje. 4. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2011. Tradução de Gentil Avelino Tilton.

WARAT, Luis Alberto. Ecologia, Psicanálise e Mediação. In: WARAT, Luis Alberto (Org.). **Em Nome do Acordo**: a mediação no direito. 2. ed. Argentina: Angra Impresiones, 1999.

WARAT, Luis Alberto. Crisis de La Democracia Y Crisis de La Modernidad. In: MEZZAROBBA, Orides et al (Org.). **Epistemologia e Ensino do Direito**: o sonho acabou. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004a. P. 313-322.

WARAT, Luis Alberto. **Surfando na Pororoca**: O Ofício do Mediador. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004b.

WARAT, Luis Alberto. **A Rua Grita Dionísio!** Direitos Humanos da Alteridade, Surrealismo e Cartografia. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. Tradução e organização de: Vívian Alves de Assis; Júlio Cesar Marcellino Jr. e Alexandre Moraes da Rosa.

BALCÃO DO CONSUMIDOR DA CIDADE DE PASSO FUNDO COMO MECANISMO DE EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS DOS CONSUMIDORES A PARTIR DE MÉTODOS ALTERNATIVOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS

Lidia de Paola Ritter¹
Franco Scortegagna²

RESUMO

Busca-se analisar a vulnerabilidade do consumidor nas relações de consumo da sociedade atual, bem como os conflitos que surgem a partir disso. Observa-se que os mecanismos e órgãos de defesa do consumidor, encontram-se em situação deficitária, considerando o grande poderio dos fornecedores. Para tanto, foram abordados os mecanismos alternativos de resolução de conflitos de consumo, analisando também o programa de extensão Balcão do Consumidor da Universidade de Passo Fundo, que auxiliam no âmbito extrajudicial a redução de conflitos, sendo as demandas solucionadas por intermédio de contatos telefônicos e audiências, evitando que a demanda adentre ao judiciário, auxiliando o consumidor a ter seu conflito resolvido de forma eficaz.

PALAVRAS-CHAVE: Balcão do Consumidor, Consumo, Mediação, Conciliação.

ABSTRACT

It seeks to analyze the vulnerability of the consumer in the consumer relations of today's society, as well as the conflicts that arise from it. It is observed that consumer protection mechanisms and bodies are in a deficient situation, considering the great power of suppliers. To this end, alternative mechanisms for resolving consumer conflicts were addressed, also analyzing the extension program of the Consumer Counter of the University of Passo Fundo, which help in the extrajudicial scope to reduce conflicts, and the demands are solved through telephone and telephone contacts. hearings, preventing the demand from entering the judiciary, helping the consumer to have their conflict resolved effectively.

KEYWORDS: Consumer Counter, Consumption, Mediation, Conciliation.

INTRODUÇÃO

As relações de consumo, em que pese existentes em uma menor escala desde o início da civilização humana, após a revolução industrial, ganharam maior complexidade e a relação entre fornecedores e consumidores ganhou dimensões gigantescas. A partir disso, surgem diversos desafios e impactos, tanto em relação ao meio ambiente, bem como na seara social, mais precisamente nas relações humanas.

O fenômeno da globalização interfere diretamente nas relações de consumo, considerando que uma de suas características é justamente ultrapassar os requisitos de tempo e espaço, fazendo com que, cada vez fique mais fácil consumir, não necessitando, por exemplo, o consumidor ir até uma loja física para poder adquirir determinado produto.

¹ Mestranda em Direito na Universidade de Passo Fundo (UPF). Bolsista CAPES. Advogada. Bacharel em Direito (UNIJUÍ). Integrante do Projeto de Pesquisa: "Proteção Jurídico Ambiental Transnacional e o Paradigma da Sustentabilidade no Novo Constitucionalismo Latino Americano". E-mail: lidiaritter26@gmail.com.

² Mestrando em Direito pela Universidade de Passo Fundo. Especialista em Processo Civil pela Universidade de Passo Fundo. Especialista em Direito do Consumidor pela Uniasselv. Orientador do programa Balcão do Consumidor.

A partir disso, é possível visualizar a sociedade do hiperconsumismo, a qual é marcada pela falta de solidariedade e de preocupação com os bens da coletividade considerando a forma completamente equivocada como vem consumindo. O consumo não é mais utilizado como algo necessário, mas sim, como algo indispensável, ligado diretamente à ideia de felicidade, onde sem consumo, não há felicidade, práticas estas que causam conflitos devido ao consumidor ser a parte mais vulnerável da relação de consumo, estando, assim, mais propício a ser de certa forma enganado.

É importante referir que na relação de consumo entre fornecedor e consumidor, o consumidor sempre será a parte mais vulnerável, ou seja a parte mais fraca da relação de consumo, tendo em vista que o fornecedor é quem detêm mais poder.

A partir de tal constatação, são apresentados mecanismos de resolução de conflitos de forma extrajudicial, quais sejam a mediação, conciliação, bem como a atuação do Balcão do Consumidor, por meio de projeto de extensão da Universidade de Passo Fundo, mecanismo que foi inaugurado com o objetivo de ser mais um canal para garantir os direitos dos consumidores, otimizando a resolução de conflitos, considerando a demora nos processos ajuizados de forma litigiosa

A metodologia utilizada baseou-se no método dedutivo, adotando-se a pesquisa qualitativa e, como técnica de pesquisa, utilizou-se a técnica de pesquisa bibliográfica.

1 VULNERABILIDADE DO CONSUMIDOR

A vulnerabilidade do consumidor diz respeito ao reconhecimento da parte mais fraca da relação de consumo, tendo em vista que o fornecedor é quem detêm mais poder. Com isto, considerando o desequilíbrio que ocorria nas relações de consumo mais remotas, se justificou a necessidade do reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor.

Então, o Código de Defesa do Consumidor adotou um regime jurídico que visa promover a igualdade do mais fraco, tendo em vista que este possui uma vulnerabilidade em relação ao outro polo da relação. Sendo que a vulnerabilidade de que falamos aqui é característica primordial do direito do consumidor.

De acordo com Moraes:

Vulnerabilidade, sob o enfoque jurídico, é então, o princípio pelo qual o sistema jurídico positivado brasileiro reconhece a qualidade ou condição daquele(s) sujeito(s) mais fraco(s) na relação de consumo, tendo em vista a possibilidade de que venha(m) a ser ofendido(s) ou ferido(s), na sua incolumidade física ou psíquica, bem como no âmbito econômico, por parte do(s) sujeito(s) mais potente(s) da mesma relação³.

Portanto, o princípio da vulnerabilidade é o princípio básico, o qual justifica a existência, bem como a aplicação do Direito do Consumidor, decorrendo diretamente do princípio da igualdade, pois tal condição, no que diz respeito a consumidores pessoas físicas, é presunção legal e absoluta.

³ MORAES, Paulo Valério Dal Pai. **Código de Defesa do Consumidor**: o princípio da vulnerabilidade no contrato, na publicidade, nas demais práticas comerciais: interpretação sistemática do direito. 3. Ed. – Porto Alegre Livraria do Advogado, 2009, p. 125.

Cristiano Heineck Schmitt faz importante reflexão acerca do momento em que se passou a perceber que de fato o consumidor é um ser vulnerável, uma vez que abusos vinham ocorrendo no mercado, o que acabou por evidenciar esta fragilidade, conforme segue:

A compreensão de que o consumidor é um agente vulnerável passa a ser desenvolvida no início do século XX, considerando-se os abusos do mercado que demonstravam a fragilidade desse sujeito, o que resta bastante evidenciado, por exemplo, diante da instrumentalização característica dos negócios massificados, configurados em contratos de adesão, ou em condições gerais, figuras pré-redigidas pelos fornecedores, que, não raro, colocam os consumidores em posição de desequilíbrio negocial, motivo pelo qual vieram a ser reguladas por leis, como é o caso, por exemplo, do art. 54 do CDC, que exige pautas mínimas de conformação desses instrumento contratuais com a perspectiva de proteção do consumidor ⁴.

Logo, a vulnerabilidade, em verdade, é um dos indicadores de que é necessária a proteção dos consumidores, o que se faz, principalmente, através de intervenções estatais, com o auxílio dos atores da política nacional de relações de consumo, que serão explicados mais adiante.

Neste sentido, por exemplo, Claudia Lima Marques ressalta que

Uma das partes é vulnerável (art. 4º, I), é o polo mais fraco da relação contratual, pois não pode discutir o conteúdo do contrato: mesmo que saiba que determinada cláusula é abusiva, só tem uma opção, “pegar ou largar”, isto é, aceitar o contrato nas condições que lhe oferece o fornecedor ou não aceitar e procurar outro fornecedor. Sua situação é estruturalmente e faticamente diferente da do profissional que oferece o contrato. Este desequilíbrio de força entre os contratantes é a justificativa para um tratamento desequilibrado e desigual dos cocontratantes, protegendo o direito daquele que está na posição mais fraca, o vulnerável, o que é desigual fática e juridicamente ⁵.

Então, sem sombra de dúvidas, está claro o motivo do reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor, por diferentes fatores, o que justifica as normas de proteção consumeristas.

Todavia, Marques ressalta, ainda, que “a vulnerabilidade não é, pois, o fundamento das regras de proteção do sujeito mais fraco, é apenas a ‘explicação’ dessas regras ou da atuação do legislador, é a técnica para a sua boa aplicação, é a noção instrumental que guia e ilumina a aplicação destas normas protetivas e reequilibradoras” ⁶.

Com isto, através desta característica fundamental atribuídas aos consumidores, a doutrina e a jurisprudência dividiram-na em técnica, jurídica, informacional, social, ambiental e psíquica.

Cavaliere Filho faz importante explicação acerca da vulnerabilidade técnica, vejamos:

A vulnerabilidade técnica decorre do fato de não possuir o consumidor conhecimentos específicos sobre o processo produtivo, bem assim dos atributos específicos de determinados produtos ou serviços pela falta ou inexatidão das informações que lhe são prestadas. É o fornecedor quem detém o monopólio do conhecimento e do controle sobre os mecanismos utilizados na cadeia produtiva. Ao

⁴ SCHMITT, Cristiano Heineck. **Consumidores Hipervulneráveis: a proteção do idoso no mercado de consumo**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 206.

⁵ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 7. Ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 320.

⁶ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**, p. 326.

consumidor resta, somente, a confiança, a boa-fé, no proceder honeste, leal do fornecedor, fato que lhe deixa sensivelmente exposto⁷.

Já Moraes, entende que “a vulnerabilidade técnica, então, acontece quando o consumidor não detém conhecimentos sobre os meios utilizados para produzir produtos ou para conceber serviços, tampouco sobre seus efeitos ‘colaterais’, o que o torna presa fácil no mercado de consumo [...]”⁸.

Verifica-se, portanto, que esta vulnerabilidade diz respeito, exclusivamente, a características, como o próprio nome já diz, técnicas dos produtos e serviços.

Já a jurídica decorre, por exemplo, das dificuldades que os consumidores encontram para fazer valer seus direitos, seja administrativa ou judicialmente. Logo, é uma falta de conhecimentos jurídicos específicos, sendo no Código de Defesa do Consumidor é presumida para o consumidor não profissional e para a pessoa física, uma vez que não são obrigados a deterem tais especificidades, diferentemente do que ocorre com consumidores pessoas jurídicas, que já possuem parcela de conhecimento jurídico.

Com relação à vulnerabilidade informacional, está ligada intimamente com a era da informação, onde o poder está detido nesta, o que acaba gerando ao consumidor fraqueza em face dos fornecedores, posto que estes possuem maiores informações sobre seus produtos e serviços em relação aos usuários e fornecedores, e acerca disto Schmitt destaca que:

Um intenso fatos de desequilíbrio, nesse caso, atinge o consumidor, que tem o *minus* da informação, o que impõe ao fornecedor, o *expert* da cadeia de consumo, a adoção de aparatos que compensem esse novo fator de risco para a sociedade, em especial, aos consumidores. Assim, é dever do fornecedor compartilhar aquilo que somente ele sabe acerca do produto ou serviço, desde os primórdios de um processo de elaboração de bens, até a definição de elementos negociais inseridos nos contratos entabulados com os consumidores⁹.

Todavia, existe ainda a vulnerabilidade social, a qual podemos mencionar que decorre primordialmente da disparidade de forças existente entre consumidores, fornecedores e agentes econômicos, demonstrando que estes possuem maiores condições e forças de impor suas vontades.

Outra característica que se evidencia da vulnerabilidade social, que doutrinariamente é chamada também de econômica, como destaca Moraes, é de que “os consumidores das grandes cidades ter dificuldades de pagar custos de locomoção, sendo obrigado a adquirir os locais que lhe são acessíveis, mas que não necessariamente possuem os melhores preços ou qualidades de produtos e serviços”¹⁰.

Em que pese o exposto, merece destaque o seguinte ensinamento de Schmitt acerca da vulnerabilidade fática:

[...] esta represente o desequilíbrio revelado na relação de consumo, despontando, do lado do fornecedor, a sua posição de monopólio, fático ou jurídico, que conduz à imposição do seu grande poder econômico em razão da essencialidade do serviço, ou impondo sua superioridade face a todos os que com ele contratam, o que significa,

⁷ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de direito do consumidor**. 2. Ed. – São Paulo: Atlas, 2010, p. 45.

⁸ MORAES, Paulo Valério Dal Pai. **Código de Defesa do Consumidor**: o princípio da vulnerabilidade no contrato, na publicidade, nas demais práticas comerciais: interpretação sistemática do direito, p. 141.

⁹ SCHMITT, Cristiano Heineck. **Consumidores Hipervulneráveis**: a proteção do idoso no mercado de consumo, p. 207.

¹⁰ MORAES, Paulo Valério Dal Pai. **Código de Defesa do Consumidor**: o princípio da vulnerabilidade no contrato, na publicidade, nas demais práticas comerciais: interpretação sistemática do direito, p. 180.

por exemplo, prescrever as condições através das quais será desenvolvido o contrato de consumo. Nesse particular, na tentativa de contenção dessa força do fornecedor, métodos de controle do exercício abusivo da vontade desse parceiro contratual foram normatizados, como por exemplo, a disciplina concernente às cláusulas abusivas em contratos de consumo, que, no CDC, são constatáveis no art. 51 [...].¹¹

Por sua vez, é inegável que nos tempos atuais as questões ambientais têm saltado aos olhos da sociedade e dos juristas, o que levou a reconhecimento da vulnerabilidade ambiental.

Neste sentido, então, destaca que “em síntese, a vulnerabilidade ambiental é uma realidade e decorre diretamente das imposições mercadológicas, as quais levam para a sociedade produtos ou serviços, em princípio apresentado como benéficos, mas que, na verdade, possuem potenciais danosos infinitamente superiores”¹².

Então, a vulnerabilidade ambiental está ligada, especificamente, com os riscos causados não só ao meio ambiente, mas também a eventuais danos que possam ocasionar aos usuários e consumidores de produtos e serviços.

Por fim, a noção de vulnerabilidade psíquica, podemos identifica-la como aquela que torna o consumidor parte mais fraca da relação devido às técnicas publicitárias empenhadas pelos fornecedores para atingirem efeitos sob as escolhas dos consumidores, fazendo com que estes “mentalmente” priorizem o produto da marca “x” em detrimento do da marca “y”, por exemplo.

Ultrapassadas as definições dos vários tipos de vulnerabilidade, podemos destacar o reconhecimento deste no campo do direito do consumidor, visto que busca estabelecer a igualdade entre os sujeitos.

E com isto Cláudio Bonatto salienta que

[...] o princípio da vulnerabilidade representa a defesa dos princípios constitucionais da função social da propriedade, da defesa do consumidor, da redução das desigualdades regionais e sociais e da busca do pleno emprego somente surgem caso existam consumidores para investir nas empresas, as quais repassarão estas riquezas novamente para seus consumidores, que são seus empregados.¹³

Assim sendo, destaque-se como fundamental o papel da vulnerabilidade no campo consumerista, principalmente no que diz respeito ao consumismo, que será trata especificamente no tópico que segue.

2 MÉTODOS ALTERNATIVOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS – MEDIAÇÃO E CONCILIAÇÃO FORMAS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS

A sociedade atual é marcada pela era do consumismo e umas das consequências é o surgimento de diversos litígios acerca de discussões relacionadas ao consumo. Uma das áreas que necessita ferramentas de solução de conflitos é justamente a área de consumidor, considerando o afogamento do poder público e, sobretudo, em razão da vulnerabilidade e da pobreza do polo ativo da demanda, no caso, o consumidor.

¹¹ SCHMITT, Cristiano Heineck. **Consumidores Hipervulneráveis**: a proteção do idoso no mercado de consumo, p. 210.

¹² MORAES, Paulo Valério Dal Pai. **Código de Defesa do Consumidor**: o princípio da vulnerabilidade no contrato, na publicidade, nas demais práticas comerciais: interpretação sistemática do direito, p. 191.

¹³ BONATTO, Cláudio. **Questões controvertidas no Código de Defesa do Consumidor**: principiologia, conceitos, contratos atuais. 5ª ed. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 47.

Assim, o Código de Processo Civil, publicado no ano de 2015, trouxe uma inovação em seus fundamentos, ou seja, destaca a premissa e norma fundamental de que a mediação e a conciliação são métodos consensuais de conflitos.

Apesar da finalidade conciliatória em comum, mediação e conciliação guardam distinções tão nítidas em seus propósitos e em seu alcance social que vale a pena, nesse momento em que ambas se encontram no mesmo cenário, destacá-las.

O caráter transdisciplinar da mediação recurso que articula dessemelhantes saberes de forma a potencializar o diálogo autocompositivo voltado à construção de consenso é o principal responsável pelas inúmeras distinções com a conciliação e com outros meios de resolução de conflitos. Os aportes teóricos oriundos de distintas disciplinas conferiram à condução da mediação uma significativa complexidade, exigindo capacitação específica dos mediadores; em contrapartida, conferiram ao seu ritual negocial uma especial informalidade.

Em razão da longa duração de um processo litigioso, não havendo, portando, eficiência na prestação de serviço do poder público para com o consumidor, “é preciso resolver os litígios com rapidez, e nesse ínterim, assegurar garantias e boa aplicação da justiça. Agilidade e não pressa, talvez seja essa a postura adequada. Todavia, geralmente, o sistema processual não é ágil em seus procedimentos, pois os litigantes esperam anos em processo para ter seu direito reconhecido e satisfeito, com demandas que, na maioria das vezes, poderiam ser resolvidas com conciliação e mediação, de maneira muito mais rápida, menos onerosa e menos desgastante para as partes”¹⁴.

A partir disso, considerando os problemas enfrentados em relação à morosidade de processos, o Poder Judiciário caminha, atualmente, ao encontro de formas alternativas de resolução das demandas, por meio de instrumentos, sendo que alguns deles são a mediação e a conciliação. E dentro desse raciocínio, insere-se toda filosofia daqueles que estão empenhados em mudanças razoáveis e factíveis para que outras perspectivas se abram para o povo em geral, graças à facilitação do acesso à Justiça, com a utilização de meios alternativos como, a conciliação, a mediação, com todos os desdobramentos deles derivados.

Contudo, segundo Adolfo Braga Neto, Presidente do Conselho de Administração do Instituto de Mediação e Arbitragem do Brasil (IMAB), o Brasil carece de falta de tradição em soluções negociadas de conflitos, levando a visões equivocadas dos institutos da conciliação, mediação e da arbitragem¹⁵.

As formas de resolução de conflitos, conciliação, mediação e a arbitragem possuem características próprias e são, especialmente, diferenciadas pela abordagem do conflito. O papel desempenhado pela conciliação, pela mediação e pela arbitragem dentro do sistema processual tradicional sempre foi muito tímido, talvez pela grande influência da cultura do litígio

“Hay una cultura del litigio enraizada en la sociedad actual, que debe ser revertida si deseamos una justicia mejor y una sociedad también mejor, y lo que permite clasificar a una cultura como litigiosa no es, propiamente, el numero de conflictos

¹⁴ SOBRINHO, Liton Lanes Pilau; ZIBETTI, Fabíola Wust; SILVA, Rogério. **Balcão do consumidor: coletânea educação para o consumo: sustentabilidade**. Passo Fundo: Editora UPF, 2018, p. 47.

¹⁵ WEINGÄRTNER, Lis. **Mediação é escolha alternativa para resolução de conflitos**. Publicado na Revista Justilex, ano VII, no 76, abr. 2009, p. 13.

que presenta, sino la tendencia a resolver esos conflictos bajo la forma adversarial del litigio”¹⁶

Os meios alternativos de solução de conflito, como a conciliação, a mediação, mostram-se vias promissoras no que tange ao auxílio da desburocratização da Justiça, ao mesmo tempo em que permitem um exercício democrático de cidadania.

Tanto a mediação como a conciliação têm por objetivo auxiliar pessoas a construírem consenso sobre uma determinada desavença. A conciliação tem nos acordos o seu objetivo maior e, por vezes, único. A mediação não tem na construção de acordos a sua vocação primaz e, de maneira alguma, seu único objetivo.

A mediação é um método pacífico de resolução de conflito pelo qual terceira pessoa, imparcial e independente coordenará reuniões separadas ou conjuntas com as partes envolvidas. Este instrumento tem como objetivo estimular o diálogo cooperativo entre elas, no sentido de alcançar a resolução da controvérsia em que estão inseridas.

Segundo Muñoz¹⁷,

é “la mediación es un procedimiento a través del cual un tercero imparcial ayuda a las partes en conflicto a llegar a un acuerdo. La esencia de la mediación que refleja esta definición es la autonomía de la voluntad de las partes”.

Tal mecanismo não tem como objetivo primordial o acordo, e sim a satisfação dos interesses, valores e necessidades das pessoas envolvidas na controvérsia. Na mediação as pessoas passam, de forma emancipada e criativa, a resolver um conflito pelo diálogo cooperativo, na construção da solução.

Em relação ao princípio da conciliação, este guarda uma sintonia com o paradigma adversarial que rege toda disputa, recebendo partes voltadas a encontrar uma solução que melhor as atenda, sem se importar ou, ao menos, considerar o nível de satisfação que o outro lado venha a ter.

A conciliação esta deriva do latim “*conciliatione*”, evoca o significado de acordo, ajuste, harmonia, unir-se, etc. Por isso, a conciliação pode ser definida como um processo em que visa à solução do conflito, com auxílio de um terceiro imparcial. Confirmam o conceito¹⁸, que “a conciliação é uma forma de resolução de controvérsia na relação de interesses administrada por um conciliador indicado ou aceito pelas partes”.

No Direito Brasileiro há existência de dois tipos de conciliação a judicial, disposta em lei, e a conciliação extrajudicial. Esses dois tipos de conciliação distinguem-se na medida em que, na primeira, “há a existência de um conciliador determinado pelo Poder Judiciário. Muitas vezes, o fato de a conciliação acontecer em sede de processo judicial acaba por ser marcada pelo formalismo e pelo tom adversal. Na conciliação extrajudicial, as partes desejam e elegem um terceiro experiente para a condução do conflito”¹⁹.

Contudo, independente do meio de resolução de conflito a ser utilizado, o intuito é solver o litígio entre as partes, a partir da premissa que o Estado fornece mecanismos para criação de atores que possuem a função

¹⁶ HIGHTON, Elena I.; ALVAREZ, Gladys S. **Mediación para resolver conflictos**. Buenos Aires: Ad Hoc, 1995. p. 24.

¹⁷ MUÑOZ, Helena Soletto. **La Mediación: Método de Resolución Alternativa de Conflictos en el Proceso Civil Español**, in Revista Eletrônica de Direito Processual, ano 3, vol. 3, janeiro a junho de 2009. Disponível em: <<http://www.redp.com.br>>. Acesso em: 09. jun. 2019.

¹⁸ SALES, Lília Maia de Moraes; RABELO, Mariana Dionísio de. A mediação de conflitos como efetivo contributo ao Poder Judiciário brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**. v. 48, n. 192, p. 43-54, out./dez. 2011.

¹⁹ SALES, Lília Maia de Moraes; RABELO, Mariana Dionísio de. **Revista de Informação Legislativa**. 2011.

de mediar as relações de consumo, buscando equilibrar as partes e evitar ou, se for o caso, solucionar os conflitos de consumo.

Ademais, além da mediação e conciliação no âmbito judicial, apresenta-se como forma de resolução de conflito o Balcão do Consumidor com um projeto de extensão da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo.

3 BALCÃO DO CONSUMIDOR DA CIDADE DE PASSO FUNDO COMO MECANISMO DE EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS DO CONSUMIDOR

O Balcão do Consumidor, programa de extensão da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo, possui convênio com o Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul e Prefeitura Municipal de Passo Fundo/ PROCON e foi inaugurado em 26 de novembro de 2006, contando com a participação do Ministro do Superior Tribunal de Justiça Antônio Herman Benjamin.

Um dos pilares na atuação do Balcão do Consumidor é o de promover a educação para o consumo, através da parceria com os poderes públicos, assumindo a defesa dos consumidores, mantendo contato com fornecedores, para possibilitar o entendimento entre as partes envolvidas, sendo que, em não havendo um acordo é marcada uma audiência extrajudicial. A iniciativa possibilita a prática jurídica aos acadêmicos que atuam como estagiários, prestando atendimento, identificando os problemas, participando das audiências, buscando solução para o conflito através da mediação.

A experiência piloto do Balcão do Consumidor em Passo Fundo acabou sendo expandida para as cidades da região, onde a instituição possui campi e o funcionamento do curso de Direito. Usando o mesmo modelo de projeto de extensão, e firmando convênios com as prefeituras de cada município e o Ministério Público Estadual, foram criados Balcões nas cidades de Carazinho, Lagoa Vermelha, Casca, Soledade e Sarandi. Com exceção de Carazinho, nas demais o Balcão do Consumidor é o único órgão de atendimento à população que possui conflitos nas relações de consumo²⁰.

Com isto, a Universidade de Passo Fundo está cumprindo o seu papel de instituição comunitária, engajada na melhoria da qualidade de vida dos cidadãos da região, além de contribuir para a formação de seus acadêmicos, desenvolvendo atividades de pesquisa e extensão²¹.

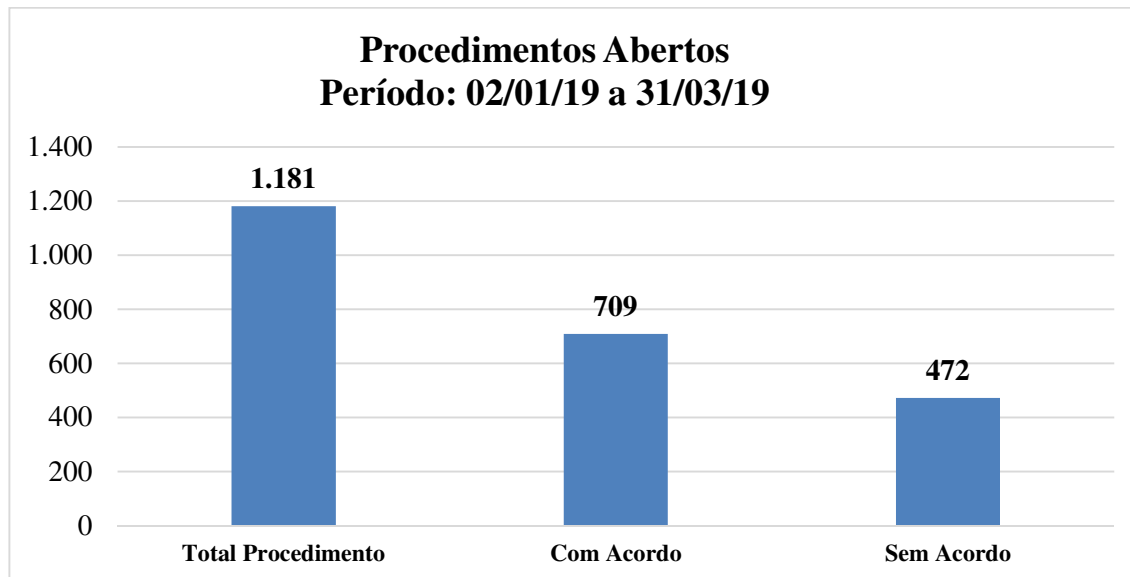
Registra-se que todo o atendimento ocorrido em Passo Fundo, integra a base de dados da Secretaria Nacional de Defesa do Consumidor (SENACON), desde setembro de 2013, quando o Balcão do Consumidor por intermédio de convênio assinado com o Procon Estadual, passou a operar o Sistema Nacional de Informações de Defesa do Consumidor (Sindec). Com isto, o departamento de proteção e defesa do consumidor (DPDC) da Secretaria Nacional, tem o acesso de 193 quais são as empresas mais demandadas em Passo Fundo e também os principais problemas registrados.

²⁰ SOBRINHO, Liton Lanes Pilau; SILVA, Rogério. **Balcão do consumidor:** histórico do movimento consumerista. Passo Fundo: Editora UPF, 2016, p. 191.

²¹ SOBRINHO, Liton Lanes Pilau; SILVA, Rogério. **Balcão do consumidor:** histórico do movimento consumerista, p. 191.

Para o presente artigo, foi realizado um estudo de caso, em relação ao atendimento prestado pelo Balcão do Consumidor, sendo então registrados, no período de 01 de janeiro até 31 de março de 2019, 1.181 reclamações junto ao Sistema Nacional de Defesa do Consumidor - SINDEC, onde 709 casos foram encerrados com acordo e 472 casos finalizados sem acordo entre as partes, totalizando o índice de resolução de 60%. Os casos não que não são resolvidos é entregue todos os documentos ao consumidor que por sua vez pode optar por buscar seus direitos na esfera judicial.

Para melhor ilustrar os dados acima referidos, abaixo o gráfico:



Fonte: Relatório Balcão do Consumidor 2019.

A partir disso, verifica-se que o Balcão do Consumidor, opera de forma extrajudicial, com atuação em caráter preventivo e educativo. O consumidor pode procurar o Balcão do Consumidor apenas para sanar uma dúvida como também após contato preliminar e restabelecido o conflito de consumo, o mesmo dirige-se ao Balcão para relato do caso, onde após registro da demanda junto ao Sistema Nacional de Informação do Consumidor(SINDEC) é efetivada a primeira tentativa de contato do estagiário do Balcão com o fornecedor, o que se concretiza via telefone, as quais possuem bastante êxito. Logo após e caso não possua solução no contato telefônico, é encaminhado ao endereço da reclamada uma Carta de Informação Preliminar – CIP, devendo a empresa se manifestar a respeito dos termos mencionados na notificação dentro do prazo estabelecido pelo órgão. Em última instância o Balcão do Consumidor realiza audiência extrajudiciais, com intuito de promover o acordo entre as partes e evitar a demanda judicial.

Dito isto, verifica-se que o Balcão do Consumidor da cidade de Passo Fundo, vem atuando de forma assídua e eficiente, utilizando-se dos métodos alternativos de resolução de conflitos na defesa dos direitos dos consumidores, os quais são considerados vulneráveis nas relações de consumo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A atual sociedade de consumo é um retrato dos avanços gerados através da Revolução Industrial, marco histórico que acarretou no crescimento do desenvolvimento científico e principalmente tecnológico, tendo como consequência, basicamente, um aumento econômico. Estes avanços acabaram permitindo o transporte mais rápido de produtos e informações e ainda de comunicação instantânea, os quais caracterizaram o fenômeno da globalização, uma vez que o acesso a produtos e serviços é muito mais fácil e rápido.

Em razão da extrema globalização e capitalismo, excesso de oferta e em conjunto com a abundância dos produtos e serviços postos no mercado, acarretaram o aumento de estratégias e planos publicitários, visando com isso formas atrativas e sedutoras de consumo, ocasionando problemas nas relações de consumo, onde na maioria dos casos o consumidor é vulnerável, não havendo seus direitos garantidos,

Para tanto o presente trabalho buscou demonstrar como a mediação possui papel fundamental para os consumidores garantirem seus direitos, citando como exemplo o Balcão do Consumidor, projeto de extensão da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo, o qual é pioneiro junto ao Estado do Rio Grande do Sul, inclusive servindo de exemplo para outros estados, mesmo que no Brasil, a prática da mediação antes do novo Código de Processo Civil não era muito utilizado, fazendo que o consumidor de primeira ingressasse com ação judicial.

Ficou demonstrado que o balcão do consumidor, mais precisamente em relação ao projeto de extensão desenvolvido pela Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo, é extremamente útil na resolução consensual de conflitos referentes ao consumo, isso porque no período de 01 de janeiro até 31 de março de 2019 foram registradas 1.181 reclamações junto ao Sistema Nacional de Defesa do Consumidor - SINDEC, onde 709 casos foram encerrados com acordo e 472 casos finalizados sem acordo entre as partes, totalizando o índice de resolução de 60%.

Ademais, percebe-se que a implementação da mediação e conciliação como formas extrajudiciais de solução de problemas decorrente das relações de consumo, são benéficas para toda a sociedade, diminuindo a demanda dos litigantes junto ao sistema judiciário, além de proporcionar uma economia as partes, tornando a justiça mais célere e eficaz.

Portanto, se analisarmos os números de atendimentos apresentados com o índice de resolução, verifica-se que a mediação e conciliação são extremamente positivas para ambas as partes, devendo ainda ser implementada junto aos órgãos de defesa do consumidor, trazendo mais uma vitória ao consumidor vulnerável desta relação.

REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

BONATTO, Cláudio. **Questões controvertidas no Código de Defesa do Consumidor:** principiologia, conceitos, contratos atuais. 5ª ed. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais. 7. Ed.** – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

MORAES, Paulo Valério Dal Pai. **Código de Defesa do Consumidor**: o princípio da vulnerabilidade no contrato, na publicidade, nas demais práticas comerciais: interpretação sistemática do direito. 3. Ed. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

MUÑOZ, Helena Soletto. **La Mediación: Método de Resolución Alternativa de Conflictos en el Proceso Civil Español**, in Revista Eletrônica de Direito Processual, ano 3, vol. 3, janeiro a junho de 2009. Disponível em: <<http://www.redp.com.br>>. Acesso em: 09. jun. 2019.

HIGHTON, Elena I.; ALVAREZ, Gladys S. **Mediación para resolver conflictos**. Buenos Aires: Ad Hoc, 1995.

SALES, Lília Maia de Moraes; RABELO, Mariana Dionísio de. A mediação de conflitos como efetivo contributo ao Poder Judiciário brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**. v. 48, n. 192, p. 43-54, out./dez. 2011.

SOBRINHO, Liton Lanes Pilau; ZIBETTI, Fabíola Wust; SILVA, Rogério. **Balcão do consumidor**: coletânea educação para o consumo: sustentabilidade. Passo Fundo: Editora UPF, 2018.

SOBRINHO, Liton Lanes Pilau; SILVA, Rogério. **Balcão do consumidor**: histórico do movimento consumerista. 2016.

SCHMITT, Cristiano Heineck. **Consumidores Hipervulneráveis: a proteção do idoso no mercado de consumo**. São Paulo: Atlas, 2014.

WEINGÄRTNER, Lis. **Mediação é escolha alternativa para resolução de conflitos**. Publicado na Revista Justilex, ano VII, no 76, abr. 2009.

A ALIENAÇÃO PARENTAL NO CONTEXTO FAMILIAR CONTEMPORÂNEO

Graziela Minas Alberti¹

Fernanda Oltramari²

RESUMO

Em razão das alterações na família contemporânea hoje, a alienação parental apresenta-se como um tema atual e ainda pouco conhecido, porém de grande significância. A alienação parental ocorre, em situação de separação dos pais, quando um dos genitores da criança ou adolescente pertencentes a família passa a desenvolver comportamentos sombrios, induzindo o menor a desenvolver certos comportamentos e atitudes contrários ao outro genitor, prejudicando seu desenvolvimento psicológico. Nesse contexto, as consequências incidem diretamente sobre a criança ou adolescente, que mesmo com a promulgação da Lei n. 12.318/2010, essa realidade ainda não pôde ser cessada. À vista disso, necessita-se de pais conscientes que tutelem o desenvolvimento saudável de seus infantes, respeitando seus direitos, assim como é imprescindível que a alienação parental não seja passada despercebida pelas autoridades.

PALAVRAS-CHAVE: Alienação parental. Família. Criança. Adolescente.

ABSTRACT

Due to the changes in the contemporary family today, parental alienation presents itself as a current and still little known theme, but of great significance. Parental alienation occurs in a situation of separation of parents when one of the presents of the child or adolescent belonging to the family starts to develop dark behavior, inducing the child to develop certain behaviors and attitudes contrary to the other parent, impairing their psychological development. In this context, the consequences directly affect the child or adolescent, which even with the enactment of Law n. 12.318/2010, this reality has not yet been stopped. In view of this, conscious parents are needed to monitor the healthy development of their infants, respecting their rights, just as it is imperative that parental alienation is not overlooked by the authorities.

KEYWORDS: Parental alienation. Family. Kid. Teenager.

INTRODUÇÃO

Por ser um tema atual e ainda pouco conhecido pela população em geral, a alienação parental reside em um problema bastante comum em famílias que se encontram em um contexto de dissolução conjugal. Tal tema também é um dos mais delicados assuntos tratados pelo Direito de Família, pois considera os diversos efeitos psicológicos e emocionais negativos que podem incidir na relação entre pais e filhos.

A família contemporânea hoje, apresenta características distintivas, onde a mulher ganhou maior autonomia e liberdade, e com isso foi inserida ao mercado de trabalho, provocando uma redefinição de papéis dentro do âmbito familiar.

Por muitas vezes essa redefinição de papéis causa alguns desentendimentos entre o casal, pai e mãe, dando origens a desentendimentos, brigas e até mesmo a decisão pelo divórcio. A partir disso, inicia-se a discussão sobre quem ficará com a guarda dos filhos, quando menores de idade. Então, estando a criança ou adolescente sob tutela de um dos genitores, este mesmo genitor passa a desenvolver comportamentos sombrios,

¹ Acadêmica do Curso de Direito da Universidade de Passo Fundo. E-mail: grazialberti86@gmail.com

² Graduada em Direito pela Universidade de Passo Fundo (1992). Especialista em Contratos e Responsabilidade Civil pela Universidade de Passo Fundo (1998). Mestrado em Direito pela Universidade Federal do Paraná (2003). Professora da Universidade de Passo Fundo.

como por exemplo, restringindo visitas e convencendo a criança/adolescente de que seu outro genitor não possui caráter e tampouco afeto para com o menor.

Essa realidade fere os sentimentos do menor e insulta os direitos da criança e do adolescente, previstos em lei. Com isso, a criança tende a se sentir perdida, desprovida de afeto, ansiosa, triste, irritada, etc., pois ela ainda não é capaz de entender o que de fato está acontecendo para julgar o que é certo e o que é errado, onde seus pais são vistos como referência para ela.

A partir disso, a promulgação da Lei n. 12.318/2010 objetiva proteger direitos fundamentais de crianças e adolescentes. A lei estabelece algumas medidas que podem ser adotadas pelo juiz, a fim de facilitar a resolução da questão familiar, evitando assim maiores prejuízos as partes envolvidas, bem como evita-se irreversíveis sequelas deixadas ao menor vítima da alienação parental.

Desta forma, o presente artigo trata da alienação parental no contexto familiar contemporâneo, objetivando entender a realidade e as consequências enfrentadas pela criança ou adolescente. Para tanto, considera-se o conceito de alienação parental, a Lei n. 12.318/2010, as principais implicações aferidas no contexto familiar contemporâneo, bem como as consequências para a criança ou adolescente envolvidos.

1 CONCEITO DE ALIENAÇÃO PARENTAL

Na concepção de Gaidarji, Cesconeo e Bidarra³, a alienação parental caracteriza um sistema de violência psicológica praticada contra a criança ou adolescente, no seio familiar, praticada não só pelos genitores, mas sim por qualquer um que exerça autoridade ou influência. “Num processo de alienação parental, um dos pais tem atitudes e comportamentos que visam afastar injustificadamente o filho do outro, privando-o da sua relação de vinculação com ele”.⁴

De forma prática, a alienação parental é a expressão genérica utilizada para designar uma patologia psicológica/comportamental com fortes implicações jurídicas. Tal alienação caracteriza-se pelo exercício abusivo do direito de guarda e impedimento da convivência parental. Logo, a maior vítima é a própria criança ou adolescente, pois acaba vivendo uma contradição de sentimentos. Por meio da distorção da realidade, essa criança ou adolescente percebe que um dos pais é totalmente bom e perfeito (alienador) e outro é totalmente mau (alienado).⁵

Normalmente, a alienação parental “[...] é provocada pelo genitor que detém a guarda do menor e, diante dessa maior proximidade, busca exercer a sua influência de forma a denegrir a imagem do outro genitor, promovendo o seu afastamento”.⁶ Nesse sentido, Almeida e Rodrigues Júnior⁷ reiteram que “[...] trata-se de uma conduta de desacreditar e desgastar, de maneira, infundada, a imagem do pai ou da mãe a fim de provocar no filho a anulação da figura deste, o seu falecimento simbólico”.

³ GAIDARJI, Wanderléia Pereira Gomes; CESCONEO, Eugênia Aparecida; BIDARRA, Zelimar Soares. **Alienação parental: uma das facetas da violência contra a criança e o adolescente em processos judiciais**. Univel, 2017.

⁴ MARTINS, Eva Delgado. **A alienação parental e violência doméstica**. 2019. Disponível em: <https://www.publico.pt/2019/03/24/culto/opiniao/alienacao-parental-violencia-domestica-1866331>. Acesso em: 20 maio 2019.

⁵ DUARTE, Marcos. **Alienação parental: comentários iniciais a lei 12.318/2010**. Instituto Brasileiro de Direito de Família, 2010. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/artigos/697/novosite>. Acesso em: 08 jul. 2019.

⁶ FIGUEIREDO, Fábio Vieira; ALEXANDRIDIS, Georgios. **Alienação parental**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

⁷ ALMEIDA, Renata Barbosa; RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. **Direito civil: famílias**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 472

A prática da alienação parental, não raras vezes, é promovida por ambos os genitores, ou por aqueles que exercem a função de guarda do menor. Em situações dessa natureza, as soluções para resolução ou minoração dos efeitos da alienação parental tornam-se virtualmente impossíveis, pois todos os envolvidos exercem e sofrem os efeitos da alienação num ciclo infinito de ação e reação, prática e resposta, com prática de vingança recíproca, em que no meio disso tudo está aquele que deveria ser protegido.⁸

Logo, essa alienação parental resignada é uma violação de direitos, praticada no espaço intrafamiliar, onde o genitor ou outro familiar que possui a guarda, priva a criança ou adolescente do seu direito ao convívio familiar, tentando impedir que este mantenha laços afeitos com o outro genitor, bem como com outros membros da família⁹

Esse fenômeno é decorrente de diversos fatores, tais como a não aceitação do término de um relacionamento conjugal, discussões em busca de uma volta, querer alcançar o divórcio psíquico, desejo de vingança quando a separação ocorreu por causa de uma traição, e também por questões financeiras¹⁰. Por essa razão, Neto, Queiroz e Calçada¹¹ dissertam que “no âmbito familiar e jurídico, as medidas tomadas com relação aos processos de separação devem ser observadas, de modo a fazer com que se reflitam de forma positiva no momento em que forem aplicadas[...]”.

Próchno, Paravidini e Cunha¹² argumentam que:

O resultado da alienação parental é guardiães que constantemente impõem barreiras ao convívio com o filho e genitores alienados, já saturados dessa estressante situação, acabam por “renunciar” o seu poder/dever de manter uma vida afetiva saudável com os filhos. O mais árduo desse comportamento é o dano afetivo que a criança sofre devido ao afastamento do outro genitor de seu convívio.

A alienação parental também é um dos temas tratados especificamente em lei, prezando-se sempre pela garantia e efetividade do princípio do melhor interesse das crianças e adolescentes. Logo, os atos de alienação parental devem ser identificados e conhecidos, evitando possíveis equívocos, ou seja, agressores em vítimas ou mães preocupadas como praticantes de alienação parental¹³.

⁸ FREITAS, Douglas Phillips. **Alienação parental: comentários à Lei 12.318/2010**. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

⁹ GAIDARJI, Wanderléia Pereira Gomes; CESCONEO, Eugênia Aparecida; BIDARRA, Zelimar Soares. **Alienação parental: uma das facetas da violência contra a criança e o adolescente em processos judiciais**.

¹⁰ PIMENTA, Jaqueline Elias; MELO, Rafael Pimentel de Oliveira; ROCHA, Maria de Lourdes. Alienação parental: análise do impacto cultural. **JUS**, 2018. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/70540/alienacao-parental-analise-do-impacto-cultural>. Acesso em: 20 maio 2019

¹¹ NETO, Álvaro de Oliveira; QUEIROZ, Maria Emília Miranda; CALÇADA, Andreia. **Alienação parental e família contemporânea: um estudo psicossocial**. Recife: FBV/Devry, 2015, p. 07.

¹² PRÓCHNO, Caio César Souza Camargo; PARAVIDINI, João Luiz Leitão; CUNHA, Cristina Martins. Marcas da alienação parental na sociedade contemporânea: um desencontro com a ética parental. **Revista Mal-estar e Subjetividade**, Fortaleza, v. 11, n. 4, p. 1461-1490, 2011. Disponível em: <https://periodicos.unifor.br/rmes/article/view/5027/4033>. Acesso em: 02 jul. 2019, p. 1479.

¹³ STRUCKER, Bianca. **Novos ensejos familiares e alienação parental: perspectivas a partir da lei 12.318/2010**. Seminário Nacional de demandas sociais e políticas públicas na sociedade contemporânea, 2016. Disponível em: <http://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/snpp/article/view/14607/3319>. Acesso em: 02 jul. 2019.

2 LEI N. 12.318/2010

A Lei n. 12.318, promulgada em 26 de agosto de 2010, dispõe sobre a alienação parental, um fenômeno comum que tem provocado alterações nas relações de filiação. Muito além da definição do ato de alienação parental, dos sujeitos envolvidos e dos direitos fundamentais eventualmente violados, a Lei n. 12.318/2010 denota algumas regras sobre a instrumentalização processual do instituto¹⁴. No Brasil, a criação da respectiva Lei, tem como princípio regular de forma produtiva o convívio dos filhos com os pais¹⁵.

“Essa Lei tem por objetivos principais a própria divulgação do significado da alienação parental e a concessão de segurança aos magistrados na aplicação de medidas judiciais para evitar ou remediar a sua ocorrência”.¹⁶ Além disso, a Lei reconhece que o judiciário não é capaz de combater a alienação parental. Para tanto, considerando que as crianças e adolescentes são prioridade, institui a realização de perícia multidisciplinar, contemplando um grupo de profissionais de diversas áreas para buscar identificar e combater esta alienação de forma conjunta e satisfatória¹⁷.

Observa-se que a lei dispõe que a prática de ato de alienação fere direito fundamental da criança, indicando, nas hipóteses de caracterização do fenômeno através de estudo múltiplos, medidas protetivas para resguardar a convivência com o genitor alienado e tentar minimizar os efeitos de eventual afastamento. Mas de um lado a lei contém instrumentos de proteção à dignidade da criança, resguardando o direito convivencial entre pais e filhos, de um outro lado cria sanções ao alienante que não vislumbram a melhora nas relações familiares.¹⁸

Assim sendo, devido à necessidade de regulação de casos de alienação parental, foi sancionada a Lei n. 12.318/2010, um importante instrumento para que a situação extrema seja reconhecida, bem como o prejuízo oriundo à pessoa do menor e daquele que está sujeito a ser vitimado. Desta forma, o art. 2º da referida lei menciona que se considera um ato de alienação parental, a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente provocada ou induzida por um de seus genitores, pelos avós, ou ainda por aqueles que tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade, causando prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com o genitor¹⁹.

Galvão e Neto²⁰ citam algumas formas de alienação parental considerada criminalizada:

[...] a realização de “campanha” onde há a desqualificação da conduta daquele genitor no seu exercício de paternidade ou maternidade, como também há o

¹⁴ ROSSATO, Luciano Alvez; LÉPORE, Paulo Eduardo; CUNHA, Rogério Sanchez. **Estatuto da criança e do adolescente: Lei n. 8.069/90 – comentado artigo por artigo**. 10.ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

¹⁵ PIMENTA, Jaqueline Elias; MELO, Rafael Pimentel de Oliveira; ROCHA, Maria de Lourdes. Alienação parental: análise do impacto cultural. **JUS**, 2018. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/70540/alienacao-parental-analise-do-impacto-cultural>. Acesso em: 20 maio 2019.

¹⁶ ALMEIDA, Renata Barbosa; RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. **Direito civil: famílias**, p. 474

¹⁷ STRUCKER, Bianca. **Novos ensinamentos familiares e alienação parental: perspectivas a partir da lei 12.318/2010**.

¹⁸ FUCKS, Betty Bernardo; OLIVEN, Leonora Roizen Albek. Alienação parental: a família em litígio. **Polêmica**, v. 10, n. 1, p. 56-73, jan./mar. 2011, p. 66. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/polemica/article/view/2836/1963>. Acesso em: 02 jul. 2019.

¹⁹ FIGUEIREDO, Fábio Vieira; ALEXANDRIDIS, Georgios. **Alienação parental**.

²⁰ GALVÃO, Maria Iracema Rodrigues Paiva; NETO, Armando Hypolito da Silva. A alienação parental prevista na Lei nº 12.318/2010 e suas consequências. **Jus.com.br.**, 2019, s/p. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/75156/a-alienacao-parental-prevista-na-lei-n-12-318-2010-e-suas-consequencias>. Acesso em: 08 jul. 2019.

impedimento do contato da criança com aquele genitor e terceiros que a ele esteja ligado, como avós paternos ou maternos, tios; a omissão de informações pessoais acerca do filho, principalmente, sobre seu paradeiros, seu comportamento na escola, nas consultas médicas e a alteração de endereço para uma cidade distante; visando dificultar a convivência daquela criança ou adolescente com a outra parte e com familiares desta.

Vale ressaltar que um dos principais aspectos positivos desta lei é o seu caráter preventivo, uma vez que, não é necessário que haja um repúdio da criança em manter um relacionamento saudável com seu genitor, basta apenas que certos atos do genitor ou guardião com o intuito de prejudicar a relação parental sejam constatados. Entretanto, qualquer manifestação de repúdio do menor em relação ao genitor, somente será levada em consideração se houver um contexto de alienação parental²¹.

3 IMPLICAÇÕES NO CONTEXTO FAMILIAR CONTEMPORÂNEO

As novas estruturas familiares contemporâneas têm representado significativas mudanças nas relações familiares. A inserção da mulher no mercado de trabalho motivou novas práticas conjugais, especialmente na relação parental, provocando a redefinição de papéis²².

Por ter se inserido no mercado de trabalho, a mulher não necessita mais do marido para garantir a sua sobrevivência. Partindo dessa ideia, a mulher pode tomar iniciativas em separações conjugais, sem com isso carregar consigo qualquer sentimento de culpa. Anteriormente isso era uma exceção, hoje é um fato corriqueiro. Diversos casos de divórcios e separações fazem parte da realidade, interferindo diretamente no convívio com os filhos, além de trazer repercussões sérias para os mesmos²³.

Além disso, Silva e Borba²⁴ afirmam que no atual contexto contemporâneo, apenas uma minoria vive o que poderia ser chamado de família padrão, com casais intactos e seus filhos nascidos do casamento, onde a mãe é a dona de casa e o pai o único provedor. Agora, um filho representa um encargo financeiro para os pais. Todas estas transformações que ocorrem na organização familiar, fazem surgir novas expressões para denominar as relações familiares.

Segundo Figueiredo e Alexandridis²⁵, a dissolução da família ou até mesmo a sua não formação segundo a forma esperada, acaba despertando entre os genitores uma relação de animosidade, ódio e inimizade. Em situações como a separação entre casais, sobram mágoas e ressentimentos que, normalmente, geram conflitos, podendo afetar o próprio filho, convergindo um caso de alienação parental. Ao término de um

²¹ EVARISTO, Almir Bezerra. A síndrome da alienação parental e a lei nº 12.318/2010. **Arcos**, 2019. Disponível em: <http://www.arcos.org.br/artigos/a-sindrome-da-alienacao-parental-e-a-lei-no-12318-2010/>. Acesso em: 08 jul. 2019.

²² SELONK, Rafael; OLTRAMARI, Fernanda. Síndrome da alienação parental e a mediação como caminho possível. **PERSPECTIVA**, Erechim, v. 38, n. 142, p. 7-16, 2014. Disponível em: http://www.uricer.edu.br/site/pdfs/perspectiva/142_414.pdf. Acesso em: 20 maio 2019.

²³ PRÓCHNO, Caio César Souza Camargo; PARAVIDINI, João Luiz Leitão; CUNHA, Cristina Martins. **Marcas da alienação parental na sociedade contemporânea: um desencontro com a ética parental**.

²⁴ SILVA, Alan Minas Ribeiro; BORBA, Daniela Vitorino. **A morte inventada: alienação parental em ensaios e vozes**. São Paulo: Saraiva, 2014.

²⁵ FIGUEIREDO, Fábio Vieira; ALEXANDRIDIS, Georgios. **Alienação parental**.

relacionamento, um dos genitores busca de todas as maneiras, afastar a criança da convivência com o outro genitor, gerando um processo de afastamento do genitor não guardião²⁶.

A busca por afastar do convívio o alienado do vitimado pode se dar em outros graus de relação de parentesco, como de um dos genitores com os avós do alienado, geralmente em razão do parentesco por afinidade. Ainda, a busca por separar irmãos unilaterais, dadas as richas envolvendo o genitor comum²⁷.

Além disso, cabe ressaltar que a família contemporânea perdeu sua função puramente econômica, de unidade produtiva e seguro contra a velhice, onde era necessário um grande número de integrantes, principalmente filhos, os quais estavam sob o comando de um chefe. Também, perdeu-se o costume de adquirir solidariedade, cooperação e a comunhão pelos interesses da vida. Na família atual, todos os seus elementos estão em total interação e interdependência. Desta forma, desenvolvem-se novos arranjos familiares e novas representações sociais²⁸. “A alienação parental relaciona-se intrinsecamente com a instabilidade que a sociedade pós-moderna vive. Ela é uma questão que condiz com as mudanças drásticas ocorridas na sociedade nos últimos anos”²⁹.

Normalmente, os atos de alienação parental ocorrem no próprio ambiente familiar, um ambiente bastante conflituoso, com grande animosidade entre os genitores ou os familiares do casal que está em processo de divórcio. A presença destes atos origina uma árdua tarefa ao Poder Judiciário e para outros profissionais envolvidos, tais como psicólogos e assistentes sociais, para a correta identificação se de fato ocorreu a implantação de falsas memórias ou se os direitos inerentes a criança e ao adolescente estão sendo inferidos. Em vista disso, é fundamental que os profissionais envolvidos na causa estejam sempre atentos para a identificação do agressor, tendo o devido cuidado para não tratar o culpado como vítima, defendendo assim os direitos da criança e do adolescente, assim como do genitor prejudicado³⁰.

Assim sendo, quando a família em litígio chegar aos tribunais, instala-se uma demanda complexa, visto que a alienação parental é um fenômeno psico-socio-cultural-relacional. Em vista disso, é de extrema importância dar voz e vez a todos os membros da família que estão vivenciando aquele conflito. A partir disso, é preciso que haja um trabalho em parceria e interdisciplinaridade entre o Tribunal de Justiça e a Terapia Familiar, a fim de atender de forma adequada tal situação, prevendo possíveis consequências³¹.

²⁶ SELONK, Rafael; OLTRAMARI, Fernanda. **Síndrome da alienação parental e a mediação como caminho possível**.

²⁷ FIGUEIREDO, Fábio Vieira; ALEXANDRIDIS, Georgios. **Alienação parental**, p. 44.

²⁸ CARPES MADALENO, Ana Carolina; MADALENO, Rolf. **Síndrome da alienação parental: importância da detecção – aspectos legais e processuais**. 5.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

²⁹ PRÓCHNO, Caio César Souza Camargo; PARAVIDINI, João Luiz Leitão; CUNHA, Cristina Martins. **Marcas da alienação parental na sociedade contemporânea: um desencontro com a ética parental**, p. 1482.

³⁰ GALVÃO, Maria Iracema Rodrigues Paiva; NETO, Armando Hypolito da Silva. **A alienação parental prevista na Lei nº 12.318/2010 e suas consequências**.

³¹ CAVALCANTE, Jacy; CABRAL, Virgínia Buarque Cordeiro. **Alienação parental: desafio interdisciplinar**. HUMANA, 2015. Disponível em: <http://humanae.esuda.com.br/index.php/humanae/article/view/456/136>. Acesso em: 02 jul. 2019, p. 11.

4 CONSEQUÊNCIAS PARA AS CRIANÇAS OU ADOLESCENTES ENVOLVIDOS

Por ser considerada um comportamento abusivo e de destruição das relações de afeto, a alienação parental restringe a criança de uma convivência afetiva, envolvendo todos os membros da família. Essa alienação tende a desenvolver diversos sintomas e transtornos psiquiátricos futuros³².

Em seu contexto, a alienação parental traz consequências prejudiciais a criança tanto no presente quanto no seu futuro. Há alguns casos em que a simples presença do genitor alvo provoca reações de ansiedade, crises de angústia e medo da separação, assim como alterações importantes no sono e no apetite da criança³³.

Devido à intensidade dessa situação, a criança é levada a identificar o genitor guardião como parte de si, redundando ao crescente distanciamento geral do genitor não guardião, podendo ocasionar no aparecimento de uma síndrome de alienação parental³⁴.

Ainda, há casos em que a manipulação sofrida pela criança é bem mais intensa, provocando um grande sentimento de dúvida e desorientação neste indivíduo ainda inexperiente, incapaz de perceber que as mentiras estão sendo colocadas em jogo, já que consideram a figura do pai e da mãe como suas referências. A partir disso, começam a surgir os sintomas da síndrome da alienação parental: autoestima baixa; aumento no nível de agressividade e tristeza, comprometendo a vida estudantil; a criança fica vulnerável a entrar em depressão, pois passa a desenvolver ansiedade ou até mesmo a síndrome do pânico; dentre outros. Infelizmente, tudo isso ocorre pelo fato da criança ainda não entender e nem saber como agir diante dessa situação que para ela, não passa de uma enorme tortura psicológica³⁵.

A síndrome da alienação parental não se confunde, portanto, com a mera alienação parental. Aquela geralmente é decorrente desta, ou seja, a alienação parental é o afastamento do filho de um dos genitores, provocado pelo outro, via de regra, o titular da custódia. A síndrome, por seu turno, diz respeito às sequelas emocionais e comportamentais de que vem a padecer a criança vítima daquele alijamento. Assim, enquanto a síndrome refere-se à conduta do filho que se recusa terminante e obstinadamente a ter contato com um dos progenitores e que já sofre as malezas oriundas daquele rompimento, a alienação parental relaciona-se com o processo desencadeado pelo progenitor que intenta arredar o outro genitor a vida do filho. Essa conduta-quando ainda não dá lugar à instalação da síndrome-é reversível e permite- com o concurso de terapia e auxílio do Poder Judiciário-o reestabelecimento das relações com o genitor preterido³⁶.

De acordo com Evaristo³⁷, há três diferentes níveis de intensidade da síndrome da alienação parental, apresentada pelas crianças afetadas: alienação leve, alienação moderada e alienação intensa. A alienação leve é percebida através da expressão de alguns sinais de desagrado na relação com um dos genitores, sendo que os

³² PIMENTA, Jaqueline Elias; MELO, Rafael Pimentel de Oliveira; ROCHA, Maria de Lourdes. **Alienação parental: análise do impacto cultural.**

³³ EVARISTO, Almir Bezerra. **A síndrome da alienação parental e a lei nº 12.318/2010.**

³⁴ SELONK, Rafael; OLTRAMARI, Fernanda. **Síndrome da alienação parental e a mediação como caminho possível.**

³⁵ GALVÃO, Maria Iracema Rodrigues Paiva; NETO, Armando Hypolito da Silva. **A alienação parental prevista na Lei nº 12.318/2010 e suas consequências.**

³⁶ FONSECA, Priscila M. P. Corrêa. Síndrome da alienação parental. **Revista do CAO Civil** nº 15, n. 40, 2006. Disponível em: <http://priscilafonseca.com.br/sindrome-da-alienacao-parental-artigo-publicado-na-revista-do-cao-civil-no-15-ministerio-publico-do-estado-do-para-jandez-2009-revista-ibdfam-ano-8-no-40-f/>. Acesso em: 01 jul. 2019, s/p.

³⁷ EVARISTO, Almir Bezerra. **A síndrome da alienação parental e a lei nº 12.318/2010.**

encontros com a criança não são evitados e tampouco a relação é interrompida. Na alienação moderna, há o desejo de não ver mais o pai ou a mãe, sendo que o genitor alienado nega qualquer afeto e tenta evitar o contato com o outro genitor, afetando também o convívio social e familiar. Por fim, na alienação intensa, a criança acredita nas justificativas mal-intencionadas do genitor alienante e mostra-se muito ansiosa na presença do genitor alienado.

Frente ao contexto da alienação parental, a criança, normalmente é aquela pela qual os pais estão brigando, por isso, ela tende a se aliar fortemente a um dos seus pais e rejeitar o relacionamento com o outro genitor, sem uma justificativa adequada. Nessas situações, as crianças sentem sua segurança e amparo abalados e sentem também, muito medo. Quando a criança é induzida a ficar contra um de seus genitores, tal situação gera muita fragilidade a ela, já que uma de suas referências encontra-se desestruturada, ocasionando em sentimentos como a ansiedade, a tristeza e a raiva. As consequências são devastadoras, uma vez que, afastam a criança do núcleo familiar do genitor alienado, ocasionando em perdas afetivas muito significativas, pois interferem na construção da personalidade do menor. Desta forma, o rompimento dos vínculos afetivos gera grandes estragados que permanecerão pela vida de pais e filhos³⁸.

Funks e Oliven³⁹ dissertam que:

A criança, na maioria das vezes, passa a ser objeto de litígio conjugal. O pai ou a mãe, muitas vezes os dois ou até mesmo um parente próximo, passam a fazer “pedidos” em nome do outro, da criança, sem sequer se perguntarem pelo desejo do filho. Ele sequer é ouvido. Nesta situação, a criança fica sem saber de que lado se colocar e termina entrando em conflito de lealdade entre a defesa da palavra – e da verdade – do genitor com força suficiente a repetir e introjetar o discurso do abandono, duvidando do amor do outro e por vezes sequer abrindo qualquer possibilidade de diálogo.

A expressão-chave é o fato de a criança ser programada a ter ódio do genitor não guardião e de tudo o que diz respeito a ele. Logo, a criança ou adolescente passa a agir com desprezo e amargura com ele ao mesmo tempo em que, se aproxima intensamente do seu guardião protetor. Isso tudo cria um ambiente de fidelidade, defesa e lealdade com a criança⁴⁰.

A partir dessa realidade, considerando-se que a dignidade da criança foi infringida e amplamente desrespeitada por atos atentatórios à sua formação psicológica e emocional, o trabalho multidisciplinar de operadores de lei, psicólogos e assistentes sociais é amplamente essencial. Estes profissionais devem reconhecer e buscar mecanismos que posam sustentar a alienação parental, visando o reposicionamento dos cônjuges no convívio familiar. Não obstante, essa situação demanda um tratamento diferenciado perante os agentes públicos, uma vez que, trata-se do bem-estar infantil frente a um convívio familiar saudável⁴¹.

³⁸ NETO, Álvaro de Oliveira; QUEIROZ, Maria Emília Miranda; CALÇADA, Andreia. **Alienação parental e família contemporânea: um estudo piscossocial**.

³⁹ FUCKS, Betty Bernardo; OLIVEN, Leonora Roizen Albek. **Alienação parental: a família em litígio**, p. 59.

⁴⁰ PRÓCHNO, Caio César Souza Camargo; PARAVIDINI, João Luiz Leitão; CUNHA, Cristina Martins. **Marcas da alienação parental na sociedade contemporânea: um desencontro com a ética parental**.

⁴¹ PRÓCHNO, Caio César Souza Camargo; PARAVIDINI, João Luiz Leitão; CUNHA, Cristina Martins. **Marcas da alienação parental na sociedade contemporânea: um desencontro com a ética parental**.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No presente artigo, buscou-se demonstrar a realidade da alienação parental no contexto familiar contemporâneo, levando em considerando os principais efeitos as crianças e adolescentes envolvidos.

A partir dos conceitos expostos, observa-se que a alienação parental nada mais é que um tipo de violência psicológica praticada contra a criança ou adolescente em seu meio familiar. Geralmente, tal fato incide após a não aceitação do término de um relacionamento conjugal, onde um dos genitores (alienador) induz o menor a apresentar certos comportamentos e atitudes negativas em relação ao outro genitor (alienado). Assim, a criança vítima dessa situação, sofre uma distorção de realidade.

Mesmo com a promulgação da Lei n. 12.318/2010, a qual estipulou determinadas regras de instrumentalização processual do instituto, buscando o convívio harmonioso entre pais e filhos, essa lei reconhece que o judiciário não é capaz de combater a alienação parental. É importante destacar o art. 2º da referida lei, o qual considera a alienação parental como uma interferência na formação psicológica do menor, quando provocada ou induzida por seus genitores.

Cabe ressaltar que a motivação da alienação parental talvez possa ser encontrada nas alterações acerca do contexto familiar contemporâneo, onde a redefinição de papéis entre os cônjuges pode ocasionar certos desentendimentos, levando ao divórcio. Com isso, surgem problemas nas relações familiar acometendo o menor envolvido. Não obstante, agora um filho pode representar apenas um encargo financeiro para os pais. Nessa família atual, percebe-se que todos seus elementos estão com constante interação e interdependência.

Na pior das hipóteses, nota-se que a alienação parental no contexto familiar contemporâneo traz as principais consequências para as crianças e adolescentes envolvidas neste contexto. Toda essa destruição de afeto, acaba restringindo a criança a expressar-se e comportar-se pela convicção de seu genitor alienador. Porém, na maioria dos casos, ficou claro que essa alienação provoca no menor diversos sintomas e transtornos psiquiátricos futuros, tais como crises de ansiedade, angústia, medo, além de sérias complicações no sono, no apetite e no rendimento escolar dessa criança ou adolescente. Esse menor não tem culpa pelos fatos ocorridos, porém é ele quem arca com as piores consequências possíveis, podendo assim desenvolver a chamada síndrome da alienação parental.

Contudo, mesmo diante de importantes avanços no Direito da Família, os direitos da criança e do adolescente ainda precisam de certas adequações em prol do bem-estar comum. Mesmo sendo um problema bastante novo e atual, a alienação parental configura um retrocesso ao desenvolvimento do menor, e não pode passar despercebida. Necessita-se de pais conscientes que tutelem o desenvolvimento e o crescimento saudável dos infantes ao mesmo tempo em que, promovam seus direitos constitucionais. Ainda é preciso buscar alternativas para lidar com a alienação parental, onde a convivência familiar harmônica não seja rompida e tampouco afete a saúde física e mental da criança ou adolescente parte dessa conjuntura em insurreição.

REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

ALMEIDA, Renata Barbosa; RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. **Direito civil:** famílias. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2012.

CARPES MADALENO, Ana Carolina; MADALENO, Rolf. **Síndrome da alienação parental: importância da detecção – aspectos legais e processuais**. 5.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

CAVALCANTE, Jacy; CABRAL, Virgínia Buarque Cordeiro. Alienação parental: desafio interdisciplinar. **HUMANAE**, 2015. Disponível em: <http://humanae.esuda.com.br/index.php/humanae/article/view/456/136>. Acesso em: 02 jul. 2019.

DUARTE, Marcos. Alienação parental: comentários iniciais a lei 12.318/2010. **Instituto Brasileiro de Direito de Família**, 2010. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/artigos/697/novosite>. Acesso em: 08 jul. 2019.

EVARISTO, Almir Bezerra. A síndrome da alienação parental e a lei nº 12.318/2010. **Arcos**, 2019. Disponível em: <http://www.arcos.org.br/artigos/a-sindrome-da-alienacao-parental-e-a-lei-no-12318-2010/>. Acesso em: 08 jul. 2019.

FIGUEIREDO, Fábio Vieira; ALEXANDRIDIS, Georgios. **Alienação parental**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

FONSECA, Priscila M. P. Corrêa. Síndrome da alienação parental. **Revista do CAO Civil nº 15**, n. 40, 2006. Disponível em: <http://priscilafonseca.com.br/sindrome-da-alienacao-parental-artigo-publicado-na-revista-do-caocivil-no-15-ministerio-publico-do-estado-do-para-jandez-2009-revista-ibdfam-ano-8-no-40-f/>. Acesso em: 01 jul. 2019.

FREITAS, Douglas Phillips. **Alienação parental: comentários à Lei 12.318/2010**. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

FUCKS, Betty Bernardo; OLIVEN, Leonora Roizen Albek. Alienação parental: a família em litígio. **Polêmica**, v. 10, n. 1, p. 56-73, jan./mar. 2011. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/polemica/article/view/2836/1963>. Acesso em: 02 jul. 2019.

GAIDARJI, Wanderléia Pereira Gomes; CESCONEO, Eugênia Aparecida; BIDARRA, Zelimar Soares. **Alienação parental: uma das facetas da violência contra a criança e o adolescente em processos judiciais**. Univel, 2017.

GALVÃO, Maria Iracema Rodrigues Paiva; NETO, Armando Hypolito da Silva. A alienação parental prevista na Lei nº 12.318/2010 e suas consequências. **Jus.com.br.**, 2019. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/75156/a-alienacao-parental-prevista-na-lei-n-12-318-2010-e-suas-consequencias>. Acesso em: 08 jul. 2019.

MARTINS, Eva Delgado. **A alienação parental e violência doméstica**. 2019. Disponível em: <https://www.publico.pt/2019/03/24/culto/opiniao/alienacao-parental-violencia-domestica-1866331>. Acesso em: 20 maio 2019.

NETO, Álvaro de Oliveira; QUEIROZ, Maria Emília Miranda; CALÇADA, Andreia. **Alienação parental e família contemporânea: um estudo piscossocial**. Recife: FBV/Devry, 2015.

PIMENTA, Jaqueline Elias; MELO, Rafael Pimentel de Oliveira; ROCHA, Maria de Lourdes. Alienação parental: análise do impacto cultural. **JUS**, 2018. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/70540/alienacao-parental-analise-do-impacto-cultural>. Acesso em: 20 maio 2019.

PRÓCHNO, Caio César Souza Camargo; PARAVIDINI, João Luiz Leitão; CUNHA, Cristina Martins. Marcas da alienação parental na sociedade contemporânea: um desencontro com a ética parental. **Revista Mal-estar e Subjetividade**, Fortaleza, v. 11, n. 4, p. 1461-1490, 2011. Disponível em: <https://periodicos.unifor.br/rmes/article/view/5027/4033>. Acesso em: 02 jul. 2019.

ROSSATO, Luciano Alvez; LÉPORE, Paulo Eduardo; CUNHA, Rogério Sanchez. **Estatuto da criança e do adolescente: Lei n. 8.069/90 – comentado artigo por artigo**. 10.ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

SELONK, Rafael; OLTRAMARI, Fernanda. Síndrome da alienação parental e a mediação como caminho possível. **PERSPECTIVA**, Erechim, v. 38, n. 142, p. 7-16, 2014. Disponível em: http://www.uricer.edu.br/site/pdfs/perspectiva/142_414.pdf. Acesso em: 20 maio 2019.

SILVA, Alan Minas Ribeiro; BORBA, Daniela Vitorino. **A morte inventada**: alienação parental em ensaios e vozes. São Paulo: Saraiva, 2014.

STRUCKER, Bianca. Novos ensejos familiares e alienação parental: perspectivas a partir da lei 12.318/2010. **Seminário Nacional de demandas sociais e políticas públicas na sociedade contemporânea**, 2016. Disponível em: <http://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/snpp/article/view/14607/3319>. Acesso em: 02 jul. 2019.

MEDIAÇÃO DE CONFLITOS FUNDIÁRIOS URBANOS NO BRASIL: COMO AVANÇAR EM DIREÇÃO AO DIREITO HUMANO À CIDADE?

Cristiano Müller¹

Clóvis Gorzceski²

RESUMO

Nos últimos anos, o Brasil vem experimentando vários processos de mediação de conflitos fundiários urbanos realizados pelo poder público, seja pelo poder executivo no âmbito de GTs instalados nos Conselhos de Direitos Humanos e das Cidades, pelo poder legislativo no âmbito das comissões de direitos humanos e habitação das assembleias legislativas e câmaras municipais e nos Centros de Conciliação dos Judiciários estaduais e federais. O resultado de tudo isso foi a realização de acordos os mais variados possíveis, alguns garantindo o direito humano à moradia e à cidade e outros causando despejos e violações de direitos humanos. Esses espaços de mediação devem conter princípios e diretrizes para se chegar a resultados possíveis e atentos ao direito humano à cidade. Essas mediações devem servir para resgatar da subcidadania pessoas e comunidades garantindo participação, informação correta, contraditório e oportunidade de defesa, garantindo a suspensão de ameaças a sua posse e cidadania.

PALAVRAS-CHAVE: mediação; conflitos fundiários urbanos; direito à cidade;

ABSTRACT

In recent years, Brazil has been experimenting with various processes of mediation of urban land conflicts carried out by the public power, whether by the executive power within the WGs installed in the Human and City Rights Councils, by the legislative power within the human rights commissions and housing of legislative assemblies and city councils and in the Conciliation Centers of state and federal courts. The result of all this was as many agreements as possible, some guaranteeing the human right to housing and the city and others causing evictions and violations of human rights. These mediation spaces should contain principles and guidelines to reach possible results and attentive to the human right to the city. These mediations should be used to rescue people and communities from the sub-citizenship, guaranteeing participation, correct information and defense opportunity, guaranteeing the suspension of threats to their possession and citizenship.

KEYWORDS: Mediation; Urban Land Conflicts; Right To The City

INTRODUÇÃO

As mediações de conflitos fundiários urbanos são experiências provocadas pelas próprias comunidades e indivíduos que estão na iminência de serem despejadas com uso de violência pelo Estado, representado ou por uma ordem judicial com uso de força policial, ou uma decisão administrativa cumprida de modo precário pelo próprio poder executivo. São experiências, em sua maioria, visivelmente precárias que não guardam regulamentação própria, não tem princípios, diretrizes e ritmo regulado. São literalmente experimentações. Casos de acordos que resultaram em remoções mediante o pagamento de aluguel social pelo poder público aos indivíduos removidos; casos de acordos financeiros que resultaram em pagamento de alugueis pelos ocupantes ao proprietário privado; casos de acordos visivelmente opressores pendendo a balança contra os ocupantes que muitas vezes pagam valores absurdamente caros por uma área sem

¹ Bolsista PNPd/UNISC, cristiano@cdes.org.br

² Professor Doutro PPGD/UNISC, clovisg@gmail.com

infraestrutura qualquer; casos em que não há proposta alguma do poder público e aí se consuma o despejo com violência policial agora legitimado por uma tentativa de acordo que não deu certo; casos também em que se conseguiu a posse provisória aos moradores até que o poder público garanta o direito à moradia pela via das políticas públicas existentes.

Por outro lado, há que se levar em conta que não é possível mais se admitir a realização de despejos. Não é possível mais se admitir a atuação do Estado Brasileiro contra toda a normativa internacional de direitos humanos que condenam essa prática dos despejos como sendo uma grave violação aos direitos humanos. De uma vez por todas é hora de se compreender que um local da cidade que está ocupado significa que essa área não cumpria nenhuma função social e que os ocupantes não tinham direito à moradia digna garantido. Compreender que os conflitos fundiários urbanos são um grave problema social e que não serão resolvidos com os despejos e com violência policial.

Como se vê, esses processos de mediação vem dar algum tipo de resposta ao crescente número de despejos de comunidades e indivíduos pelo Brasil afora, seja para coordenar as ações necessárias para um despejo, seja para efetivamente mediar um conflito fundiário urbano. Chegou-se, portanto, a um verdadeiro dilema que tem a ver com a finalidade desses processos de mediação. São processos legitimadores do cumprimento de uma ordem de despejo ou são processos emancipadores de garantia de direitos fundamentais sociais? Esses processos atuam contra os despejos ou para ordenar um despejo? O que está no centro de um processo de mediação de conflitos fundiários urbanos, a dignidade humana ou a propriedade privada? Quem está no centro dos processos de mediação: as comunidades e as pessoas ou os imóveis públicos e privados ociosos e que não cumprem sua função social?

A proposta desse pequeno artigo e reflexão é o de trazer alguma contribuição para o debate dos conflitos fundiários urbanos no Brasil, sempre tendo em mente que é preciso imediatamente se parar com os despejos e garantir dignidade humana para as pessoas e comunidades pobres ocupantes de um bem ocioso e que para eles não existe nenhuma política habitacional ou fundiária.

1 O CONTEXTO DA LUTA CONTRA OS DESPEJOS NO BRASIL

Uma abordagem crítica dos direitos humanos é fundamental para que se compreenda o contexto da luta contra os despejos nas cidades. Os direitos humanos, portanto, devem ser pensados desde o seu contexto e de suas realidades. O contrário disso é promover um debate despolitizado dos direitos humanos centrado no positivismo tão somente e na universalização dos direitos humanos, desde a ótica abstrata de que os direitos humanos são para todas e todas³. Quais são os direitos humanos que têm uma criança que, por falta de política habitacional, vive precariamente numa ocupação, por exemplo? Obviamente que a positivação dos direitos, apesar de necessária, é insuficiente e muito mais insuficiente ainda é decretar que são universais para todos e todas. Pois o contexto brasileiro é um contexto de constante reafirmação de graves e sucessivas violações aos direitos humanos causados pelos despejos. A título de ilustração, os mega eventos esportivos realizados no

³ RUBIO, D. S.. **Repensar Derechos Humanos** – De la anestesia a la sinestesia. MAD. Sevilla, 2007.

Brasil em 2014 e 2016 contabilizaram um total de aproximadamente 170 mil pessoas despejadas, ocasionados pela realização de mega obras de mobilidade urbana e de estádios que passaram por cima de comunidades inteiras. O Brasil vive atualmente um contexto de retrocesso político e social que impera nesse tema. O total desmonte do Ministério das Cidades e a extinção da Ouvidoria Agrária Nacional são exemplos de como o estado brasileiro atua regressivamente na promoção de medidas e ações contra os despejos. Parece que não interessa ao estado brasileiro que existam políticas públicas contra os despejos, mesmo que fracas ou inexistentes no período anterior. A realidade brasileira atual determina ainda a criminalização dos movimentos sociais com prisões arbitrárias contra quem se levanta contra um despejo; o assassinato dessas lideranças; criminalização de defensores e defensoras de direitos humanos. Ainda a tipificação de crime de terrorismo aos ocupantes de uma determinada área, conforme prevê a Lei nº 13.260, de 16 de março de 2016. Não bastasse isso, o estado brasileiro tratou de revogar todo o seu arcabouço jurídico fundiário, principalmente o urbano, que tratava justamente de regularizar jurídica e urbanisticamente todas essas áreas ocupadas, através da MP 759/2016, atual Lei 13.465/2017, a qual determina dentre tantas outras coisas, que não serão passíveis de regularização fundiária aquelas áreas que estão em disputa judicial⁴.

Outro contexto importante de ser abordado é o contexto das cidades inseridas num crescente processo de financeirização. No artigo “A financeirização da moradia no Brasil: a cidade como direito ou mercadoria?” Aragão considera o seguinte:

Diferente de outros autores, Piketty considera o estoque de capital como sendo todas as formas de ativos – explícitas ou implícitas – que tragam retorno financeiro. Isto inclui habitação, terra, capital financeiro na forma de dinheiro, títulos ou participações em empresas, assim como a propriedade intelectual. Em síntese, todo ativo que permita a seus proprietários o alcance de renda (incluindo aluguéis) é considerado capital.⁵

As cidades, portanto, passam de espaços de convívio e de desenvolvimento pessoal e social para serem exploradas pelo capital na perspectiva de reprodução do próprio capital investido. O território urbano, nesse contexto, é um indutor da mais valia urbana e de acumulação de capital. Assim acontece com as ocupações urbanas. É nesse cenário que se darão a disputa pela terra e o território nas cidades. Aquele que ocupa uma área para defesa do seu direito à moradia digna está se opondo a essa sistemática de acumulação financeira e, portanto, deve ser impedido. Não importam garantias fundamentais sociais, nem o respeito e a garantia dos direitos humanos. Contra o ocupante toda a força do estado deverá ser direcionada para liberar espaço no território urbano para garantia da acumulação do capital. Em sentido oposto A Carta Mundial pelo Direito à Cidade/20004 prevê no seu parágrafo segundo o seguinte:

O Direito a Cidade é definido como o usufruto equitativo das cidades dentro dos princípios de sustentabilidade, democracia, equidade e justiça social. É um direito coletivo dos habitantes das cidades, em especial dos grupos vulneráveis e desfavorecidos, que lhes confere legitimidade de ação e organização, baseado em

⁴ Carta ao Brasil. Medida provisória nº 759/2016: A desconstrução da Regularização Fundiária no Brasil. Disponível em https://docs.google.com/document/d/1dPHipNy_aJxGkjk2PiRGXu_8mkICO5BGTW9J1W8Les/edit. Acesso 01 jul 2019.

⁵ ARAGÃO, T. A.. **A financeirização da moradia no Brasil, a cidade como direito ou mercadoria**. Disponível em <http://diplomatique.org.br/a-financeirizacao-da-moradia-no-brasil-a-cidade-como-direito-ou-mercadoria/>. Acessado m 01 de Jul 2019. S/p.

seus usos e costumes, com o objetivo de alcançar o pleno exercício do direito à livre autodeterminação e a um padrão de vida adequado.⁶

Mais adiante:

O território das cidades e seu entorno rural também é espaço e lugar de exercício e cumprimento de direitos coletivos como forma de assegurar a distribuição e o desfrute equitativo, universal, justo, democrático e sustentável dos recursos, riquezas, serviços, bens e oportunidades que brindam as cidades. Por isso o Direito à Cidade inclui também o direito ao desenvolvimento, a um meio ambiente sadio, ao desfrute e preservação dos recursos naturais, à participação no planejamento e gestão urbanos e à herança histórica e cultural⁷.

Como se vê, falar de despejos nas cidades não é simplesmente realizar uma análise de risco de uma determinada ocupação urbana ou então precarizar a posse de indivíduos sobre determinado imóvel público com base no argumento da mera detenção. É preciso compreender o contexto em que as cidades estão inseridas que, via de regra, é um contexto de disputa territorial onde já se conhece quem são os perdedores e os ganhadores. Importante lembrar que as Nações Unidas reconhece em vários documentos internacionais o direito à cidade como um direito humano. Resultado disso foi o compromisso tirado na Conferência Mundial para Habitação e Desenvolvimento Urbano Sustentável, conhecido como HABITAT III, realizado em Quito, Equador no ano de 2016:

Artigo 11 da Nova Agenda Urbana

Nós compartilhamos uma visão de cidades para todos, no que se refere ao uso igual e ao usufruto das cidades e dos assentamentos humanos, visando promover a inclusão e garantir que todos habitantes, do presente e das futuras gerações, sem discriminação de qualquer espécie, possam habitar e produzir cidades justas, seguras, saudáveis, acessíveis, resilientes e sustentáveis, que produzam prosperidade e qualidade de vida para todos. Nós reconhecemos os esforços de governos locais e nacionais para iluminar essa visão, referida como o direito à cidade, em suas leis, declarações políticas e planejamentos.

Voltando ainda à importante reflexão de Aragão⁸ mencionada acima, ao final do seu artigo a autora propõe o seguinte:

“... é imperativo o alargamento das esferas democráticas e espaços de participação popular como forma de garantir que o interesse econômico não se sobreponha aos interesses sociais no que diz respeito ao acesso de bens públicos e alcance de direitos sociais fundamentais. Por fim, faz-se necessário o privilégio de uma agenda social a qual não seja moldada pelas demandas de um mercado financeiro. Que as necessidades habitacionais sejam equacionadas a partir de arranjos que apreendam todas as particularidades que a problemática habitacional envolve.”

É importante denunciar que o estado brasileiro atua totalmente em desacordo com o direito internacional dos direitos humanos no momento em que promove os despejos ao invés de combatê-los. Nunca é demais reafirmar os fundamentos jurídicos que militam contra os despejos. Desde o ponto de vista dos direitos humanos internacionais os despejos são uma grave violação aos direitos humanos. E isto está reconhecido no PIDESC – Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, qualificado ainda pelos Comentários Gerais nº 4 e 7 do Comitê DHESC das Nações Unidas. Além disso, o ordenamento

⁶ Carta Mundial do Direito à Cidade. Disponível em <http://www.polis.org.br/uploads/709/709.pdf>. Acesso em 01 jul 2019.

⁷ Carta Mundial do Direito à Cidade.

⁸ ARGÃO, 2016.

internacional de direitos humanos reconhece os despejos como grave violação nos seguintes documentos: Declaração Universal dos Direitos Humanos (artigo 25, parágrafo 1º), Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (Artigo 17), Pacto Internacional dos Direitos Econômicos Sociais e Culturais (Artigos 11 e 12), Comentário Geral nº 4 e nº 7 do Comitê de Direitos Humanos Econômicos, Sociais e Culturais, Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (Artigo 5º, item “e”), Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher (Artigo 14. 2 (h)), Convenção sobre os Direitos da Criança (artigo 21, item 1 e 3; artigo 27, parágrafo 3º), Convenção Americana de Direitos Humanos (Artigos 11 e 24), Carta da Organização dos Estados Americanos (Artigo 34), Protocolo Adicional à Convenção Americana de Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Artigo 11).

Mais atualmente, tem-se a Resolução nº 2004/2841 do Conselho de Direitos Humanos das nações Unidas que refere que “a prática de despejos forçados é [considerada] contrária às leis que estão em conformidade com os padrões internacionais de direitos humanos, e constitui uma grave violação de uma ampla gama de direitos humanos, em particular o direito à moradia adequada”.

Desde o ponto de vista do direito brasileiro é preciso considerar a supremacia das normas de política urbana em detrimento da propriedade ociosa, assim como da promoção do direito à moradia digna como uma garantia fundamental social e contra os despejos.

As cidades, portanto, se veem num verdadeiro brete! De um lado, não conseguem ser o espaço plural e de usufruto coletivo das pessoas que nela residem e passaram a ser um campo de disputas territoriais para garantia da multiplicação do capital represado. Nem ao menos a cidade se mostra capaz de atender a necessidade individual de cada um de seus habitantes, mediante oferta de moradia passível de aquisição, deixando o mercado ditar as regras de aquisição de imóveis numa lógica que privilegia o quanto maior o preço e a sofisticação, maior os lucros. Para os que estão fora desse circuito e vivem em condições de vulnerabilidade, por exemplo, restam os locais impróprios e precários para morar e contra eles é utilizada toda a força do Estado para realizar um despejo. Leia-se: único momento em que o Estado intervém na vida dessas pessoas, fazendo valer a lógica do mercado e causando violações aos direitos humanos, não somente por omissão, mas agora atuando de forma ativa.

Nesse sentido, vivemos o que Harvey⁹ denomina como sendo acumulação por despossessão, isto é, a captura de terras das comunidades pobres das cidades para a promoção do desenvolvimento urbano mediante investimento do capital represado e excedente gerando a sua reprodução e acumulação¹⁰.

É preciso encontrar outros modos de compreensão das cidades e de utilização dos seus recursos. É fato que as disputas territoriais acontecem diariamente, porém, sem qualquer tipo de mediação ou de defesa e promoção de direitos humanos, num contexto de financeirização das cidades. O subproduto disso são os despejos e as violações que dele decorrem. Torna-se urgente, então, considerar a complexidade do problema

⁹ HARVEY, D. **Rebel cities**: from the right to the city to the urban revolution. Verso. New York, 2012.

¹⁰ HARVEY, 2012.

dos despejos, entende-los em seu contexto e encontrar mecanismos que evitem os despejos e garantam os direitos fundamentais sociais.

2 ALTERNATIVAS CONTRA OS DESPEJOS

Nos últimos anos o tema dos despejos tem sido pauta e motivo de desenvolvimento de várias pesquisas seja pelos poderes públicos, seja pelas organizações da sociedade civil, e também pelas Universidades. Ante a complexidade desse tema é preciso que se compreendam suas dimensões e suas interfaces. Todos esses trabalhos tiveram como pano de fundo as violações aos direitos humanos cometidas pelo Estado Brasileiro quando atua num caso de conflito fundiário seja ele agrário ou urbano.

Os casos se repetem e se repetem em todo o país e com o mesmo roteiro e personagens: omissão do poder público em garantir acesso à terra urbanizada e moradia digna para todos e todas; imensas áreas e prédios ociosos nas cidades sem cumprimento da sua função social; ocupações realizadas precariamente por indivíduos e coletivos em estado de vulnerabilidade social que no dia seguinte podem estar sujeitos as regras de grileiros de terras, do tráfico de drogas e de outras violências urbanas; ameaça de despejo imediato e com o uso de força policial com potencial violador da vida e da integridade física das pessoas, deixando mais pessoas sem teto.

No ano de 2009, por exemplo, a pesquisa denominada “Conflitos Coletivos sobre a Posse e a Propriedade de bens imóveis no Brasil” concluiu o seguinte:

-... Como exemplo de medidas processuais preventivas e protetivas têm-se a garantia de remédios judiciais efetivos, a consulta prioritária e informada aos grupos afetados antes da execução pelos despejos, realizar as diligências necessárias para apurar as violações de direitos resultantes de despejos e propor medidas para remediá-las, etc. De acordo com a legislação internacional de direitos humanos, o Estado Brasileiro é o principal responsável pela promoção destas medidas, para o que deverá alocar o máximo de recursos disponíveis para efetivar tais direitos. O Estado, por sua vez, é constituído do Poder Judiciário, dos governos federal, estaduais e municipais, e dos órgãos legislativos federais, estaduais e municipais. Todos estes níveis de poder estão, portanto, implicados no cumprimento das obrigações decorrentes dos tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil. Devem também responder por estas violações, casos estejam direta ou indiretamente implicados, os atores não estatais, como as agências multilaterais de cooperação, as empresas transnacionais, as corporações e os indivíduos, incluindo proprietários privados de terras.¹¹

Importante considerar que essa pesquisa fala claramente como obrigação do Estado brasileiro a criação de “medidas processuais preventivas e protetivas e a garantia de remédios judiciais efetivos, a consulta prioritária e informada aos grupos afetados antes da execução pelos despejos, realizar as diligências necessárias para apurar as violações de direitos resultantes de despejos e propor medidas para remediá-las...” entre outras.

A pesquisa conclui ainda que:

¹¹ Conflitos Coletivos sobre a Posse e a Propriedade de bens imóveis no Brasil. Disponível em < http://pensando.mj.gov.br/wp-content/uploads/2012/11/07Pensando_Direito.pdf>. Acesso em 01 jul 2019.

- os despejos forçados devem ser resolvidos em benefício da população pobre, mediante a adoção das medidas preventivas, protetivas e compensatórias definidas como obrigações do Estado frente aos instrumentos internacionais de direitos humanos. Prioridade deve ser dada à população pobre e aos grupos vulneráveis na solução dos conflitos fundiários, mediante a efetivação de seus direitos humanos para equalizar a distribuição e o exercício de poder na sociedade. Uma primeira medida a ser adotada pelo Estado é a proibição de despejos forçados, definindo seus parâmetros de legalidade em estrito acordo com os requerimentos da legislação internacional de direitos humanos. Definição legal das excepcionais circunstâncias em que os despejos forçados possam ser implementados, sustentadas em um sistema eficaz de proteção que garanta acesso a justiça, assistência e compensação aos afetados.¹²

A partir dos dados levantados na pesquisa, ela conclui pela adoção imediata pelo Estado brasileiro da proibição dos despejos e ainda pela definição de parâmetros de legalidade em estrito cumprimento à legislação internacional de direitos humanos. Pois o que se tem presenciado atualmente no Brasil é justamente o contrário. É a institucionalização da prática dos despejos como uma prática de Estado, o qual deveria estar zelando pela paz social, ao contrário de estar fomentando e instalando situações de violações aos direitos humanos com as práticas dos despejos.

No âmbito dos conflitos fundiários urbanos ainda, foi realizada no ano de 2013 outra pesquisa denominada “pesquisa sobre soluções alternativas para conflitos fundiários urbanos”. Esse trabalho teve como objetivo encontrar objetivamente propostas de soluções alternativas aos conflitos fundiários urbanos que não acarretassem em mais violações aos direitos humanos. Dessa forma, o estudo enumerou várias alternativas e recomendações dentre as quais se poderiam nominar as seguintes:

1. MEDIAÇÃO COMO SOLUÇÃO ALTERNATIVA PARA CONFLITOS FUNDIÁRIOS URBANOS ESTRITOS

- Criação de espaços públicos de mediação dos conflitos com base na Resolução nº 87/2009 do Conselho das Cidades;

- Criação de sistemas públicos estaduais de ouvidorias de direitos humanos especializadas em casos de conflitos fundiários urbanos;

2. EM CASO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE

- Estabelecer no âmbito dos municípios um regramento por meio do qual se estabeleçam os procedimentos mínimos a serem seguidos pelos agentes da remoção no sentido de haver um atendimento habitacional adequado de acordo com critérios estabelecidos pelos moradores que serão reassentados;

- Oferecer indenizações, no caso de desocupação, em valor suficiente para que a família indenizada possa adquirir imóvel correspondente ao que morava na mesma região;

- Equiparar, necessariamente, as famílias de assentamentos informais sujeitos ao reassentamento às famílias moradoras de áreas de ZEIS no sentido de garantir um diálogo em instância oficial entre comunidade e poder público de maneira que a população afetada de fato participe enquanto coletivo do processo de definição do futuro de suas vidas;

- Estimular a efetiva intervenção do Ministério Público Estadual e da Defensoria Pública Estadual nesses casos para apurar violação ao direito à moradia digna e à cidade, com a criação de núcleos específicos para tratar do direito à cidade e a moradia em todos os Estados;

3. 10.2.2 EM CASOS DE CONFLITOS OCASIONADOS POR OBRAS

¹² Conflitos Coletivos sobre a Posse e a Propriedade de bens imóveis no Brasil.

- As indenizações oferecidas, no caso de desocupação devem ter valor suficiente para que a família indenizada possa adquirir imóvel correspondente ao que morava na mesma região;
- Necessidade de equiparar as famílias de assentamentos informais sujeitos ao reassentamento às famílias moradoras de áreas de ZEIS no sentido de garantir um diálogo em instância oficial entre comunidade e poder público de maneira que a população afetada de fato participe enquanto coletivo do processo de definição do futuro de suas vidas;
- Acesso amplo e irrestrito às informações acerca do projeto de intervenção e das medidas que serão adotadas para atendimento adequado das famílias;
- O valor da bolsa aluguel deve necessariamente refletir os valores de aluguel praticados no mercado da região do imóvel do morador e deve ter prazo máximo para atendimento definitivo predefinido;
- Os traçados das obras e perímetros de intervenções urbanas devem ser definidos de forma participativa por toda população interessada e deve ter como critério o menor impacto social e não o menor custo de implantação;
- Cada moradia deve ter um laudo individualizado de risco para que seja considerada em risco;
- Os processos de licitação e de licenciamento das obras devem necessariamente contar com etapas para a avaliação do impacto social das pessoas que serão afetadas com relação às suas moradias, no sentido de se estabelecer condições adequadas de atendimento;¹³

Veja-se que as recomendações trabalham com dois paradigmas importantes. O primeiro é o que diz respeito com a complexidade do tema dos conflitos fundiários urbanos que não podem depender ou ficar ofuscados por um projeto de engenharia que desconsidera às vezes uma comunidade e um bairro inteiro numa determinada cidade, prevendo a sua remoção ou então, ficar dependente de uma decisão administrativa ou judicial que muitas vezes não garantiu o devido processo legal, e o contraditório e a ampla defesa. É importante a criação, portanto, de um novo espaço para buscar a solução dos conflitos fundiários urbanos que tenha a interface de outros atores e onde seja garantido o direito de fala e de participação dos atingidos por um despejo, com garantia de que será construída uma solução para o problema habitacional e fundiário em questão. O segundo paradigma é o de colocar os indivíduos e as comunidades como o centro dos conflitos fundiários urbanos e não como a periferia desse grave problema social. No momento em que as pessoas são o centro desses processos se está dizendo que os projetos podem ser alterados para se viabilizar alternativas para o caso concreto; se está dizendo também que a formalidade processual e os princípios abstratos de direito podem ser relativizados para serem sobrepostos pela garantia da dignidade humana e dos direitos humanos.

3 EM DIREÇÃO À CONSTRUÇÃO DE PRINCÍPIOS E DIRETRIZES PARA AS MEDIAÇÕES DE CONFLITOS FUNDIÁRIOS URBANOS: POR UMA MEDIAÇÃO EMANCIPADORA

Chegou então a hora de resolver o dilema apresentado na introdução desse pequeno artigo. Como visto ao longo desse artigo, os processos de mediação não servem para legitimar os despejos. Isso é tão sério, que existem processos de mediações que ocorrem, no âmbito, inclusive, de audiências públicas realizadas para discussão de grandes obras de impacto nas cidades. Na grande maioria dos casos, se reúnem os atingidos e os

¹³ PESQUISA SOBRE SOLUÇÕES ALTERNATIVAS PARA CONFLITOS FUNDIÁRIOS URBANOS. <<https://www.cdes.org.br/publicacoes>>. Acesso em 31/07/2019.

responsáveis pelo empreendimento, além de autoridades afeitas ao tema numa reunião com caráter meramente consultivo e que não delibera em favor das pessoas que estão sofrendo o impacto da obra. Ao contrário, as contrapartidas servem em sua maioria para beneficiar o empreendimento. Vejam. Não é a audiência o centro da mediação e muito menos a obra! O centro da mediação deve ser as pessoas e as comunidades impactadas. Da mesma forma acontece com os processos judiciais a serem mediados. Ora, os responsáveis pela política urbana nas cidades devem ser instigados para dar resolução ao conflito, acessando programas públicos existentes e reservando recursos orçamentários para tal. Para isso é que existem esses espaços de mediação. O contrário disso é concluir que não existem responsáveis públicos pela garantia do direito à moradia digna e que as vítimas de um despejo são os culpados pelo seu próprio infortúnio.

Existe sem sombra de dúvidas um grande potencial nesses espaços de mediação! Já é importante considerar que existe um ânimo de compreender outras falas e visões sobre um mesmo caso ao se encontrarem num mesmo espaço poderes públicos do executivo e do sistema de justiça, além das partes envolvidas. É importante que se valorize isso. Isso é o que fala Francisco Muñoz em seu “Manual de la Paz y los Conflictos” (MUÑOS, 2004, p. 46):

Desde el punto de vista de como explicar las dinámicas de los conflictos, dependientes de diversas circunstancias y también sujetas a modificaciones a lo largo del tiempo y del espacio, es obligado tener un pensamiento receptivo crítico y flexible para poder comprender lo mejor posible estos procesos. Un pensamiento que debe estar presidido por lo que hemos llamado dialéctica abiertas que superen las simplificaciones de las relaciones dualistas, a veces también antagónicas, y que puedan asumir matrices conflictivas y polinómicas, con diversas caras y facetas [V. Fig. 16]. Sólo las visiones abiertas de los conflictos nos permiten aproximarnos a la complejidad definida por la multiplicidad de circunstancias y las interacciones que entre ellas se producen.¹⁴

No entanto, faltam decididamente princípios e diretrizes nesses processos de mediação para se chegar a resultados possíveis, porém, imperfeitos, mas que estejam atentos e dialoguem com o direito humano à cidade. Para além da busca da dignidade humana que deve ser o componente ético de qualquer processo de mediação de conflitos, a Política Nacional de Prevenção e Mediação de Conflitos Fundiários Urbanos aprovada pelo Conselho Nacional das Cidades desde o ano de 2009 incorporou os seguintes princípios e diretrizes que podem servir de base desses processos de mediação:

Art. 4º. Na criação e implementação da Política Nacional de Prevenção e Mediação de Conflitos Fundiários Urbanos devem ser observados os seguintes princípios:

- I – a garantia do direito à moradia digna e adequada e à cidade;
- II – o cumprimento da função social da propriedade e da cidade;
- III – a garantia do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa;
- IV – a garantia do acesso a terra urbanizada e bem localizada para a população de baixa renda e grupos sociais vulneráveis;
- V – a garantia da segurança da posse para as famílias de baixa renda e grupos sociais vulneráveis;
- VI – a responsabilidade do Estado na estruturação e implementação da política de prevenção e mediação de conflitos fundiários urbanos nas esferas federal, estadual e municipal;

¹⁴ Muñoz, F, Flores, J. H., Rueda, B. M., Fernández, S. S.. **Investigación de la paz y los derechos humanos desde Andalucía**. Editorial Universidad de Granada. Granada, 2005.

- VII – a prevalência da paz e soluções pacíficas para situações de conflitos fundiários urbanos;
- VIII – a participação popular e gestão democrática das cidades;
- IX – a garantia do acesso às informações acerca dos conflitos fundiários urbanos;

A partir da redação dos princípios se podem encontrar grupos de orientações. Começando pelo final da Resolução vê-se a participação e a garantia de informações sobre os processos aos atingidos por um conflito fundiário urbano como um dos princípios de um processo de mediação. Com efeito, nos casos, por exemplo, de grandes obras que passam por cima de comunidades inteiras, as informações aos atingidos são inexistentes ou precárias ou ainda se faz o uso político das informações com vista a frear a organização das famílias. Já numa decisão administrativa e judicial muitas vezes os atingidos por um despejo nem ao menos são ouvidos, ou tem garantido o seu direito de manifestação. O outro grupo de princípios identificado tem a ver com o papel do Estado na hora de se implementar os processos de mediação com vista a encontrar soluções pacíficas aos conflitos e com o devido processo legal, ampla defesa e contraditório. Ora, é dever do estado brasileiro garantir a implementação dessa proposta de política nacional de prevenção e mediação de conflitos fundiários urbanos, seja em nível federal, estadual ou municipal ou ainda no interior de conselhos ou ainda no interior do sistema de justiça. No entanto, não basta apenas constituir os espaços. É necessário dotá-los de operacionalidade e de conteúdo que efetivamente realize a mediação e resolução do conflito, sempre tendo como componente ético a busca da dignidade humana e os princípios norteadores dessa política.

O último grupo de princípios tem a ver com o conteúdo em si das mediações, isto é, o que esses processos de mediação de conflitos fundiários urbanos devem promover em nível de direitos humanos ou direitos fundamentais tutelados pelo estado brasileiro e são os seguintes: a garantia do direito à moradia digna, acesso à terra urbanizada e à segurança na posse aos atingidos num outro grupo. O direito à moradia digna está no centro de todo e qualquer debate que se faça em relação aos conflitos fundiários urbanos. Quem ocupa é porque não tem moradia adequada! E os responsáveis pelas políticas públicas de moradia e cidade devem prestar contas nesse momento e não apenas isso, devem criar as condições para que o conflito se resolva mediante a garantia da concretização do direito à moradia dos atingidos por determinado conflito.

Os princípios que regem a política nacional de prevenção e mediação de conflitos estão atentos ao PIDESC – Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais reconhecido pelo Brasil pelo Decreto nº 591 de 06 de julho de 1992, na medida em que contempla a necessária progressividade de direitos contra o retrocesso social. É o que diz o referido pacto:

ARTIGO 5º

1. Nenhuma das disposições do presente Pacto poderá ser interpretada no sentido de reconhecer a um Estado, grupo ou indivíduo qualquer direito de dedicar-se a quaisquer atividades ou de praticar quaisquer atos que tenham por objetivo destruir os direitos ou liberdades reconhecidos no presente Pacto ou impor-lhes limitações mais amplas do que aquelas nele prevista.
2. Não se admitirá qualquer restrição ou suspensão dos direitos humanos fundamentais reconhecidos ou vigentes em qualquer País em virtude de leis, convenções, regulamentos ou costumes, sob pretexto de que o presente Pacto não os reconheça ou os reconheça em menor grau.

Além dos princípios, a Resolução 87/2009 propõe também diretrizes para os processos de mediação de conflitos, conforme a seguir:

Art. 5º. A Política Nacional de Prevenção e Mediação de Conflitos Fundiários Urbanos deve considerar as seguintes diretrizes:

§2º. São diretrizes específicas para a Mediação de Conflitos Fundiários Urbanos:

I. adoção de soluções pacíficas com a participação dos envolvidos, visando à garantia da dignidade da pessoa humana, o direito à moradia adequada e à cidade para a população de baixa renda e grupos sociais vulneráveis impedindo a violação dos direitos humanos;

II. fomento à articulação entre as partes envolvidas no conflito, os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, entidades da sociedade civil vinculadas ao tema e membros do Ministério Público e Defensoria Pública, visando a solução dos conflitos conforme os princípios e diretrizes desta política;

III. criação e adoção de normas, procedimentos e instâncias de mediação de conflitos fundiários urbanos com base nos tratados internacionais de direitos humanos em que o Estado brasileiro é signatário.

Contemplar os processos de mediação de princípios e diretrizes é fundamental na hora de se praticar a mediação. Isto porque todo o processo deverá ser direcionado para atender seus princípios e diretrizes definidos e agora sob o imperativo dos direitos humanos. A mediação, portanto, toma um caráter de empoderamento e de garantia de direitos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Decididamente é hora de enfrentar com responsabilidade o tema dos conflitos fundiários urbanos no Brasil. Como a citação acima, não é possível mais fingir que eles não existem! Enfrentar o tema dos conflitos com base em processos de mediação não significa dizer que se atuará indefinidamente como “bombeiros” apagando incêndios e nem é para isso que milita a pauta da reforma urbana que defende cidades para todos e todas. Porém, não é possível compreender os despejos simplesmente como um subproduto da falta de construção de cidades justas e fazer que não existam.

As pessoas e comunidades que ocupam determinada área informalmente vivem em situação de invisibilidade e numa situação de suspensão de direitos. Para eles não servem os direitos humanos! Por não terem endereço formal, às vezes ficam de fora de todo o sistema social de proteção do cidadão, negando-lhes cidadania, portanto. A situação de posse irregular e informal é flagrantemente desqualificada, levando a uma situação de subcidadania de direitos e de fragilidade jurídico formal tão grande que se impõe sobre eles a suspensão de direitos. Daí as situações de violência de que são vítimas os atingidos por um despejo com uso de todo o aparato policial do estado. Contra quem não é cidadão, toda a força do estado!

Pois os processos de mediação devem servir justamente para resgatar da subcidadania essas pessoas e comunidades que por falta de política e investimento público não tiveram acesso a terra urbanizada e à moradia adequada e estão submetidos a um conflito fundiário urbano. Dando-lhes voz, garantindo participação, garantindo informação correta, garantindo contraditório e oportunidade de defesa, garantindo a suspensão de ameaças a sua posse mesmo que irregular e garantindo cidadania para todos e todas envolvidos numa situação

de conflito. Daí a necessidade de se garantir o cumprimento de princípios para esses processos de mediação de conflitos.

É por isso que é importante a mediação de conflitos fundiários urbanos deve ter como imperativo os direitos humanos, notadamente o direito humano à cidade. Se, por um lado os espaços de mediação até então criados podem ser um instrumento de opressão e de legitimidade dos despejos, por outro lado, podem também ser espaços de empoderamento e de ruptura com uma ordem institucional e social que coloca uma imensidade de pessoas em situação de vulnerabilidade social por total omissão na execução das políticas públicas e na realização da Justiça. Para que isso seja possível, é preciso a construção de espaços plurais de negociação e disputa criadora, com componente ético a dignidade humana e a garantia de direitos.

Colocando termo a essa pequena reflexão é preciso compreender os conflitos fundiários urbanos desde os direitos humanos da forma preceituada por Francisco Muños, Joaquim Herrera Flores e Molina Rueda:

Por tanto, desde una perspectiva constructiva inter y transdisciplinar las posibilidades de que se alcance la paz, y el cumplimiento de los derechos humanos, dependen directamente de la capacidad de comprensión del funcionamiento de los conflictos (pacíficos y violentos) a cualquiera de sus escalas. Y esto sólo será posible, de acuerdo con lo que hemos venido defendiendo aquí, reconociendo nuestras propias realidades e historias, nuestros pasados evolutivos e históricos y sus circunstancias y, desde ahí, promover herramientas útiles del presente y diseñar futuros deseables y posibles desde tales presupuestos.¹⁵

REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

Aragão, T. A.. **A financeirização da moradia no Brasil, a cidade como direito ou mercadoria**. Disponível em <http://diplomatie.org.br/a-financeirizacao-da-moradia-no-brasil-a-cidade-como-direito-ou-mercadoria/>. Acessado em 01 de Jul 2019.

Carta ao Brasil. **Medida provisória nº 759/2016**: A desconstrução da Regularização Fundiária no Brasil. Disponível em https://docs.google.com/document/d/1dPHipNy_aJxGkjwk2PiRGXu_8mklCO5BGTw9J1W8Les/edit. Acessado em 01 de jul de 2019.

Carta Mundial do Direito à Cidade. Disponível em <http://www.polis.org.br/uploads/709/709.pdf>. Acessado em 01 jul 2019.

Conflitos Coletivos sobre a Posse e a Propriedade de bens imóveis no Brasil. Disponível em <http://pensando.mj.gov.br/wp-content/uploads/2012/11/07Pensando_Direito.pdf>. Acesso em 01 jul 2019.

Muñoz, F, Flores, J. H., Rueda, B. M., Fernández, S. S.. **Investigación de la paz y los derechos humanos desde Andalucía**. Editorial Universidad de Granada. Granada, 2005.

Harvey, D. **Rebel cities** : from the right to the city to the urban revolution. Verso. New York, 2012

PESQUISA SOBRE SOLUÇÕES ALTERNATIVAS PARA CONFLITOS FUNDIÁRIOS URBANOS. <<https://www.cdes.org.br/publicacoes>>. Acessado em 31/07/2019.

¹⁵ MUÑOZ; FLORES; RUEDA, 2005, p. 108.

Megaeventos e Violações dos Direitos Humanos no Rio de Janeiro - **Dossiê do Comitê Popular da Copa e Olimpíadas do Rio de Janeiro.** Disponível em https://comitepopulario.files.wordpress.com/2011/12/dossie_violacoes_copa_completo.pdf. Acessado em 01 de jul 2019.

Molina R. e Muñoz F. **Manual de Paz y Conflictos.** Editorial Universidad de Granada. Granada, 2004.

Nova Agenda Urbana – Habitat III. Disponível em <http://habitat3.org/wp-content/uploads/NUA-Portuguese-Angola.pdf>. Acessado em 01 jul 2019.

Violações ao Direito à Cidade e à Moradia decorrentes de Mega Projetos de Desenvolvimento no Rio Grande do Sul – Diagnósticos e Perspectivas: o caso de Porto Alegre. Disponível em <https://www.cdes.org.br/publicacoes>. Acessado em 01 jul 2019.

RUBIO, D. S.. **Repensar Derechos Humanos** – De la anestesia a la sinestesia. MAD. Sevilla, 2007.

PODER E CONTRAPODER NAS RELAÇÕES DE DESCOLONIALIDADE

Rodrigo Graeff¹

RESUMO

A pesquisa trata da necessidade de buscar alternativas voltadas às relações de poder e contrapoder que marcam a esfera política atual nos países da América Latina. Nessa análise, foi visto que as dimensões de poder que operam no mundo globalizado acabam por (re)produzir conceitos universalizantes e hegemônicos, colonizando o pensamento e a cultura dos povos. No mesmo sentido, foi visto que a busca por alternativas de resistência é medida que se impõe, diante da violência perpetrada do pensamento colonizador sobre os colonizados. A partir disso, o estudo buscou vincular o conjunto de alternativas à ideia de descolonialidade, como meio adequado para superar as relações de poder que limitam o exercício da democracia nos países latino-americanos, visando uma ressignificação da cultura e das relações sociais.

PALAVRAS-CHAVE: Contrapoder, descolonialidade, globalização, resistência.

ABSTRACT

The research addressed the need to look for alternatives focused on the power and counterpower relations that mark the current political sphere in Latin American countries. In this analysis, it was seen that the dimensions of power that operate in the globalized world end up (re)producing universalizing and hegemonic concepts, colonizing the meaning and culture of peoples. In the same way, it was seen that the search for alternatives of resistance is a necessary measure, in face of the perpetrated violence of the colonizing thought on the colonized. From this, the study sought to link the set of alternatives to the idea of decoloniality, as an appropriate way to overcome the power relations that limit the exercise of democracy in Latin American countries, aiming at a resignification of culture and social relations.

KEYWORDS: Counterpower. decoloniality, globalization, resistance.

INTRODUÇÃO

O estudo visa estabelecer uma linha de raciocínio crítico entre os discursos de legitimação do poder colonizador, que fundamentam as relações sociais e o contrapoder, que oferece resistência ao discurso hegemônico. Tal aproximação busca verificar se os diversos fundamentos que justificam as relações sociais coadunam com as demandas sociais das nações colonizadas.

A fim de que se possa proporcionar um raciocínio inteligível voltado ao escopo da pesquisa, o estudo será dividido em duas partes: em um primeiro momento, será tratado acerca da ideia de colonização e suas implicações sociais nas relações com os discursos hegemônicos e contra-hegemônicos, buscando compreender como esses elementos se interpenetram; logo após, o foco do estudo é voltado às possibilidades de resistência e aos meios de busca por descolonialidade.

Gize-se que a presente pesquisa desempenha função analítica e crítica, buscando oferecer uma análise acerca dos sujeitos sociais que se inserem nas novas formas de Estado, Constituição e Sistemas de Justiça, desenvolvidos a partir de maneiras alternativas de interpretação das relações sociais que permeiam o mundo globalizado, buscando meios de resolução das demandas desses sujeitos.

¹ Mestrando em Direito no Programa de Pós-Graduação em Direito (PPG Direito) da Universidade de Passo Fundo (UPF).

As relações entre países erroneamente definidos como “de primeiro e terceiro mundo” traduzem elementos muito similares àqueles reproduzidos nas relações de poder econômico, cultural e político. Isso gera consequências diretas no modo como são administradas as demandas dos países colonizados, tornando-as inefetivas, quando não criminalizadas. Nesse sentido, urge desenvolver alternativas para o reconhecimento e o atendimento das necessidades dos diversos atores sociais.

1 PODER E CONTRAPODER NO MUNDO GLOBALIZADO

A partir da chamada crise do *welfare state*, que se desenvolve aproximadamente a partir dos anos 70, viu-se uma reorganização do mercado econômico caracterizado por uma mudança do modo como as relações sociais são interpretadas, bem como as demandas de ordem trabalhista, cultural e tecnológica. Este fenômeno resultou em graves consequências, como a precarização das relações de trabalho e o desenvolvimento tecnológico como meio de controle social, além de um capitalismo dominante, com características quase estatais², originando novos paradigmas na interpretação das relações de poder.

Esse período foi acompanhado diretamente pelo fenômeno da globalização, cujos resultados operaram mudanças drásticas na organização dos estados latinoamericanos, especialmente no tocante às relações com os grandes grupos econômicos, concentrando lucro e distribuindo pobreza e marginalização:

Las investigaciones realizadas por organismos internacionales señalan que en las últimas décadas, en el contexto de la contrarrevolución neoliberal, los países latinoamericanos han sufrido importantes transformaciones relacionadas con el proceso de la llamada «globalización». Estas investigaciones muestran que durante ese período se procesaron cambios profundos en los patrones del mercado laboral, una insuficiente creación de empleos, al mismo tiempo que se desató una creciente precarización de los puestos de trabajo. En la región se generó grandes contingentes de personas que viven en condiciones de marginalidad, pobreza y exclusión social. Estos conviven con otros grupos que logran beneficiarse del crecimiento y la riqueza, y acceden a oportunidades que los grupos más pobres no tienen a su alcance. La distribución del ingreso y la riqueza es una de las más inequitativas del mundo y ha tendido a empeorar conspirando contra la reducción de la pobreza³.

Nota-se, portanto, como a ascensão de novos poderes sociais proporcionou riqueza e pobreza divididos da forma altamente desigual. Tal desigualdade, operacionalizada por um modelo de capitalismo altamente agressivo e dominante, oprimiu os povos latinoamericanos, ao invés de garantir seu desenvolvimento. Entretanto, diante de relações tão negativas e desiguais, questiona-se como esses povos toleraram a imposição dessas relações. Talvez a resposta esteja na melhor da pergunta: Como se operou a imposição dos dominantes sobre os dominados?

2 NEGRI, Antonio; GUATARI, Félix. **As verdades nômades**: por novos espaços de liberdade. 1. ed. São Paulo: Autonomia literária, 2017.

3 VALLE, Jaime Coronado del. **Notas sobre “desigualdad”, colonialidad y poder en América Latina**, in Quijano, Aníbal (ed.). *Des/colonialidad y bien vivir: un nuevo debate en América Latina*, Universidad Ricardo Palma: Editorial Universitaria, 2014, p. 165-166.

Na compreensão de Bartolomé Ruiz⁴: “uma forma de dominação sustentada exclusivamente sobre a coação gera inevitavelmente uma resistência direta e proporcional àquela sofrida pelos dominados. [...] O decisivo da conquista está na vitória sobre o direito das pessoas”. Logo, a torna-se possível compreender, especialmente após o fracasso dos modelos ditatoriais que marcaram a primeira metade do século XX, que a ascensão dos novos poderes globais em sua relação de dominação frente aos povos latinoamericanos buscou alternativas de legitimação diversas do poderio militar ou da guerra, propriamente dita:

A persuasão e o consentimento se dão, em essência, como contruções significativas do imaginário social. Ambas categorias, persuasão e consentimento, existem na dupla condição de serem categorias concomitantemente produzidas e aceitas pelos indivíduos que delas usufruem. Elas, como significações sociais construídas, remetem ao estatuto de formas simbólicas, pois circulam carregando uma longa e densa produção cultural que faz delas algo diferente a cada momento ou em cada sociedade⁵.

Nota-se, portanto, haver a necessidade intrínseca de desenvolver aspectos culturais, inseridos diretamente nas relações intersubjetivas dos povos, antes de subjugar. Legitimar o poder, antes de impor e dominar. É nesse sentido que funciona o argumento do serviço prestado como forma de convencimento e demonstração da necessidade e importância para se evitar uma mal maior ou se garantir determinado benefício ao povo⁶.

É nesse sentido que se desenvolve, por exemplo, a legitimação de um sistema econômico excludente e marginalizante pela necessidade de garantir empregos, pois, acredita-se, somente as grandes empresas terão condições de melhorar a situação econômica dos países que sofrem com o desemprego. Ao mesmo tempo, legitima-se a desigualdade, embasado no discurso de que é “natural” e “necessário” para o mercado capitalista que o empresário possa explorar livremente a mão de obra⁷.

Os modelos de dominação proporcionam domínio tão forte que, quando inseridos no modo de vida dos povos dominados, criam legítimos defensores do próprio sistema que os domina. É com esse *modus operandi* que se faz possível implantar práticas opressivas em nações cuja cultura é colonizada por poderes hegemônicos de duas diferentes maneiras:

Uma delas entende que o predomínio das ideias da classe dominante significa que as classes dominadas estão constrangidas a ler o mundo a partir de experiências alheias às delas próprias, ampliando a dificuldade para significá-lo de maneira que corresponda a seus potenciais interesses. Outra, menos útil, vê nesse predomínio uma forma de manipulação deliberada promovida pelos dominantes⁸.

É nesse contexto que as relações econômicas globalizadas estendem seu poderio dominante e hegemônico diante dos países periféricos e semiperiféricos, seja através de relações de exportação, seja pelas

4 RUIZ, Castor M. M. Bartolomé. **Os labirintos do poder**: o poder (do) simbólico e os modos de subjetivação. Porto Alegre: Escritos Editora, 2004, p. 52-53.

5 RUIZ, Castor M. M. Bartolomé. **Os labirintos do poder**: o poder (do) simbólico e os modos de subjetivação, p. 56.

6 RUIZ, Castor M. M. Bartolomé. **Os labirintos do poder**: o poder (do) simbólico e os modos de subjetivação.

7 BAUMAN, Zygmunt. **A riqueza de poucos beneficia todos nós?** 1. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2015.

8 MIGUEL, Luis Felipe. **Dominação e resistência**: desafios para uma política emancipatória. 1. ed. São Paulo: Boitempo, 2018, p. 71.

grandes corporações com sede nos países centrais, permitindo a estratificação hierárquica do mundo através da lógica das relações econômicas e culturais⁹.

É nesse sentido, portanto, que se desenvolve o conceito de colonialidade do poder, disseminado pelo pensamento de Aníbal Quijano, através do qual as pautas sociais, os conceitos históricos, a viabilidade dos planos econômicos e mesmo os elementos culturais mais básicos, como a música, a literatura e demais produções artísticas, tendem a ser interpretadas pela ótica eurocêntrica:

Por outro lado, o atual, o que começou a formar-se com a América, tem em comum três elementos centrais que afetam a vida cotidiana da totalidade da população mundial: a colonialidade do poder, o capitalismo e o eurocentrismo. Claro que este padrão de poder, nem nenhum outro, pode implicar que a heterogeneidade histórico-estrutural tenha sido erradicada dentro de seus domínios. O que sua globalidade implica é um piso básico de práticas sociais comuns para todo o mundo, e uma esfera intersubjetiva que existe e atua como esfera central de orientação valorativa do conjunto. Por isso as instituições hegemônicas de cada âmbito de existência social, são universais para a população do mundo como modelos intersubjetivos. Assim, o Estado-nação, a família burguesa, a empresa, a racionalidade eurocêntrica¹⁰

A globalização, portanto, assume a função de disseminar o conjunto de comportamentos tidos como corretos, adequados, de forma universalizante, genérica e hegemônica. É justamente esta construção ideológica que, reproduzida nas relações sociais, permite tornar a própria democracia um dos meios através dos quais se legitima a dominação, de modo que se verifica que “o principal mecanismo de exercício da hegemonia nas sociedades capitalistas avançadas é o regime democrático representativo, que dissolve as diferenças sociais na igualdade política formal”¹¹.

Tais implicações traduzem a falta de acesso à política e a impossibilidade de atendimento às pautas dos povos latino-americanos, dependentes econômica, social e culturalmente, de seus colonizadores, sufocando o protagonismo dos povos em decidir os rumos de sua nação, resultando na perda de significado de termos tão importantes ao determinismo dos povos, como Estado, Nação e Cultura:

Pues el proceso de las independencias latinoamericanas se resolvió en una «rearticulación de la colonialidad del poder sobre nuevas bases institucionales». Para Quijano, «en ningún país latinoamericano es posible encontrar una sociedad plenamente nacionalizada ni tampoco un genuino Estado-nación», ya que la estructura de poder fue y aún sigue estando organizada sobre y alrededor del eje colonial. La construcción de la nación y sobre todo del Estado-nación han sido conceptualizadas y trabajadas en contra de la mayoría de la población, en este caso, de los indios, negros y mestizos». De esto resulta que no se pueda hablar de democracia en nuestras naciones, donde el lenguaje democrático es puramente formal y enunciado por un Estado desarraigado, alienado de la sociedad, incapaz de reconocer el patrón de colonialidad que la estructura (2000b: 237). En suma, el Estado

9 CHASE-DUNN, Christopher; MOROSIN, Alessandro; ÁLVAREZ, Alexis. **Movimientos sociales y regímenes progressistas en América Latina**: revoluciones mundiales y desarrollo semiperiférico. In: ALMEIDA, Paul; ULATE, Allen Cordero (ed.) *Movimientos sociales en América Latina: perspectivas, tendencias y casos*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: CLACSO, 2017.

10 QUIJANO, Aníbal. **Colonialidade do poder, eurocentrismo e América Latina**. In: *A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais. Perspectivas latino-americanas*. Buenos Aires: CLACSO, 2005. Disponível em http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/clacso/sur-sur/20100624103322/12_Quijano.pdf. Acesso em 28 dez. 2018, p. 124.

11 MIGUEL, Luis Felipe. *Dominação e resistência: desafios para uma política emancipatória* p. 74.

de las repúblicas latinoamericanas, emerge, en este marco teórico, como permanentemente colonial y colonizador¹².

É possível verificar, portanto, que a independência dos Estados latinoamericanos, embora tenha significado formalmente sua descolonização (independência territorial), não foi hábil para promover sua descolonialidade (independência cultural). O limitado espaço democrático, a precarização das relações de trabalho, o controle por meio das tecnologias e a homogenização da cultura, despertam manifestações identitárias críticas, concretizadas através de movimentos sociais que buscam desconstruir esse *status quo*, resgatando o protagonismo através do reconhecimento das diversas pautas políticas, sociais e culturais dos povos. A ação desses movimentos traduz o exercício de um contrapoder heterogêneo, plural e emancipatório, demonstrando a necessidade de um povo por sua própria identidade. Essas manifestações podem ser organizadas ou não, mas elas se identificam com movimentos antiglobalização¹³.

Trata-se de novas formas de resistência ao poder hegemônico que coloniza a cultura e oprime as massas. Não se trata apenas de protestos, não se trata de uma única pauta, ou mesmo de uma única liderança. O meio de ação desses movimentos busca descolonizar o próprio pensamento e ressignificar as bases sociais:

No obstante, pese a las relaciones de dominio, genocidio y discriminación, también han existido y existen espacios de fuga, espacios fronterizos, en los que la palabra y la acción de los grupos sociales dominados y subalternizados en los movimientos sociales y epistémicos, no solo aprenden a dar nuevos sentidos a los símbolos y a las relaciones que se imponen o seducen, sino que liberan un conjunto de saberes, de maneras de ser y conocer distintos al hegemónico. Son espacios en los cuales problematizan, fisuran, la teoría social, la historia oficial, las relaciones y estructuras autoritarias vislumbrando procesos de liberación, de descolonialidad del imaginario y del conocimiento como de emancipación individual y colectiva¹⁴

É possível verificar, portanto, que, mais do que lucro ou melhores salários, os movimentos antiglobalização se inserem em um contexto de maior profundidade. Essas pautas identitárias revelaram o despreparo dos Estados em gerir as novas demandas sociais. São novos atores que despontam em resistência às ideologias hegemônicas, logo, não há que se falar apenas em melhoria das condições de trabalho (geralmente atendidas por um ato do Legislativo e administradas por um Poder Judiciário conivente e pouco efetivo), mas sim na inclusão política, na ressignificação da cultura e da história¹⁵

Por óbvio, embora incapazes de gerir adequadamente as pautas dos movimentos, os Estados, pressionados pelos poderes hegemônicos, aqui personificados na figura dos Três Poderes e suas instâncias burocráticas, reagem as ações. Seja pelo uso das Forças de Segurança, seja pela criminalização de seus atos, ou mesmo pela demonização de suas ideologias e reivindicações, as instâncias estatais acabam por combater

12 SEGATO, Rita Laura. Aníbal Quijano y la perspectiva de la colonialidad del poder. In Quijano, Aníbal (ed.). *Des/colonialidad y bien vivir: un nuevo debate en América Latina*, Universidad Ricardo Palma: Editorial Universitaria, 2014, p. 59.

13 CASTELLS, Manuel. *O poder da identidade*. 9. ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Paz e Terra, 2018.

14 FERNÁNDEZ, Carolina Ortiz. Felipe Guaman Poma, Clorinda Matto de Turner, Trinidad Enríquez y la teoría crítica: sus legados a la teoría social contemporánea. In Quijano, Aníbal (ed.). *Des/colonialidad y bien vivir: un nuevo debate en América Latina*, Universidad Ricardo Palma: Editorial Universitaria, 2014, p. 102

15 CASTELLS, Manuel. *O poder da identidade*, 2018.

a livre expressão popular, a exemplo da situação envolvendo as lutas indígenas na Guatemala, durante os anos 90:

La “reinención” del enemigo interno, contenida en el concepto de seguridad hemisférica promovido por los Estados Unidos, se introdujo en la política de seguridad del Gobierno guatemalteco, que considera el conflicto social como una de las principales amenazas para el Estado. La defensa del territorio y la soberanía nacional implementada por el gobierno se basa en una defensa absoluta de la empresa privada y el modelo de acumulación por despojo, en el que las Fuerzas Armadas y su intrincada red de colaboradores participan activamente defendiendo sus propios intereses económicos y políticos (Yagenova, 2012b). Durante los últimos 2 años (2012-2013) hubo un retroceso en el respeto de los derechos humanos, y una estrategia renovada de represión y criminalización dirigida contra los que luchan por defender sus territorios y los derechos de los pueblos indígenas. La rebelión de los pueblos indígenas, que ejercen su derecho a decir “NO” a la política de acumulación, se enfrenta a una estructura de poder, históricamente construida, que requiere para su reproducción de la subordinación y explotación de los pueblos indígenas. A lo largo de la historia del país, la clase dominante ha recurrido sistemáticamente al uso de la violencia para mantener su poder y privilegios. que a principios de los 80 llegó al grado extremo de implementar el genocidio¹⁶

Entretanto, a situação supracitada não é exclusiva do povo guatemalteco. Também no Brasil, a partir do conjunto de protestos conhecidos como Jornadas de Junho, o Estado passou a agir de forma a oprimir e criminalizar os atos de luta desencadeada pela revolta contra a exorbitância dos gastos públicos na proximidade de eventos internacionais, em detrimento da baixa qualidade dos serviços públicos, assim como de outras discussões de ordem social, cultural, étnica e sexual:

De los registros de los medios de comunicación nacionales en los últimos meses se pueden listar las razones probables del descontento que llevó a miles de personas a las calles, que adhirieron al movimiento de los jóvenes, es decir, los gastos estratosféricos en los estadios de la Copa Mundial de Fútbol; megaeventos y el uso de fondos públicos en la promoción de los eventos; y lo que es más importante, la mala calidad de los servicios públicos, especialmente transporte, educación, salud y seguridad. Otros agravantes incluyen la persistencia de índices de desigualdad social; inflación de precios al consumidor; informes de corrupción y clientelismo político; la Proposta de Emenda Constitucional 37/2011 (Projeto de Emenda Constitucional 37, PEC); la criminalización de los movimientos sociales, especialmente indígenas y rurales; y el proyecto de ley que había quedado pendiente en el Congreso sobre la “curación/recuperación gay”. En otras palabras, a pesar de las políticas gubernamentales de inclusión social y la imagen internacional positiva del país hasta hace poco, presentado como un éxito, para el sentido común de la gente fue una construcción irreal¹⁷

16 YAGENOVA, Simona Violetta. **Movimientos sociales guatemaltecos**: del proceso de paz a un nuevo ciclo de lucha popular, 1996-2013. In: ALMEIDA, Paul; ULATE, Allen Cordero (ed.) *Movimientos sociales en América Latina: perspectivas, tendencias y casos*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: CLACSO, 2017. p. 573.

17 GOHN, Maria da Glória. **Los movimientos sociales brasileños de la última década**. In: ALMEIDA, Paul; ULATE, Allen Cordero (ed.) *Movimientos sociales en América Latina: perspectivas, tendencias y casos*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: CLACSO, 2017, p. 632.

Verifica-se que mesmo no contexto brasileiro, o exercício repressivo do Estado age no sentido de sufocar ações populares, especialmente quando associadas a protestos. Nota-se, também, mais especialmente no caso do Brasil, como a pluralidade de pautas identitárias é características destes novos movimentos.

Também na Colômbia, durante os anos 2000, houve forte repressão aos atos pela libertação cultural do povo, assolado por relações políticas altamente instáveis, agravadas pelas ações de guerrilhas armadas e pelas rotas de tráfico de drogas. As ações dos movimentos sociais do povo colombiano foi duramente rechaçada após início do mandato do Presidente Uribe, eleito democraticamente por um povo dominado pelo medo das ações dos guerrilheiros:

La contestación social llegó a su punto más alto durante el Gobierno de Álvaro Uribe (2002-2010), una administración que concentró poder y aumentó la represión. Uribe, elegido por los colombianos cansados de los abusos de la guerrilla, gozó de altos índices de aprobación y se esperaba que pacificara el país a cualquier costo. Modificó la Constitución para permitir su reelección, fusionó varios Ministerios y estuvo implicado en un enfrentamiento con la Corte Suprema de Justicia, el órgano encargado de investigar las relaciones entre el Gobierno, los miembros del Congreso y los grupos paramilitares, que ocasionó el arresto de 32 congresistas que forjaron alianzas e, incluso, planearon crímenes de lesa humanidad junto a las fuerzas paramilitares¹⁸.

Até o presente momento, foi possível estabelecer conceitos-chave para a presente pesquisa, tais como descolonialidade e movimentos sociais. Tais elementos, entretanto, afloram na história da América Latina como conflitantes diante das relações de poder hegemônicas, ou seja, exercício legítimo de contrapoder, visando ressignificar a formação da identidade dos povos. Tendo em vista a legitimidade popular desses movimentos, bem como a aparente necessidade dos povos latino-americanos em romper com o discurso de legitimação de um poder externo, passa-se a verificar alternativas de ação.

2 ALTERNATIVAS DE RESISTÊNCIA: PELA IDENTIDADE LATINO-AMERICANA

Mais do que simplesmente pautar conceitos básicos à compreensão da situação dos movimentos latino-americanos, faz-se necessário abordar meios de resistência efetivos, que visem permitir aos povos ressignificar sua história e cultura. Ao longo da história dos diversos conflitos sociais, verificou-se que não apenas as propostas progressistas sofreram forte abalo de ordem externa (queda do Muro de Berlin, fim da União Soviética, derrota nas eleições em diversos países democráticos, permitindo a ascensão neoliberal), como também de ordem interna (divisão em conflitos pelo poder, incapacidade de gerir pautas populares, aposta em regimes socialistas que se traduziram em regimes autoritários)¹⁹.

Tal situação exige uma reformulação dos movimentos, voltada ao reconhecimento das novas subjetividades, em alianças que permitam a emancipação dos povos e o fim da colonialidade do poder. Antonio

18 VELASCO, Marcela. **Movimientos sociales contenciosos en Colombia, 1958-2014**. In: ALMEIDA, Paul; ULATE, Allen Cordero (ed.) *Movimientos sociales en América Latina: perspectivas, tendencias y casos*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: CLACSO, 2017, p. 509.

19 NEGRI, Antonio; GUATARI, Félix. **As verdades nômades**: por novos espaços de liberdade. 1. ed. São Paulo: Autonomia literária, 2017.

Negri e Félix Guatari²⁰ apresentam alternativas de ordem revolucionária, voltadas a necessidade de verificar a falência dos discursos hegemônicos que fundamentam a dominação dos povos:

Confrontando com a amplitude da produção de subjetividade totalitária pelos Estados capitalísticos, os agenciamentos revolucionários põem o problema da qualidade de vida, da reapropriação e da autoprodução em dimensões igualmente vastas. Através de um movimento multicéfalo e de uma organização proliferante, suas instâncias de liberação poderão revelar-se capazes de investir todo o espectro de produção e reprodução. Cada revolução molecular, cada autonomia, cada movimento minoritário se unirá a um aspecto do real, exaltando as dimensões liberadoras singulares. Assim, elas romperão o esquema de exploração que o capital impõe como realidade dominante²¹.

Em que pese o caráter quase utópico, é visto que a possibilidade dos povos de “ser no mundo” está voltada, antes de mais, ao reconhecimento da falência dos discursos neoliberais, que fundamentam no mercado de capitais os elementos de regulação da vida em sociedade (status, acesso a bens e serviços, política, etc.). Faz-se necessário não apenas operar medidas voltadas ao reconhecimento jurídico das novas subjetividades, através de “direitos reconhecidos”, mas sim reformular o sistema de operação política, permitindo, assim, o protagonismo popular.

No mesmo sentido caminha a necessidade de reconhecer as lutas populares como termômetros de desigualdade. Absorver as pautas apresentadas pelos movimentos sociais é parte integrante do direcionamento para uma nova política participativa:

Ciclos de lucha popular se pueden definir por cómo en determinados momentos de la historia las fuerzas sociales y democráticas conciben la transformación del sistema, sus métodos de lucha y acción colectiva, y cómo construyen sus demandas. Los ciclos de lucha popular también determinan si las clases populares son capaces de generar conceptos y pensamientos políticos críticos que demuestran la esencia del sistema de dominación, la manera en que estas fuerzas forman alianzas y recuperan la noción de “el colectivo”, construyen alternativas y propuestas emancipadoras que tienen la dirección estratégica para enfrentar al capitalismo, a la clase dominante y las estructuras de poder que se insertan en el marco legal e institucional del Estado²².

Logo, não há que se vislumbrar um horizonte próximo de transformação. Talvez essa seja a grande diferença entre os movimentos sociais “clássicos” e os movimentos que despontam no Século XXI: mesmo as grandes conquistas foram assimiladas pelos sistemas hegemônicos e burocráticos das mesmas instâncias estatais e econômicas²³. O que se vislumbra a partir desses novos movimentos antiglobalização é uma necessidade de reconhecimento em sua esfera mais complexa, justamente a do modo de “ser no mundo”.

Alternativas que superem o modelo atual de capitalização da vida social, que reconheçam os meios de produção como legítimos daqueles que produzem, que demonstrem o cuidado a questão ambiental como chave

20 NEGRI, Antonio; GUATARI, Félix. **As verdades nômades**: por novos espaços de liberdade, 2017.

21 NEGRI, Antonio; GUATARI, Félix. **As verdades nômades**: por novos espaços de liberdade. 1. ed. São Paulo: Autonomia literária, 2017, p. 67.

22 YAGENOVA, Simona Violetta. **Movimientos sociales guatemaltecos**: del proceso de paz a un nuevo ciclo de lucha popular, 1996-2013, 2017, p. 566.

23 NEGRI, Antonio; GUATARI, Félix. **As verdades nômades**: por novos espaços de liberdade, 2017.

para uma produção sustentável, permitem a reinserção social dos grupos marginalizados, dos explorados e dos consumidores falhos. Trata-se de mirar a superação dos valores econômicos, protegendo a vida a quem eles servem:

Un aspecto importante es la revitalización de una crítica profunda al capital neoliberal y cómo se relaciona con la reproducción del patriarcado y el racismo estructural. La resignificación de los conceptos, el análisis crítico de la praxis social y política, así como la búsqueda de alternativas que trasciendan la lógica de las versiones autoritarias de la democracia liberal y representativa, nutren el actual ciclo de lucha popular. Las prácticas contrahegemónicas basadas en la reciprocidad, la solidaridad, el hondo compromiso con la justicia y el cambio social, la defensa de la vida, la autodeterminación de los pueblos, el respeto y la dignidad humana, la sostenibilidad ecológica, la igualdad, etc., cuestionan profundamente la lógica del sistema hegemónico en sus formas y expresión distintivas. Su convergencia en un proyecto político emancipador, que dispute el poder real de la clase dominante, es uno de los grandes desafíos que actualmente enfrenta a la lucha²⁴

É justamente nesse sentido de produção de novos espaços de atuação política que orbita a tese de descolonialidade. Entretanto, reconhecer as subjetividades individuais e a pluralidade das demandas sociais, não implica apenas em oferecer respostas, mas permitir que novas questões sejam feitas:

La teoría de la existencia social y la teoría de la modernidad, colonialidad y eurocentrada llevan a repensar las posibles alternativas. En primer lugar, una propuesta societal presupone la des/colonialidad de la teoría, que desde sus fundamentos innovadores sobre el patrón de poder y a partir de raíces no eurocéntricas reabran nuevamente el camino de su desarrollo para América Latina y el mundo. En segundo lugar, a partir de las prácticas sociales de las poblaciones aventurar nuevas perspectivas que permitan imaginar un futuro diferente para la sociedad contemporánea. Dado la originalidad de la teoría de la colonialidad del poder, la construcción de alternativas induce a formular nuevas problemáticas a la realidad contemporánea, que faciliten el debate sobre las vías que puedan remitir a replantear la modernidad y faciliten vislumbrar otro mundo posible²⁵.

Faz-se possível, a partir deste momento, verificar que as alternativas apresentadas não constituem uma simples fórmula, tampouco um conjunto ordenado de práticas que invariavelmente levará ao resultado esperado. Entretanto, há que se atentar ao fato de que uma solução formulada nesses termos se faz impossível, tendo em vista toda a subjetividade e pluralidade que compõe os povos latino-americanos. Assim, aceitável que as propostas de alternativa ao modelo globalizante-hegemônico de colonialidade do poder sejam, também, subjetivas e plurais, motivo pelo qual, uma vez abarcadas na presente pesquisa, passa-se a derradeira conclusão.

24 YAGENOVA, Simona Violetta. **Movimientos sociales guatemaltecos: del proceso de paz a un nuevo ciclo de lucha popular**, 1996-2013, 2017, p. 575).

25 NAVARRETE, Julio Mejía. **Colonialidad y des/colonialidad en América Latina**. Elementos teóricos. In Quijano, Aníbal (ed.). *Des/colonialidad y bien vivir: un nuevo debate en América Latina*, Universidad Ricardo Palma: Editorial Universitaria, 2014, p. 236.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo da pesquisa verificou-se como as relações sociais entre dominantes e dominados eram desiguais, marginalizantes e precarizantes. Tais relações se fizeram possíveis não apenas pela imposição de autoridade, mas principalmente pela administração dos aspectos culturais e históricos, impondo uma visão eurocêntrica das pautas políticas dos dominados, tendo a globalização como instrumento de (re)produção de conceitos universalizantes e hegemônicos, o que permitiu uma colonialidade do poder, que subjuga os países dominados.

Essa falta de acesso popular aos meios institucionais garantidos, em tese, pela democracia, fez crescer uma reação de descolonialidade, buscando ressignificar a cultura, história e identidade dos povos dominados. Um dos meios através dos quais se buscou o acesso às pautas desses novos atores políticos foi o acesso a movimentos sociais, os quais foram duramente reprimidos em diversos episódios na América Latina do Século XXI.

Entretanto, é possível notar que as lutas sociais antiglobais, não se justificam por si mesmas. Pelo contrário, em que pese este novo modelo de organização social (descentralizado e plural), o rumo é bastante claro: os dominados dizem “não!” aos dominantes. Está-se diante de um olhar para um futuro além dos discursos legitimadores da colonização da cultura, além da vida como expressão econômica, exploração e precarização.

Para tanto, faz-se possível vislumbrar alternativas que possibilitem direcionar as práticas intelectuais, ideológicas, políticas e culturais para além deste *status quo* dominante e hegemônico. Todas essas práticas giram em torno da necessidade de superação dos discursos legitimadores desse poder externo, colonizante e explorador; e sua substituição por ressignificações do meio social, onde se faça possível reconhecer a pluralidade dos povos, suas demandas e necessidades.

O acesso aos meios de uma produção sustentável e às esferas políticas constituem pontos de grande importância, assim como referenciais para construção de novas ideologias, onde se faça possível reconhecer os indivíduos em suas vicissitudes. Para tanto, ante a pluralidade da vida social, talvez um modelo não seja suficiente. Talvez a busca por um modelo universal tenha justamente resultado no momento atual em que os povos se encontram. Isso permite concluir, ainda que na forma de uma suposição, que o modelo não é importante, desde que ele resulte da participação constante dos indivíduos que compõem todos os traços das relações sociais.

REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

BAUMAN, Zygmunt. **A riqueza de poucos beneficia todos nós?** 1. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2015.

CASTELLS, Manuel. **O poder da identidade.** 9. ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Paz e Terra, 2018.

CHASE-DUNN, Christopher; MOROSIN, Alessandro; ÁLVAREZ, Alexis. **Movimientos sociales y regímenes progressistas en América Latina:** revoluciones mundiales y desarrollo semiperiférico. In: ALMEIDA, Paul; ULATE, Allen Cordero (ed.) **Movimientos sociales en América Latina: perspectivas, tendencias y casos.** Ciudad Autónoma de Buenos Aires: CLACSO, 2017.

FERNÁNDEZ, Carolina Ortiz. **Felipe Guaman Poma, Clorinda Matto de Turner, Trinidad Enríquez y la teoría crítica:** sus legados a la teoría social contemporánea. In Quijano, Aníbal (ed.). *Des/colonialidad y bien vivir: un nuevo debate en América Latina*, Universidad Ricardo Palma: Editorial Universitária, 2014.

GOHN, Maria da Glória. **Los movimientos sociales brasileños de la última década.** In: ALMEIDA, Paul; ULATE, Allen Cordero (ed.) *Movimientos sociales en América Latina: perspectivas, tendencias y casos*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: CLACSO, 2017.

MIGUEL, Luis Felipe. **Dominação e resistência:** desafios para uma política emancipatória. 1. ed. São Paulo: Boitempo, 2018.

NAVARRETE, Julio Mejía. **Colonialidad y des/colonialidad en América Latina. Elementos teóricos.** In Quijano, Aníbal (ed.). *Des/colonialidad y bien vivir: un nuevo debate en América Latina*, Universidad Ricardo Palma: Editorial Universitária, 2014.

NEGRI, Antonio; GUATARI, Félix. **As verdades nômade:** por novos espaços de liberdade. 1. ed. São Paulo: Autonomia literária, 2017.

QUIJANO, Aníbal. **Colonialidade do poder, eurocentrismo e América Latina.** In: A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais. Perspectivas latino-americanas. Buenos Aires: CLACSO, 2005. Disponível em http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/clacso/sur-sur/20100624103322/12_Quijano.pdf. Acesso em 28 dez. 2018.

RUIZ, Castor M. M. Bartolomé. **Os labirintos do poder:** o poder (do) simbólico e os modos de subjetivação. Porto Alegre: Escritos Editora, 2004.

SEGATO, Rita Laura. **Aníbal Quijano y la perspectiva de la colonialidad del poder.** In Quijano, Aníbal (ed.). *Des/colonialidad y bien vivir: un nuevo debate en América Latina*, Universidad Ricardo Palma: Editorial Universitária, 2014.

VALLE, Jaime Coronado del. **Notas sobre “desigualdad”, colonialidad y poder en América Latina,** in Quijano, Aníbal (ed.). *Des/colonialidad y bien vivir: un nuevo debate en América Latina*, Universidad Ricardo Palma: Editorial Universitária, 2014.

VELASCO, Marcela. **Movimientos sociales contenciosos en Colombia, 1958-2014.** In: ALMEIDA, Paul; ULATE, Allen Cordero (ed.) *Movimientos sociales en América Latina: perspectivas, tendencias y casos*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: CLACSO, 2017.

YAGENOVA, Simona Violetta. **Movimientos sociales guatemaltecos:** del proceso de paz a un nuevo ciclo de lucha popular, 1996-2013. In: ALMEIDA, Paul; ULATE, Allen Cordero (ed.) *Movimientos sociales en América Latina: perspectivas, tendencias y casos*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: CLACSO, 2017.

**ARTIGOS – GT 12 - DIREITO, GOVERNANÇA E NOVAS
TECNOLOGIAS**

DO ESTADO À GOVERNANÇA NA CULTURA DAS REDES

Ariel Moura¹

Francesco Bertoldi²

RESUMO

A presente pesquisa visa analisar o que entendemos por Estado e o que origina a necessidade atual de se repensar o Governo em termos de governança. Para isto, utiliza-se a metodologia pragmático-sistêmica de Leonel S. Rocha com a técnica de pesquisa bibliográfica, sendo os principais referenciais teóricos os trabalhos desenvolvidos por Gunther Teubner sobre governança privada e a criação de uma epistemologia própria às redes por parte de Thomas Vesting. De início, desenvolve-se o conceito de Estado a partir da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann e as subseqüentes modificações teóricas feitas por Thomas Vesting para análise teórico-midiática (histórico-social) da sociedade moderna. Prossegue-se com as transformações da organização liberal à social no decorrer da modernidade, ressaltando um processo de fragmentação e descentralização do poder. Por fim, expõe-se a organização dos processos políticos e jurídicos no contexto da cultura das redes.

PALAVRAS-CHAVE: Teoria dos sistemas; organizações; cultura das redes; governança.

ABSTRACT

This article proposes to present how the state is comprehended and what originated the current need to observe the government in terms of governance. For this analyze will be used the pragmatic-sistemic methodology of Leonel S. Rocha. The theoretical references are the Teubner's reaserchs about private governance and the creation of a network's epistemology as proposed by Thomas Vesting. First, the concept of state is developed within the Niklas Luhmann's social systems theory. Secondly, will be presented the Thomas Vesting's media-theoretical (social-historical) perspective of modern society. Furthermore, it makes the passage from the liberal to the social organization in modern era, highlighting the fragmentation and decentralization of power. In conclusion, it presents the political organization and the law process in the context of the networks culture.

KEYWORDS: Systems theory; organizations; networks culture; governance.

INTRODUÇÃO

A organização estatal sofreu inúmeras transformações no decorrer da modernidade em paralelo com as modificações dos principais âmbitos parciais da sociedade, como o Direito, a Política e a Economia. No atual contexto midiático, a cultura das redes, as análises centradas no Governo não são suficientes para percepção da nova dinâmica do poder.

A fim de guiar esta pesquisa, faz-se necessário o uso da metodologia pragmático-sistêmica desenvolvida pelo Prof. Dr. Leonel Severo Rocha³. Essa matriz de observação da Teoria do Direito tem como enfoque a análise social a partir de sua *práxis*, aliada aos pressupostos da Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann.

¹ Graduando em direito e em Filosofia pela Universidade do Vale do Rio Sinos (UNISINOS), pesquisador-bolsista CNPq (PIBIC), vinculado ao grupo de pesquisa Teoria do Direito (CNPq) sob orientação do Prof. Dr. Leonel Severo Rocha. E-mail: ari.moura06@gmail.com

² Graduando em direito pela Universidade do Vale do Rio Sinos (UNISINOS), pesquisador-bolsista CNPq, vinculado ao grupo de pesquisa Teoria do Direito (CNPq) sob orientação do Prof. Dr. Leonel Severo Rocha. E-mail: fbertoldi.froes@gmail.com

³ ROCHA, Leonel Severo. Epistemologia do direito: revisitando as três matrizes jurídicas. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**, n. 5, v. 2, 2013, p. 141-149.

Os principais referenciais teóricos são as pesquisas desenvolvidas por Gunther Teubner sobre governança privada no contexto da globalização (policontextualidade) e os recentes desenvolvimentos da Teoria dos Sistemas propostos por Thomas Vesting com a criação de uma epistemologia adequada a cultura das redes.

O ponto de partida deste artigo é a elaboração do conceito de Estado na perspectiva da Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann. Após essa delimitação, analisa-se as subseqüentes modificações teóricas feitas por Thomas Vesting, as quais ressaltam a importância dos meios de comunicação no processo evolutivo social, e, então, nas modificações da organização estatal.

Posteriormente, a observação teórico-midiática (histórico-social) da sociedade moderna é especificada às transformações da organização societal expressas na conformação do Estado Liberal e Social. Aqui, com a observação da evolução social a partir da evolução das técnicas de comunicação, da galáxia de Gutenberg à de Marcone, ressalta-se um processo de constante fragmentação social.

Por fim, analisa-se os processos político-jurídicos na cultura das redes e a organização do poder estatal em conflito com a dinâmica do poder nas redes, condição de possibilidade para reformulação do Governo em termos de governança.

1 ESTADO E MODERNIDADE NA TEORIA DOS SISTEMAS

O emprego da expressão Estado, com sua distinção entre governantes e governados, é encontrado pela primeira vez em Maquiavel. Em termos históricos, têm-se a Paz de Westfalia (1648) como ponto de inflexão para o surgimento do Estado Moderno, pois é o germe da ideia moderna de soberania.

Nada obstante, na Teoria dos Sistemas Sociais de Luhmann, o marco está situado um pouco mais a frente com a Revolução Francesa. Para o autor, esse contexto de consolidação do Estado moderno é a condição de possibilidade da descrição da Sociedade como Mundial e Funcionalmente Diferenciada. A realidade se apresenta, a partir disso, composta por sistemas de comunicação de caráter global que reduzem a complexidade total da sociedade construindo realidades parciais próprias.⁴

O processo de surgimento dos subsistemas sociais é caracterizado pela diferenciação de sistemas (jurídico, econômico, político) pelas funções que exercem na sociedade. Eles afirmam sua identidade (unidade) e autonomia a partir da diferenciação entre autorreferência (sistema) e heterorreferência (ambiente social), o que é direcionado pela referência das operações dos sistemas à códigos (binários) e símbolos (generalizados) próprios.

O sistema político, dessa forma, garante sua autopoiese, ou seja, seu processo de (auto)reprodução recursiva da comunicação política a partir da comunicação política, direcionando suas operações pelo código governo/oposição e as integrando pelo seu meio de comunicação simbolicamente generalizado, o poder.

⁴ Diante desse processo de diferenciação, os critérios de integração da antiga Europa, ligados à sociedade nobiliárquica (e à Igreja), como, a exemplo, o direito natural com sua estruturação estática, começam a perder sentido diante de novas estruturas sociais que se adaptam a mutabilidade da sociedade mundial. A integração, nesse sentido, é pensada em termos comunicacionais dentro de sistemas funcionais, sendo realizada, direcionada, pelos meios de comunicação simbolicamente generalizados. A exemplos destes, temos a validade (Direito), o dinheiro (Economia), o poder (Política) e a verdade (Ciência).

O Estado, nesta perspectiva, faz parte da autodescrição do sistema político que é global. Ele não segue o princípio da diferenciação funcional, mas sim se diferencia segmentando o sistema político e afirmando sua soberania em um território específico. Como essa autodescrição política parcial não é suficiente para sua unidade (identidade), o Estado se perfectibiliza por meio de sua organização.

O sistema político, reduzindo a complexidade de seu ambiente, constroi sua complexidade interna a fim de lidar com a função extremamente indeterminada da resolução de problemas a partir de decisões coletivamente vinculantes. A centralização dessa função, e, então, do poder, em uma organização central (Estado) caminha no sentido contrário à diferenciação da sociedade em sistemas funcionais.⁵ Porém, como afirma Luhmann⁶, faz parte deste mesmo processo.⁷

A teoria dos sistemas de Luhmann retira o foco de análise das capacidades racionais e de uma vontade livre do indivíduo. Sociedade para esse pensador é um sistema de comunicação que opera de maneira recursiva, ou seja, referindo-se a operações passadas e (re)construindo o sentido no presente – e não a sociedade como um conjunto de indivíduos.

A observação do processo de formação e transformação do Estado com a lente da sociologia política de Luhmann ressalta, nesse sentido, um processo histórico-evolutivo para além do indivíduo. Dessa forma, vai além das visões organicista e mecanicista da sociedade e da consequente oposição que se faz entre Estado e sociedade (civil).

A história, nessa perspectiva, é reconstruída na modernidade dentro de cada subsistema, de forma fragmentada, com o emprego da teoria da evolução de Darwin.⁸ Defende Luhmann que a preferência por esta teoria é justamente seu ponto de partida na diferença, e não em desenvolvimentos lineares com um fim pré-definido. Com isso, ele busca analisar “[...] as condições de possibilidade das mudanças estruturais não planejadas e a explicação da diversificação ou do aumento da complexidade”⁹.

Nessa continuidade, o presente artigo tem como principal referencial teórico a teoria dos sistemas de Thomas Vesting, a qual busca explicar de que forma a evolução social se conecta com a evolução dos sistemas, ressaltando a importância dos meios de comunicação sociais nesse processo. Assim, ensina ele que:

[...] A recente discussão sobre o entrelaçamento entre evolução biológica e cultura é um exemplo que comprova o quão produtivo pode ser o pensamento teórico-evolutivo nesse aspecto [comunicação entre ciências naturais e ciências humanas]. **Entre os atributos biológicos do cérebro humano [...] e as invenções culturais por ele produzidas, [...] existe, manifestamente, um nexó intermediado por meios de comunicação.** Como mostram publicações modernas nas áreas de psicologia e antropologia [...] A invenção e o emprego da escrita [...] parecem ter

⁵ Isso explica tanto o processo de especialização da administração pública nas burocracias estatais para lidar com as decisões, quanto a posterior problematização desta centralização no movimento do constitucionalismo liberal com sua demanda por um controle social do poder – o que se efetivou por meio do Direito, consolidando a conformação Estado de Direito.

⁶ LUHMANN, Niklas. **Los derechos fundamentales como institución**: aportación a la sociología política. México D.F: Universidade Iberoamericana, 2010. p. 87-102

⁷ Deve-se ter em mente, aqui, os ensinamentos de Luhmann sobre a modificação de estruturas na história, expresso, a exemplo, no seguinte trecho: “[...] Quando um sistema autopoietico se fecha pela primeira vez ou afirma seu fechamento num contexto social radicalmente modificado, isso não se dá como um reorganização ao modo de um plano, mas por uma reconstrução evolutiva das instalações já existentes”. LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. São Paulo: Martins fontes, 2016. p. 326.

⁸ Essa construção teórica almeja dar continuidade à tarefa iniciada pela história evolutiva de Weber. A partir de uma construção evolutiva ideal, Weber procurava escapar da oposição de sua época entre uma ausência de sentido na história, de um lado, e o emprego de uma metafísica progressista, comum no século XIX, de outro. Para mais explicações, ver: VESTING, Thomas. **Teoria do direito**: uma introdução. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 281.

⁹ LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**, p. 320-321.

tido enormes repercussões sobre a organização funcional do cérebro humano.¹⁰ (grifo nosso).

A autopoiese dos sistemas é garantida pela independência dos sistemas em construir um sentido próprio para lidar com a complexidade. Nessa perspectiva, é possível perceber que os sistemas são operativamente fechados, pois só operam com seus próprios elementos, e cognitivamente abertos, para identificarem mudanças no seu ambiente.

Contudo, não há propriamente comunicação entre o sistema e seu ambiente, apenas irritação (sistêmica). A possibilidade de coordenação entre esses dois âmbitos de sentidos diferentes é por meio do acoplamento momentâneo das operações ou o desenvolvimento mais sólido de um acoplamento de estruturas.

Apesar de não haver comunicação direta, o que guia os ciclos autorreprodutivos dos sistemas é a sua constante diferenciação em relação a seu ambiente. Consequentemente, o sistema (re)cria sua identidade com base na sociedade – só assim o sistema jurídico pode diferenciar comunicação social de jurídica, expectativas normativas de cognitivas, e problematizar a regulação social pelo Direito, por exemplo.

A conexão entre a evolução social e dos sistemas é desenvolvida por Thomas Vesting a partir do conceito luhmanniano de *pré-adaptive advances*. Não há dúvida de que a comunicação é improvável¹¹, como afirmava Luhmann, porém a resposta de como ela se faz provável não depende apenas de motivações sistêmico-internas, como ele queria.¹²

É necessário, para o sucesso da comunicação e a construção do sentido nos sistemas, justamente uma coordenação prática previa no ambiente social. Como explica Vesting, a evolução do direito e a forma como a normatividade se desenvolve na modernidade é dependente de um conhecimento prático (implícito) comum (compartilhado) que passa a se desenvolver com maior força após o deslocamento da produção cultural antes centralizada no monarca, nobreza e Igreja.

Os meios de difusão da comunicação (escrita, impressão tipográfica, meios de comunicação de massa, computador) para Luhmann eram partes do ambiente social. Eles são o meio no qual os sistemas empregam suas estruturas, mas, nesse sentido ortodoxo, não se vê de que forma a evolução das técnicas de comunicação influencia a evolução e reestruturação das formas de sentido das comunicações.

Não sendo possível um fechamento operacional em sentido estrito, faz-se necessário entender que a evolução do direito e da política está ligada à evolução da sociedade, o que se explica justamente através dos meios de comunicação. Nesse sentido é que são descritos como *pre-adaptive advances*, ou seja, como as condições sociais globais de possibilidade de alterações estruturais não programadas pelos sistemas. Nas palavras de Vesting, em relação ao sistema jurídico:

[...] os meios de comunicação desempenham para o sistema [...] uma dupla função: eles funcionam, ao mesmo tempo, como meio e como memória da comunicação jurídica [...] por conseguinte, condicionam tanto as condições da

¹⁰ VESTING, Thomas. **Teoria do direito: uma introdução**, p. 284.

¹¹ Em oposição ao consenso esperado na sociedade (Habermas), Luhmann constrói seu pensamento com o pressuposto de que a comunicação é improvável. A partir da diferenciação, em teoria da comunicação, entre informação/ato de fala/compreensão, Luhmann elenca três principais improbabilidades para o sucesso da comunicação. Para melhores explicações, ver: MANSILLA, Dário Rodríguez. **Comunicaciones de la organización**. Santiago: Universidade Católica de Chile, 2007.

¹² VESTING, Thomas. Autopoiese da comunicação do Direito? O desafio da teoria dos meios de comunicação. **Revista de estudos constitucionais, hermenêutica e teoria do direito (RECHTD)**, v.6, n.1, jan./jun. de 2014, p.2-14. Disponível em: <<http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/rechtd.2014.61.01>>. Acesso em: 21 de Jun. de 2019. p. 4-5.

empregabilidade repetitiva do saber [...] quanto o grau da tendência em divergir de tradições e hábitos e, conseqüentemente, em possibilitar a inovação [...] especialmente no nível da observação de segunda ordem [...].¹³ (grifo nosso)

Assim, o conhecimento adquirido na prática social e sua reflexão teórica são reconstruídos e organizados em consonância com a forma de comunicação presente em determinada cultura – oralidade, escrita, impressão tipográfica, meios de comunicação de massa e computador. Isso porque os meios de comunicação funcionam como a memória, que é a base para reconstrução do sentido no presente e, ainda, como o meio para formalização desse sentido.

Nessa lógica, entender os meios de comunicação como *pre-adaptive advances* significa ancorar a observação em um elemento objetivo que sinaliza o sentido das alterações constantes que passa a ocorrer com o advento de uma nova forma de comunicar. Isso porque ele sinaliza uma nova forma de se praticar e desenvolver o conhecimento e, assim, organizar a sociedade.

À vista disso, Vesting expõe o desenvolvimento do direito moderno e a sua conexão com a prática instituída em três estágios ligados à três “estilos de pensamento” ou “hábitos de percepção” na sociedade. Isto a partir dos processos de mudanças históricas e as condições tecnológicas dos meios de comunicação. São eles: o burguês-liberal, o grupo-pluralista e a cultura em rede.¹⁴

2 DO ESTADO LIBERAL AO SOCIAL

As transformações do Estado de Direito e o entendimento do conceito de policontextualidade de Gunther Teubner – que ressalta a heterogeneidade de contextos levando em conta a pluralidade linguística com a qual as normas jurídicas são lidas –, são pontos relevantes de ancoragem.¹⁵ Assim, Teubner analisa de forma peculiar o pluralismo jurídico dentro do Estado, bem como o processo paralelo de fragmentação dos sistemas na globalização a partir da presença de inúmeros processos culturais colidentes.

Vesting, por seu turno, realça que a cultura sempre está embebida em um ambiente midiático, e, então, faz a análise em determinado recorte histórico-social a partir de três principais pontos de observação: os meios de comunicação, o conhecimento prático (implícito) e o conhecimento teórico (explícito). Nessa perspectiva, leciona que:

[...] Em toda expressão linguística, deve estar disponível um sistema informacional de ordem superior, uma ‘economia da cognição’ dispersa entre indivíduos, que ‘corre’ com eles. Linguagem e comunicação existem apenas midiaticamente, e linguagem como um meio é necessariamente envolta em uma rede de conhecimento implícito [...].¹⁶

¹³ VESTING, Thomas. **Teoria do direito: uma introdução**, p.296-7

¹⁴ VESTING, Thomas. O direito moderno e a morte do conhecimento comum. In: FORTES, Pedro; CAMPOS, Ricardo; BARBOSA, Samuel (org.). **Teorias contemporâneas do direito: o direito e as incertezas normativas**. Curitiba, Juruá, 2016. p. 31.

¹⁵ TEUBNER, Gunther. **Direito, sistema e policontextualidade**. Piracicaba: Unimep, 2005. p.48

¹⁶ VESTING, Thomas. **Legal theory and the media of law**. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2018. p. 40. Tradução livre do original: “[...] In every linguistic expression, there must be available a higher-order informational system, an economy of cognition dispersed among individuals, that ‘runs along’ with it. Language and communication exist only medially, and language as a medium is necessarily involved in a network of implicit knowledge [...]”.

O meio de comunicação que permeia a sociedade liberal-burguesa é a impressão tipográfica. Ela foi inventada em 1430 por Johannes Gutenberg e é representativa da transição da Idade Média para Moderna.¹⁷ Como ensina Breton e Proulx:

O livro moderno está na interseção de duas dimensões: de um lado, o sistema técnico que permite seu aprimoramento como suporte de textos; de outro, o mundo extraordinariamente variado das ideias das quais ele favoreceu a difusão [...].¹⁸

Essa cultura da impressão, como nomeia Vesting, é a condição de possibilidade da organização social no Estado Liberal de Direito. O conhecimento prático, nesse contexto, é desenvolvido em uma sociedade de indivíduos que se coordenam em relações de vizinhança por uma suposta standardização moral. Nas palavras de Vesting:

A transição da hegemonia cultural da corte para a cidade [relaciona-se] [...] [a]O surgimento de novos espaços públicos [...] de uma nova forma de sociabilidade para além do político [...] os cidadãos não se orientam mais pelas tradições da nobreza, mas antes buscam a si mesmo no espelho dos outros [...] o burguês se vê em outros e se vê a si mesmo nos outros. Por meio disso, a ordem cultural se torna mais móvel e aberta [...].¹⁹

A análise hierárquica da relação entre o Estado Liberal e a sociedade liberal-burguesa é substituída, aqui, pela análise heterárquica das relações de vizinhança e o compartilhamento de sentido em novos locais de sociabilidade, como os cafés, teatros, clubes literários e centros de comércio. O Direito, nesse contexto, é visto como um sistema autônomo e completo de leis que controla e legitima a política estatal (teoria positivista-legalista).

A demanda social desta época é por sua auto-organização em um Estado de Direito com seu governo a partir de uma Monarquia Constitucional. A demanda por direitos fundamentais de liberdade²⁰, a exemplo, é institucionalizada em uma constituição escrita que descentraliza o poder do Monarca e garante a autonomia dos indivíduos por meio do direito positivo, o que possibilita uma certa previsibilidade na dinâmica das forças sociais. Assim, ensina Vesting:

[...] O moderno Estado Liberal [é quem] garante a auto-organização do meio cultural, espaços públicos, e fóruns de opiniões por meio da codificação legal de direitos fundamentais em uma constituição escrita [...] **A própria nação – na sua função de unificação, como a força para integração de indivíduos em um unidade maior – é um efeito da cultura da impressão [...]**. (grifo nosso).²¹

¹⁷ Veja-se a emblemática Encyclopédie, ou dictionnaire raisonné des sciences, des arts et des métiers, a qual teve seus últimos volumes publicados em 1772 sob coordenação de Diderot. Nela há a defesa da secularização do ensino e a consolidação da ideologia iluminista, principalmente com a influência do pai da ciência moderna, Francis Bacon. Ideias estas que são difundidas pela forma do livro escrito, como algo completo e universal.

¹⁸ BRETON, Philippe; PROULX, Serge. **Sociologia da comunicação**. 4. ed. São Paulo: Loyola, 2013. p. 39

¹⁹ VESTING, Thomas. A mudança da esfera pública pela inteligência artificial. In: ABOUD, Georges; NERY JR., Nelson; CAMPOS, Ricardo (Org.). **Fake News e regulação**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 95-96.

²⁰ Ressalta-se que as liberdades individuais são direcionadas, já na perspectiva de Luhmann, aos sistemas sociais, sendo o Estado apenas a organização que centraliza a função política, e, a constituição, a estrutura que estabiliza a relação entre Direito e Política. Nesse sentido, os direitos fundamentais de liberdade são garantias das comunicações individuais nos sistemas.

²¹ VESTING, Thomas. **Legal theory and the media of law**, p. 502. Tradução livre do original: “[...] *modern liberal state, which guarantees the self-organization of cultural milieus, public spaces, and opinion forums via legal codification of fundamental rights in a written constitution [...] The nation itself – in its unifying function, as a force for integrating individuals into greater unity – is an effect of print culture [...]*”.

Essa dinâmica de unificação dos sentidos dos sistemas político e jurídico no Estado Nação tornou a lei objeto fechado e livre de contraversões. Todavia, o que ocorre em verdade é um movimento de incremento da densidade das possíveis significações linguísticas do direito e da política para além do próprio Estado. Isso porque, segundo Vesting, é o próprio conhecimento social da cultura da impressão que possibilita essa auto-organização. No mesmo sentido, “[...] os manuscritos no papiro e pergaminho dominaram e os livros eram de difícil acesso, as possibilidades de organização sistemática do material jurídico [e político] permaneceram limitadas”²².

A base para reorganização societal no âmago do Estado Social de Direito está na libertação da produção cultural da sociedade, neste contexto. Com a evolução da técnica e o crescimento das cidades, encontra-se a estruturação de uma nova forma de organização social, a grupo-pluralista.

A standardização moral que garantia a previsibilidade das práticas sociais não é suficiente para coordenar a crescente complexidade social. A cultura do *gentleman* na Inglaterra não consegue lidar com a problemática relação entre empregados de fábricas e donos de meios de produção, a exemplo, no contexto da I Revolução Industrial.²³ Nesse sentido, afirma Vesting: “Em oposição ao sujeito soberano respeitável da cultura burguesa-liberal, que se liberta das amarras da tradição e exerce sua autonomia recentemente adquirida, o sujeito dos agrupamentos vive ‘sobretudo em suas relações’ [...]”²⁴.

A nova cultura desencadeada pela Revolução Industrial²⁵ reorganiza a sociedade como um conjunto de agrupamentos. Os indivíduos são homens organizacionais, pois sua comunicação perpassa por meio de organizações para construção do sentido e, assim, para dar voz às suas demandas.

O meio de comunicação que pode indicar as modificações estruturais não programadas (*pré-adaptive advances*) e que está presente nessa sociedade são os meios de comunicação eletrônicos, inaugurados pela invenção do rádio em 1896 por Guglielmo Marconi. Nesse sentido, ensina Breton e Proulx: “[...] A passagem da era de Gutenberg à de Marconi significaria, para o ocidente, uma profunda transformação da consciência humana [...] sobretudo individual e analítica [...]”²⁶.

O conhecimento prático, reflexo do amplo crescimento da atividade industrial nas metrópoles, é desenvolvido no interior de organizações. Nesta ordem, o conhecimento que antes estava fragmentado entre os indivíduos reestrutura-se em uma pluralidade de grupos que se coordenam de acordo com seus núcleos de interesses. Isto explica, a exemplo, o surgimento de entidades associativas e partidos políticos populares para comunicação político-jurídica.

O conhecimento teórico, reflexão sobre o prático, observação de segunda ordem, é estruturado de forma fragmentada e desenvolvido em núcleos parciais da sociedade por meio de organizações. Para exemplificar, têm-se que os Direitos Fundamentais deste contexto, de segunda dimensão ou de status positivo (Jellinek), estavam orientados a grupos específicos, como os direitos dos trabalhadores, e não ao indivíduo isoladamente considerado.

²² VESTING, Thomas. **Teoria do direito**: uma introdução., p.307.

²³ VESTING, Thomas. **A mudança da esfera pública pela inteligência artificial.**, p. 97.

²⁴ VESTING, Thomas. **O direito moderno e a morte do conhecimento comum.**, p. 35.

²⁵ Principalmente a partir da chamada II Revolução Industrial que ampliou a evolução técnica para outros Estado que não a Inglaterra, como, a exemplos, França e Alemanha.

²⁶ BRETON, Philippe; PROULX, Serge. **Sociologia da comunicação.**, p. 166.

O Estado dessa sociedade de organizações, então, é o Estado Social, o qual possui sua esfera pública extremamente fragmentada e especializada. Assim, de forma extremamente clara, ensina-nos Vesting sobre a modificação do Estado Social diante do desenvolvimento das novas técnicas de comunicação eletrônica:

[...] [O] Conhecimento comum [...] foi amarrado por mais formas auto-conscientes de conhecimento especializado ou técnico [...] Mais e mais, o conhecimento passou a ser acumulado sistematicamente dentro de organizações ou se tornou dependente de comunidades epistêmicas específicas [...] Apenas empregando estatísticas e tipificação pode o Estado de bem estar começar a lidar com a natureza imprevisível de uma sociedade dinâmica [...] ²⁷.

Neste mesmo sentido, conforme Teuber, dentro do próprio Estado deve-se considerar uma pluralidade de fontes do direito e para além do Estado verifica-se a fragmentação dos sistemas jurídico e político. Assim, há transferência de seus processos para outras organizações que não o Estado – governamentais ou não governamentais, políticas ou não políticas.

A fragmentação cultural no Estado Liberal foi encoberta, inicialmente, pela crença na unidade do sentido expresso na cultura da impressão. Não obstante, este processo veio a superfície após a evolução técnico-social e a verificação de uma pluralidade de processos de formação de conhecimento junto às organizações. Agora, diante da comunicação intermediada pelo computador, nota-se a formação de redes de sentido virtuais que esfacelam qualquer pretensão de unidade e sistematicidade.

3 O ESTADO NAS REDES

A rede intertextual que estrutura o sentido das comunicações, ressaltado por Luhmann, já estão presentes nos sistemas sociais mundiais. Porém, como ressaltado durante este artigo, a completude e suficiência do sistema não pode ser encontrada nele mesmo, mas deve ser vista em relação às experiências da sociedade.

Na sociedade das(de) redes, a realidade não só se apresenta como compostas de sistemas de sentido desterritorializado, como também permeada por uma rede digital descentralizada²⁸. A internet, meio de comunicação que caracteriza a sociedade atual, é a rede das redes. Ela cria uma realidade própria na qual estão conjugados todos os outros meios já desenvolvidos, por isso McLuhan denomina de hipermissão.²⁹

A comunicação por meio do computador escancarara a organização da sociedade em rede. As redes de sentido sempre existiram, no entanto, o aumento de complexidade dos elementos (comunicação), e da

²⁷ VESTING, Thomas. **Legal theory and the media of law.**, p. 513. Tradução livre do original: “[...] *Common knowledge [...] was joined by more self-conscious forms of specialized or expert knowledge [...] More and more, knowledge has come to be accumulated systematically within organizations or has become dependente on specific epistemic communities [...] Only by employing **statistics** and typification could the welfare state begin to cope with the unpredictable nature of a dynamic society [...]*”

²⁸ A rede de computadores interligados surge inicialmente em uma configuração chamada Intranet. Sua criação ocorre na constância da Segunda Guerra Mundial pela Agência de Projetos de Pesquisa Avançada (Arpa), vinculada ao Departamento de Defesa dos EUA, tendo como finalidade a proteção de dados diante do temor de ataques as bases militares. Nesse sentido, sua estruturação é, na origem, contra qualquer pretensão de centralização, o que se mantém até a privatização da rede com a posterior criação do aplicativo World Wide Web (WWW) – transformando-a na internet. Para mais informações, ver: CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. 18. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2017.

²⁹ PEREIRA, Vinicius Andrade. **Entendendo McLuhan: da aldeia à teia global**. Porto Alegre: Sulina, 2011. p. 155.

relação entre os elementos, chegou a seu ápice com a internet, pois ela possibilita e facilita a criação e interligação entre inúmeras redes (novas).

Assim, na esteira de Vesting, o conhecimento prático social é agora desenvolvido de forma específica em inúmeras (sub)redes autônomas da internet. Em cada rede que a internet comporta há um núcleo prático no qual o conhecimento é desenvolvido em estreita ligação à conhecimentos técnicos – o conhecimento comum desenvolvido na sociedade de indivíduos começa a perder sentido diante da evolução técnica social.

O conhecimento teórico, ou seja, o conhecimento que é explicitado na forma de organização do direito e da política, é concebido de forma extremamente fragmentada, próxima às práticas técnicas sociais e de maneira alguma é compartilhado por toda a sociedade como uma unidade. O poder não pode ser centralizado em apenas uma organização e a normatização jurídica não pode ser destoadada da *praxis* social. Como afirma Vesting, o sistema jurídico, hoje, “[...] pode apenas ser entendido como uma rede policêntrica, policontextual, de diferenças cujas peças individuais abrangem uma ‘unidade’ apenas na forma de ligações temporárias entre componentes vizinhos [...]”³⁰.

Diante disso é que se faz necessário pensar o Governo em termos de governança, pois não é apenas o Estado que participa dos processos políticos e jurídicos em todos os âmbitos especializados da sociedade. O poder deve ser pensado para além dos Estados e para além do próprio sistema político. Esta perspectiva ressalta que as relações de poder na rede são construídas de nódulo em nódulo, de maneira remasterizada.

Assim, a governança é aqui definida como essa coordenação necessária do Estado com outras organizações em núcleos específicos de realidade, os quais são permeados por redes de sentido descentralizadas que já organizam a comunicação de forma adaptada para cada contexto prático. A Soberania, que antes estava vinculada ao controle territorial do Estado, talvez possa ser pensada aqui como o controle ou coparticipação na construção, proteção e manutenção de dados (ou informações no geral) das pessoas e das instituições.

Isso é claro quando se analisa a conformação com a qual o próprio sistema econômico se apresenta: a valorização da propriedade imaterial e a importância econômica das informações coletadas (dados/metadados); a perda de uma delimitação entre produtor/consumidor; a caracterização da economia como colaborativa, compartilhada ou em rede; dentre outras.

Os Direitos Fundamentais, que serviram de exemplificação no decorrer deste artigo, devem ser analisados muito além de sua problematização política, pois os seres humanos são muito mais ameaçados por processos comunicativos anônimos – os quais, precisam ser antes identificados.³¹ Por isso, para Vesting, eles se apresentam como direitos de vizinhança, localizados entre núcleos práticos com a função de garantir sua identidade e inviolabilidade.³²

³⁰ VESTING, Thomas. **Legal theory and the media of law.**, p. 19. Tradução livre do original: “[...] [Today, the legal system] can only be understood as a polycentric, policontextual web of differences whose individual pieces comprise a ‘unit’ only in the form of temporary linkages among neighboring components [...]”.

³¹ TEUBNER, Gunther. A matriz anônima: violação de direitos humanos por atores “privados” transnacionais. Trad. Pedro Henrique Ribeiro e Ricardo Campos. In: CAMPOS, Ricardo (org.). **Crítica da ponderação: método constitucional entre a dogmática jurídica e a teoria social.** São Paulo: Saraiva, 2016. p.273-313

³² VESTING, Thomas. Vizinhança: direitos fundamentais e sua teoria na cultura das redes. Trad. Pedro Henrique Ribeiro. In: CAMPOS, Ricardo (org.). **Crítica da ponderação: método constitucional entre a dogmática jurídica e a teoria social.** p.226-272. São Paulo: Saraiva, 2016. p.252.

Destarte, pensar em alguma forma de analisar o direito e a política no contexto atual, conduz a pensar nessa coordenação e tratamento específico dos anseios sociais em núcleos extremamente complexos e mutáveis – sempre *ex post*, nunca *ex ante* –, justamente pela mutabilidade dos problemas sociais. Afinal, a função do direito nas redes é, muito antes de resolver conflitos ou estabilizar expectativas, garantir a interoperabilidade e abertura das redes para com a sociedade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A observação das transformações do Estado Moderno por meio da teoria dos sistemas ressalta a reorganização constante da sociedade em um processo evolutivo. Por isso, a modernidade é definida como o período entre a Revolução Francesa e a contemporaneidade, nos quais os marcos para observação das modificações são os meios de comunicação, conforme a perspectiva de Vesting.

A organização societal do Estado Liberal, possível apenas após a libertação do indivíduo das amarras da tradição, se consolida a partir do desenvolvimento de conhecimentos comuns compartilhados de “vizinho a vizinho” no contexto midiático da impressão tipográfica.

Após o aumento de complexidade ocasionado pelas Revoluções Industriais, a sociedade já fragmentada se reorganiza em grupos plurais. Os conhecimentos são desenvolvidos dentro de organizações e compartilhados já de forma reduzida de acordo com interesses e/ou âmbitos parciais da realidade.

No contexto midiático atual, com a velocidade de reconfiguração de realidades dentro da internet, os conhecimentos são desenvolvidos próximos de núcleos práticos específicos e do saber técnico. O Estado, como apenas uma organização, necessita-se coordenar com muitas outras, isso de inúmeras formas distintas em correlação com a rede na qual quer atuar.

REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

BRETON, Philippe; PROULX, Serge. **Sociologia da comunicação**. 4. ed. São Paulo: Loyola, 2013.

CAMPOS, Ricardo (org.). **Crítica da ponderação: método constitucional entre a dogmática jurídica e a teoria social**. São Paulo: Saraiva, 2016.

CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. 18. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2017.

LUHMANN, Niklas. **Los derechos fundamentales como institución: aportación a la sociología política**. México D.F: Universidade Iberoamericana, 2010.

LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. São Paulo: Martins fontes, 2016.

PEREIRA, Vinicius Andrade. **Entendendo McLuhan: da aldeia à teia global**. Porto Alegre: Sulina, 2011.

ROCHA, Leonel Severo. Epistemologia do direito: revisitando as três matrizes jurídicas. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**, n. 5, v. 2, 2013, p. 141-149. Disponível em: < <http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/rechtd.2013.52.06>>. Acesso em: 23 nov 2018.

TEUBNER, Gunther. **Direito, sistema e policontextualidade**. Piracicaba: Unimep, 2005.

VESTING, Thomas. A mudança da esfera pública pela inteligência artificial. In: ABBOUD, Georges; NERY JR., Nelson; CAMPOS, Ricardo (Org.). **Fake News e regulação**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 91-108.

VESTING, Thomas. Autopoiese da comunicação do Direito? O desafio da teoria dos meios de comunicação. **Revista de estudos constitucionais, hermenêutica e teoria do direito (RECHTD)**, v.6, n.1, jan./jun. de 2014, p.2-14. Disponível em:<<http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/rechtd.2014.61.01>>. Acesso em: 21 de Jun. de 2019.

VESTING, Thomas. **Legal theory and the media of law**. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2018.

VESTING, Thomas. O direito moderno e a morte do conhecimento comum. In: FORTES, Pedro; CAMPOS, Ricardo; BARBOSA, Samuel (org.). **Teorias contemporâneas do direito: o direito e as incertezas normativas**. Curitiba: Juruá, 2016.

VESTING, Thomas. **Teoria do direito: uma introdução**. São Paulo: Saraiva, 2015.

GOVERNO ELETRÔNICO COMO INSTRUMENTO DE CONTROLE SOCIAL DAS DESPESAS COM OBRAS PÚBLICAS

André Afonso Tavares¹

Renato Cechinel²

RESUMO

O governo eletrônico representa a possibilidade de aproximação do cidadão na fiscalização dos gastos realizados pelos entes públicos. O objetivo geral do trabalho é demonstrar o governo eletrônico como instrumento de ampliação da transparência ativa das informações necessárias para exercício de controle social das despesas com obras públicas. Inicialmente, foi realizada análise de processos de auditorias realizadas pelo Tribunal de Contas de Santa Catarina, e, em seguida, apuraram-se as informações necessárias para o exercício do aludido controle externo. Por fim, foi realizada comparação entre as informações necessárias e aquelas que são exigidas pela legislação que rege a matéria. Foi utilizado método indutivo, especialmente, com análise de processos de auditoria no âmbito do controle externo. Assim, foi possível detalhar as informações necessárias para execução de controle social de despesa pública envolvendo obra pública e vislumbrar a necessidade de ampliação do rol de informações exigidas pela legislação em matéria de transparência ativa.

PALAVRAS-CHAVE: Controle Social. Despesa pública. Governo eletrônico. Tecnologia da Informação e Comunicação. Transparência ativa.

ABSTRACT

The electronic government represents the possibility of approaching the citizen in the control of the expenses made by the public entities. The general objective of this paper is to demonstrate electronic government as an instrument to increase the active transparency of the information required to exercise social control over public works expenses. Initially, an analysis of the audit processes performed by the Santa Catarina Court of Auditors was performed, and then the necessary information for the exercise of the aforementioned external control was verified. Finally, a comparison was made between the necessary information and the information required by the legislation governing the matter. An inductive method was used, especially with analysis of audit processes within the scope of external control. Thus, it was possible to detail the information necessary for the execution of social control of public expenditure involving public works and to glimpse the need to expand the list of information required by the legislation on active transparency.

KEYWORDS: Social control. Public expenditure. Electronic government Information and communication technology. Active transparency.

INTRODUÇÃO

O controle social ou cidadão, assim compreendido como a participação do cidadão no controle da gestão pública e manuseio dos recursos públicos, caso estruturado e manuseado de forma adequada, configura poderoso instrumento de controle das despesas públicas.

¹ Mestrando do Programa de Pós-Graduação/Mestrado em Direito da UNESC. Membro do Núcleo de Estudos em Estado, Política e Direito (NUPED/UNESC) Especialista em Direito Público e em Auditoria Governamental. Graduado em Direito e em Ciências Contábeis. Graduando em Engenharia de Software. Advogado. Endereço eletrônico: afonsotavares.andre@gmail.com

² Mestrando do Programa de Pós Graduação em Direito da Universidade do Extremo Sul Catarinense – PPGD/UNESC. Especialista em Prática Jurídica pela Escola Superior de Magistratura do Estado de Santa Catarina ESMESC/UNESC. Especialista em Direito Administrativo e especialista em Direito Processual Moderno ambas pela Universidade Anhanguera. Bacharel em Direito pela UNESC. Membro do Núcleo de Estudos em Estado, Política e Direito – NUPED/UNESC. Advogado. Servidor Público Municipal no cargo de Analista de Controle Interno. E-mail: advrenatoc@gmail.com

O objetivo geral do presente trabalho será demonstrar o potencial do governo eletrônico, assim entendido como a utilização dos recursos da Tecnologia da Informação e Comunicação na estrutura governamental, enquanto instrumento de ampliação da transparência ativa, e, por conseguinte, de aproximação do cidadão no controle e cuidado da gestão pública e uso dos recursos públicos em matéria de despesa com obras públicas.

Destaca-se que a delimitação do objetivo geral em matéria de despesa com obras públicas tão somente se deu para fins metodológicos, visto que a premissa do governo eletrônico como instrumento de controle social poderia se estender a qualquer outro objeto no âmbito da gestão e recursos públicos.

Inicialmente, será realizada análise minuciosa de três processos de auditoria de conformidade no âmbito do Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina, envolvendo o controle externo de despesas com obras públicas a fim de realizar levantamento das informações e documentos necessários para a concretização dessa espécie de trabalho.

Em seguida, irá se comparar as informações levantadas no bojo desses processos e o rol de informações exigidas pela Lei n. 12.527, de 2011, também conhecida por Lei de Acesso à Informação, trazendo regulamentação ao artigo 5º, inciso XXXIII, da Constituição Federal, em forma de transparência ativa, com o objetivo de averiguar a possibilidade ou não de exercício de controle social a partir tão somente dessas últimas informações.

A problemática envolvida no presente trabalho se justifica em razão das dificuldades existentes no manuseio da transparência passiva, especialmente, no âmbito municipal, isto é, embora haja a possibilidade de requerimento pelo cidadão de qualquer informação de natureza pública que não esteja regularmente disponibilizada, tem-se verificado que grande parte dos entes públicos não atende de forma tempestiva e/ou integral aos pedidos realizados, o que acaba impossibilitando o exercício de controle social.

Diante da situação atual, verifica-se que o exercício de controle social, restrito às informações advindas dos pedidos baseados na transparência passiva, acaba sendo dificultado e resta dependente da vontade do Ente Público em contribuir com o fornecimento das informações e documentos necessários para a apuração daquilo que se pretende verificar.

Portanto, a partir dessa análise e comparação, será possível detalhar as informações necessárias para execução de controle social de despesa pública envolvendo obra pública e vislumbrar a necessidade de ampliação do rol de informações exigidas pela legislação em matéria de transparência ativa por meio da instituição de um governo eletrônico com ênfase no controle social, a partir das possibilidades advindas dos recursos da tecnologia da informação e comunicação.

1 CONTROLE SOCIAL E GOVERNO ELETRÔNICO

Inicialmente, importante registrar que a fiscalização governamental da gestão pública possui status constitucional, uma vez que prevista no artigo 70, *caput*, da Carta Magna³, o qual dispõe que “a fiscalização

³ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 04 maio 2018.

contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder”.

Por outro lado, a possibilidade de fiscalização direta pelo cidadão ou sociedade decorre do conjunto de princípios e regras adotadas pela Constituição da República do Brasil, conforme se vislumbra, especialmente, pelo conteúdo do seu artigo 1º, ao trazer no seu inciso II, como Fundamento da República, a Cidadania, bem como da disposição do seu parágrafo único, ao declarar que todo o poder emana do povo, que pode exercê-lo diretamente, nos termos da Constituição, e, ainda, pelo disposto no seu artigo 5º, inciso XXXIII, o qual declara que “todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado”.

O controle da gestão pública pode ser exercido por três vias distintas: internamente, por meio de mecanismos inseridos na estrutura interna de cada Ente Pública; externamente, por meio de fiscalização realizada por órgão fiscalizador externo ao Ente Público fiscalizado; e, por fim, diretamente, por fiscalização pela sociedade ou cidadão.

Siraque⁴ faz relevante detalhamento acerca do responsável pelo exercício do controle social:

O controle social é realizado por um particular, por pessoa estranha ao Estado, individualmente, em grupo ou por meio de entidades juridicamente constituídas, sendo que, nesse caso, não há necessidade de serem estranhas ao Estado, mas pelo menos de uma parte de seus membros ser eleita pela sociedade.

O mesmo autor⁵ dispõe sobre a finalidade do controle social:

O controle social tem a finalidade de verificar se as decisões tomadas, no âmbito estatal, estão sendo executadas conforme o que foi decidido e se as atividades estatais estão sendo realizadas de acordo com os parâmetros estabelecidos pela Constituição e pelas normas infraconstitucionais. Assim, o controle social poderá existir no sentido de verificação do mérito (conveniência e oportunidade) de uma decisão estatal ou da sua legalidade.

Contudo, para que os cidadãos possam de fato desempenhá-lo, faz-se necessária a disponibilização de informações de caráter público, por meio do instituto da transparência pública, introduzido pela Lei n. 12.527, de 2011, também conhecida por Lei de Acesso à Informação, trazendo regulamentação ao artigo 5º, inciso XXXIII, da Constituição Federal.

O conjunto de informações necessárias seria suprido por um modelo ideal de Governo Eletrônico, o qual trata da atuação do Estado, por meio de recursos de tecnologia da informação e comunicação, no meio eletrônico ou digital.

⁴ VANDERLEI, Siraque. **Controle Social da função administrativa do Estado: possibilidades e limites na Constituição de 1988**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 99.

⁵ VANDERLEI, Siraque. **Controle Social da função administrativa do Estado: possibilidades e limites na Constituição de 1988**, p. 100-101.

Tais recursos, se utilizados com atenção Controle Social, transformaria em verdadeira arma ao combate das mazelas da gestão pública, permitindo realização de auditorias sociais/cidadãs e as respectivas medidas cabíveis, no caso de constatação de irregularidades.

A participação popular na gestão e no controle da Administração Pública é um dos princípios fundamentais da construção de novos conceitos de Estado, como o Estado Democrático Social de Direito, que passam a abordar a atuação ativa do Estado pelo bem-estar social, com o propósito de reduzir a distância entre sociedade e Estado. A exigência de uma ampliação e de abertura de novos canais de atuação política aptos à defesa de múltiplos interesses é proporcionada por essa participação, atribuindo legitimidade substancial às decisões estatais.

Portanto, considerando os recursos tecnológicos trazidos pela Tecnologia da Informação e Comunicação, verifica-se ser possível a instituição de Governo Eletrônico voltado para Transparência Pública e Controle Social, que atenda as necessidades informacionais do cidadão ou sociedade interessada em fiscalização a gestão pública, e, especialmente, no caso em tela, as despesas públicas acerca de obras contratadas pela Administração Pública.

Nesse contexto, conforme escrevem Hermany e Giacobbo⁶, a viabilidade de realização da tarefa de democratização de um espaço público permeável às decisões coletivas, integrando uma gestão compartilhada, oriundo da manifestação democrática proveniente de um conjunto de atores, institucionais ou não, em um Estado Democrático de Direito, dar-se-ia apenas a partir das bases de um Estado, de intersecção entre a cidadania local e o poder público.

Há que se reconhecer algumas práticas contemporâneas que vem incrementando de forma substancial em matéria de exercício de poder político, baseando-se na emancipação e na emergência de uma cidadania que busca derrubar as fronteiras burocráticas que limitam seu acesso ao poder estatal, conferindo um controle mais substancial à sociedade, especialmente no âmbito municipal, com a finalidade de reconstruir uma esfera pública mais democrática e comunitária⁷.

Considerando a delimitação realizada para a presente pesquisa, que tratará da fiscalização cidadã sobre as despesas públicas com obras realizadas pela Administração Pública, cumpre destacar alguns aspectos relevantes da Despesa Pública e da Contratação de Obras pela Administração Pública.

A Despesa Pública pode ser sintetizada como o “conjunto de gastos realizados pelo Poder Público para a consecução de suas atividades principais, com o objetivo de financiar as ações do governo, sempre com foco na satisfação das necessidades públicas”⁸.

Ressalta-se, ainda, que a Despesa Pública deve cumprir rigoroso conjunto de regras e etapas obrigatórias até que finalmente se consume o gasto público, quais sejam: a Fixação em Lei Orçamentária, o Empenho, a Liquidação e, por último, o Pagamento.

⁶ HERMANY, Ricardo; GIACOBBO, Guilherme Estima. A democracia representativa e crise de legitimidade: o potencial de subsidiariedade no fortalecimento da democracia administrativa. **XIII Seminário Internacional Demandas Sociais e Políticas Públicas na Sociedade Contemporânea e IX Mostra Internacional de Trabalhos Científicos**. 2016. ISSN 2358-3010, p. 6.

⁷ HERMANY, Ricardo; GIACOBBO, Guilherme Estima. A democracia representativa e crise de legitimidade: o potencial de subsidiariedade no fortalecimento da democracia administrativa, p. 6.

⁸ LEITE, Harrison. **Manual de Direito Financeiro**. 4 ed., rev., e atual. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 226.

Todas as etapas da Despesa Pública possuem sua função e importância. Contudo, para o caso em estudo, atenção especial dedicaremos à etapa de liquidação, pois é nela em se verifica as maiores irregularidades.

Segundo escreve Leite⁹, tal etapa pode ser definida da seguinte forma:

[...] liquidação é a fiscalização que o poder público exerce quando do recebimento dos bens ou dos serviços que contratou. É a tapa das mais importantes no setor público, pois, a depender da lisura, evita-se a burla na execução de contratos, que muitas vezes são pactuados de uma forma e cumpridos de modo distinto. Aqui o ponto em que o poder público deve dar maior atenção e indicar liquidantes entendedores em cada área, a fim de checar, com precisão, a correção dos bens e serviços contratados.

Quanto à contratação de Obras pela Administração Pública, há que se mencionar a necessidade, em regra, de realização prévia do procedimento de Licitação Pública, conforme previsão do Texto Constitucional, em seu artigo 37, inciso XXI, o qual descreve que “ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações”.

De outra banda, acerca das informações e documentos necessários à realização da fiscalização da gestão pública, sejam de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional ou patrimonial, deve-se enaltecer a importância da Lei n. 12.527, de 2011, também conhecida por Lei de Acesso à Informação, a qual trouxe regulamentação ao artigo 5º, inciso XXXIII, da Constituição Federal.

Tal diploma legal configura grande avanço no tocante à Transparência da Gestão Pública, embora exista muito ainda o que se avançar até que se possa alcançar o ideal de Governo Eletrônico que atenda as necessidades informacionais necessárias para a efetiva fiscalização das receitas e despesas públicas pela Sociedade ou pelo Cidadão.

Isto porque a Lei de Acesso à Informação, em seu artigo 8º, parágrafo 1º, e incisos, obriga, de forma insuficiente, as informações que devem ser disponibilizadas regularmente pelos canais de informação do Ente Público.

Não se desconhece da possibilidade de requerimento pelo cidadão de qualquer informação de natureza pública que não esteja regularmente disponibilizada, entretanto, na prática, acontece dos Entes Públicos, especialmente na esfera municipal, não atenderem tempestivamente e/ou integralmente aos pedidos realizados, o que acaba impossibilitando o exercício de controle social e auditoria cidadã.

Diante da situação atual, observa-se o exaurimento do potencial de exercício de controle social e a auditoria cidadã por ficar dependente da vontade do Ente Público em contribuir com o fornecimento das informações e documentos necessários.

⁹ LEITE, Harrison. **Manual de Direito Financeiro**. p. 244.

Assim, busca-se com o presente trabalhar propor um ideal de Governo Eletrônico pautado na Transparência Pública que forneça diversas informações e documentos necessários para o exercício de Controle Social e realização de Auditoria Cidadã.

Quanto ao termo Governo Eletrônico, buscou-se definição nas palavras de Ruediger¹⁰:

o termo governo eletrônico tem foco no uso das novas tecnologias de informação e comunicação (TIC) aplicadas a um amplo arco das funções de governo e, em especial, deste para com a sociedade. Em termos gerais pode-se pensar nas seguintes relações sustentadas pelo governo eletrônico: 1) aplicações web com foco para o segmento governo-negócio (G2B); 2) aplicações web voltadas para a relação governo-cidadão (G2C); e 3) aplicações web referentes a estratégias governo-governo (G2G). Em conjunto, tecnicamente, o governo eletrônico, além de promover essas relações em tempo real e de forma eficiente, poderia ainda ser potencializador de boas práticas de governança e catalisador de uma mudança profunda nas estruturas de governo, proporcionando mais eficiência, transparência e desenvolvimento, além do provimento democrático de informações para decisão. Se esse potencial será efetivado, dependerá das decisões e desenhos de diversas políticas de médio e longo prazo delineadas nos próximos anos para esse campo. Porém, certamente, seu sucesso em sobrepujar problemas como, por exemplo, o da chamada “falha do governo”, relativa aos custos de obtenção de informações, estará condicionado a uma compreensão complexa de que o governo eletrônico, que mais do que um provedor de serviços on-line, poderá ser, sobretudo, uma ferramenta de capacitação política da sociedade.

Nessa linha, transcreve-se o registrado por Liikanen¹¹ quanto às possibilidades advindas da adoção de um governo eletrônico atento ao Controle Social:

[...] em primeiro lugar o governo-eletrônico deveria tornar possível para os cidadãos acompanhar aquilo que fazem o seus governos centrais, estaduais e locais, participar dos processos decisórios desde suas fases iniciais, verificar que o dinheiro público seja bem gasto.

O governo-eletrônico deveria ser um meio para realizar o Governo aberto: “o Governo-eletrônico deveria ajudar a fazer funcionar melhor a democracia”.

Esta afirmação refere-se ao incremento da participação e do comprometimento democráticos. Os passos dos processos de decisão deveriam ser visíveis e transparentes.

“Governo aberto”, portanto, significa também um aumento da transparência e da responsabilidade. A transparência e a abertura são importantes, não somente por causa dos mecanismos democráticos de controle da responsabilidade. É também uma necessidade econômica combater a corrupção e as fraudes. A TIC é particularmente adequada para aumentar a transparência (grifou-se).

Ainda, quanto ao sucesso e efetividade do uso das tecnologias da informação e adoção de Governo Eletrônico, são as observações de Silva e Rover¹²:

¹⁰ RUEDIGER, Marco Aurelio. **Governo Eletrônico e Democracia – uma análise preliminar dos impactos e potencialidades na gestão pública**. XXVI ENANPAD, Salvador, setembro/dezembro, 2002, p. 30.

¹¹ LIIKANEN, E. E-Government and the European Union, **Rivista online UPGrade**, v. IV, n. 2, Abril, 2003 *apud* FUGINI, M. G.; MAGGIOLINI, P. PAGAMICI, B.. **Por que é difícil fazer o verdadeiro "Governo-eletrônico"**. *Prod.* [online]. 2005, vol.15, n.3, pp.300-309. ISSN 0103-6513. <http://dx.doi.org/10.1590/S0103-65132005000300002>, p. 308.

¹² DA SILVA, Edson Rosa Gomes. ROVER, Aires José. **O Governo Eletrônico como Política Pública Participativa com os Observatórios Sociais**. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/266037752_o_governo_eletronico_no_suporte_as_politicas_publicas_com_acoes_participativas_observatorios_de_seguranca_publica Acesso em 10 set 2018, p. 341.

O governo eletrônico tem obtido sucesso em muitos países, pois utiliza as tecnologias de informação e comunicação para buscar a participação do contribuinte. Com estas TICs o Governo atende de forma mais efetiva os cidadãos que procuram auxiliar o Governo com a identificação dos problemas, a busca pelas soluções e nas prioridades de aplicação dos recursos.

Os observatórios de segurança pública são uma clara demonstração de que as TICs podem ajudar nas estratégias de prevenção e combate a criminalidade. A sociedade está ávida por soluções e quer participar de forma efetiva nas políticas de segurança pública. Portanto, basta o Governo se preparar para interagir com seus cidadãos e o governo eletrônico é a forma ideal para que se mude drasticamente o jeito de governar.

A participação popular confere aspecto de legitimidade a gestão das políticas públicas, trazendo-lhas ainda efetividade.

Nesse sentido, quanto a contribuição da participação para legitimidade do governo, destaca-se as palavras de Milani¹³:

A participação é parte integrante da realidade social na qual as relações sociais ainda não estão cristalizadas em estruturas. Sua ação é relacional; ela é construção da/na transformação social. As práticas participativas e suas bases sociais evoluem, variando de acordo com os contextos sociais, históricos e geográficos. No entanto, a análise das experiências aqui apresentadas demonstra que há elementos de continuidade independentemente dos contextos. Os atores locais (do governo à sociedade) têm função estratégica na renovação do processo de formulação de políticas públicas locais. **A aplicação do princípio participativo pode contribuir na construção da legitimidade do governo local, promover uma cultura mais democrática, tornar as decisões e a gestão em matéria de políticas públicas mais eficazes** (grifou-se).

Portanto, considerando os recursos tecnológicos trazidos pela Tecnologia da Informação e Comunicação, verifica-se ser possível a instituição de Governo Eletrônico voltado para Transparência Pública e Controle Social, que atenda as necessidades informacionais do cidadão ou sociedade interessada em fiscalização a gestão pública, e, especialmente, no caso em tela, as despesas públicas acerca de obras contratadas pela Administração Pública.

2 GOVERNO ELETRÔNICO COMO INSTRUMENTO DE CONTROLE SOCIAL DAS DESPESAS COM OBRAS PÚBLICAS

Tendo em vista que a finalidade do artigo científico é a trazer maior detalhamento acerca dos documentos e informações necessárias para a efetiva verificação da regularidade de despesa pública efetuada com obra pública contratada pela Administração Pública por meio de Controle Social e Auditoria Cidadã, foi realizada análise de três processos de auditorias *in loco* efetuadas pelo Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina envolvendo despesa pública com obra pública – estadual ou municipal, e, desta forma, atingiu-se os resultados pretendidos.

¹³ MILANI, Carlos Roberto Sanchez. **O princípio da participação social na gestão de políticas públicas locais: uma análise de experiências latino-americanas e europeias.** Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rap/v42n3/a06v42n3.pdf/>>. Acesso em: 10 out 2018, p. 573-574.

Registra-se que os processos listados se encontram disponíveis de forma pública no sítio do Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina por meio de acesso ao endereço eletrônico: <http://servicos.tce.sc.gov.br/processo/>.

1. Da análise do processo n. RLA 08/00769201, que tratou da realização de Auditoria *in loco*, no município de Correia Pinto/SC, com vistas à verificação de supostas irregularidades em diversas obras do município, verificou-se a necessidade de obter as seguintes informações e documentos:

Nota de empenho, Edital de Licitação com Anexos incluindo Projeto Básico, Projeto Executivo, Orçamento em Planilhas de Quantitativos e Preços Unitários, Minuta de Contrato, Especificações Complementares; Ata de Recebimento e Abertura de Documentação; Ata de Julgamento de Propostas; Termo de Homologação e Adjudicação do processo licitatório; Proposta com Orçamento básico detalhado da Obra, Contrato Administrativo Firmado, Boletins de Medições, Ordens de Pagamentos, Notas Fiscais, Laudo de Vistoria. Termo Aditivo, Dispensa de Licitação, Registros Fotográficos, Autorização de Fornecimento.

2. Da análise do processo n. RLA 08/00360907, que tratou da realização de Auditoria *in loco*, no município de Brusque/SC, com vistas à verificação de regularidade de licitações e obras nos anos de 2006 e 2007, observou-se a necessidade de obter as seguintes informações e documentos:

Nota de empenho, Edital de Licitação com Anexos incluindo Projeto Básico, Projeto Executivo, Orçamento em Planilhas de Quantitativos e Preços Unitários, Minuta de Contrato, Especificações Complementares; Ata de Recebimento e Abertura de Documentação; Ata de Julgamento de Propostas; Termo de Homologação e Adjudicação do processo licitatório; Proposta com Orçamento básico detalhado da Obra, Contrato Administrativo Firmado, Boletins de Medições, Ordens de Pagamentos, Notas Fiscais, Laudo de Vistoria. Termo Aditivo, Dispensa de Licitação, Registros Fotográficos, Autorização de Fornecimento.

3. Da análise do processo n. RLA 08/00472624, que tratou da realização de Auditoria *in loco*, no Instituto de Cardiologia de Santa Catarina - INCA, de responsabilidade do Estado de Santa Catarina, localizado no município de São José/SC com vistas à verificação de regularidade de obra emergencial, observou-se a necessidade de obter as seguintes informações e documentos:

Projetos de engenharias e alterações, Projeto Arquitetônico, Memorial Descritivo, Projeto Estrutural, Projeto da Estrutura Pretendida, Projeto Elétrico, lógica e comunicação, Projeto Hidrossanitário, Projeto de Rede de Gases Medicinais, Projeto de Ar Condicionado, Projetos Preventivos, Orçamentos, Aditivo de Serviço, Garantias Contratuais, Planilha de Medições, Notas Fiscais.

Pois bem, analisando o que dispõe o artigo 8º, parágrafo 1º, da Lei n. 12.527/2011¹⁴, percebemos que a legislação apenas exige, no tocante à realização de obra pública, que seja regularmente disponibilizado o registro das despesas (inciso III), informações concernentes a procedimentos licitatórios, inclusive os respectivos editais e resultados, bem como a todos os contratos celebrados (inciso IV), e os dados gerais para o acompanhamento das obras de órgãos e entidades (inciso V).

O restante das informações necessárias para o exercício da fiscalização social resta dependente de requerimento do cidadão e do atendimento da entidade fiscalizada, o que, por sua vez, sabe-se que não se

¹⁴ BRASIL. Lei n. 12.527 de 18 de novembro de 2011. **Lei de Acesso à Informação**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm> Acesso em: 05 maio 2018

costuma atendê-los de forma tempestiva e integral, tendo o cidadão, inclusive, que se valer de medidas judiciais, sendo que, muitas vezes, devido à dificuldade enfrentada, acaba por desistir da fiscalização pretendida.

Salienta-se que todos os documentos e informações encontradas como necessárias para o exercício da auditoria que visa verificar a regularidade da despesa pública com obra contratada pela Administração Pública encontra amparo na Lei n. 8.666/93 – Lei de Licitações.

A verificação da regularidade da despesa pública realizada depende do atendimento às normas e exigências contábeis, legais e contratuais aplicadas ao caso, sem o qual, não se precede a liquidação da despesa pública corretamente, sendo o pagamento ilegal, pelo qual o responsável deverá ser penalizado.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir do trabalho realizado foi possível vislumbrar o potencial do governo eletrônico, assim entendido como a utilização dos recursos da Tecnologia da Informação e Comunicação na estrutura governamental, enquanto instrumento de ampliação da transparência ativa, e, por conseguinte, de aproximação do cidadão no controle e cuidado da gestão pública e uso dos recursos públicos em matéria de despesa com obras públicas.

Verificou-se, após análise minuciosa de três processos de auditoria de conformidade no âmbito do Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina, envolvendo o controle externo de despesas com obras públicas, quais informações e documentos seriam necessários para a concretização dessa espécie de trabalho.

Além disso, foi possível observar que as informações levantadas no bojo desses processos não constam do rol de informações exigidas pela Lei n. 12.527, de 2011, também conhecida por Lei de Acesso à Informação, trazendo regulamentação ao artigo 5º, inciso XXXIII, da Constituição Federal, em forma de transparência ativa, de forma que o exercício de controle social acerca do objeto proposto e a partir tão somente dessas últimas informações restam prejudicadas.

Por fim, foi possível detalhar as informações necessárias para execução de controle social de despesa pública envolvendo obra pública e vislumbrar a necessidade de ampliação do rol de informações exigidas pela legislação em matéria de transparência ativa por meio da instituição de um governo eletrônico com ênfase no controle social, a partir das possibilidades advindas dos recursos da tecnologia da informação e comunicação.

Recomenda-se como escopo de futuras pesquisas na mesma área, a análise de outras despesas públicas, igualmente importantes, bem como das receitas públicas.

REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

BRASIL. Lei n. 12.527 de 18 de novembro de 2011. **Lei de Acesso à Informação**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/12527.htm> Acesso em: 05 maio 2018.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 04 maio 2018.

DA SILVA, Edson Rosa Gomes. ROVER, Aires José. **O Governo Eletrônico como Política Pública Participativa com os Observatórios Sociais.** Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/266037752_o_governo_eletronico_no_suporte_as_politicas_publicas_com_acoes_participativas_observatorios_de_seguranca_publica> Acesso em 10 set 2018.

FUGINI, M. G.; MAGGIOLINI, P. PAGAMICI, B.. **Por que é difícil fazer o verdadeiro "Governo eletrônico".** *Prod.* [online]. 2005, vol.15, n.3, pp.300-309. ISSN 0103-6513. <http://dx.doi.org/10.1590/S0103-65132005000300002>.

HERMANY, Ricardo; GIACOBBO, Guilherme Estima. A democracia representativa e crise de legitimidade: o potencial de subsidiariedade no fortalecimento da democracia administrativa. **XIII Seminário Internacional Demandas Sociais e Políticas Públicas na Sociedade Contemporânea e IX Mostra Internacional de Trabalhos Científicos.** 2016. ISSN 2358-3010.

LEITE, Harrison. **Manual de Direito Financeiro.** 4 ed., rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2015.

MILANI, Carlos Roberto Sanchez. **O princípio da participação social na gestão de políticas públicas locais: uma análise de experiências latino-americanas e europeias.** Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rap/v42n3/a06v42n3.pdf>>. Acesso em: 10 out 2018.

RUEDIGER, Marco Aurelio. **Governo Eletrônico e Democracia – uma análise preliminar dos impactos e potencialidades na gestão pública.** XXVI ENANPAD, Salvador, setembro/dezembro, 2002.

VANDERLEI, Siraque. **Controle Social da função administrativa do Estado: possibilidades e limites na Constituição de 1988.** 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

CAMBRIDGE ANALYTICA E A INFLUÊNCIA DO “OCEAN” EM PROCESSOS DEMOCRÁTICOS¹

Anatiely Perez Menchik²

Thami Covatti Piaia³

RESUMO

O presente artigo explana acerca da polêmica instaurada na sociedade internacional, devido à suspeita de manipulação em processos democráticos, envolvendo as eleições americanas, o Facebook e a Cambridge Analytica partindo da análise do artigo “*User Data Privacy: Facebook, Cambridge Analytica, and Privacy Protection*”, publicado em agosto de 2018 pela revista The Policy Corner, escrito por Jim Isaak, antigo presidente da IEEE Computer Society; e Mina J. Hanna, presidente da IEEE-USA e AS Policy Committees, onde os autores elucidam como aconteceu o envolvimento entre Cambridge Analytica e o Facebook, a importância da criação de leis que busquem a proteção de dados e como tem evoluído estas legislações. Ao adicionar as análises de perfis “OCEAN” juntamente com dados públicos e privados, a *Cambridge Analytica* desenvolveu a habilidade de “micro direcionar” mensagens a consumidores e eleitores com a intenção de influenciar no comportamento destes usuários. O método de abordagem é descritivo, com suporte em revisão de literatura e análise dos fenômenos pesquisados.

PALAVRAS-CHAVE: Cambridge Analytica; Ocean; Processos Democráticos.

ABSTRACT

This abstract describes about the controversy in international society, due to the suspicion of manipulation in democratic processes, involving the American elections, *Facebook* and *Cambridge Analytica* starting from the analysis of the article “*User Data Privacy: Facebook, Cambridge Analytica, and Privacy Protection*”, published August 2018 by The Policy Corner magazine, written by Jim Isaak, past president of the IEEE Computer Society; and Mina J. Hanna, president of IEEE-USA and AS Policy Committees, where the authors clarify how the Cambridge Analytica-Facebook engagement took place, the importance of creating data protection laws, and how these laws have evolved. By adding profile analyzes “OCEAN” along with acquired public and private data, *Cambridge Analytica* has developed the ability to “micro-direct” messages to consumers and individual voters with the intention of influencing user behavior. The approach method is descriptive, supported by literature review and analysis of the researched phenomena.

KEYWORDS: Cambridge Analytica; Ocean; Democratic processes.

INTRODUÇÃO

Como parte da cultura do século XXI, a tecnologia tornou-se imprescindível ao cotidiano da sociedade e em uma mudança relativamente rápida de um século para o outro, o mundo deixou de ser analógico e tornou-se digital. Com isso, vários processos sociais que antes aconteciam manualmente, agora são muito mais ágeis.

¹ Artigo elaborado para o III Congresso Internacional de Jurisdição Constitucional, Democracia e Relações Sociais e II Mostra de Trabalhos Científicos – PPGD/UPF, resultado das pesquisas do projeto Internet, Liberdade de Informação, Manipulação de Comportamentos e a Desestabilização do Processo Democrático.

² Graduanda em Direito na Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI - Campus de Santo Ângelo/RS. Bolsista CNPq do Projeto de Pesquisa: Internet, Liberdade de Informação, Manipulação de Comportamentos e a Desestabilização do Processo Democrático. E-mail: anatielyperez@gmail.com

³ Doutora em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS. Visiting Scholar na Universidade de Illinois – Campus de Urbana-Champaign – EUA (2012). Professora na Graduação e no Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito, Mestrado e Doutorado da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI -, Campus de Santo Ângelo/RS. Coordenadora do Projeto de Pesquisa: Internet, Liberdade de Informação, Manipulação de Comportamentos e a Desestabilização do Processo Democrático. Membro do Grupo de Pesquisa Conflito, Cidadania e Direitos Humanos. E-mail: thamicovatti@hotmail.com

Por exemplo, a tecnologia nos permite fazer compras sem sair de casa, permite nos comunicarmos com pessoas no outro lado do globo em questão de segundos, conhecer novas pessoas que farão parte de nossos círculos sociais, trouxe a informação à palma da nossa mão. Por outro lado, também autorizou o fornecimento dos dados que circulam nas redes às empresas envolvidas nestes processos. Nesse mesmo movimento, levantou-se polêmica na sociedade internacional de uma possível suspeita de manipulação de dados em processos democráticos por empresas privadas.

O presente artigo adentra no caso que envolve as eleições americanas de 2016, o Facebook e a Cambridge Analytica. A partir de uma profunda análise do artigo “*User Data Privacy: Facebook, Cambridge Analytica, and Privacy Protection*”, publicado em agosto de 2018, onde os autores identificaram uma lacuna nas leis que abrangem a privacidade dos usuários, e analisaram como a Cambridge Analytica conseguiu acessar os dados pessoais de usuários em parceria com o Facebook; estabeleceu princípios para a formação de uma política abrangente de privacidade de dados; e examinou quais são as propostas legislativas que tratam destas preocupações. Para os autores, nunca antes foi tão necessária uma discussão aberta acerca de como a tecnologia está afetando os direitos e segurança dos indivíduos.⁴

Para a sustentação dos argumentos teóricos empregados durante a construção do artigo, em sua elaboração foi utilizada a metodologia mista. Para o embasamento usou-se do método de abordagem-descritivo, com suporte em revisão de literatura e análise dos fenômenos pesquisados, após, foi feita pesquisa documental e bibliográfica, embasada no método de abordagem hipotético-dedutivo para dar respaldo aos conceitos abordados.

Busca-se compreender e analisar os fenômenos descritos no texto base utilizado, o artigo *User Data Privacy: Facebook, Cambridge Analytica, and Privacy Protection*, publicado em agosto de 2018 pela revista The Policy Corner, escrito por Jim Isaak, antigo presidente da IEEE Computer Society; e Mina J. Hanna, presidente da IEEE-USA e AS Policy Committees.

1 A “NOVA ERA” DE UMA SOCIEDADE HIPERCONECTADA

Ainda nos dias atuais, com o advento da hiperconectividade que está diretamente associada ao exponencial uso na internet de mídias e redes sociais, ocorre uma alta influência nos usuários por parte de instituições que estão constantemente coletando dados e armazenando-os com intenções que podem ser tanto benéficas, como maléficas os usuários. Cada vez mais obtemos nas plataformas digitais experiências que são personalizadas à cada indivíduo, que partem de respostas a “quizes” e perguntas acerca de preferências, e que tratam dos mais variados cunhos. Porém, toda esta informação adquirida por empresas privadas, de mídias e redes sociais online acerca das pessoas, busca na verdade otimizar vendas, maximizar retornos, influenciar nos fluxos de ideias e no acesso às informações. Segundo a pesquisa, o número de dispositivos, ligados a IoT

⁴ ISAAK, Jim; HANNA, Mina J. **User Data Privacy: Facebook, Cambridge Analytica, and Privacy Protection**. Disponível em: <https://www.computer.org/csdl/magazine/co/2018/08/mco2018080056/13rUXbCbmn>. Acesso em: 05 abr. 2018.

(*internet of things*, tradução, internet das coisas), cresceu de 500 milhões em 2003, para o número de 8 bilhões em 2017. A perspectiva é de este número chegue a 50 bilhões até 2020⁵.

Torna-se relevante entender o que o termo hiperconectividade engloba, para fins de que possamos compreender a relevância que ele possui. Segundo o professor Eduardo Magrani, ele é definido como o estado de disponibilidade dos indivíduos, é a onipresença da conectividade nas mais variadas formas possíveis

O termo hiperconectividade foi cunhado inicialmente para descrever o estado de disponibilidade dos indivíduos para se comunicar a qualquer momento e tem desdobramentos importantes. Podemos citar alguns: o estado em que as pessoas estão conectadas a todo momento (*always-on*); a possibilidade de estar prontamente acessível (*readily accessible*); a riqueza de informações; a interatividade; o armazenamento ininterrupto de dados (*always recording*). O termo hiperconectividade está hoje atrelado às comunicações entre indivíduos (*person-to-person*, P2P), indivíduos e máquina (*human-to-machine*, H2M) e entre máquinas (*machine-to-machine*, M2M) valendo-se, para tanto, de diferentes meios de comunicação.⁶

A sociedade hiperconectada traz uma nova forma com que as mensagens são transmitidas e recebidas entre os usuários, bem como um aumento de interação entre o indivíduo e suas redes sociais, notando-se um aumento na velocidade de propagação das mensagens. Com a hiperconectividade em que se encontra a sociedade, o meio com que se transmite tais mensagens e a própria mensagem em si, adquire-se o poder de influenciar um grande número de pessoas e assim burlar as regras do jogo democrático.

Ao compreender como a comunicação em massa pode influenciar no processo democrático, o conteúdo propagado pelo meio, resulta em truísmos para sociedade. Para McLuhan o avanço da tecnologia é como uma extensão de nós mesmos, e de acordo com as mudanças ocorridas no principal meio de comunicação das pessoas, a tendência é que haja consequências que necessitarão ser adaptadas.

Numa cultura como a nossa, há muito acostumada a dividir e estilhaçar todas as coisas como meio de controlá-las, não deixa, às vezes, de ser um tanto chocante lembrar que, para efeitos práticos e operacionais, o meio é a mensagem. Isto apenas significa que as consequências sociais e pessoais de qualquer meio — ou seja, de qualquer uma das extensões de nós mesmos — constituem o resultado do novo estalão introduzido em nossas vidas por uma nova tecnologia ou extensão de nós mesmos.⁷

O surgimento desta “nova era” de indivíduos hiperconectados, há muito já trazia uma ruptura. O resultado destas inovações são incertezas quando se trata da privacidade de dados, e como demonstra a pesquisa de Issak e Hanna (2018), podendo chegar até o processo democrático. Desta forma cabe ressaltar o significado que esta “nova era”, a sociedade hiperconectada, trouxe aos indivíduos mudanças, que foram surgindo de forma gradativa conforme o acesso foi se popularizando. Tornaram-se expressivas e alvo de discussão nos dias atuais a proteção dos dados dos usuários e como estes dados são utilizados pelas empresas.

⁵ ISAAK, Jim; HANNA, Mina J. **User Data Privacy**: Facebook, Cambridge Analytica, and Privacy Protection.

⁶ MAGRANI, Eduardo. **A internet das coisas**. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2018, p.21.

⁷ MCLUHAN, Marshall. **Os meios de comunicação como extensões do homem**. São Paulo: Editora Cultrix, 1964, p.21.

2 CAMBRIDGE ANALYTICA, FACEBOOK E O PERFIL “OCEAN”

Segundo a pesquisa elaborada por Issak e Hanna, no ano de 2013, pesquisadores na *University of Cambridge's Psychometrics Centre* analisaram os resultados de voluntários que fizeram um teste de personalidade no Facebook para avaliar seu perfil psicológico “OCEAN” (*openness, conscientiousness, extraversion, agreeableness, and neuroticism*)⁸ e correlacionaram os resultados com as atividades dos *likes e shares* de usuários do Facebook.

A psicometria é um ramo da psicologia que se desenvolveu nos anos 80 com a intenção de mapear traços psicológicos por meio de testes e são muito usados em entrevista de recrutamento de empresas, provas de aptidão, entre outras utilidades.⁹ A pesquisa atraiu 350.000 dos EUA participantes e estabeleceu uma relação clara entre as atividades dos usuários do Facebook e o perfil de personalidade de cinco fatores. A pesquisa feita na Universidade de Cambridge demonstrou que o perfil OCEAN, para cada indivíduo, poderia ser deduzido de através do exame destas métricas e sem usar um instrumento psicográfico formal. Ou seja, não era necessário um teste em si para elaborar o perfil OCEAN dos usuários¹⁰.

O que a Cambridge Analytica teria capacidade de fazer é, ao invés de aplicar os testes da maneira tradicional, seria combinar a massa de dados coletadas através das redes sociais para determinar que tipo de personalidade as pessoas revelam com seus *likes e shares*^{11, 12}.

O algoritmo elaborado por eles, foi capaz de criar perfis psicológicos de usuário por meio de suas interações no Facebook. O teste de personalidade *big five*, ou “cinco grandes em português” avalia 5 traços de personalidade das pessoas em níveis. São estes traços: o nível de abertura a experiências, o nível de responsabilidade, o nível de extroversão, o nível de agradabilidade e o nível de irritabilidade. Juntos eles dividem as pessoas em diferentes tipos de personalidade, que são classificadas por meio do conteúdo de suas “curtidas”. O algoritmo demonstrou um alto nível de precisão acerca da personalidade dos usuários.

Logo após tais constatações, foi elaborado um novo projeto iniciado pela *Global Science Research* (GSR), em parceria com a, hoje então, Cambridge Analytica. O objetivo foi identificar os parâmetros necessários para desenvolver perfis OCEAN usando um *quiz*¹³ de personalidade na plataforma *Mechanical Turk* da Amazon, e *Qualtrics*, uma plataforma de enquete. Porém, o *quiz* elaborado pela empresa requiria ao usuário acesso ao seu perfil do Facebook, e a dados dos “amigos” dos usuários. Foi assim que a Cambridge Analytica foi capaz de acessar dados do Facebook sob fiscalização. É importante ressaltar que para atingir o objetivo da pesquisa e formular o perfil OCEAN dos usuários, não era necessário manter dados específicos

⁸ Tradução = abertura, conscienciosidade, extroversão, amabilidade e neuroticismo.

⁹ SOLAGNA, Fabricio. **Economia Política da Vigilância**: quando o voto se torna uma mercadoria nas redes sociais. Porto Alegre: Cosmopolítica 7, 2017, p.17. Disponível em: <<http://www.cosmopolitica.org/home/wp-content/uploads/2017/05/Solagna-Fabricio.-A-economia-poli%CC%81tica-da-vigila%CC%82ncia-quando-o-voto-se-torna-uma-mercadoria-nas-redes-sociais.pdf>>. Acesso em 12 de ago, 2019.

¹⁰ ISAAK, Jim; HANNA, Mina J. **User Data Privacy**: Facebook, Cambridge Analytica, and Privacy Protection.

¹¹ Tradução = curtidas e compartilhamentos.

¹² SOLAGNA, Fabricio. **Economia Política da Vigilância**: quando o voto se torna uma mercadoria nas redes sociais, p.18.

¹³ Tradução = questionário.

dos usuários pois a intenção era estabelecer uma nova metodologia para a análise dos perfis, usando como base as mídias sociais, entre outros indicadores.

Observe que não ter uma conta do Facebook não oferece proteção - a ladainha de fontes de dados disponíveis não se limita a esta rede social, e a análise pode ser facilmente aplicada a outros pontos de preferência pessoal. Além disso, todos os sites com o logotipo do Facebook estão vinculados a empresa, permitindo o rastreamento de não membros, bem como membros que podem não ter optado pelo serviço. Existem muitas semelhantes fontes de rastreamento on-line e a maioria fica vinculada a “cookies”¹⁴ que podem ser usados em sites, e o acesso pode ser vendido a compradores interessados.

Adicionando a análise OCEAN e outros dados públicos adquiridos, a Cambridge Analytica desenvolveu a capacidade de “direcionar” consumidores ou, no caso, eleitores individuais com mensagens que possuíam probabilidade de influenciar seu comportamento. Os resultados foram combinados com um grande número de mensagens direcionadas empregadas para a campanha eleitoral do Presidente Donald Trump. Algumas dessas mensagens foram criadas durante a campanha, e algumas simplesmente alavancaram “notícias” disponíveis na Internet (o que pode ter incluído conteúdo financiado através da campanha russa para interromper as eleições nos EUA). Conforme descrito pelo CEO da Cambridge da Analytica, Alexander Nix, a chave era identificar aqueles que poderiam ser atraídos a votar em seu cliente ou ser desencorajados a votar em seu oponente.

Além disso, combinando notícias reais com desinformação ou conteúdo irrestrito da Internet, os eleitores alvo encontraram mensagens sendo reforçadas em muitos sites, sem perceber que foram algumas das poucas pessoas no mundo que receberam essas mensagens, e, sem receber qualquer aviso de que se tratava de mensagens vinculadas a uma campanha política. É criada um filtro bolha, segundo a concepção de Eduardo Magrani, no qual o usuário fica preso a mensagens polarizadas.

Na linha de como os mecanismos de navegação estão se configurando, a internet estaria se transformando em um espaço no qual é mostrado o que se acha que é de nosso interesse, mas nos é ocultado aquilo que desejamos ou eventualmente precisamos ver. Desse modo, pode-se dizer que a *filter bubble* e seu caráter prejudicialmente paternalista pode implicar em restrições a direitos e a garantias fundamentais, a autonomia dos indivíduos e a liberdade de expressão, sendo prejudicial de forma geral para o debate na esfera pública conectada.¹⁵

Observando pelo viés de uma campanha publicitária que consegue maximizar seu impacto utilizando dados específicos acerca dos usuários, as mensagens individualizadas e de alto impacto são suficientes para causar impacto nos resultados das eleições. Esta pode não ser a única razão para o resultado eleitoral específico de 2016 nos EUA, mas há todos os indícios de que foi uma contribuição útil, se não crítica. Está comprovado que a Cambridge Analytica foi contratada por Trump durante as eleições de 2016. E o CEO da empresa alegou que teria o resultado do teste de personalidade OCEAN de todos os adultos americanos. Com estas informações eles puderam publicar anúncios específicos, moldados em relação aos medos, necessidades e emoções das pessoas, e que compactuava com a campanha de Trump e assim formavam uma familiaridade entre o eleitor e

¹⁴ Os cookies são arquivos de internet que armazenam temporariamente o que o internauta está visitando na rede.

¹⁵ MAGRANI, Eduardo. **Democracia conectada**: a internet como ferramenta de engajamento político-democrático. Curitiba: Juruá, 2014, p. 119.

o candidato, podendo influenciar na intenção de voto do usuário. Foi através do resultado das análises de perfis OCEAN, que se determinou qual anúncio deveria chegar a cada usuário. Entretanto, não há indício de que esta pesquisa expôs usuários do Facebook, ou seus amigos, a qualquer abuso específico de privacidade, tampouco há indícios de que a universidade tenha se negado a compartilhar dados com o que iria a se tornar a Cambridge Analytica.

3 NECESSIDADE DE REGULAMENTAÇÃO NO USO DE DADOS

As mensagens direcionadas podem ser aplicadas para afetar o comportamento, ignorando as regulamentações. Estes fatores sugerem que mudanças nas políticas, tanto no nível corporativo quanto no legislativo, são necessárias para garantir que os dados pessoais dos consumidores e eleitores sejam protegidos. Torna-se relevante que seja notificado quando houver vinculação, daqueles que buscam influenciá-los, para que se tenha consciência do que se trata o conteúdo. Assim, a participação será de cidadãos e consumidores informados.

A privacidade e a proteção de dados precisam urgentemente de uma legislação, bem como a conscientização de usuários acerca de como estão sendo utilizados estes dados. Na opinião de Issak e Hanna, é preciso observar alguns princípios essenciais para a criação de legislações de proteção ao usuário, que seriam: Transparência pública, que busca informar ao usuário onde estão seus dados, como estão sendo aplicados, se estão sendo compartilhados e com quem, e também os mecanismos de coletas de dados; Divulgação para os usuários, cada site e aplicativo deve fornecer informações completas de quais informações estão sendo por eles retidas; Controle, o usuário deve ter opções de não rastreamento de dados que devem ser respeitadas, devendo optar de forma explícita, podendo inclusive eliminar dados, entre outros; Notificação, devendo o usuário ser imediatamente notificado quando sobre a perda de seus dados ou suas informações privadas ou qualquer outro coletado pelas empresas, assim como quando ocorrer violações e as partes responsáveis. O mais notório são as diretrizes quanto à publicidade paga. Issak e Hanna defendem que tais propagandas devem ser acompanhadas de informações claras, que o usuário que está consumindo tal conteúdo esteja ciente, e haja uma ligação à fonte do material e quem se pretende atingir com aquele conteúdo¹⁶.

A apresentação de legislações visando a proteção dos usuários na internet, e seus dados, tiveram início nos Estados Unidos após as polêmicas audiências do criador do Facebook, Mark Zuckerberg, sobre a política de privacidade e dados do site. Foi a partir daquele momento, que a nível federal e estadual, começaram a surgir propostas no congresso estadunidense. Issak e Hanna destacam as seguintes propostas: como a mais abrangente, a “Lei do consentimento” (S.2639) ou “Notificação on-line do cliente para impedir transgressões de rede de provedor de ponta”¹⁷ proposta pelos senadores Richard Blumenthal (D-CT) e Ed Markey (D- MA), que exige o consentimento explícito dos usuários para que as plataformas usem, compartilhem ou vendam seus dados; proposta pela senadora Amy Klobuchar (D-MN) a “Lei de Proteção Privacidade e Direitos do

¹⁶ ISAAK, Jim; HANNA, Mina J. **User Data Privacy**: Facebook, Cambridge Analytica, and Privacy Protection.

¹⁷ Tradução livre = “The Consent Act” (S.2639) or “Customer Online Notification for Stopping Edge-Provider Network Transgressions”

Consumidor de Mídia Social de 2018”¹⁸, que impõe restrições semelhantes a “Lei do Consentimento”, mas acrescenta modificações quanto às políticas de termos de uso, com relação aos procedimentos a serem tomados quando ocorrer alguma violação de privacidade; O estado da Califórnia é pioneira quanto a adoção de tais medidas de proteção aos usuários de redes, o projeto de lei pautado no estado, acrescenta a proibição de venda de dados de menores de 16 anos, e impede que as empresas neguem aos usuários serviços referentes a manutenção de suas contas, não podendo lhes ser negado nenhum direito sobre suas contas.¹⁹

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao adicionar análise OCEAN aos outros dados públicos e privados adquiridos, a Cambridge Analytica desenvolveu a habilidade de “micro direcionar” mensagens a consumidores e eleitores individuais para, provavelmente, influenciar seu comportamento. Ocorreu uma mudança no meio de se transmitir mensagens. Logo, as mensagens eram direcionadas a um público específico com o intuito de influenciar o leitor, utilizando-se dos dados que haviam sido recolhidos durante o processo.

A pegada digital deixada pelos usuários de internet e mídias sociais é muito maior que apenas alguma curtidas, ela inclui mensagens, fotos, compartilhamentos, fatores que até desconhecemos. Estes dados fornecem com extrema precisão dados “quem” é o usuário.

Mas anúncios direcionados podem influenciar na decisão do voto de um usuário e assim mudar os resultados de uma eleição? A Cambridge Analytica garante que foi ela, com suas pesquisas e dados, que deu a margem necessária para a vitória de Trump em 2016, porém não há como provar, pois é impossível rastrear em retrospecto qual usuário pode haver sido influenciado em razão de um anúncio do Facebook. Em seu livro, *Democracia Conectada*, o professor Magrani esclarece

Em outras palavras, a digitalização pode ter contribuído para o aumento do fluxo de notícias, mas as fontes dessas notícias e o seu conteúdo continuam, em grande parte, os mesmos. Além disso, ao contrário do que se poderia pensar, a qualidade das notícias também piorou de forma bastante perceptível, dado que elas devem ser publicadas no tempo mais curto possível, visando garantir o ineditismo – fundamental no âmbito virtual e no jornalismo – e atingir o máximo de espectadores no menor período possível.²⁰

Entretanto, este não é o único fator relevante. Também é possível notar a tendência a baixa participação da sociedade civil quando o assunto trata de política, democracia e direito. Os casos de exceção são os que convém aos utilizadores de plataformas digitais de rápida propagação. Tratam-se de postagens e matérias sensacionalista que resultam em alto impacto no clamor da população. Tais manchetes, possuem características tendenciosas, dúbias e que geralmente utilizam-se de disfemismos para cativar a atenção do leitor, e em ocasiões desvelam-se em notícias falsas, as *fake news*, que circulam entre a população.

¹⁸ Tradução livre = “The Social Media Privacy Protection and Consumer Rights Act of 2018”

¹⁹ ISAAK, Jim; HANNA, Mina J. **User Data Privacy**: Facebook, Cambridge Analytica, and Privacy Protection.

²⁰ MAGRANI, p. 82, 2014.

REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

ISAAK, Jim; HANNA, Mina J. **User Data Privacy**: Facebook, Cambridge Analytica, and Privacy Protection. Disponível em: <https://www.computer.org/csdl/magazine/co/2018/08/mco2018080056/13rRUxbCbm>. Acesso em: 05 abr. 2018.

MCLUHAN, Marshall. **Os meios de comunicação como extensões do homem**. São Paulo: Editora Cultrix, 1964.

MAGRANI, Eduardo. **A internet das coisas**. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2018.

MAGRANI, Eduardo. **Democracia conectada**: a internet como ferramenta de engajamento político-democrático. Curitiba: Juruá, 2014.

SOLAGNA, Fabricio. **Economia Política da Vigilância**: quando o voto se torna uma mercadoria nas redes sociais. Porto Alegre: Cosmopolítica 7, 2017. Disponível em: <<http://www.compolitica.org/home/wp-content/uploads/2017/05/Solagna-Fabricio.-A-economia-poli%CC%81tica-da-vigila%CC%82ncia-quando-o-voto-se-torna-uma-mercadoria-nas-redes-sociais.pdf>>. Acesso em 12 de ago, 2019.

INSTITUTO DE TECNOLOGIA E SOCIEDADE DO RIO DE JANEIRO: ANÁLISE SOBRE O PAPEL DO ITS RIO NO ÂMBITO DAS RELAÇÕES ENTRE O DIREITO E A TECNOLOGIA

Stéfani Reimann Patz¹

Thami Covatti Piaia²

RESUMO

O artigo analisa o papel desempenhado pelo Instituto de Tecnologia e Sociedade do Rio de Janeiro (ITS RIO), no âmbito das relações entre o Direito e a Tecnologia, com ênfase na Internet. A abordagem é proposta a partir dos textos extraídos da página eletrônica do ITS RIO e de autores renomados. O questionamento que orienta a pesquisa pode ser vislumbrado na investigação da influência das Tecnologias no Direito e a pertinência do ITS RIO. Parte-se da premissa de que se vive em uma sociedade hiperconectada e que tal conexão possui influência direta no mundo jurídico. Nesse mote, destaca-se o papel desempenhado pelo ITS RIO como orientador para as relações entre o Direito e a Tecnologia. A contribuição demonstra-se relevante para o contexto contemporâneo hiperconectado. O método de abordagem é descritivo, com suporte em revisão de literatura e análise dos fenômenos pesquisados.

PALAVRAS-CHAVE: Tecnologia; Direito; Interdisciplinaridade.

ABSTRACT

The article analyzes the role played by the Institute of Technology and Society from Rio de Janeiro (ITS RIO), in the context of the relations between Law and Technology, with emphasis on the Internet. The approach is proposed from the texts extracted from the ITS RIO website and from renowned authors. The question that guides the research can be glimpsed in the investigation of the influence of Technologies in Law and the relevance of the ITS RIO. It is based on the premise that we live in a hyperconnected society and that such a connection has a direct influence on the legal world. In this motto, the role played by ITS RIO as a guide to the relationship between Law and Technology stands out. The contribution proves to be relevant to the hyperconnected contemporary context. The approach method is descriptive, supported by literature review and analysis of the researched phenomena.

KEYWORDS: Technology; Law; Interdisciplinarity.

INTRODUÇÃO

Quando se aborda a relação entre o Direito e a Tecnologia, refere-se a questões que envolvem o uso da Internet, Inteligência Artificial, Algoritmos, *Big Data* (grandes volumes de dados), além de juristas sem conhecimento técnico adequado e legislações ainda em fase de desenvolvimento. No contexto atual, uma parte substancial da rotina é afetada por decisões que não são tomadas diretamente por seres humanos. Desde o tratamento de *Big Data*, da popularização do uso de plataformas de Inteligência Artificial, ou, então, do crescimento no uso de Algoritmos, é cada vez mais usual a tomada de decisões automatizadas que possuem um grande impacto na vida humana.

¹ Graduanda do Curso de Graduação em Direito da URI Santo Ângelo/RS; integrante voluntária do Projeto de Pesquisa: Internet, Liberdade de Informação, Manipulação de Comportamentos e a Desestabilização do Processo Democrático. E-mail: stefani.patz@hotmail.com

² Doutora em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS. Visiting Scholar na Universidade de Illinois – Campus de Urbana-Champaign – EUA (2012). Professora na Graduação e no Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito, Mestrado e Doutorado da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI - Campus de Santo Ângelo/RS. Coordenadora do Projeto de Pesquisa: Internet, Liberdade de Informação, Manipulação de Comportamentos e a Desestabilização do Processo Democrático. Membro do Grupo de Pesquisa Conflito, Cidadania e Direitos Humanos. E-mail: thamicovatti@hotmail.com

Para compreender como essas dinâmicas funcionam dentro do ordenamento jurídico nacional, é preciso analisar a temática de modo interdisciplinar. Para isso, é preciso munir-se de conhecimento técnico específico e atualizado. A fim de compreender melhor o fenômeno e traçar um diálogo com o Instituto de Tecnologia e Sociedade do Rio de Janeiro (ITS RIO), que o presente artigo se apresenta.

Neste sentido, a primeira parte do artigo analisa o surgimento da Internet, sua aplicação e peculiaridades. A segunda parte, por sua vez, estuda a sociedade conectada, demonstrando por meio de exemplos, como se dá a hiperconexão na sociedade em rede, além de investigar qual é a relação entre o Direito e a Tecnologia. Por fim, a terceira parte busca compreender qual é o papel desempenhado pelo ITS RIO no âmbito da temática supramencionada. O método de abordagem é o indutivo/dedutivo, o método de procedimento envolve uma abordagem sócio analítica e a técnica de pesquisa abrange documentação direta e indireta.

1 ERA UMA VEZ... A INTERNET!

A origem da Internet está vinculada a um projeto ousado, revolucionário e necessário para a época, nas palavras de Manuel Castells, imaginado na década de 1960 pelos guerreiros tecnológicos da Agência de Projetos de Pesquisa Avançada do Departamento de Defesa dos Estados Unidos (a mítica DARPA) para impedir a tomada ou destruição do sistema norte-americano de comunicações pelos soviéticos, em caso de guerra nuclear.³ Sem centro, autônoma e anônima, a ARPANET⁴, consoante apontam Malini e Antoun, era o diagrama ideal para proteger a informação do “inimigo vermelho”. Com o tempo, acabou sendo apropriada pela cooperação universitária, tornando-se uma outra coisa: um modelo radical de comunicação onde todos pudessem, pelo menos em tese, se comunicar com todos.⁵ De certa forma, foi o equivalente eletrônico das táticas maoístas de dispersão das forças de guerrilha, por um vasto território, para enfrentar o poder de um inimigo versátil e conhecedor do terreno.⁶

A Internet - criada originalmente como uma máquina de combate – era um dispositivo de monitoramento e controle. Mas foi tomada de assalto por micropolíticas estranhas, fazendo da rede um meio de vida e uma máquina de cooperação social, por intermédio da multiplicação de grupos de discussão na USENET⁷ e nas BBSs⁸ (de quem as redes atuais se originam), tornando a então ARPANET um dispositivo de produção de relações, de afetos, de cooperação e trocas de conhecimentos micropolíticos, e não apenas um meio de transporte de informações científicas, financeiras e militares.⁹

³ CASTELLS, Manuel. **A Sociedade em Rede**. A Era da Informação: Economia, sociedade e cultura. v. 1. Tradução de Roneide Venancio Majer. São Paulo: Paz e Terra, 1999. s.p.

⁴ A Arpanet é o nome da rede militar que conectou, em 1969, quatro *campi* universitários, para que a comunicação de pacotes pudesse acontecer fazendo com que informações sigilosas e estratégicas circulassem, em nano pedaços, nos servidores universitários, de modo que em um dos pontos dessa rede elas fossem reunidas ao mesmo tempo que pudessem estar em lugar nenhum.

⁵ MALINI, Fábio e ANTOUN, Henrique. **A Internet e a Rua**: Ciberativismo e mobilização nas redes sociais. Porto Alegre: Sulina, 2013. s.p.

⁶ CASTELLS, Manuel. **A Sociedade em Rede**. A Era da Informação: Economia, sociedade e cultura.

⁷ *Usenet*: primeira plataforma popular de conversação online na história da rede e a fundadora da relação “muitos-muitos” como modelo do diagrama de comunicação através da Internet.

⁸ *Bulletin Board System*.

⁹ MALINI, Fábio e ANTOUN, Henrique. **A Internet e a Rua**: Ciberativismo e mobilização nas redes sociais, p. 17.

Depois de 1969, as redes da sociedade civil se tornaram tão maiores que as militares, que a ARPANET foi dividida em duas em 1983. De um lado, uma rede fechada e segura: a rede MilNet, para fins militares. De outro, a Arpanet-Internet [...]. Ambas funcionando numa “arquitetura de resistência”: descentralização, anonimato e autonomia.¹⁰

No ano de 1984, a rede global de computadores foi nomeada de *Internet Protocol* (IP). Como bem enfatizam Malini e Antoun, não se trata, portanto, de ver em 1984 um momento moral da Internet. Ou seja, ver a primeira rede, a militar, como bélica, e a segunda, a científica, como a difusão da cooperação social. Na verdade, acentuam os autores, a formação de classe que agita a rede – misturando os ativistas da contracultura aos pesquisadores universitários e aos militares do Departamento de Defesa Americano – faz a Internet viver, desde o seu início em 1969, uma tensão constante de diferentes movimentos e poderes.¹¹ Essa é a característica principal da Internet, que a acompanha desde sua origem.

É provável que o fato de a constituição desse paradigma ter ocorrido nos EUA e, em certa medida, na Califórnia e nos anos 70, tenha tido grandes consequências para as formas e a evolução das novas tecnologias da informação. Por exemplo, apesar do papel decisivo do financiamento militar e dos mercados nos primeiros estágios da indústria eletrônica, da década de 1940 à de 1960, o grande progresso tecnológico que se deu no início dos anos 70 pode, de certa forma, ser relacionado à cultura da liberdade, inovação individual e iniciativa empreendedora oriunda da cultura dos *campi* norte-americanos da década de 1960.¹²

Princípios como compartilhar, cooperar e criar conhecimento de maneira colaborativa a partir do livre acesso à informação, portanto, são valores que procedem do entorno universitário no qual se desenvolveram, destaca Himanen. Este parentesco com o modelo acadêmico de investigação não é acidental: a transparência pode ser considerada um legado que os *hackers*¹³ receberam da universidade. Assim, “a rede foi criada para compartilhar, cooperar e criar conhecimento de maneira colaborativa a partir do livre acesso à informação”.¹⁴ Tanto os pesquisadores como os *hackers* sabem por experiência que a ausência de estruturas rígidas é uma das razões pelas quais o seu modelo é tão poderoso. Os *hackers* e os pesquisadores começam se dedicando à sua paixão e, logo depois passam a trabalhar em rede com outras pessoas que compartilham do mesmo sentimento.¹⁵

Dessa forma, se percebe que a origem da Internet, vinculada a um projeto ousado, revolucionário e necessário para a época, desenvolvida por especialistas defensores do acesso ao conhecimento, do compartilhamento de informações, da criatividade, da liberdade e da descentralização do poder, se orienta por esses princípios, devendo, assim, continuar sendo. Nesse sentido, compreende-se que acesso à Internet não se

¹⁰ MALINI, Fábio e ANTOUN, Henrique. **A Internet e a Rua**: Ciberativismo e mobilização nas redes sociais, p. 250.

¹¹ MALINI, Fábio e ANTOUN, Henrique. **A Internet e a Rua**: Ciberativismo e mobilização nas redes sociais, p. 18.

¹² CASTELLS, Manuel. **A Sociedade em Rede**. A Era da Informação: Economia, sociedade e cultura, p. 43.

¹³ En el centro de nuestra era tecnológica se hallan unas personas que se autodenominan hackers. Se definen a sí mismos como personas que se dedican a programar de manera apasionada y creen que es un deber para ellos compartir la información y elaborar software gratuito. No hay que confundirlos con los crackers, los usuarios destructivos cuyo objetivo es el de crear virus e introducirse en otros sistemas: un hacker es un experto o un entusiasta de cualquier tipo que puede dedicarse o no a la informática”. IN: HIMANEN, Pekka. **La Ética del Hacker y el Espíritu de la Era de la Información**. Barcelona: Destino, 2002. p. 2.

¹⁴ TASCÓN, Mario e QUINTANA, Yolanda. **Ciberativismo**: las nuevas revoluciones de las multitudes conectadas. Madrid: Catarata, 2012. p. 19.

¹⁵ HIMANEN, Pekka. **La Ética del Hacker y el Espíritu de la Era de la Información**. p. 48.

resume apenas aos dados, mas inclui a preservação da expressão de cidadania, expressa na inclusão social, razão pela qual requer políticas claras para sua consecução, cuja face nessa seara se traduz em inclusão digital.¹⁶

Nesse diapasão, Lévy questiona se as técnicas determinam a sociedade ou a cultura?

Se aceitarmos a ficção de uma relação, ela é muito mais complexa do que uma relação de determinação. A emergência do ciberespaço acompanha, traduz e favorece uma evolução geral da civilização. Uma técnica é produzida dentro de uma cultura, e uma sociedade encontra-se condicionada por suas técnicas. E digo condicionada, não determinada. Essa diferença é fundamental.¹⁷

Uma técnica não é nem boa, nem má (isto depende dos contextos, dos usos e dos pontos de vista), tampouco neutra (já que é condicionante ou restritiva, já que de um lado abre e de outro fecha o espectro de possibilidades). Não se trata de avaliar seus “impactos”, mas de situar as irreversibilidades às quais um de seus usos nos levaria, de formular os projetos que explorariam as virtualidades que ela transporta e decidir o que fazer dela.¹⁸

Dessa forma, analisando a conjuntura atual, a Internet proporcionou diversas alterações nas relações que os indivíduos outrora realizavam com o meio em que estavam inseridos, fazendo com que desde 2011, o reconhecimento do acesso à internet seja pleiteado como um direito humano pela Organização das Nações Unidas (ONU).

A partir disto, a troca rápida de informações, a liberdade de expressão publicada nas redes e a participação política por meio de uma cibercidadania colocaram toda uma população sob um novo patamar de legitimação no espaço temporal e social. A crescente conexão exige demandas políticas a serem cumpridas, que se manifestam na Internet, se relacionando num ambiente desterritorializado marcando a nova geração da globalização: a era da informação.

Para uma melhor conceituação, Lévy, delimita as diferenças que conectam a cibercultura com o ciberespaço: o ciberespaço (que também chamarei de “rede”) é o novo meio de comunicação que surge da interconexão mundial dos computadores. O termo especifica não apenas a infraestrutura material da comunicação digital, mas também o universo oceânico de informações que ela abriga, assim como os seres humanos que navegam e alimentam esse universo. Quanto ao neologismo “cibercultura”, especifica aqui o conjunto de técnicas (materiais e intelectuais), de práticas, de atitudes, de modos de pensamento e de valores que se desenvolvem juntamente com o crescimento do ciberespaço.¹⁹

Com o advento das tecnologias da virtualização da informação e da comunicação, há fomento para que o desenvolvimento humano crie possibilidades e que novas sociedades cresçam. Como condição de seu surgimento, a inteligência coletiva se realiza dentro do ciberespaço e provoca alterações sociais conforme se polariza. Daí a importância de que sociedades estejam conectadas à cibercultura, pois conforme estas sociedades não acompanhem o crescimento da inteligência, ficarão excluídas, como um veneno para aqueles

¹⁶ SANTOS, Aristóteles dos. **Relatório Analítico Ouvidoria da Anatel**. Disponível em: <http://www.anatel.gov.br/Portal/verificaDocumentos/documento.asp?numeroPublicacao=343764&pub=original&filtro=1&documentPath=343764.pdf>. Acesso em 30 ago. 2016. s.p.

¹⁷ LÉVY, Pierre. **Cibercultura**. Tradução de Carlos Irineu da Costa. São Paulo: Editora 34, 1999. p. 25.

¹⁸ LÉVY, Pierre. **Cibercultura**, p. 26.

¹⁹ LÉVY, Pierre. **Cibercultura**, p. 17.

que não participam e um remédio para aquelas que acompanham suas alterações, compreensões e apropriações.²⁰

Por meio da inteligência coletiva, o desafio atual é o do compartilhamento dos saberes, das ciências, das técnicas, das culturas, em que os seres humanos estejam aptos a desenvolverem suas aptidões pela ética do outro. Assim, requer indivíduos capazes de se relacionar e trocar informações, em coletivos inteligentes, abertos ao novo, à prosperidade das nações e à nova era da infraestrutura.²¹

De acordo com a plataforma Internet World Stats, em junho de 2019, cerca de 57,3% da população mundial possuía acesso à Internet, o que corresponde a aproximadamente 4.422.494.622 pessoas. Segundo o site, 68,0% dos latinos e caribenhos são usuários da Internet, o que corresponde a aproximadamente 447.495.130 pessoas, que equivalem a 10,1% da população mundial com acesso à rede mundial de computadores.²²

A plataforma também aponta que entre 2000 e 2019, o crescimento no número de usuários na região da América Latina e do Caribe, correspondeu a cerca de 2.377%, um aumento surpreendente, que ficou atrás apenas do Oriente Médio (5.184%) e do continente africano (11.533%).²³ Já no Brasil, as pesquisas apontam que 120 milhões de indivíduos, acima dos 10 anos, têm acesso à Internet, o que representa 67% da população nacional.²⁴

Neste cenário, acerca das diversas faces que a nova face globalização: a era da informação, desdobra, permitindo que distâncias sejam encurtadas, a comunicação universalizada, a política fiscalizada, a cidadania exercida e as liberdades de expressões, agora publicadas, utilizadas de forma responsável e contributiva para uma inteligência coletiva, se exige a união de conhecimentos, o contato com o outro, o crescimento das nações e o compartilhamento de saberes.

2 SOCIEDADE CONECTADA

A sociedade está conectada. Mais do que isso, atualmente é possível afirmar que não se trata apenas de uma conexão, mas sim de uma hiperconexão.

Existe uma revolução silenciosa “que acontece em cada um de nós quanto mais usamos (e somos usados) pelas redes sociais, sites de vídeo e demais aplicações”.²⁵ Na concepção do ITS RIO,

Nunca estivemos tão conectados e, ao mesmo tempo, tão sozinhos e vigiados. A internet transformou as eleições e a forma de se fazer política, colocou os dados pessoais no centro do debate sobre inovação e tornou evidente como os novos intermediários podem tanto impulsionar como restringir a liberdade de expressão. Somos a geração-plataforma.²⁶

²⁰ LÉVY, Pierre. **Cibercultura**, p. 30.

²¹ LÉVY, Pierre. **A inteligência coletiva**: por uma antropologia do ciberespaço. Tradução de Luiz Paulo Rouanet. 10 ed. São Paulo: Edições Loyola. 2015. p. 19.

²² MINIWATTS, Marketing Group. **INTERNET USAGE STATISTICS**: The Internet Big Picture. Disponível em: <<https://www.internetworldstats.com/stats.htm>>. Acesso em: 12. Ago. 2019. s.p.

²³ MINIWATTS, Marketing Group. **INTERNET USAGE STATISTICS**: The Internet Big Picture.

²⁴ **TECHTUDO**. 67% dos brasileiros têm acesso à Internet: entenda. Disponível em: <<https://www.techtudo.com.br/noticias/2019/06/33percent-dos-brasileiros-nao-tem-acesso-a-internet-entenda.ghml>>. Acesso em: 12. Ago. 2019.

²⁵ ITS RIO. **O Futuro foi Reprogramado**: lançamento de livro e bate-papo. Disponível em: <<https://itsrio.org/pt/varandas/11725/>>. Acesso em: 12. Ago. 2019. s.p.

²⁶ ITS RIO. **O Futuro foi Reprogramado**: lançamento de livro e bate-papo.

As repercussões da hiperconectividade já se fazem sentir. Nesta senda, Sérgio Branco, um dos criadores e diretores do ITS RIO, apresenta alguns exemplos da hiperconectividade, são eles:

Questões relacionadas à privacidade, ao *social credit system* que vem sendo desenvolvido na China, à memória perpétua da internet e às suas implicações já são temas amplamente debatidos. Discussões sobre vigilância e abuso de poder digital não são mais apenas combustível para debater episódios de *Black Mirror*.²⁷

É preciso lembrar, conforme pontua o autor, que “esses assuntos dizem respeito à vida que todos nós estamos vivendo bem agora”.²⁸ Para comprovar esta afirmação, basta analisar que, ao despertar, os aplicativos de celular conseguem informar a quantidade de horas de sono. Na organização da casa, diversos utensílios domésticos facilitam a rotina, como a *Alexa*, um robô da empresa *Amazon* ou a geladeira **com Wi-Fi**, que é capaz de identificar todos os produtos que estão em seu interior e ainda sinalizar se os alimentos estão próximos da data de vencimento.

No trânsito, os aplicativos fornecem a rota mais rápida/segura, como o *Waze* e *Google Maps*, ou ainda, uma carona com custos acessíveis, a exemplo da *Uber Juntos* e *BlaBlaCar*. No quesito alimentação, a tecnologia oferece serviços com uma ampla variedade de opções rápidas e saborosas, como os aplicativos *Rappi*, *Uber Eats* ou *IFood*. Já no âmbito das relações interpessoais, a tecnologia aproxima as pessoas geograficamente distante por meio de redes sociais, plataformas de conversa e vídeo-chamadas. Existem ainda, aplicativos para quaisquer tipos de relacionamentos, do namoro à traição (do *Tinder* ao *Ashley Madison*), para fazer amizades, juntar dinheiro (*Vakinha*) ou até, para pedir uma xícara de açúcar (*Têm açúcar?*).

Neste sentido, a Plataforma Positivo lembra que “Não tem jeito (...) a vida é repleta de tecnologia — e a verdade é que não vivemos mais sem ela”.²⁹ Portanto, “na era da informação, em que tudo precisa ser visto e compartilhado”³⁰, é impensável que o Direito ignore a hiperconectividade. Neste contexto, o pesquisador e professor Eduardo Magrani, entende que a tecnologia “está mudando rapidamente a maneira como interagimos com o mundo à nossa volta”.³¹

Na obra “A Internet das Coisas”, Magrani aponta que, buscando atender às novas demandas dos consumidores, as “empresas estão desenvolvendo hoje produtos com interfaces tecnológicas que seriam inimagináveis há uma década”.³² Neste interim, o pesquisador lembra que:

todos os dias, ‘coisas’ se conectam à internet com capacidade para compartilhar, processar, armazenar e analisar um volume enorme de dados. Cabe compreender, portanto, como esse contexto de hiperconectividade afeta nossa vida.³³

²⁷ BRANCO, Sérgio. Prefácio. In: MAGRANI, Eduardo. **Entre dados e robôs: ética e privacidade na era da hiperconectividade**. 2. ed. Porto Alegre: Arquipélago Editorial, 2019. p. 13. (grifos do autor).

²⁸ BRANCO, Sérgio. Prefácio. In: MAGRANI, Eduardo. **Entre dados e robôs: ética e privacidade na era da hiperconectividade**, p. 13.

²⁹ PANORAMA POSITIVO. **A Hiperconectividade nos tempos atuais**. Disponível em: <<https://www.meupositivo.com.br/panoramapositivo/a-hiperconectividade-nos-tempos-atuais/>>, Acesso em: 05. Ago. 2019. s.p.

³⁰ PANORAMA POSITIVO. **A Hiperconectividade nos tempos atuais**.

³¹ MAGRANI, Eduardo. **A Internet das Coisas**. Disponível em: <[https://itsrio.org/pt/publicacoes/i internet-das-coisas/](https://itsrio.org/pt/publicacoes/i%20internet-das-coisas/)>. Acesso em: 07. Jul. 2019. s.p.

³² MAGRANI, Eduardo. **A Internet das Coisas**.

³³ MAGRANI, Eduardo. **A Internet das Coisas**.

Neste sentido, o autor afirma que “a Internet das Coisas pode trazer benefícios econômicos ao Estado, a empresas, bem como comodidade aos consumidores”.³⁴ Todavia, o pesquisador também alerta que, “a crescente conectividade traz desafios significativos nas esferas de proteção da privacidade e segurança, impactando, em última instância, a própria democracia”.³⁵

Para Sérgio Branco, é provável que “os maiores desafios da contemporaneidade ao Direito sejam a velocidade com que a Tecnologia se desenvolve e as consequências desse progresso”.³⁶ Nesse particular, Branco acredita que “vivemos em um tempo/espço particularmente fértil. E, se pudermos dizer que temos uma boa e uma má notícia para dar, é curioso que ambas sejam a mesma notícia: o avanço tecnológico só vai aumentar”.³⁷

Nesse futuro reprogramado, “pessoas e robôs, redes e dispositivos, governos e empresas são todos convidados a dele participar. Resta saber como cada um desempenhará o seu papel.”³⁸ Portanto, é necessário analisar como a hiperconectividade afeta a vida das pessoas e mais, como tudo isso repercute no mundo jurídico. Assim, os questionamentos principais giram em torno de como a Tecnologia e o Direito se relacionam e de como os operadores do Direito estão preparados para dialogar com as novas tecnologias e solucionar as mazelas decorrentes do uso (in)adequado das mesmas.

3 PAPEL DO INSTITUTO DE TECNOLOGIA E SOCIEDADE DO RIO DE JANEIRO (ITS RIO)

No âmbito das novas tecnologias e da falta de conhecimento técnico atualizado sobre a temática, destaca-se o papel desempenhado pelo ITS RIO, um Instituto de pesquisa independente e sem fins lucrativos, fundado em 2013 na capital carioca. Sua equipe é formada por professores e pesquisadores de diversas instituições como UERJ, PUC-Rio, FGV, IBMEC, ESPM, MIT Media Lab, dentre outras.³⁹ Além disso, o Instituto conta com “uma rede de parceiros nacionais e internacionais”.⁴⁰

Dentre seus focos de atividade, o ITS RIO aborda questões relacionadas a “privacidade e dados pessoais, direitos humanos, governança da internet, novas mídias, comércio eletrônico, inclusão social, educação digital, cultura e tecnologia, propriedade intelectual, dentre outros temas”.⁴¹ Neste sentido, o Instituto possui a capacidade de:

- (i) identificar oportunidades e desafios das tecnologias emergentes e suas ramificações, realizando pesquisas sobre a gama de questões legais relacionadas;
- (ii) analisar questões a partir de perspectivas múltiplas (legal, econômica, social, cultural), destacando aspectos críticos, particularmente ligados a direitos fundamentais e capazes de ampliar desigualdades sociais;
- (iii) fazer com que as questões envolvidas nas tecnologias – suas promessas e ameaças – sejam

³⁴ MAGRANI, Eduardo. **A Internet das Coisas**.

³⁵ MAGRANI, Eduardo. **A Internet das Coisas**.

³⁶ BRANCO, Sérgio. Prefácio. In: MAGRANI, Eduardo. **Entre dados e robôs: ética e privacidade na era da hiperconectividade**, p. 11.

³⁷ BRANCO, Sérgio. Prefácio. In: MAGRANI, Eduardo. **Entre dados e robôs: ética e privacidade na era da hiperconectividade**, p. 11.

³⁸ ITS RIO. **O Futuro foi Reprogramado**: lançamento de livro e bate-papo.

³⁹ ITS RIO. **Institucional**. Disponível em: <https://itsrio.org/pt/institucional/>. Acesso em: 26. Mai. 2019. s.p.

⁴⁰ ITS RIO. **Institucional**.

⁴¹ ITS RIO. **Institucional**.

compreendidas de forma clara para policy makers, experts, ativistas e o público em geral a nível nacional, regional e internacional; (iv) mobilizar forças progressivas para promover oportunidades ou se opor a ameaças, e desenhar colaborações entre públicos de interesse relacionados ao bem público; e (v) proporcionar expertise e perspectivas independentes em parceria com universidades, atores da sociedade civil, do setor privado e agências governamentais.⁴²

Neste âmbito, o ITS RIO é entendido como um hub pluri-institucional, pois converge para suas atividades “especialistas que possam, a partir de suas distintas formações e vínculos acadêmicos, refletir sobre o desenvolvimento das tecnologias da informação e da comunicação e seus impactos na sociedade”.⁴³

A missão do Instituto é assegurar que “o Brasil e o Sul Global respondam de maneira criativa e apropriada às oportunidades fornecidas pela tecnologia na era digital, e que seus potenciais benefícios sejam amplamente compartilhados pela sociedade”.⁴⁴ Para isso, o ITS RIO analisa as “dimensões legais, sociais, econômicas e culturais da tecnologia e promove melhores práticas de regulação que protejam a privacidade, a liberdade de expressão e o acesso ao conhecimento”.⁴⁵ O Instituto também oferece “educação em formatos inovadores, treinamentos e oportunidades de desenvolvimento para indivíduos e instituições sobre as promessas e desafios da tecnologia”.⁴⁶

Atualmente, são oferecidos diversos cursos, como “Direitos Autorais na Prática”, “Os Limites à Liberdade de Expressão”, ou ainda, “Gênero e Tecnologia: Intersecções e Desafios”, todos com o objetivo de compreender melhor de qual forma a temática pode ser desenvolvida de modo ético e socialmente benéfico.

O objetivo do curso “Direitos Autorais na Prática”, por exemplo, é “tratar dos principais fundamentos de direitos autorais a partir de uma perspectiva contemporânea, unindo teoria e prática, com a análise de casos concretos”.⁴⁷ Para isso, o curso é oferecido em dois módulos (básico e avançado) criados para atender a cada tipo de necessidade acadêmica e profissional, sendo que:

No módulo básico (seis aulas iniciais), vamos entender os principais conceitos teóricos e práticos dos Direitos Autorais, abordando temas como os fundamentos do direito autoral, obras protegidas, direitos morais e patrimoniais, limitações, contratos e usos livres.

No módulo avançado (seis aulas finais), vamos aplicar os conhecimentos adquiridos nas seis primeiras aulas em campos como inteligência artificial, streaming, algoritmos, moda. Ainda discutiremos liberdade de expressão e responsabilidade civil nos marcos regulatórios brasileiros.⁴⁸

Já no curso “Os Limites à Liberdade de Expressão”, o Instituto busca realizar “uma análise sob a perspectiva internacional sobre o tema, na busca de padrões norteadores, bem como buscar estratégias além das jurídicas para pensar em um ambiente ético para exercício da liberdade de expressão”.⁴⁹

⁴² ITS RIO. **Institucional**.

⁴³ ITS RIO. **Institucional**.

⁴⁴ ITS RIO. **Institucional**.

⁴⁵ ITS RIO. **Institucional**.

⁴⁶ ITS RIO. **Institucional**.

⁴⁷ ITS RIO. **Direitos Autorais na prática**. Disponível em: <<https://itsrio.org/pt/cursos/direitos-autorais-na-pratica/>>. Acesso em: 12. Ago. 2019. s.p.

⁴⁸ ITS RIO. **Direitos Autorais na prática**.

⁴⁹ ITS RIO. **Os Limites à Liberdade de Expressão**. Disponível em: <<https://itsrio.org/pt/cursos/li-mites-a-liberdade-de-expressao/>>. Acesso em: 12. Ago. 2019. s.p.

Em “Gênero e Tecnologia: Intersecções e Desafios”, o Instituto afirma que o aluno “irá aprender a aplicar lentes de gênero para diversas questões de tecnologia, como acesso à internet, educação digital e mídia (...), privacidade e proteção de dados pessoais, violência de gênero online e visualização de dados”.⁵⁰ O objetivo deste curso é assegurar que o aluno “compreenda as principais temáticas no campo por pesquisadores líderes no Brasil e consiga replicar metodologias em pesquisas, campanhas e na formulação de políticas públicas”.⁵¹

Além dos cursos online, o Instituto oferece uma série de textos sobre a mais variada gama de assuntos, abordando temas como: eleições ao uso da Inteligência Artificial; *Fake News* à ataques cibernéticos; ou ainda, mercado *Maker* à privacidade e proteção de dados.

Por fim, verifica-se que o ITS RIO interage com “governos, sociedade civil, setor privado, comunidade técnica e científica, sociedade civil e outros autores essenciais para esse importante campo”.⁵² Portanto, dentro do contexto dos avanços tecnológicos, existe uma necessidade de debater a relação entre o Direito e a Tecnologia, com destaque ao papel desempenhado pelo ITS RIO, tendo em vista o contingente de pessoas afetadas, bem como suas repercussões.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como demonstrado, é possível afirmar que se vive em um mundo hiperconectado e que, desde a sua criação, a Internet tem desempenhado um papel fundamental no desenvolvimento das mais diversas áreas. Neste sentido, pode-se perceber no decorrer do artigo, como as tecnologias têm influenciado desde o despertar ao adormecer, perpassando, portanto, os mais diversos estágios e searas da vida humana.

Nesta senda, é necessário lembrar que o Direito não ficou de fora do raio de influência das novas tecnologias. Portanto, para auxiliar na relação entre o Direito e a Tecnologia, restou demonstrada a importância do Instituto de Tecnologia e Sociedade do Rio de Janeiro (ITS RIO). O referido Instituto é responsável por capacitar os profissionais do Direito, para que possam refletir sobre o desenvolvimento das tecnologias da informação/comunicação e seus impactos na sociedade, além de promover melhores práticas de regulação que protejam a privacidade, a liberdade de expressão e o acesso ao conhecimento.

Com isso, restou exitosa a proposta do presente artigo, no sentido de compreender como funcionam as dinâmicas das tecnologias dentro do ordenamento jurídico nacional, por meio de uma análise interdisciplinar. Por fim, é possível afirmar que se pôde traçar um diálogo entre o papel desempenhado pelo ITS RIO no âmbito da relação entre o Direito e a Tecnologia, com ênfase na Internet.

REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

BRANCO, Sérgio. Prefácio. In: MAGRANI, Eduardo. **Entre dados e robôs: ética e privacidade na era da hiperconectividade**. 2. ed. Porto Alegre: Arquipélago Editorial, 2019.

⁵⁰ ITS RIO. **Gênero e Tecnologia: intersecções e desafios**. Disponível em: <https://itsrio.org/pt/cur_sos/genero-e-tecnologia/>. Acesso em: 12. Ago. 2019. s.p.

⁵¹ ITS RIO. **Gênero e Tecnologia: intersecções e desafios**.

⁵² ITS RIO. **Institucional**.

- CASTELLS, Manuel. **A Sociedade em Rede**. A Era da Informação: economia, sociedade e cultura. v. 1. Tradução de Roneide Venancio Majer. São Paulo: Paz e Terra, 1999.
- ITS RIO. **Direitos Autorais na prática**. Disponível em: <<https://itsrio.org/pt/cursos/direitos-autorais-na-pratica/>>. Acesso em: 12. Ago. 2019.
- ITS RIO. **Gênero e Tecnologia**: interseções e desafios. Disponível em: <<https://itsrio.org/pt/cursos/genero-e-tecnologia/>>. Acesso em: 12. Ago. 2019.
- ITS RIO. **Inteligência Artificial, Algoritmos, Big Data e Direitos**. Disponível em: <<https://itsrio.org/pt/projetos/inteligencia-artificial-algoritmos-big-data-e-direitos/>>. Acesso em: 26. mai. 2019.
- ITS RIO. **Institucional**. Disponível em: <<https://itsrio.org/pt/institucional/>>. Acesso em: 26. mai. 2019.
- ITS RIO. **O Futuro foi Reprogramado**: lançamento de livro e bate-papo. Disponível em: <<https://itsrio.org/pt/varandas/11725/>>. Acesso em: 12. Ago. 2019.
- ITS RIO. **Os Limites à Liberdade de Expressão**. Disponível em: <<https://itsrio.org/pt/cursos/limites-a-liberdade-de-expressao/>>. Acesso em: 12. Ago. 2019.
- HIMANEN, Pekka. **La Ética del Hacker y el Espíritu de la Era de la Información**. Barcelona: Destino, 2002.
- LÉVY, Pierre. **A inteligência coletiva**: por uma antropologia do ciberespaço. Tradução de Luiz Paulo Rouanet. 10 ed. São Paulo: Edições Loyola. 2015.
- LÉVY, Pierre. **Cibercultura**. Tradução de Carlos Irineu da Costa. São Paulo: Editora 34, 1999.
- LÉVY, Pierre. **Cibercultura**. Tradução de Carlos Irineu da Costa. 2ª ed. São Paulo: Editora 34, 2000.
- MAGRANI, Eduardo. **A Internet das Coisas**. Disponível em: <<https://itsrio.org/pt/publicacoes/internet-das-coisas/>>. Acesso em: 07. Jul. 2019.
- MALINI, Fábio e ANTOUN, Henrique. **A Internet e a Rua**: ciberativismo e mobilização nas redes sociais. Porto Alegre: Sulina, 2013.
- MINIWATTS, Marketing Group. **INTERNET USAGE STATISTICS: The Internet Big Picture**. Disponível em: <<https://www.internetworldstats.com/stats.htm>>. Acesso em: 12. Ago. 2019.
- PANORAMA POSITIVO. **A Hiperconectividade nos tempos atuais**. Disponível em: <<https://www.meupositivo.com.br/panoramapositivo/a-hiperconectividade-nos-tempos-atuais/>>. Acesso em: 05. Ago. 2019.
- SANTOS, Aristóteles dos. **Relatório Analítico Ouvidoria da Anatel**. Disponível em: <<http://www.anatel.gov.br/Portal/verificaDocumentos/documento.asp?numeroPublicacao=343764&pub=original&filtro=1&documentoPath=343764.pdf>>. Acesso em 30. Ago. 2016.
- TASCÓN, Mario e QUINTANA, Yolanda. **Ciberativismo**: las nuevas revoluciones de las multitudes conectadas. Madri: Catarata, 2012.

TECHTUDO. **67% dos brasileiros têm acesso à Internet:** entenda. Disponível em: <<https://www.techtudo.com.br/noticias/2019/06/33percent-dos-brasileiros-nao-tem-acesso-a-internet-entenda.ghhtml>>. Acesso em: 12. Ago. 2019.

AS NOVAS TECNOLOGIAS DA INFORMAÇÃO E COMUNICAÇÃO AUXILIANDO NO COMBATE AOS CRIMES DE RESPONSABILIDADE FISCAL EM ÂMBITO MUNICIPAL

Laura Covatti dos Santos¹

Rafaela Baldissera²

RESUMO

Este artigo tem como objetivo demonstrar a influência das novas tecnologias da informação e comunicação para auxiliar na transparência da gestão fiscal municipal. Assim, o problema de pesquisa indaga: Qual instrumento pode ser utilizado para tentar evitar os crimes de responsabilidade fiscal cometidos por prefeitos? A partir do método hipotético-dedutivo e da revisão bibliográfica, a pesquisa foi dividida em três capítulos. A primeira consiste em analisar a dimensão do poder político dos prefeitos, a segunda em verificar a previsão dos crimes de responsabilidade fiscal cometidos pelos chefes do Poder Executivo municipal e, por fim, buscar respaldo na legislação brasileira e nas tecnologias para ampliar a transparência da atuação dos prefeitos tornando públicas e notórias as suas decisões. Portanto, as novas tecnologias da informação e comunicação poderão fortalecer a democracia e equilibrar as contas públicas municipais.

PALAVRAS-CHAVE: Crimes de Responsabilidade Fiscal; Município; Novas Tecnologias da Informação e Comunicação; Transparência.

ABSTRACT

This paper aims to demonstrate the influence of new information and communication technologies to assist in the transparency of municipal tax management. Thus, the research problem asks: What instrument can be used to try to avoid tax liability crimes committed by mayors? From the hypothetical-deductive method and the literature review, the research was divided into three chapters. The first one is to analyze the dimension of the political power of the mayors, the second to verify the prediction of the crimes of fiscal responsibility committed by the heads of the municipal executive branch and, finally, to seek support in the Brazilian legislation and technologies to increase the transparency of the action. mayors making their decisions public and notorious. Therefore, new information and communication technologies could strengthen democracy and balance municipal public accounts.

KEYWORDS: Tax Responsibility Crimes; County; New Information and Communication Technologies; Transparency.

INTRODUÇÃO

O poder emerge em qualquer tempo e cenário, ocasião na qual dois lados opostos ocupam funções singulares, quais sejam: dominar ou ser dominado, controlar ou ser controlado. No campo político o poder

¹ Mestra em Direito pelo Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo/RS, com bolsa parcial UPF. Integrante do grupo de pesquisa Poder e Relações Sociais (PPGD/UPF). Integrante do grupo de pesquisa O Estatuto da cidade e a gestão democrática municipal (PPGD/UPF). Integrante do grupo de pesquisa Transnacionalização, Migração e Trabalho (PPGD/UPF). Extensionista do Projeto de Extensão Balcão do Trabalhador (Faculdade de Direito/UPF). Advogada (OAB/RS 100.529). Pós-graduada em Direito Civil - Direito de Família Avançado pela Faculdade Anhanguera de Passo Fundo/RS. Graduada em Ciências Jurídicas e Sociais pela Faculdade Anhanguera de Passo Fundo/RS. Endereço eletrônico: lauracovattidosantos@gmail.com

² Oficiala do Registro de Imóveis e Hipotecas, Títulos e Documentos. Oficiala do Registro Civil das Pessoas Naturais. Doutoranda em Direito pela Universidade Regional Integrada do Alto do Uruguai e das Missões – URI / campus de Santo Ângelo. Mestra em Direito pela Faculdade Meridional - IMED. Mestra em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo. Pós-graduada em Direito Notarial e Registral, em Direito Civil, em Direito Previdenciário e em Direito Empresarial e Advocacia Empresarial pela Universidade Anhanguera Uniderp. Pós-graduada em Direito Processual Civil e Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela Faculdade Meridional - IMED. Graduada em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade de Passo Fundo – UPF. Brasil. Passo Fundo/RS. E-mail: rafaela_baldissera@hotmail.com

também está inserido, cumprindo ao representante político decidir e exercer a sua função em prol da coletividade.

Nos municípios, o prefeito ao ser eleito democraticamente será a pessoa que permanecerá responsável pelas condições em nível local. Da mesma forma, tem como obrigação executar as suas atividades com transparência e eficiência, facilitando e dando abertura para o compartilhamento de ideias e decisões com os governados, isso tende a evitar práticas corruptivas e a malversação do dinheiro público.

Os chefes do Poder Executivo municipal deverão seguir o disposto pela legislação constitucional e infraconstitucional em prol de uma boa gestão, caso contrário, o agente político poderá se tornar responsável e se enquadrar em alguma tipificação penal. A própria mídia se encarrega de divulgar notícias negativas vinculando os governantes, principalmente denúncias envolvendo as contas públicas.

Nesse sentido, utilizando do método hipotético-dedutivo e da revisão bibliográfica, o problema de pesquisa questiona: Qual instrumento pode ser utilizado para tentar evitar os crimes de responsabilidade fiscal cometidos por prefeitos? A hipótese provisória para essa indagação sugere a inserção das novas tecnologias da informação e comunicação como uma forma de ampliar a transparência dos atos do chefe do Poder Executivo municipal.

1 O PODER DOS PREFEITOS NO ÂMBITO MUNICIPAL

O poder se revela como algo fascinante que instiga a relação mútua de controlar e ser controlado por alguém, trata-se de uma fonte originária de inúmeros sentimentos, sejam eles positivos ou negativos. Todo e qualquer indivíduo acaba sendo atraído pelo poder, pois “[...] Es una realidad contradictoria que incluye la belleza y el espanto, la visibilidad y el secreto, la miseria y la grandeza, la necesidad y el riesgo [...]”, afirma Marina³.

O desejo⁴ se mostra um requisito indispensável para a configuração do poder, caso contrário não se verificará a estrutura hábil para sustentar uma relação de dominação⁵. Além disso, o ser humano se torna rival de si mesmo e dos outros quando sente satisfação e empoderamento por ser o vencedor em determinada situação⁶.

A definição de poder pode englobar desde o seu sentido mais amplo até o específico. Nesse viés, o chamado poder político ultrapassa a ideia de poder do homem sobre a natureza, pois aqui o poder indica a hierarquia de um sujeito sobre os demais, em síntese, dos governantes sobre os governados⁷.

El poder, su ejercicio y sus límites es la esencia de la política. Y el Estado es la máxima personificación del poder. En él podemos encontrar la suprema acumulación de recursos: el monopolio de la fuerza, el dinero público, la capacidad para establecer las reglas de juego, la facultad de conceder puestos y poderes subalternos, extensas

³ MARINA, José Antonio. **La pasión del poder: teoría y práctica de la dominación**. Barcelona: Anagrama, 2009. p. 9-11.

⁴ “Los animales actúan hasta donde les permiten sus deseos y sus fuerzas, los humanos tenemos el deseo de tener más deseos y más fuerzas para satisfacerlos, lo que dispara la espiral de una historia grande pero cruel [...]”. MARINA, José Antonio. **La pasión del poder: teoría y práctica de la dominación**. p. 19.

⁵ MARINA, José Antonio. **La pasión del poder: teoría y práctica de la dominación**. p. 16.

⁶ MARINA, José Antonio. **La pasión del poder: teoría y práctica de la dominación**. p. 19.

⁷ BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. 11. ed. Tradução de: Carmen C. Varriale et. al. Brasília, DF: Editora Universidade de Brasília, 1998. v. 1. p. 955.

redes para intentar cambiar las opiniones y creencias, y el apoyo de grandes organizaciones como son el ejército, el sistema educativo, la hacienda pública o la burocracia. Y esos recursos están a disposición de los gobernantes, junto a potentísimos sistemas de legitimación que persuaden a la obediencia [...]⁸.

Ao relacionar o poder com os municípios, Corralo explica que “Compreender o surgimento e a evolução dos municípios exige a análise dos primeiros agrupamentos sociais e das primeiras cidades, ambas pautadas por relações de poder e de dominação [...]”⁹. Logo, o exercício do poder e da dominação são elementos marcantes do processo civilizatório, observada a transformação da sociedade no espaço local¹⁰.

No Brasil, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, os municípios passaram a integrar a Federação, assim como os Estados e o Distrito Federal¹¹. Segundo Meirelles, na atualidade o município “[...] diversificou-se em estrutura e atribuições, ora organizando-se por normas próprias, ora sendo organizado pelo Estado segundo as conveniências da Nação [...]”¹².

Isso justifica a criação de normas para regulamentar a convivência social, afinal, as opiniões quando divergentes necessitam de um respaldo legal para amenizar os conflitos¹³. Como referia Marina, “[...] La experiencia de la humanidad nos dice que las reglas son necesarias y que, por desgracia, no podemos confiar en que la gente vaya a seguirlas por convicción [...]”, por isso a instrumentalização das leis para amenizar a tensão¹⁴ e, conseqüentemente, fazer com que sejam obedecidas.

A posição atual do município brasileiro lhe confere algumas autonomias, entre elas: política, administrativa e financeira¹⁵. Existem autores que afirmam existir uma outra autonomia, a auto-organizatória, a qual também foi adotada pela Constituição Federal de 1988 juntamente com as demais e permite que o município seja organizado por lei municipal, tendo poder de se autogovernar e legislar sobre matérias de interesse local¹⁶.

O controle dos municípios se realiza por meio dos Poderes Executivo e Legislativo¹⁷, os quais trabalham de forma independente. Nesse sentido, conforme Corralo, cabe ao Poder Executivo municipal exercer democraticamente:

[...] as funções administrativa e de governo, cuja chefia compete ao prefeito municipal, exercendo-as com o auxílio dos seus secretários. Enquanto a escolha do prefeito ocorre pelo voto direto, em sufrágio universal e eleição majoritária, os secretários são nomeados por este. É por essa razão que ambos são considerados agentes políticos, pois integram o ‘primeiro escalão’ da estrutura administrativa

⁸ MARINA, José Antonio. **La pasión del poder: teoría y práctica de la dominación**. p. 185.

⁹ CORRALO, Giovani da Silva. **Curso de direito municipal**. São Paulo: Atlas, 2011. p. 2.

¹⁰ CORRALO, Giovani da Silva. **Curso de direito municipal**. p. 2.

¹¹ CORRALO, Giovani da Silva. **Curso de direito municipal**. p. 41.

¹² MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito municipal brasileiro**. São Paulo: Malheiros Editores, 2014. p. 34.

¹³ MARINA, José Antonio. **La pasión del poder: teoría y práctica de la dominación**. p. 211-212.

¹⁴ MARINA, José Antonio. **La pasión del poder: teoría y práctica de la dominación**. p. 211-212.

¹⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito municipal brasileiro**. p. 44-45.

¹⁶ SANTIN, Janaína Rigo; BITENCOURT, Jean Carlos Menegaz. Pacto federativo e autonomia legislativa municipal. **História: Debates e Tendências** – v. 15, n. 1, jan./jun., p. 101-113, 2015. Disponível em: <http://seer.upf.br/index.php/rhdt/article/view/5279>. Acesso em: 12 jun. 2019. p. 108.

¹⁷ Entre o Poder Executivo e o Poder Legislativo não impera “[...] qualquer subordinação administrativa ou política. O que existe entre os dois ramos do governo local é, apenas, entrosamento de funções e de atividades político-administrativas. Estabelece-se, assim, no plano municipal o mesmo sistema de relacionamento governamental que assegura a harmonia e independência dos Poderes nos âmbitos federal e estadual”. MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito municipal brasileiro**. p. 617.

municipal, com o regime jurídico próprio e a prerrogativa de definir as políticas e ações do governo¹⁸.

Nesse contexto, interessa destacar a dimensão do poder político dos prefeitos no âmbito municipal, figura com cargo superior aos demais agentes políticos e funcionários do Poder Executivo municipal. Além de deter o poder político de governar, o mesmo também decide quais serão as medidas cabíveis para atender às necessidades e o bem-comum.

O prefeito não é funcionário público; é agente político [...]. Agentes políticos são os componentes do governo, investidos em mandatos, cargos, funções ou comissões, por eleição, nomeação, designação ou delegação, para o exercício de atribuições constitucionais. Esses agentes atuam com plena liberdade funcional, com prerrogativas e responsabilidades próprias, estabelecidas na Constituição e em leis especiais. Têm normas específicas para sua escolha, investidura, conduta, processos por infrações político-administrativas e por crimes funcionais e de responsabilidade que lhe são privativos¹⁹.

Por possuir amplo poder de gestão, o prefeito conecta atributos ligados a política e administração, logo, a sua responsabilidade traduz fator imprescindível para a gestão no âmbito municipal. Assim sendo, no exercício da função de governo, o chefe do Poder Executivo municipal desfruta de “discrecionabilidade” para estabelecer políticas públicas, na medida que, “[...] a função administrativa traz limites muito mais rígidos à atuação executiva”²⁰.

Nesse contexto, o prefeito, assim como qualquer cidadão, possui direitos e deveres, no entanto, quando estiver no exercício da função suas atribuições se destacam, especialmente por ocupar um cargo político que tem como prioridade organizar a gestão para que seja transparente e participativa.

2 CRIMES DE RESPONSABILIDADE FISCAL COMETIDOS POR CHEFES DO PODER EXECUTIVO MUNICIPAL

A Constituição Federal de 1988 – artigo 1º, parágrafo único – permitiu que os cidadãos participassem e controlassem as decisões dos governantes por meio de instrumentos democráticos. Sendo assim, uniram-se elementos da democracia direta e indireta dando origem a chamada democracia semidireta, a qual proporcionou o direito de votar, ser votado e interferir no meio político²¹.

Sob esse aspecto, tanto a legislação constitucional quanto a infraconstitucional adotaram a participação como um elemento indispensável para o alcance de uma boa gestão²². Para tanto, além da previsão expressa da Constituição de 1988, o Estatuto da Cidade (Lei nº 10.257/2001) e a Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei

¹⁸ CORRALO, Giovani da Silva. **Curso de direito municipal**. p. 88-89, grifos do autor.

¹⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito municipal brasileiro**. p. 725, grifos do autor.

²⁰ CORRALO, Giovani da Silva. **Curso de direito municipal**. p. 89, grifos do autor.

²¹ MACEDO, Paulo Sérgio Novais de. Democracia participativa na Constituição Brasileira. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília a. 45, n. 178, abr./jun. 2008. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/45/178/ril_v45_n178_p181.pdf. Acesso em: 20 mai. 2019. p. 185-187.

²² SANTIN, Janaína Rigo. O Princípio da Participação no Regime Jurídico-Administrativo Brasileiro. **Revista Brasileira de Direito Constitucional (Impresso)**, São Paulo-SP, v. 2, p. 42-72. 2006. p. 55.

Complementar nº 101/2000) também estabeleceram diretrizes para o exercício de um mandato democrático, transparente, participativo e eficiente²³.

De acordo com Pazzaglini Filho, a legislação brasileira dispõe de leis específicas para responsabilizar os governantes quando praticam atos irresponsáveis, como por exemplo o Decreto-lei nº 201/67 que trata exclusivamente sobre os prefeitos municipais e vereadores²⁴. Essa lei refere, no seu artigo 1º, acerca dos crimes de responsabilidade atribuídos ao chefe do Poder Executivo municipal, dando ênfase para o desvio do dinheiro público, corrupção e improbidade administrativa²⁵.

Segundo Bruno, o próprio cenário constitucional determinou “[...] como princípio básico da Administração Fiscal no Brasil, a partir do art. 165, [...] três instrumentos para o efetivo planejamento e execução [...]” das finanças públicas do Estado²⁶, quais sejam: as três leis orçamentárias²⁷. Posteriormente, a Lei nº 10.028/00²⁸ acrescentou ao artigo 1º do Decreto-lei nº 201/67 os crimes iguais aos que adicionou ao artigo 3º da Lei nº 1.079/59²⁹, definindo os crimes de responsabilidade³⁰.

De acordo com Corralo, o prefeito não se exime dos seus crimes, mesmo sendo a autoridade que representa o município, por isso pode ser julgado e responsabilizado penalmente, conforme determina o artigo 29, inciso X da Constituição Federal. Sob esse viés, cumpre salientar que o prefeito possui prerrogativa de foro, mas não inimizabilidade³¹.

A natureza do crime irá revelar a legislação aplicável ao ato praticado, visto que, poderá ser responsável por qualquer dos crimes inseridos no Código Penal³² ou nas legislações específicas. Leonardo

²³ SANTIN, Janaína Rigo. O Princípio da Participação no Regime Jurídico-Administrativo Brasileiro. **Revista Brasileira de Direito Constitucional (Impresso)**, p. 59-61.

²⁴ PAZZAGLINI FILHO, Marino. **Crimes de responsabilidade fiscal: atos de improbidade administrativa por violação da LRF**. São Paulo: Atlas, 2001. p. 77.

²⁵ BRASIL. **Decreto-lei nº 201, de 27 de fevereiro de 1967**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del0201.htm. Acesso em: 15 jul. 2019.

²⁶ BRUNO, Reinaldo Moreira. **Lei de responsabilidade fiscal e orçamento público municipal**. Curitiba: Juruá, 2013. p. 23.

²⁷ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 16 jul. 2019.

²⁸ “Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, a Lei nº 1.079, de 10 de abril de 1950, e o Decreto-Lei nº 201, de 27 de fevereiro de 1967”. BRASIL. **Lei nº 10.028, de 19 de outubro de 2000**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l10028.htm. Acesso em: 18 jul. 2019.

²⁹ Lei nº 1.079/1950- Art. 2º: “Os crimes definidos nesta lei, ainda quando simplesmente tentados, são passíveis da pena de perda do cargo, com inabilitação, até cinco anos, para o exercício de qualquer função pública, imposta pelo Senado Federal nos processos contra o Presidente da República ou Ministros de Estado, contra os Ministros do Supremo Tribunal Federal ou contra o Procurador Geral da República”. BRASIL. **Lei nº 1.079, de 10 de abril de 1950**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l1079.htm. Acesso em: 18 jul. 2019.

³⁰ PAZZAGLINI FILHO, Marino. **Crimes de responsabilidade fiscal: atos de improbidade administrativa por violação da LRF**. p. 77.

³¹ CORRALO, Giovanni da Silva. **Curso de direito municipal**. p. 126.

³² “O Código Penal define os crimes praticados por funcionário público contra a administração em geral nos arts. 312 a 326. A Lei n. 10.028/2000 acrescentou ao Código Penal um novo Capítulo IV, definindo os crimes contra as finanças públicas (arts. 359A a 359H). E, para efeitos penais, o Código Penal considera funcionário público, em seu art. 327, quem, embora transitoriamente, exerce cargo, emprego ou função pública. Daí porque, para efeitos penais, tanto o Prefeito como o Vereador são considerados funcionários públicos, podendo, assim, ser sujeito ativo daqueles crimes, dentre os quais destacamos: o peculato (art. 312), o emprego irregular de verbas públicas (art. 315), a corrupção passiva (art. 317) e a prevaricação (art. 319)”. LEONARDO, Marcelo. **Crimes de responsabilidade fiscal: crimes contra as finanças públicas; crimes nas licitações; crimes de responsabilidade de prefeitos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 77.

ainda destaca a existência “[...] de uma categoria de crimes que somente o prefeito poderá sofrer imputação: os crimes³³ de responsabilidade”³⁴.

O artigo 1º do Decreto-lei nº 201/67 indicou um rol com vinte e três incisos definindo quais condutas resultam nos crimes de responsabilidade fiscal. Já o caput desse artigo complementa: “São crimes de responsabilidade dos Prefeitos Municipal, sujeitos ao julgamento do Poder Judiciário, independentemente do pronunciamento da Câmara dos Vereadores [...]”³⁵.

No entanto, há possibilidade de haver, além da autoria do crime por parte do prefeito, a incidência em “[...] concurso de agentes, nas modalidades de co-autoria ou participação criminosa, podendo responder por eles qualquer funcionário municipal, bem como o Presidente da Câmara e qualquer Vereador [...]”, quando se tratar de crimes funcionais, constata Pazzaglini Filho³⁶.

De acordo com Leonardo, a Lei de Responsabilidade Fiscal motivou a inclusão de oito tipos penais ao artigo 1º do Decreto-Lei nº 201/67 – anexados pelo artigo 4º da Lei nº 10.028/2000 –, pois antes de serem fixados vinte e três incisos eram apenas quinze tipos explicitados³⁷. Nas palavras de Hely Lopes Meirelles:

[...] A condenação definitiva em qualquer desses crimes acarreta a perda de cargo e a inabilitação pelo prazo de cinco anos, para o exercício de cargo ou função pública, eletivo ou de nomeação, sem prejuízo da reparação civil do dano causado ao patrimônio público ou particular. Os crimes são de ação pública, punidos os dois incisos I e II com a pena de reclusão, de 2 a 12 anos, e os demais com a pena de detenção, de 3 meses a 3 anos³⁸.

Por sua vez, a Lei Complementar nº 101/2000³⁹ (Lei de Responsabilidade Fiscal) tem como finalidade equilibrar o dinheiro público, alcançar a transparência dos atos da gestão fiscal e evitar danos ao erário. A própria lei traz a sua concepção no § 1º do artigo 1º, de modo a esclarecer a sua finalidade e comprometimento em responsabilizar aquele que deu causa aos prejuízos de ordem orçamentária e financeira⁴⁰.

Seguindo esse raciocínio, buscam-se mecanismos que tragam resultados positivos e propiciem credibilidade para a atuação do prefeito durante a sua gestão. Significa dizer, torna-se imprescindível a boa-fé

³³ “Esses crimes são previstos especificamente para o Prefeito municipal e estão tipificados no Decreto-lei 201/67. Deve-se cuidar para não confundir com os crimes de responsabilidade do Governador e do Presidente da República, que são infrações de natureza política, passíveis de cassação do mandato [...]”. CORRALO, Giovani da Silva. **Curso de direito municipal**. p. 127.

³⁴ CORRALO, Giovani da Silva. **Curso de direito municipal**. p. 127.

³⁵ BRASIL. **Decreto-lei nº 201, de 27 de fevereiro de 1967**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del0201.htm. Acesso em: 15 jul. 2019.

³⁶ PAZZAGLINI FILHO, Marino. **Crimes de responsabilidade fiscal: atos de improbidade administrativa por violação da LRF**. p. 78.

³⁷ LEONARDO, Marcelo. **Crimes de responsabilidade fiscal: crimes contra as finanças públicas; crimes nas licitações; crimes de responsabilidade de prefeitos**. p. 78.

³⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito municipal brasileiro**. p. 308-309.

³⁹ “A Lei de Responsabilidade Fiscal veio coroar uma tendência já presente no regime jurídico-administrativo brasileiro, em especial no que tange ao aspecto orçamentário e fiscal: o repensar na importância dos princípios na estruturação de um Direito realmente comprometido com valores substantivos da conduta humana – sem abandonar as conquistas dogmáticas – fator que fora esquecido e quase sepultado pelo positivismo jurídico”. SANTIN, Janaína Rigo. **Estado, constituição e administração pública no século XXI: novos desafios da cidadania e do poder local**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017. p. 158.

⁴⁰ BRASIL. **Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp101.htm. Acesso em: 19 jul. 2019.

na conduta dos representantes políticos, priorizando a publicidade dos seus atos para dar conhecimento aos cidadãos.

3 TRANSPARÊNCIA DIGITAL NOS ATOS DE GESTÃO MUNICIPAL

A gestão municipal além de obedecer às normas de competência local, deve observar as demais legislações de matéria penal a fim de responsabilizar os governantes quando constatado o mau uso e desvirtuamento do erário público.

Segundo Santin, a participação e fiscalização popular no âmbito local permitem maiores esclarecimentos perante os representantes políticos, isso porque os cidadãos estão mais próximos dos prefeitos e demais agentes políticos (como por exemplo, secretários e vereadores), tendo a liberdade de avaliar como está sendo aplicado o dinheiro público⁴¹.

No entanto, no século XXI, presencia-se um cenário político e econômico no Brasil cujos interesses pessoais ultrapassam as verdadeiras necessidades do coletivo, como afirma Moreira Neto:

Uma triste tradição de irresponsabilidade fiscal e orçamentária dos governantes brasileiros, em que o gastar mais do que se arrecada, o iniciar obras sem saber se é possível terminá-las, o superfaturar para obter proveitos ilícitos, o paralisar investimentos iniciados pelo antecessor e o endividar os erários, entre outras mazelas administrativas do mesmo jaez, que se incorporaram ao cotidiano político, parece estar, enfim, com seus dias contados, assim como o flagelo da inflação, inevitável produto dessas práticas obnóxias⁴².

Assoni Filho defende que os governantes “[...] devem fazer uso do poder que lhes foi conferido com a precípua finalidade de angariar os recursos necessários ao atendimento dos anseios populares [...]”⁴³. Ocorre que, a respectiva posição de poder ocupada pelos governantes faz com que os governados se identifiquem como vítimas⁴⁴, sentindo-se distantes e inferiorizados.

Cumprido destacar que, “[...] os agentes políticos presos, réus ou indiciados por crimes cometidos contra a administração pública [...] usualmente estão conectados a uma carreira política consolidada [...]”, já tendo sido eleitos diversas vezes e ocupado funções de destaque⁴⁵. Nesse sentido, percebe-se a frequência com que os abusos são verificados e o dinheiro passa a sustentar as vontades próprias⁴⁶.

Alguns mecanismos de controle e fiscalização estão à disposição dos cidadãos, fazendo com que o processo decisório seja democrático e participativo. Sendo assim, “[...] a população tem nas leis orçamentárias

⁴¹ SANTIN, Janaína Rigo. **Estado, constituição e administração pública no século XXI: novos desafios da cidadania e do poder local**. p. 154.

⁴² MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 289.

⁴³ ASSONI FILHO, Sérgio. **Transparência fiscal e democracia**. Porto Alegre: Núria Fabris Ed., 2009. p. 103.

⁴⁴ BRUNO, Reinaldo Moreira. **Lei de responsabilidade fiscal e orçamento público municipal**. p. 105.

⁴⁵ CORRALO, Giovani da Silva; ZANOTTO, Letícia Abati. A transparência e o combate à corrupção nas administrações municipais. **Revista Diorito**, v. 2, n. 1, jan./jun. 2018. p. 131.

⁴⁶ ASSONI FILHO, Sérgio. **Transparência fiscal e democracia**. p. 103.

locais um canal aberto à participação e ao debate em torno da aplicação dos recursos financeiros disponíveis em cada circunscrição territorial”⁴⁷.

Com a transição do Estado de Direito para o Democrático de Direito alguns princípios evoluíram, como por exemplo, o da publicidade⁴⁸ ao da transparência⁴⁹. Com isso, a Constituição Federal de 1988 acolheu o Direito à Informação em seu artigo 5º, inciso XXXIII, auferindo a toda e qualquer pessoa o acesso a assuntos que sejam de interesse individual, coletivo ou geral.

Outras legislações também se destinaram a assegurar a transparência e publicidade, como por exemplo, a Lei de Acesso à Informação (Lei nº 12.527/2011) e a própria Lei da Transparência (Lei Complementar nº 131/2009). Desse modo, a legislação vigente se tornou um mecanismo que exige a publicação das questões envolvendo a área orçamentária e financeira dos municípios.

A Lei de Acesso à Informação admite que qualquer pessoa – física ou jurídica – verifique as informações sobre os atos praticados pelo Poder Público. A partir dessa lei, o direito constitucional disciplinou o acesso às informações públicas,⁵⁰ adicionando exceções no que condiz às informações pessoais e os casos que envolvam sigilo⁵¹.

Por sua vez, a Lei da Transparência inovou ao regulamentar sobre a transparência no setor financeiro e orçamentário, visando que as informações referentes ao dinheiro público sejam divulgadas. Inclusive, essa lei alterou o texto original da Lei de Responsabilidade Fiscal, incentivando o acompanhamento e a divulgação de dados⁵².

Na contemporaneidade, a propagação de notícias tem se realizado por instrumentos tecnológicos, pois “[...] pode ser transmitida em tempo real para todos os lugares do mundo, formando uma grande aldeia global [...]”⁵³. Nesse sentido, a internet admite que as pessoas tenham acesso a informações e que sejam compartilhadas em larga escala⁵⁴.

A informação é o novo paradigma da sociedade moderna, denominada era da informação. Isso decorre de um desenvolvimento econômico, social, cultural e

⁴⁷ ASSONI FILHO, Sérgio. **Transparência fiscal e democracia**. p. 107.

⁴⁸ “[...] a transparência demonstra ser uma integração do princípio da publicidade conjugado com o direito à informação (art. 5º, XXXIII, CF/88) e o princípio democrático. A publicidade visa, por meio da divulgação do fato, assegurar que o ato foi praticado de acordo com a legalidade, moralidade e os demais preceitos que regem a Administração”. LIMBERGUER, Têmis. Cibertransparência. Informação pública em rede e a concretização dos direitos sociais: a experiência dos municípios gaúchos. **Quaestio Iuris**, vol. 08, nº 04, Número Especial, Rio de Janeiro, 2015, p. 2651-2669. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/20942/15321>. Acesso em: 23 jul. 2019. p. 2654.

⁴⁹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Considerações sobre a lei de responsabilidade fiscal**: (finanças públicas democráticas). Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 63.

⁵⁰ GOVERNO FEDERAL. **Acesso à informação**. LAI- Lei de Acesso à Informação. Disponível em: <http://www.acessoainformacao.gov.br/assuntos/conheca-seu-direito/a-lei-de-acesso-a-informacao>. Acesso em: 09 jul. 2019.

⁵¹ GOVERNO FEDERAL. **Acesso à informação**: Principais aspectos. Disponível em: <http://www.acessoainformacao.gov.br/assuntos/conheca-seu-direito/principais-aspectos/principais-aspectos>. Acesso em: 09 jul. 2019.

⁵² CONFEDERAÇÃO NACIONAL DE MUNICÍPIOS. **Lei de Transparência**: Perguntas e respostas. Disponível em: <http://www.leidatransparencia.cnm.org.br/pergunta-resposta.php>. Acesso em: 09 jul. 2019.

⁵³ TONIAL, Nadya Regina Gusella; BATTISTELLA, Aline. A internet e os direitos fundamentais de personalidade. In: SOBRINHO, Liton Lanes Pilau; ZIBETTI, Fabíola Wüst; SILVA, Rogério da (Orgs.). **Balcão do Consumidor**: coletânea educação para o consumo: novas tecnologias. Passo Fundo: Ed. Universidade de Passo Fundo, 2018. p. 212

⁵⁴ TONIAL, Nadya Regina Gusella; BATTISTELLA, Aline. A internet e os direitos fundamentais de personalidade. In: SOBRINHO, Liton Lanes Pilau; ZIBETTI, Fabíola Wüst; SILVA, Rogério da (Orgs.). **Balcão do Consumidor**: coletânea educação para o consumo: novas tecnologias. p. 213.

político criado para gerar oportunidade, inclusão social e informação para as pessoas [...]”⁵⁵.

O compartilhamento de informações e notícias tem sido propagado pela internet e, conseqüentemente, por meio de uma rede de computadores com uma estrutura tecnológica potente que faz o conteúdo se espalhar. Para organizar essa sociedade midiática, cada país irá organizar as regras de responsabilidade⁵⁶.

No Brasil, a Lei nº 12.965/2014 estabeleceu os princípios e diretrizes para o uso da internet no país, seja em âmbito municipal, estadual, distrital ou federal. Em seu artigo 4º, inciso II o legislador assenta que a lei irá promover o acesso à informação, o conhecimento e o espaço para a participação nos assuntos de interesse geral⁵⁷.

Na concepção de Limberguer, “A democracia permite que o cidadão e todos os mecanismos de controle ajam de forma sincronizada para permitir o desocultamento. A democracia colabora para tornar o poder visível [...]”⁵⁸. Nesse contexto, observa-se a relevância de utilizar da transparência digital para aproximar governantes e governados, de modo que, os governantes tornem públicos os seus investimentos realizados com o dinheiro público e os governados tenham interesse em acessá-los.

Portanto, fala-se em cibertransparência quando os assuntos públicos são divulgados na rede e transmitidos a toda e qualquer pessoa. A partir daí, percebe-se que “[...] uma multiplicidade de atores esteja a acessar a rede, todos partilham o mesmo conteúdo, porém permite leituras e interpretações distintas [...]”⁵⁹.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao conquistarem o poder grande parte dos governantes parecem esquecer suas propostas e os laços criados com aqueles que neles votaram. Essa situação negativa implica na ausência de contribuição dos cidadãos, os quais têm o seu espaço corrompido devido ao desinteresse pela política.

Nos municípios, devido a hierarquia de cargos e funções, o prefeito se encontra superior aos demais agentes políticos, tendo como encargo cuidar dos assuntos de interesse local. Os cidadãos que o elegem democraticamente, aguardam que a sua postura seja íntegra para que o dinheiro público seja aplicado para sanar as verdadeiras necessidades deste âmbito.

No entanto, verificada a irresponsabilidade fiscal e orçamentária, recairá ao prefeito as medidas cabíveis pela legislação constitucional e infraconstitucional, as quais preveem sanções penais condenatórias. Sendo assim, confia-se no caminho da participação e da transparência como uma possibilidade do exercício

⁵⁵ TONIAL, Nadya Regina Gusella; BATTISTELLA, Aline. A internet e os direitos fundamentais de personalidade. In: SOBRINHO, Liton Lanes Pilau; ZIBETTI, Fabíola Wüst; SILVA, Rogério da (Orgs.). **Balcão do Consumidor**: coletânea educação para o consumo: novas tecnologias. p. 213.

⁵⁶ TONIAL, Nadya Regina Gusella; BATTISTELLA, Aline. A internet e os direitos fundamentais de personalidade. In: SOBRINHO, Liton Lanes Pilau; ZIBETTI, Fabíola Wüst; SILVA, Rogério da (Orgs.). **Balcão do Consumidor**: coletânea educação para o consumo: novas tecnologias. p. 220

⁵⁷ BRASIL. **Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/12965.htm. Acesso em: 18 jul. 2019.

⁵⁸ LIMBERGUER, Têmis. Cibertransparência. Informação pública em rede e a concretização dos direitos sociais: a experiência dos municípios gaúchos, p. 2659.

⁵⁹ LIMBERGUER, Têmis. Cibertransparência. Informação pública em rede e a concretização dos direitos sociais: a experiência dos municípios gaúchos, p. 2659.

da democracia, do equilíbrio das relações sociais e do depósito de confiança recíproca entre governantes e governados.

Portanto, ao utilizar as novas tecnologias da informação e comunicação, tornando públicas e notórias as questões de caráter fiscal dos municípios, os cidadãos poderão acompanhar os atos públicos dos gestores municipais. Com o acesso à internet, a informação pública se dissemina mais facilmente e de forma rápida, propiciando o controle social e a fiscalização dos gastos públicos.

REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

ASSONI FILHO, Sérgio. **Transparência fiscal e democracia**. Porto Alegre: Núria Fabris Ed., 2009.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. 11. ed. Tradução de: Carmen C. Varriale et. al. Brasília, DF: Editora Universidade de Brasília, 1998. v. 1.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 16 jul. 2019.

BRASIL. **Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp101.htm. Acesso em: 19 jul. 2019.

BRASIL. **Decreto-lei nº 201, de 27 de fevereiro de 1967**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del0201.htm. Acesso em: 15 jul. 2019.

BRASIL. **Lei nº 1.079, de 10 de abril de 1950**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l1079.htm. Acesso em: 18 jul. 2019.

BRASIL. **Lei nº 10.028, de 19 de outubro de 2000**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l10028.htm. Acesso em: 18 jul. 2019.

BRASIL. **Lei nº 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: 18 jul. 2019.

BRASIL. **Portal Transparência**. Governo Federal. Disponível em: <http://www.portaltransparencia.gov.br/faleconosco/perguntas-tema-transparencia-lei-complementar.asp>. Acesso em: 29 nov. 2017.

BRUNO, Reinaldo Moreira. **Lei de responsabilidade fiscal e orçamento público municipal**. Curitiba: Juruá, 2013. p. 23.

CONFEDERAÇÃO NACIONAL DE MUNICÍPIOS. **Lei de Transparência**: Perguntas e respostas. Disponível em: <http://www.leidatransparencia.cnm.org.br/pergunta-resposta.php>. Acesso em: 09 jul. 2019.

CORRALO, Giovani da Silva. **Curso de direito municipal**. São Paulo: Atlas, 2011.

CORRALO, Giovani da Silva; ZANOTTO, Letícia Abati. A transparência e o combate à corrupção nas administrações municipais. **Revista Diorito**, v. 2, n. 1, jan./jun. 2018.

GOVERNO FEDERAL. **Acesso à informação**. LAI- Lei de Acesso à Informação. Disponível em: <http://www.acessoainformacao.gov.br/assuntos/conheca-seu-direito/a-lei-de-acesso-a-informacao>. Acesso em: 09 jul. 2019.

GOVERNO FEDERAL. **Acesso à informação**: Principais aspectos. Disponível em: <http://www.acessoainformacao.gov.br/assuntos/conheca-seu-direito/principais-aspectos/principais-aspectos>. Acesso em: 09 jul. 2019.

LEONARDO, Marcelo. **Crimes de responsabilidade fiscal**: crimes contra as finanças públicas; crimes nas licitações; crimes de responsabilidade de prefeitos. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

LIMBERGUER, Têmis. Cibertransparência. Informação pública em rede e a concretização dos direitos sociais: a experiência dos municípios gaúchos. **Quaestio Iuris**, vol. 08, nº 04, Número Especial, Rio de Janeiro, 2015, p. 2651-2669. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/20942/15321>. Acesso em: 23 jul. 2019.

MARINA, José Antonio. **La pasión del poder**: teoría y práctica de la dominación. Barcelona: Anagrama, 2009.

MACEDO, Paulo Sérgio Novais de. Democracia participativa na Constituição Brasileira. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília a. 45, n. 178, abr./jun. 2008. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/45/178/ril_v45_n178_p181.pdf. Acesso em: 20 mai. 2019.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito municipal brasileiro**. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Considerações sobre a lei de responsabilidade fiscal**: (finanças públicas democráticas). Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

PAZZAGLINI FILHO, Marino. **Crimes de responsabilidade fiscal**: atos de improbidade administrativa por violação da LRF. São Paulo: Atlas, 2001.

SANTIN, Janaína Rigo. **Estado, constituição e administração pública no século XXI**: novos desafios da cidadania e do poder local. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017.

SANTIN, Janaína Rigo. O Princípio da Participação no Regime Jurídico-Administrativo Brasileiro. **Revista Brasileira de Direito Constitucional (Impresso)**, São Paulo-SP, v. 2, p. 42-72. 2006.

SANTIN, Janaína Rigo; BITENCOURT, Jean Carlos Menegaz. Pacto federativo e autonomia legislativa municipal. **História: Debates e Tendências** – v. 15, n. 1, jan./jun., p. 101-113, 2015. Disponível em: <http://seer.upf.br/index.php/rhdt/article/view/5279>. Acesso em: 12 jun. 2019.

TONIAL, Nadya Regina Gusella; BATTISTELLA, Aline. A internet e os direitos fundamentais de personalidade. In: SOBRINHO, Liton Lanes Pilau; ZIBETTI, Fabíola Wüst; SILVA, Rogério da (Orgs.). **Balcão do Consumidor**: coletânea educação para o consumo: novas tecnologias. Passo Fundo: Ed. Universidade de Passo Fundo, 2018.

O DESENVOLVIMENTO TECNOLÓGICO E O HOMEM: SUSTENTABILIDADE X RESPONSABILIDADE

Marcio Assis Patussi¹

RESUMO

O presente artigo tem por objetivo analisar o desenvolvimento tecnológico e sua relação com o homem. Com seu desenvolvimento, verificou-se a complexidade cada vez maior que o tema tem assumido em razão de sua potencialidade destrutiva e construtiva, cabendo ao sistema legislativo – nacional e internacional – a proteção de seu desenvolvimento e comércio. Verificou-se que em alguns casos que essa proteção acaba gerando um retrocesso, pois a proteção realidade através da propriedade intelectual acaba limitando o acesso a tecnologias e avanços científicos importantíssimos para o desenvolvimento e melhoria da qualidade de vida humana. No presente estudo amparou-se no método de abordagem hipotético-dedutivo sendo que o trabalho foi realizado através de pesquisa bibliográfica. Conclui-se o trabalho apontando para a necessidade de se repensar o uso desenfreado dessas novas tecnologias em razão de sua potencialidade para o mal, sendo necessário compatibilizar seu desenvolvimento com o desenvolvimento duradouro e homeostático da humanidade, sendo necessário aprimorar os estudos acerca da sustentabilidade dessas novas tecnologias.

PALAVRAS-CHAVE: Desenvolvimento tecnológico; novas tecnologias; propriedade intelectual; patentes; mercado humano;

ABSTRACT

This article aims to analyze technological development and its relationship with man. With its development, it has been verified the increasing complexity that the theme has assumed due to its destructive and constructive potentiality, leaving to the legislative system - national and international - the protection of its development and trade. It was found that in some cases this protection ends up generating a setback, because the protection reality through intellectual property ends up limiting access to technologies and scientific advances that are very important for the development and improvement of human quality of life. In the present study it was based on the hypothetical-deductive approach method and the work was done through bibliographic research. The paper concludes by pointing to the need to rethink the unbridled use of these new technologies due to their potential for evil, and their development must be reconciled with the lasting and homeostatic development of humanity, and studies on the sustainability of these technologies need to be improved. new technologies.

KEYWORDS: Technological development; new technologies; intellectual property; patents; human market;

INTRODUÇÃO

É em razão e sua limitação e insuficiência que o homem da pré-história inicia sua busca por aquele conhecimento capaz de lhe dar autossuficiência perante ele e perante a natureza que o cerca. É através da busca do conhecimento que o *homo sapiens* busca o acúmulo de experiência a fim de lhe dar, enquanto espécie, progresso no futuro. Nessa busca de conhecimento, de progresso, de desenvolvimento, o homem se deparou com a ameaça de sua própria destruição. Com o advento das novas tecnologias e de seu potencial – tanto para o bem como para o mal, dependendo de quem e qual ideologia o emprega – o ser humano tornou-se capaz de grandes feitos, sendo capaz de mudar o seu destino.

¹ Doutorando em Ciência Jurídica do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica – PPCJ da Universidade do Vale do Itajaí – Univali e Mestre do Programa de Pós-graduação *stricto sensu* em Direitos Sociais e Políticas Públicas da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC.

Em razão da potencialidade dessas novas tecnologias faz-se necessário dar suportes legislativos de proteção que garantam e acompanhem esse desenvolvimento moderno. Inúmeros são os desafios enfrentados pelas novas tecnologias, bem como suas ainda não exploradas potencialidades de desenvolvimento, no entanto, é preciso criar um ambiente adequado, seguro e que seja atrativo para estimular o desenvolvimento destas. Nesse contexto surge a legislação protetiva que em alguns casos, em nome de uma proteção da tecnologia, acaba retardando o avanço e desenvolvimento destas, como é o caso do sistema de patentes. Em razão da potencialidade destrutiva e construtiva das novas tecnologias, temos que repensar nossa maneira de nos ver e de ver os outros, ver o futuro da espécie humana.

1 BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DO PROGRESSO E DO DESENVOLVIMENTO TECNOLÓGICO

É desde a pré-história que o homem inicia sua busca pelo conhecimento. Esse conhecimento a cada era vai crescendo e com ele o homem vai buscando cada vez mais o controle sobre o ambiente em que vive e a manutenção de uma relação de equilíbrio entre o ambiente e ele. Foi durante a metade do século XVI e o fim do século XVIII – século da razão –, que a busca pelo “verdadeiro” conhecimento floresceu na Europa². Fruto típico da civilização ocidental moderna “[...] o saber não é apenas contemplação da verdade, mas é também potência, domínio sobre a natureza, tentativa de prolongar sua obra para submetê-la às necessidades e às aspirações do homem”³.

A natureza não era objeto da responsabilidade humana – ela cuidava de si mesma e, com a persuasão e a insistência necessárias, também tomava conta do homem: diante dela era úteis a inteligência e a inventividade, não a ética.⁴

A busca pelo conhecimento demonstrou em seu caminho o senso de limitação, de insuficiência do homem, mas projetou uma esperança de um futuro melhor ou um sentimento que, cedo ou tarde, o desejado possa se realizar no futuro.⁵

A conquista de um domínio total sobre as coisas e sobre o próprio homem surgiria como a realização do se destino. Assim, o triunfo do *homo faber* sobre o seu objeto externo significa, ao mesmo tempo, o seu triunfo na constituição interna do *homo sapiens*, do qual ele outrora costumava ser uma parte servil.⁶

A busca pelo conhecimento, pelo saber, torna-se o dever prioritário almejado pelo homem, mas lhe passa a ser exigido a utilização desse saber no seu agir⁷. Agindo, o homem aprende com os erros do passado, sendo que a partir disso lhe são iluminados os caminhos. “[...] como foi dito a propósito de um Estado mal administrado, quanto mais negro é o passado, mais luminosas são as esperanças para o futuro”⁸. Como a natureza não é

² ROSSI, Paolo. **Naufrágios sem espectador**. A idéia de progresso. Trad. Álvaro Lorencini. São Paulo: UNESP, 2000, p. 47.

³ ROSSI, 2000, p. 48.

⁴ JONAS, Hans. **O princípio da responsabilidade**. Tradução Marijane Lisboa e Luiz Barros Montez. Rio de Janeiro: Contraponto, 2006, pp. 33-34.

⁵ ROSSI, 2000, p. 52.

⁶ JONAS, 2006, p. 43.

⁷ JONAS, 2006, p. 41.

⁸ ROSSI, 2000, pp. 59-60.

uniforme e diversos são os costumes que lhes são estranhos e nada homogêneos, a humanidade está sujeita a enfrentar crises e revoluções, porém, todas essas crises e revoluções acabam relevando novas possibilidades.

A natureza não é uniforme, os costumes humanos são estranhos e não homogêneos; todavia, justamente porque foram ultrapassadas as colunas de Hércules e atingidos os confins do mundo, a história parece uma realidade unitária e o gênero humano parece ter conquistado aquela unidade sem vão procurada no passado: ‘O mundo inteiro agora é conhecido e todas as raças dos homens. Os homens podem agora trocar livremente as suas invenções e ajudar-se reciprocamente nas necessidades, como os habitantes de uma mesma cidade’⁹.

O homem acabou moldando as circunstâncias de sua vida para confortar suas vontades e necessidades, por esta razão “A violação da natureza e a civilização do homem caminham de mãos dadas”¹⁰. Nessa análise podemos diagnosticar-nos – enquanto espécie – de forma negativa, mas “[...] de um saber em crise poderá nascer uma ‘ciência universal capaz de elevar nossa natureza ao grau máximo de perfeição’”¹¹.

[...] o homem atual é cada vez mais o produtor daquilo que ele produziu e o feitor daquilo que ele pode fazer; mais ainda, é o preparador daquilo que ele, em seguida, estará em condição de fazer¹².

Caminhamos paulatinamente para a busca do conhecimento capaz de trazer para o presente àquilo que almejamos para o futuro, não através do mito de uma absoluta perfeição, mas através de uma generalidade de conhecimento cada vez maior acumular experiências a fim de garantir o progresso do gênero humano enquanto espécie¹³.

O lento acumular-se da experiência é a fonte e a garantia do progresso do gênero humano. Com base numa nova imagem da ciência como construção progressiva uma realidade nunca finita mas cada vez mais perfectível foi formando-se também um modo novo de considerar a história humana¹⁴.

Nossos antepassados eram pessoas simples, rudes e possuíam ideias abstratas. Com o processo de aperfeiçoamento foi-se desenvolvendo seu saber científico e técnico, conhecimento que se tornou a principal fonte do progresso político e moral¹⁵.

A presença do homem no mundo era um dado primário e indiscutível de onde partia toda a ideia de dever referente à conduta humana: agora, ela própria tornou-se um objeto de dever – isto é, o dever de proteger a premissa básica de todo o dever, ou seja, precisamente a presença de meros candidatos a um universo moral no mundo físico do futuro; isso significa, entre outras coisas, conservar este mundo físico de modo que as condições para uma tal presença permaneçam intactas; e isso significa proteger a sua vulnerabilidade diante de uma ameaça dessa condições¹⁶.

⁹ ROSSI, 2000, p. 61.

¹⁰ JONAS, 2006, p. 32.

¹¹ ROSSI, 2000, p. 62.

¹² JONAS, 2006, p. 41.

¹³ ROSSI, 2000, pp. 65-73.

¹⁴ ROSSI, 2000, p. 73.

¹⁵ ROSSI, 2000, pp. 92-96.

¹⁶ JONAS, 2006, p. 45.

Até mesmo o “inútil massacre” da Primeira Grande Guerra Mundial provocou na humanidade um apelo para um melhoramento e uma nova interpretação acerca de progresso¹⁷.

Os discursos sobre o *crescimento* e sobre os *avanços* vão se articulando, no fim do século XVIII, na forma de uma doutrina ou *teoria* do progresso. Segundo essa doutrina ou teoria: 1. A história é uma unidade regulada por leis que determinam os fenômenos individuais nas suas relações recíprocas e nas suas relações com a totalidade; 2. O progresso configura-se como uma lei da história; 3. O aumento da capacidade de intervir sobre o mundo e da capacidade de conhecer o mundo é identificado com o progresso moral e político; 4. Este é posto numa relação de dependência com aquele aumento; 5. A *luta* [...] é interpretada como elemento constitutivo ou como *mola* do progresso¹⁸.

Da transformação de coisas rudes em coisas convenientes e refinadas, no enfrentamento da natureza para obter alimento, construção de instrumentos capazes de modificar o andamento natural das coisas, dentre outros, o homem obteve melhoramentos relevantes¹⁹. Portanto,

Os pós-modernos pensam que a *modernidade* pode caracterizar-se como a época da autolegitimação do saber científico e da plena e total coincidência entre verdade e autoemancipação. Pensam também a modernidade como a época do tempo linear caracterizada pela ‘superação’. Pensam ainda que o moderno é a época de uma razão forte dominada pela idéia de um desenvolvimento histórico do pensamento como incessante e progressiva iluminação²⁰.

Nesse “progresso de iluminação”, toda sociedade moderna está sujeita a inúmeras críticas à civilização que são realizadas da técnica, da ciência, das máquinas e do ocidente, pois são diversas as contraideologias que ainda não foram superadas pela história²¹. Portanto, “Uma sociedade civilizada continuamente é ameaçada de destruição. O poder sobre as forças naturais estendeu-se de tal maneira que, servindo-se dele, os seres humanos poderiam exterminar-se totalmente”²². Por isso o olhar para o futuro faz-se necessário, “Pensar nos outros e no futuro”²³. Dito de outra forma:

Um imperativo adequado ao novo tipo de agir humano e voltado para o novo tipo de sujeito atuante deveria ser mais ou menos assim: ‘Aja de modo a que os efeitos da tua ação sejam compatíveis com a permanência de uma autêntica vida humana sobre a Terra’²⁴.

Em decorrência de ações compatíveis com a permanência de uma vida humana autêntica no planeta Terra que surge um dever para com a existência de uma humanidade no futuro²⁵.

Com isso finalmente encontramos um princípio que proíbe certos ‘experimentos’ de que a tecnologia se tornou capaz, e cuja expressão pragmática é o preceito discutido antes: no processo decisório deve-se conceder preferência aos prognósticos de desastre em face dos prognósticos de felicidade²⁶.

¹⁷ ROSSI, 2000, p. 98.

¹⁸ ROSSI, 2000, pp. 113-115.

¹⁹ ROSSI, 2000, pp. 111-112.

²⁰ ROSSI, 2000, p. 116.

²¹ ROSSI, 2000, pp. 119-126.

²² ROSSI, 2000, p. 130.

²³ ROSSI, 2000, p. 137.

²⁴ JONAS, 2006, p. 47.

²⁵ JONAS, 2006, p. 90.

²⁶ JONAS, 2006, p. 86.

Modernamente, graças às novas tecnologias, o ser humano alcançou um desenvolvimento capaz de alterar a sua própria história. A tecnologia alcançou patamares que a décadas atrás nunca se pensaria que alcançaria. Hoje essa tecnologia é capaz de grandes feitos, no entanto, em razão da ainda presente ética e moral humana, se proíbe certos experimentos. Como não poderia deixar de ser, tal proibição ou até mesmo futura permissão, gera e gerará inúmeras discussões científico/filosóficas em razão das implicações práticas mediatas e imediatas²⁷.

2 O DESENVOLVIMENTO E AS NOVAS TECNOLOGIAS: A PROPRIEDADE INTELECTUAL E O SISTEMA DE PATENTES

Modernamente, a propriedade intelectual é um dos temas mais relevantes e controversos discutidos atualmente nas negociações comerciais internacionais²⁸.

O direito autoral, em partícula, esteve relacionado desde a origem à invenção de uma nova tecnologia – a prensa de Gutenberg – capaz de permitir a fixação de textos em papel, permitindo sua reprodução em larga escala. Não é de se estranhar, assim, que este ramo do direito tenha um destino sempre intimamente ligado ao aperfeiçoamento tecnológico²⁹.

Faz-se necessário regulamentar e dar proteção jurídica ao uso de nomes, marcas de produtos e serviços, pois tais proteções geram benefícios concretos aos países que as exploram³⁰. Hoje, as novas tecnologias fazem parte de inúmeras transações comerciais – compra, venda, modificação, cópias, falsificações, permutas e furtos/roubos – ou seja, essas tecnologias possuem um certo preço, são valiosas. Em razão de sua cada vez maior valia, esses bens intangíveis necessitam de um sistema de proteção de propriedade que os regule juridicamente³¹. O acesso ao conhecimento a essas novas tecnologias torna-se competitivo e alguns Estados o tratam como impreterível ao desenvolvimento. Em consequência, surgem pressões para proteção e privatização desse conhecimento³².

A tecnologia, ou a apropriação dos conhecimentos técnico-científicos para fins de reprodutibilidade da riqueza sempre esteve presente ao longo deste processo, inicialmente como parcela não-explicita dos bens produzidos e comercializados, cujo valor não era devidamente conhecido e, posteriormente como algo que passa a adquirir uma importância crescente, dada a necessidade de começar a ser calculada a contribuição destes ativos intangíveis para o conjunto das forças produtivas da economia³³.

²⁷ BERLINGER, Giovani; GARRAFA, Volnei. **O mercado humano**. 2. ed. Brasília: UnB, 2001, p. 98.

²⁸ BARRAL, Welber; PIMENTEL, Luiz Otavio. **Propriedade intelectual e desenvolvimento**. Florianópolis: Boiteux, 2007, p. 234.

²⁹ TRIDENTE, Alessandra. **Direito Autoral**. Paradoxos e contribuições para a revisão da tecnologia jurídica do século XXI. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 45.

³⁰ BARRAL, 2007, pp. 233-235.

³¹ EMERICK, Maria Celeste. MONTENEGRO, Karla Bernardo Mattoso; DEGRAVE, Wim (orgs). **Novas tecnologias na genética humana: avanços e impactos para a saúde**. Rio de Janeiro: GESTEC-Nit, 2007, 252 p., p. 43. Disponível em: <http://www.ghente.org/publicacoes/novas_tecnologias/novas_tecnologias_completo.pdf>. Acesso em: 13 nov. 2014, p. 222.

³² EMERICK, 2007, pp. 219-220.

³³ EMERICK, 2007, p. 217.

Com o desenvolvimento se faz necessário dar novos suportes de fixação de conteúdos, sendo imprescindível que a lei acompanhe esse desenvolvimento modificando-se os antigos parâmetros de proteção para contemplar novos parâmetros de proteção que antes eram impensáveis. É imperativo que o direito amplie sua proteção positiva progressivamente, sendo de competência do direito autoral dar novos suportes legislativos às novas tecnologias.³⁴³⁵

Com o advento das grandes corporações atuando já numa fase mais concentrada de capitais, ao final do século XIX e início do século XX, o processo de formação dos grandes oligopólios fabris demandará a introdução de novos métodos de gestão da produção e comercialização, ocasião em que se inicia um acelerado processo de diversificação e diferenciação da produção, agora movendo-se em direção aos mercados externos. Era a globalização industrial já em franca marcha. Este contexto propicia o estabelecimento de regras para o ordenamento do Sistema Internacional de Propriedade Intelectual³⁶.

No tocante a proteção e ao fomento do desenvolvimento tecnológico, podemos citar evolução das regulamentações que dizem respeito aos direitos da propriedade intelectual na esfera internacional como é o caso das Convenções de Paris (1883) e Berna (1886), e o acordo multilateral sobre propriedade intelectual desenvolvido na Organização Mundial do Comércio (OMC) – TRIPs ³⁷.

A Convenção representa um dos primeiros atos internacionais de caráter multilateral e tem como objetivo inicial a harmonização da diversidade de legislações entre os Estados [...]. Os direitos protegidos pela Convenção da União de Paris compreendem: patentes; modelos de utilidade; desenho industrial; marca de indústria e de comércio; marcas de serviço; nome concorrencial; indicações de procedência ou denominação de origem; repressão à concorrência desleal³⁸.

O primeiro acordo multilateral regulamentando a matéria da propriedade intelectual foi a Convenção de Paris, que entrou em vigor em 1883, sendo ratificada pelo Brasil em 1976. Sua proteção não era muito rígida, sendo dirigida a produtos que simulassem apenas uma falsa origem (BARRAL, 2007, p. 234).

A Convenção da União de Berna, assim como a Convenção da União de Paris, trouxe para si a competência de solucionar eventuais controvérsias entre os Estados-membros, quando além de harmonizar as diversas legislações acerca do tema, responsabilizou-se por dar essas soluções. Assim a Convenção de Berna atua como um órgão consultivo e serve um guia mínimo e proteção a ser seguido pelas legislações internas dos países membros³⁹.

Os direitos protegidos pela Convenção de Berna compreendem todas as produções de domínio literário, científico e artístico, qualquer que seja o modo ou a forma de expressão [...]. Protegem-se, portanto, direitos patrimoniais – dentre os quais traduções, reproduções, adaptações, representações, sempre que autorizadas pelo titular do direito – e direitos morais, representando o vínculo entre autor e obra⁴⁰.

³⁴ Um bom exemplo de suporte legislativo às novas tecnologias é a lei 10.973/2004, que estabelece medidas de incentivo à inovação e à pesquisa científica e tecnológica no ambiente produtivo, com vistas à capacitação e ao alcance da autonomia tecnológica e ao desenvolvimento industrial do País. Sobre o assunto, ver: BARBOSA, 2006, e, BOFF; TEIXEIRA, 2012.

³⁵ TRIDENTE, 2009, p. 46

³⁶ EMERICK, 2007, pp. 217-218

³⁷ BARRAL, 2007, p. 234.

³⁸ PRONER, 2007, pp. 104-105.

³⁹ PRONER, 2007, p. 107.

⁴⁰ PRONER, 2007, p. 107.

Após esses acordos surgiram ainda os Acordo de Madrid (1891) e o Acordo de Lisboa (1958). Com a evolução cada vez maior das relações comerciais internacionais entre os países, surgiram pressões no intuito de se criar uma regulamentações bilaterais mais eficientes para os direitos intelectuais. Nesse contexto, no OMC em regulamentar também os direitos da propriedade intelectual, incluindo as indicações geográficas. Emergia ainda a necessidade de regras que conduzissem eventuais controvérsias acerca da matéria. A partir, então, das negociações multilaterais, desenvolveu-se um acordo específico que regulamenta a propriedade intelectual no contexto da OMC – o TRIPs⁴¹. É na OMPI que se reúne sobre a mesma jurisdição, sobre um mesmo estatuto, todas as temáticas envolvendo propriedade intelectual, capaz de vincular todos os Estados-membros à observância universal de suas cláusulas, através do respeito e consideração da igualdade entre todas as nações⁴².

O TRIPs aborda questões que vão desde o direito do autor, a marca, a indicação geográfica, o desenho industrial até patentes, entre outros direitos. Consolidaram-se, ali, princípios gerais como o do Tratamento Geral da Nação Mais Favorecida (não oferecer a nenhum membro tratamento menos favorável que o concedido a outros membros), ou do Tratamento Nacional (não oferecer a nenhum membro tratamento menos favorável que o oferecido aos nacionais). Permitiu-se, ainda, que os membros implementassem medidas mais rígidas que as referidas no acordo, desde que não conflitassem com as regras ali previstas⁴³.

Sem dúvida nenhuma, foi o desenvolvimento tecnológico o mais importante elemento propulsor dos processos de expansão do direito autoral, sendo que em razão dessa expansão é que surgiram novos suportes protetivos⁴⁴.

Daí em diante, é marcante a preocupação dos textos legais em assegurar que a proteção do direito autoral se estenda não apenas aos suportes já existentes, como também a todos aqueles que possam algum dia vir a ser inventados no futuro⁴⁵.

Com o desenvolvimento da tecnologia, o velho paradigma – baseado somente em átomos ou em coisas corpóreas – deu lugar ao novo paradigma – agora também baseado em bits – capaz de organizar e estruturar toda a sociedade do conhecimento numa arquitetura em rede capaz de gerar lucros exponenciais⁴⁶.

Os novos paradigmas tecnológicos utilizam intensivamente conhecimentos científicos na fronteira do conhecimento. Verifica-se aceleração também no processo e na capacidade de codificação destes conhecimentos e de sua transmissão, armazenamento e processamento e da discussão dos mecanismos jurídicos de sua apropriação. Portanto, a utilização dos mecanismos de propriedade intelectual e o acompanhamento das mudanças deste sistema passam a ser cruciais⁴⁷.

⁴¹ BARRAL, 2007, p. 242.

⁴² PRONER, Carol. **Propriedade Intelectual e direitos humanos**. Sistema Internacional de Patentes e direito ao desenvolvimento. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2007, p. 107.

⁴³ BARRAL, 2007, p. 243.

⁴⁴ TRIDENTE, 2009, p. 48.

⁴⁵ TRIDENTE, 2009, p. 47.

⁴⁶ BARRAL, 2007, p. 59.

⁴⁷ EMERICK, 2007, p. 219.

No quesito de proteção a bens incorpóreos ou intangíveis, a Lei de Propriedade Industrial – Lei nº 9.279/96 – assegura “ao autor de invenção ou modelo de utilidade será assegurado o direito de obter a patente que lhe garanta a propriedade [...]” (artigo 6º). As patentes industriais outorgam a seu titular, durante um período determinado, o monopólio de sua exploração. Ou seja, o titular do direito patentário é detentor do direito de uso exclusivo do produto ou do processo objeto da patente, durante vinte anos, sendo que se sua anuência, não se poderá utilizar tal matéria⁴⁸.

Em razão de seus altos valores agregados, o desenvolvimento tecnológico está efetivamente criando uma nova realidade econômica de cada vez maior competitividade global⁴⁹. Essa competitividade tem por característica a incerteza, sendo que esta é o próprio resultado da inovação tecnológica. Na era do conhecimento, seu acesso e a capacidade de gerá-lo, apreendê-lo, acumulá-lo e usá-lo, tornam-se indexadores de uma competitividade no tocante ao desenvolvimento de determinadas regiões, empresas e nações. Por esta razão aumenta-se as pressões de privatização do conhecimento e proteção pelo sistema de patentes⁵⁰. Assim, criam-se novas exigências, novos problemas que precisam da técnica jurídica para sua solução.

Ainda existem grandes desafios a serem enfrentados e potencialidades a serem desenvolvidas e exploradas no tocante à inovação, legislação, infraestrutura, investimentos na área da biotecnologia, pois é preciso criar um ambiente adequado, seguro e atrativo, capaz de estimular o desenvolvimento do setor⁵¹.

A propriedade intelectual torna-se, por vezes, matéria tormentosa quando perdemos de vista o real significado de sua função na vida econômica, elemento basilar que impulsiona sua criação e atualização normativa. Quando pensamos na atividade econômica estamos englobando todo o mecanismo em operação, desde a esfera da produção até a da comercialização dos bens. As criações intelectuais serão utilizadas em cada uma dessas etapas, desempenhando funções diferenciadas, tendo em vista as necessidades do sistema econômico. As necessidades requeridas em cada uma dessas etapas, no que tange às criações intelectuais, deverão atender aos ditames do incremento da eficiência econômica em cada uma delas. Em outras palavras, a busca pelo aumento da produtividade, à etapa da produção, requer, dentre outros elementos, a introdução permanente de conhecimentos técnicos, novos ou não, sendo a novidade o elemento diferenciador que poderá gerar ganhos de eficiência (elevação da produtividade e redução dos custos) no processo competitivo⁵².

As criações intelectuais são destinadas a promover a eficiência das diversas etapas descritas acima e por esta razão o instituto jurídico das patentes e o modo como as mesmas são comercializadas merece proteção⁵³. No entanto, essa mesma proteção aponta para um resultado negativo.

Um retrocesso apontado no Relatório do Desenvolvimento Humano (2001) é a falta de limitação da comercialização sobre os direitos de propriedade intelectual, isto é, inovação tecnológica. As patentes limitam o acesso à tecnologia, logo, de avanços importantes e fundamentais para a melhoria da qualidade de vida nos países

⁴⁸ EMERICK, 2007, p. 223

⁴⁹ FELIPE, Maria Sueli Soares. Desenvolvimento tecnológico e inovação no Brasil: desafios na área de biotecnologia. In: **Novos estudos – CEBRAP. nº 78**. São Paulo. July 2007. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0101-33002007000200002&script=sci_arttext>. Acesso em: 13 nov. 2011.⁵⁰ EMERICK, 2007, pp. 219-220.

⁵⁰ EMERICK, 2007, pp. 219-220.

⁵¹ FELIPE, 2007, s.p..

⁵² EMERICK, 2007, p. 220.

⁵³ EMERICK, 2007, p. 221.

periféricos, como a patente de combinação de medicamentos antirretrovirais. Outras vezes, empresas privadas patenteiam inovações de conhecimento tradicional, como uso de plantas medicinais pelos índios na Amazônia, limitando o acesso dos países de origem ao conhecimento. Existe um fator de exclusão grande, porque o uso da propriedade intelectual está a serviço das grandes corporações.⁵⁴

Verifica-se que em alguns casos, o sistema de patentes está retardando algumas pesquisas científicas, em razão do consequente sigilo das mesmas, que acaba proibindo, por exemplo, que outras instituições científicas estudem terapias novas terapias para úlcera gástrica e contra tumores que ela possa a vir gerar, bem como para tuberculose e para a lepra, em razão de que numeras sequencias de DNA humano foram patenteados por determinadas instituições, sendo-lhe o estudo acerca destes, exclusivo⁵⁵.

A sequencia do genoma da *Maycobacteriumtuberculosis* da *Mycobacterium lepra*etambém tornaram-se a propriedade da empresa que as identificou, ainda que só em parte, e essas empresas se recusam a dar informações sobre as sequencias aquém quer que seja. Esse caso é ainda mais grave pelo fato de que tanto os financiamentos, quanto os matérias de origem, ou seja, as colônias de bactérias experimentais, haviam sido concedidos a outras instituições (O Instituto Pasteur, de Paris, e a Universidade Albert Einstein, de Nova Iorque) com a condição clara de que os resultados das pesquisas fossem transformados em propriedade pública⁵⁶.

Graças ao sistema de patentes, instituições passam a exigir a posse de determinados segmentos de nosso território interno, reclamando para si, assim como os conquistadores o faziam com as terras e com os povos por eles descobertos, passando a colonizá-los e explorá-los como bem queriam. Hoje a possibilidade de patentear a espécie humana e/ou seus microrganismos patogênicos é realidade. Há dez anos atrás, essa possibilidade para uso industrial exclusivo ou para pagamento de royalties era um hipótese considerada no mínimo, futurista⁵⁷.

O tema das patentes da espécie humana foi e continua sendo amplamente discutido por cientistas, juristas, filósofos, religiosos e dentre outros, no mundo inteiro⁵⁸.⁵⁹ Discute-se transplantes de células e de material genético para cura de algumas doenças, clonagem de células somáticas e terminais, mapeamento integral do genoma humano, vacinas mais eficientes graças a recombinação do DNA, utilização de células tronco, reprodução assistida, venda de espermatozoides, venda dos óvulos, venda do útero, dentre outros.

3 DESENVOLVIMENTO E ECONOMIA: AS NOVAS TECNOLOGIAS E O MERCADO HUMANO

Em razão das novas tecnologias, do desenvolvimento, e de inúmeros fatores que afetam e consequentemente influenciam nossa sociedade, vislumbramos a familiarização da opinião pública com essas cada vez mais recentes descobertas: “[...] transplantes de células e de material genético para a cura de algumas

⁵⁴ ALMEIDA, Marco Antonio Bettine de. Inovação Tecnológica e Desenvolvimento Humano: aspectos importantes para a análise da qualidade de vida. In: GONÇALVES, AGUINALDO (Orgs). **Qualidade de vida e novas tecnologias**. CAMPINAS: IPES EDITORIAL, 2007, p. 54.

⁵⁵ BERLINGER; GARRAFA, 2001, p. 100.

⁵⁶ BERLINGER; GARRAFA, 2001, p. 100.

⁵⁷ BERLINGER; GARRAFA, 2001, p. 101.

⁵⁸ BERLINGER; GARRAFA, 2001, p. 104.

⁵⁹ Sobre o assunto, ver: EMERICK; MONTENEGRO; DEGRAVE, 2007.

doenças, a clonagem de células somáticas e germinais e, enfim, como *o projeto genoma* para o mapeamento integral do DNA humano”⁶⁰. Outro tema recorrente é o uso de células de determinadas fases do desenvolvimento humano que, por mais que ainda não exista mercado, é passível de discussões acerca de sua utilização para fins altruístas, bem como para práticas econômicas. Um exemplo marcante de como as novas tecnologias são influenciadas por fatores de mercado é o caso da reprodução assistida ou fecundação artificial humana, que teve sua origem na busca por uma solução para a esterilidade e que tornou-se uma oportunidade de exploração pelo mercado. Dessa busca para dar fim ao problema de esterilidade que acomete milhares de casais, já vislumbra-se a passagem das doações de esperma, óvulos e até mesmo útero, para a venda dos mesmos⁶¹.

[...] existem nesse campo casos velhos e novos, entrelaçados, referentes a outros *materiais* ligados às atividades de procriação. O uso de placentas humanas para fins cosméticos ou farmacêuticos, por exemplo, é antigo: o seu comércio levantou muitas discussões de cunho moral e controvérsias legais. Quanto à outras partes separadas do corpo, como as recolhidas depois das cirurgias, mas que ainda são utilizáveis para transplantes (a córnea sadia de um olho removido por causa de um tumor), prevaleceu na jurisprudência a tese de que fossem *res derelicta* (coisas enjeitadas) e, portanto *res nullius*. Foi considerado em muitas sentenças que o hospital ou outra instituição pudesse dispor delas por razões de utilidade pública, contanto que não houvesse uma declaração contrária da pessoa a qual havia pertencido, e que excluísse o comércio privado.⁶²

Até que ponto o ser humano pode estar inserido dentro desse novo mercado?. Quais são as regras dessa nova propriedade, transmissibilidade e coercibilidade do corpo humano?. Esse não somente um debate que se travará no âmbito jurídico, mas também no ético, pois a diferença entre doação e comercialização é por demais substancial⁶³.

A cada dia a comercialização do ser humano se difunde pela prática e encontra justificativas de ordem econômico-funcionais e até mesmo morais. Na área dos transplantes, nos últimos anos, registra-se notáveis progressos devido a novos conhecimentos, técnicas e novas tecnologias, como é o caso de medicamentos imunossupressores e aparelhos de auxílio cirúrgico. No plano econômico-funcional, justifica-se a onerosidade para efetuar o pagamento com as despesas de recolhimento, manuseio e conservação de material genético humano para posterior uso. Por fim, na área moral, registra-se a mudança um tanto quanto rápida das opiniões daqueles que visualizam e vivenciam as benesses trazidas pelas novas tecnologias⁶⁴.

É com o advento das novas tecnologias que nos deparamos com pensamentos de incerteza quanto à continuidade da raça humana se confrontarmos estes com o desenvolvimento – bom e ruim – desenfreado que influencia o mundo. Assim como o mar, metáfora da inconstância, do risco, do movimento que é contraposto à certeza e a segurança, as novas tecnologias nos fazem pensar e repensar algumas antigas seguranças, alguns modos de pensar⁶⁵.

⁶⁰ BERLINGER; GARRAFA, 2001, p. 101.

⁶¹ BERLINGER; GARRAFA, 2001, pp. 106-107.

⁶² BERLINGER; GARRAFA, 2001, p. 113.

⁶³ BERLINGER; GARRAFA, 2001, pp. 116-120.

⁶⁴ BERLINGER; GARRAFA, 2001, p. 124-142.

⁶⁵ ROSSI, 2000, pp. 23-24.

Essa incerteza que ameaça tornar inoperante a perspectiva ética de uma responsabilidade em relação ao futuro, a qual evidentemente não se limita à profecia do mal, tem de ser ela própria incluída na teoria ética e servir de motivo para um novo princípio, que, por seu turno, possa funcionar como uma prescrição prática [...]. Essa prescrição afirmaria, *grosso modo*, que *é necessário dar mais ouvidos à profecia da desgraça do que à profecia da salvação*⁶⁶.

As novas tecnologias, em seu âmago, possuem tanto a potencialidade de dar continuidade à vida humana como de inviabilizar a permanência destes na Terra, em razão do mercado atual – “devorante” –, isso porque o que se prega é um culto manipulador e desenfreado do ego consumista⁶⁷.

Os objetivos espaciais da economia de mercado, apreendida como ideologia única, visam a aumentar o número de consumidores como um projeto que atinge todo o globo. As inovações tecnológicas possuem aspecto determinante em tal concepção, porque o domínio destas, e da unidade técnica surgida, determina o desenvolvimento e a ideia de progresso⁶⁸.

Esse progresso a qualquer custo está sendo agudamente problematizada e desconstruído por intelectos mais bem equipados⁶⁹. A partir desses novos questionamentos, surgem indagações a respeito do papel do Estado, saúde, separação política e econômica, política social, dentre outros⁷⁰. Quando falamos de mercado humano, biotecnologia, não podemos nos dar ao “luxo” de errarmos. Não se pode fazer recall de biotecnologia, de genes.⁷¹

Graças às novas tecnologias e ao desenvolvimento, o mercado está se generalizando cada vez mais, abrangendo áreas até então cobertas somente pela ficção científica. A comercialização do ser humano está se tornando uma realidade cada vez mais costumeira. Uma vez que esta prática seja admitida e vulgarizada, diversos exploradores surgirão e uma mão de obra especializada será indispensável para a obtenção do produto final a ser colocado no mercado⁷². Quais são as partes do ser humano passíveis de comercialização, quais são os critérios dessa comercialização?

Já fizemos referências sobre as muitas classificações possíveis, ou melhor, necessárias, dentro desse mercado. Uma pode ser feita ‘com base nas condições do corpo: vivo ou morto’. Ela coloca em questão, obviamente, a definição de morte, a sua certificação, as garantias contra remoções apressadas e prematuras, além do tema da propriedade, disponibilidade e autorizações quanto ao uso do cadáver e de suas partes. Uma outra distinção, nos casos de remoções de órgãos feitas em pessoas vivas, pode ser realizada ‘com base na vontade do indivíduo’, isto é, na diferença profunda que existe entre o ato da adoção e o da comercialização⁷³.

⁶⁶ JONAS, 2006, p. 77.

⁶⁷ FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade**. Belo Horizonte: Forum, 2012, pp. 26-30.

⁶⁸ BOFF, Salete Oro; TEIXEIRA, Adam Hasselmann. A construção/efetivação da solidariedade diacrônica e o fomento à inovação tecnológica em energias renováveis: por uma cultura pautada pelo desenvolvimento sustentável. In: COSTA, Marli Marlene Moraes da; RODRIGUES, Hugo Thami. **Direito e políticas públicas V**. Curitiba: Multideia, 2012, p. 49.

⁶⁹ FREITAS, 2012, p. 30.

⁷⁰ VIANA, Ana Luiza D’ávila; IOZZI, Fabíola Lana Iozzi; ALBUQUERQUE, Mariana Vercesi De; BOUSQUAT, Aylene. Saúde, desenvolvimento e inovação tecnológica: nova perspectiva de abordagem e de investigação. **Lua Nova**. Nº. 83, São Paulo, 2011. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64452011000200003>. Acesso em: 13 nov. 2014.

⁷¹ Silvio Valle, tratando de segurança biológica, In: EMERICK, 2007, p. 43.

⁷² BERLINGER; GARRAFA, 2001, p. 95.

⁷³ BERLINGER; GARRAFA, 2001, p. 97.

Como diria Platão, “não há nada de novo sobre a terra”. A comercialização do ser humano já foi vivenciada pela humanidade – escravidão –, no entanto, “Os ciclos, os retornos, as ‘revoluções’, os ritmos da história não implicam necessariamente a repetição idêntica dos mesmos fatos”⁷⁴. No entanto, esses ciclos, retornos e “revoluções”, fluxos e refluxos da humanidade, períodos de florescimento e de “desertos e desolados”, épocas propícias ao saber e épocas infecundas, grandes epidemias, invasões bárbaras, nos fazem retornar com certa insistência a história da humanidade: “A história do mundo cresceu e se enriqueceu de infinitos experimentos e observações, mas o temor do novo e o comportamento superficial assumido em relação à Antiguidade impede os homens de ter esperança no futuro”⁷⁵. Portanto,

É preciso deixar de lado ‘os ventos leves da esperança’ e aprofundar as razões que nos autorizam a alimentá-la. Para não pecar por ingenuidade é oportuno fazer uso daquela ‘sabedoria política que desconfia por princípio e prevê sempre o pior nas coisas humanas’⁷⁶.

Em razão dos anseios da modernidade, para muitos entendido como um cântico vazio, uma ferramenta de propaganda que é destinado a camuflar produtos que verdadeiramente são nocivos à saúde ou que possuem discursos inócuos, necessitamos incorporar ao desenvolvimento das novas tecnologias a característica da sustentabilidade,⁷⁷ encarando todos os discursos das novas tecnologias e do mercado com uma certa desconfiança e visualizando a garantia do homem enquanto espécie duradoura e não momentânea⁷⁸.

Na busca do desenvolvimento humano, o conhecimento científico e tecnológico deve voltar-se para a melhora da qualidade de vida, para a inclusão social, para a redução das desigualdades e para a sustentabilidade [...] ⁷⁹.

É impreterível que o comportamento das pessoas e das organizações seja revisto em razão das inúmeras relações e inter-relações que mantemos na sociedade moderna com a atividade econômica, política, cultural e social⁸⁰. Se bem assimilada, a sustentabilidade assegura o bem-estar físico, psíquico e espiritual do ser humano, sem inviabilizar seu bem-estar futuro⁸¹. Sustentabilidade é dar “O papel eticamente correto, portanto, é o de salvar a humanidade dela mesma, enquanto é tempo, o que inclui tomar as inevitáveis medidas adaptativas”⁸². Naturalmente, a evolução das sociedades e das nações depende de um processo de desenvolvimento. Porém, esse desenvolvimento deve vir acompanhado da observância de certas características que levem em

⁷⁴ ROSSI, 2000, p. 41.

⁷⁵ ROSSI, 2000, p. 25.

⁷⁶ ROSSI, 2000, p. 31

⁷⁷ A sustentabilidade possui alcance muito maior do que simplesmente cuidar do “verde”, podemos citar algumas preocupações com o comportamento das pessoas e organizações com a sua responsabilidade social, ou seja: “[...] sustentabilidade significa pensar em referenciais arrojados, com *respeito consciente e pleno à titularidade dos direitos daqueles que ainda não nasceram e à ligação de todos os seres, acima das coisas*” (FREITAS, 2012, p. 34). Sobre o assunto, ver: MARO; GOLDSCHMIDT, 2012.

⁷⁸ FREITAS, 2012, p. 31

⁷⁹ BOFF, Salete Oro; FIOREZE, Renato. Políticas públicas para o processo de inovação no território: possibilidades e alternativas ao desenvolvimento. In: CUSTÓDIO, André Viana; COSTA, Marli Marlene Moraes da; STAHLHÖFER, Iásin Schäffer (orgs). **Direitos humanos, Constituição e políticas públicas**. Curitiba: Multideia, 2013, pp. 54-55.

⁸⁰ SILVA, Christian L.; SOUZA-LIMA, José E. **Políticas públicas e indicadores para o desenvolvimento sustentável**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 39.

⁸¹ FREITAS, 2012, p. 41

⁸² FREITAS, 2012, p. 41

consideração as inúmeras variáveis que envolvem as relações modernas⁸³. Diante de nossa possível finitude, o único desenvolvimento que nos interessa é aquele duradouro e homeostático, aquele que acompanha a permanência da raça humana na Terra, ou seja, a sustentabilidade desta⁸⁴.

Existe a esperança de que as novas tecnologias irão conduzir para vidas mais saudáveis, maiores liberdades sociais, conhecimento e meios de vida mais dignos. Essa crença, ao analisar os dados objetivos, é verdadeira, pois os avanços sociais do século XX apontam para a melhoria do desenvolvimento humano tendo íntima relação com os avanços tecnológicos⁸⁵.

A tecnologia é um instrumento neutro, porém, seu uso, é ideológico. Como instrumento que depende do homem, esta depende de seu livre arbítrio, ou do mercado de capitais para seu desenvolvimento e utilização⁸⁶. “A inovação tecnológica deve combinar o progresso técnico com o bem comum para que tenha melhor justificativa, não unicamente voltada à ideologia de mercado”⁸⁷. No entanto, o grande paradoxo conflitante na ciência moderna é que esta mesma tecnologia pode facilitar como destruir a vida humana, dependendo do modo de sua utilização. Vivemos em uma realidade de crescente desenvolvimento tecnológico, mapeamento genético, aumento e barateamento de possibilidades de comunicação, mas também em um mundo onde estudos acerca de novas técnicas de destruição em massa são constantes⁸⁸.

Assim sendo, “[...] para que o desenvolvimento para a sustentabilidade ocorra, é necessária a compreensão das transformações da sociedade e de seus impactos futuros, a partir das inter-relações entre as dimensões econômica, social e ambiental”⁸⁹, cabendo ao Estado, enquanto representante de seu papel clássico dentro do contrato social a competência de regular as ações dos diversos agentes sociais corrigindo eventuais “falhas” que são produzidas pelo mercado desenfreado⁹⁰.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Atualmente, diversos são os fatores e ideologias que afetam a vida em sociedade. A cada dia questões antes banais tornam-se corriqueiras e comuns. O que antes era impensado hoje se torna uma realidade, como é o caso da comercialização da espécie humana. Mas quais são as possibilidades e as potencialidades deste novo negócio? Diariamente novas técnicas, procedimentos, medicamentos, equipamentos surgem em “benefício” do ser humano. O progresso moderno registra novos conhecimentos na área da medicina de forma exponencial. No entanto, com esse desenvolvimento surgem diversos questionamentos de ordem ética e moral, afinal de contas o mundo é capitalista e não estará essa ideologia influenciando o desenvolvimento desenfreado e inseguro desse consumo?

⁸³ SILVA; SOUZA-LIMA, 2012, p. 39.

⁸⁴ FREITAS, 2012, p. 50.

⁸⁵ (ALMEIDA, 2007, p. 52.

⁸⁶ ALMEIDA, 2007, p. 53.

⁸⁷ BOFF; FIOREZE, 2013, p. 62.

⁸⁸ ALMEIDA, 2007, p. 53.

⁸⁹ SILVA; SOUZA-LIMA, 2010, p. 42.

⁹⁰ SILVA; SOUZA-LIMA, 2010, p. 79.

É principalmente com o advento das novas tecnologias que surgem pensamentos de incerteza quanto à continuidade da raça humana, pois essas novas tecnologias nos fazem repensar algumas antigas seguranças, alguns antigos modos de pensar. Busca de conhecimento, progresso, desenvolvimento, podem trazer inúmeras benesses para a humanidade como podem inviabilizar a permanência desta sobre a Terra, dependendo de quem detém essa tecnologia, ou de acordo com qual ideologia a utiliza. Por mais que tal comércio seja admitido, devemos sempre olhar com olhos de desconfiança, prevendo sempre o pior nas coisas humanas, pois a continuidade de uma espécie está em risco.

A evolução da sociedade depende do processo de desenvolvimento, das novas tecnologias, no entanto, esse desenvolvimento deve estar acompanhado de um desenvolvimento duradouro e homeostático da humanidade pois essa mesma tecnologia pode salvar ou dar fim a vida humana, dependendo do modo de sua utilização. Cabem portanto, estudos acerca da sustentabilidade dessas novas tecnologias, dos impactos atuais e futuros na sociedade, sua análise perante as dimensões sociais, ambiental e econômica, sendo de competência do Estado, regular essas novas tecnologias e prevenir suas falhas.

REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

ALMEIDA, Marco Antonio Bettine de. Inovação Tecnológica e Desenvolvimento Humano: aspectos importantes para a análise da qualidade de vida. In: GONÇALVES, AGUINALDO (Orgs). **Qualidade de vida e novas tecnologias**. CAMPINAS: IPES EDITORIAL, 2007.

BARRAL, Welber; PIMENTEL, Luiz Otavio. **Propriedade intelectual e desenvolvimento**. Florianópolis: Boiteux, 2007.

BERLINGER, Giovani; GARrafa, Volnei. **O mercado humano**. 2. ed. Brasília: UnB, 2001.

BOFF, Salete Oro; FIOREZE, Renato. Políticas públicas para o processo de inovação no território: possibilidades e alternativas ao desenvolvimento. In: CUSTÓDIO, André Viana; COSTA, Marli Marlene Moraes da; STAHLHÖFER, Iásin Schäffer (orgs). **Direitos humanos, Constituição e políticas públicas**. Curitiba: Multideia, 2013.

BOFF, Salete Oro; TEIXEIRA, Adam Hasselmann. A construção/efetivação da solidariedade diacrônica e o fomento à inovação tecnológica em energias renováveis: por uma cultura pautada pelo desenvolvimento sustentável. In: COSTA, Marli Marlene Moraes da; RODRIGUES, Hugo Thami. **Direito e políticas públicas V**. Curitiba: Multideia, 2012.

EMERICK, Maria Celeste. MONTENEGRO, Karla Bernardo Mattoso; DEGRAVE, Wim (orgs). **Novas tecnologias na genética humana: avanços e impactos para a saúde**. Rio de Janeiro: GESTEC-Nit, 2007, 252 p., p. 43. Disponível em: <http://www.ghente.org/publicacoes/novas_tecnologias/novas_tecnologias_completo.pdf>. Acesso em: 13 nov. 2014.

FELIPE, Maria Sueli Soares. Desenvolvimento tecnológico e inovação no Brasil: desafios na área de biotecnologia. In: **Novos estudos – CEBRAP. nº 78**. São Paulo. July 2007. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0101-33002007000200002&script=sci_arttext>. Acesso em: 13 nov. 2011.

FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade**. Belo Horizonte: Forum, 2012.

JONAS, Hans. **O princípio da responsabilidade**. Tradução Marijane Lisboa e Luiz Barros Montez. Rio de Janeiro: Contraponto, 2006.

PRONER, Carol. **Propriedade Intelectual e direitos humanos**. Sistema Internacional de Patentes e direito ao desenvolvimento. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2007, p. 107.

ROSSI, Paolo. **Naufrágios sem espectador**. A idéia de progresso. Trad. Álvaro Lorencini. São Paulo: UNESP, 2000.

SILVA, Christian L.; SOUZA-LIMA, José E. **Políticas públicas e indicadores para o desenvolvimento sustentável**. São Paulo: Saraiva, 2010.

TRIDENTE, Alessandra. **Direito Autoral**. Paradoxos e contribuições para a revisão da tecnologia jurídica do século XXI. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 45.

VIANA, Ana Luiza D'ávila; IOZZI, Fabíola Lana Iozzi; ALBUQUERQUE, Mariana Vercesi De; BOUSQUAT, Aylene. Saúde, desenvolvimento e inovação tecnológica: nova perspectiva de abordagem e de investigação. Lua Nova. N°. 83, São Paulo, 2011. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64452011000200003>. Acesso em: 13 nov. 2014.

RESUMOS - GT 1 - DIREITO, ECONOMIA E SUSTENTABILIDADE

ESTREITO LAÇO ENTRE O ESTADO, O MERCADO E O MEIO AMBIENTE

Tiago Roso¹

Karen Beltrame Becker Fritz²

RESUMO: A relação triangular que existe entre o Estado, o Mercado e o Meio Ambiente, não é algo hodierno. O mercado, como sabemos, age por seus instintos, isto é, ele é formado pelo conjunto de pessoas, que tomam suas decisões de trocarem bens ou serviços, de acordo com seus interesses individuais e incentivos que lhe são dados. Por sua vez, com o passar dos anos, sobretudo no século passado, tivemos períodos de forte crise econômica. Citamos como exemplo a crise dos anos 20 ocorrida especialmente nos Estados Unidos da América, provocando efeitos em todos os mercados mundiais. Neste período acreditava-se que o mercado poderia autorregular-se a ponto de conduzir ao equilíbrio por meio da chamada mão-invisível. Fato é que o mercado não foi capaz de equilibrar a situação, levando os mercados globais ao caos, no ano de 1929. A partir daí a doutrina ortodoxa passou a ser fortemente questionada. Na década seguinte, de 1930, surge uma corrente, encabeçada pelas ideias de John Maynard Keynes, que por sinal também era um liberal, sustentando uma maior atuação do Estado na economia por meio de fomento ao emprego. A doutrina Keynesiana passou a ser adotada com tanta força, que mesmo nos dias de hoje, temos políticas públicas baseadas em seus princípios. Por outro lado, a revolução industrial e a expansão tecnológica produziram efeitos disruptivos em um curto espaço de tempo. Os estados passaram a fomentar a exploração dos recursos naturais a níveis completamente insustentáveis. Assim, o presente estudo busca fazer um apanhado histórico, destacando a estreita relação que existe entre as causas e efeitos produzidos por estes três atores: o Estado, o Mercado e o Meio Ambiente, ressaltando que este último carece de representação.

¹ Bacharel em Direito pela Universidade de Passo Fundo (UPF). Pós-Graduado em Direito Processual Civil pela Universidade de Passo Fundo (UPF). Mestrando do Curso de Direito pela Universidade de Passo Fundo (UPF). Mestrando do curso de Território Urbanismo e Sustentabilidade Ambiental no Marco da Economia Circular pela Universidade de Alicante (UA). Advogado. E-mail: tiago_roso@hotmail.com.

² Graduada em Ciências Econômicas pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS) em 1997. Mestre em Economia Rural pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS) em 2000. Doutora em Desenvolvimento Rural pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS) em 2009. Pós Doutora em Direito pela Universidad de Sevilla (US) em 2018. Email: karenfritz@upf.br

SUSTENTABILIDADE E OBSOLESCÊNCIA PERCEPTIVA: A DIMENSÃO INSTRUMENTAL DA ESTÉTICA

Rafaela Rovani de Linhares¹

RESUMO: O presente trabalho tem como objetivo geral analisar se a obsolescência estética e perceptiva influencia os padrões de consumo insustentáveis do século XXI, no intuito de verificar uma resposta ao tema proposto, com o seguinte problema de pesquisa: Em uma sociedade de hiperconsumo, é possível verificar uma inter-relação entre obsolescência perceptiva e estética, como impedimento à concretização da Sustentabilidade Ambiental? Como hipótese, entende-se que, de fato, a obsolescência perceptiva, ao impulsionar o círculo vicioso da sociedade de consumo, acaba por perpetuar uma realidade que não condiz com os ideais da Sustentabilidade. Toda perspectiva voltada para a incorporação e prática da Sustentabilidade requer, como causa e consequência, uma atitude de cuidado. Em uma sociedade de (hiper)consumo, os bens e produtos comercializados são desenvolvidos sob a óptica capitalista. Dessa forma, um dos fatores que impulsiona o círculo vicioso de uma sociedade do consumo é a obsolescência, que, em termos de significado, compreende o processo de tornar um bem ou produto em obsoleto, diga-se, deixar de ser útil. Ademais, avançando-se no estudo, se verifica a existência de duas modalidades de obsolescência: a programada e a perceptiva. A obsolescência programada visa provocar uma substituição ou uma nova aquisição, a fim de que seja mantido o círculo de compra e venda de bens e produtos. Já a obsolescência perceptiva, também chamada de obsolescência percebida, consiste em uma “[...] estratégia de estimular necessidades e criar desejos no consumidor por meio do lançamento de novos produtos com características semelhantes, mas com *design* inovador [...]” (MAGALHÃES, 2017, p. 17). Logo, a obsolescência, em todas as suas formas, constitui uma perspectiva inversa à finalidade da Sustentabilidade, qual seja, a manutenção de todos os sistemas que compõem a imbrincada cadeia do planeta Terra. A racionalidade estética demanda a procura daquilo que é harmonioso, cujo objetivo é a integração pela agradabilidade. No entanto, ao invés da imagem causar essa força de união, muitas vezes segrega por criar novos desejos – muitas vezes – inalcançáveis financeiramente. A partir desses critérios, percebe-se que um dos grandes desafios para romper com esses desejos infinitos de consumo é viabilizar a Sustentabilidade, a partir da ruptura da lógica de destruição da Natureza, considerando a finitude dos recursos naturais do planeta. A partir do aporte teórico utilizado no trabalho, verificou-se que a hipótese de pesquisa fora confirmada, ou seja, a obsolescência perceptiva, impulsionada pela publicidade, ao tornar o ser humano cada vez mais refém do mercado de consumo, acaba por desenvolver um quadro alarmante de degradação ambiental. Nesse sentido, a Sustentabilidade aparece como uma categoria que visa romper com a lógica consumista de destruição da natureza, considerando a finitude dos recursos naturais e do planeta.

¹ Mestranda em Direito pela Faculdade Meridional – IMED, na linha de pesquisa Fundamentos do Direito, da Democracia e da Sustentabilidade. Bolsista CAPES. Participante do grupo de pesquisa Ética, Cidadania e Sustentabilidade. Bacharela em Direito pela Faculdade Meridional – IMED. E-mail: rafaelarovani@hotmail.com.

CRISE DE BIODIVERSIDADE E DESLOCAMENTO HUMANO: OS EFEITOS DA PERDA DA DIVERSIDADE DE ESPÉCIES SOBRE A DISTRIBUIÇÃO GEOGRÁFICA DE PESSOAS PELO GLOBO

Leura Dalla Riva¹

Milena Petters Melo²

RESUMO: No novo milênio, dentre os principais problemas a serem enfrentados pela humanidade, estão os riscos ecológicos e mudanças climáticas aceleradas em virtude da emissão de gases de efeito estufa pelas mais diversas ações antropogênicas desenvolvidas ao redor do globo. A elevação da temperatura terrestre ameaça não apenas a espécie humana, mas a própria sustentabilidade do meio ambiente nos seus ciclos vitais. Nesse cenário, cresce em relevância na pauta ecológica a discussão acerca dos efeitos de uma crise de biodiversidade, isto é, o desaparecimento da variedade de seres vivos em razão da contaminação geral, da degradação ou destruição de habitats pelas atividades humanas, bem como o papel exercido pela biopirataria e pela homogeneização de cultivos sobre as populações humanas. Ao mesmo tempo, o mundo convive hoje com o problema dos fluxos migratórios em uma escala que leva a se tratar o fenômeno das migrações forçadas como emergência humanitária. Considerando esse contexto, apresenta-se como problema de pesquisa a seguinte questão: Uma crise de biodiversidade pode gerar deslocamentos humanos pelo globo conforme ocasionado pelas mudanças climáticas decorrentes do aquecimento global? O objetivo da pesquisa é abordar os fluxos migratórios humanos como uma das consequências das mudanças climáticas ocasionadas pelo aquecimento global e refletir quais efeitos uma crise de biodiversidade poderia ocasionar sobre os índices de deslocamento humano forçado. Para responder ao problema proposto, pretende-se, através de uma pesquisa de base bibliográfica e análise de documentos, utilizando na abordagem o método dedutivo, explorar, inicialmente, os principais impactos da mudança climática decorrente do aquecimento global, com especial atenção ao papel exercido pelo modelo capitalista global de desenvolvimento das atividades humanas de produção e consumo. Em seguida, pretende-se abordar a crise de biodiversidade como uma realidade a ser enfrentada neste século XXI, ainda que menos conhecida que a mudança climática, e mesmo que relacionado com esta, não é menos preocupante e tem como seu indicador mais notável o desaparecimento de espécies de seres vivos em razão do impacto das ações antropogênicas como a biopirataria e a homogeneização dos cultivos. A diminuição da diversidade de espécies pode ocasionar severos problemas ambientais, fazendo com que a qualidade do meio ambiente passe a exercer ainda mais pressão sobre a localização dos grupos humanos e distribuição geográfica da população pelo globo. Por fim, a pesquisa apresentará alguns dos impactos do desaparecimento de espécies

¹ Graduada em Direito pela Universidade Regional de Blumenau (FURB). Mestranda em Direito pela Universidade Federal de Santa Maria (UFSM). Pesquisadora da Academia Brasileira de Direito Constitucional (ABDConst) e do Grupo de pesquisa Constitucionalismo, Cooperação e Internacionalização (CONSTINTER). Vinculada ao Grupo de Pesquisa, Ensino e Extensão Direitos Humanos e Mobilidade Humana Internacional (MIGRAIDH) da Universidade Federal de Santa Maria (UFSM). E-mail: leura-d@hotmail.com.

² Professora Titular de Direito Constitucional e Direitos Humanos e Sustentabilidade, Universidade Regional de Blumenau - FURB. Coordenadora do Núcleo de Estudos em Constitucionalismo, Internacionalização e Cooperação - CONSTINTER, FURB. Coordenadora para a Área Lusófona do Centro Euro-Americano sobre Políticas Constitucionais - CEDEUAM, Itália. Email: milenapetters@fubr.br

sobre as populações humanas. A crise da biodiversidade pode gerar a aparição de grandes epidemias, enfermidades de grande escala de cultivos básicos, afetar a produção agrícola de forma importante em um grande de número de países, bem como provocar alterações ambientais brutais que impulsionariam dramaticamente as migrações humanas. A perda de diversidade implica na destruição biológica de espécies fundamentais para manutenção do próprio ecossistema, o que compromete o desenvolvimento econômico e humano a longo prazo. Assim, tendo em vista que os grupos humanos precisam se adaptar ao meio ambiente em que vivem para se desenvolver, a falta de condições para manutenção do desenvolvimento e as graves privações socioeconômicas que podem ser ocasionadas por uma crise de biodiversidade pode levar ao surgimento de grandes ondas de deslocamento humano, seja interno ou internacional.

AS FALÁCIAS DA SUSTENTABILIDADE NO SISTEMA CAPITALISTA

Laís Franciele de Assumpção Wagner¹

Silvania Placatnic Saugo²

RESUMO: A globalização e a modernidade foram fatores importantes que contribuíram para o avanço tecnológico e industrial, este avanço se deu sobremaneira após a Revolução Industrial e com o surgimento do capitalismo como uma realidade mundial. O Estado moderno avançou muito no âmbito econômico nas últimas décadas, trazendo também, entre outros benefícios, a aproximação cultural e as novas tecnologias utilizadas em vários setores. Com efeito, o capitalismo e o consumismo tomam conta da maior parte do mundo. Mas o avanço não se deu apenas no âmbito da economia. É possível notar que com todos estes avanços o Constitucionalismo tomou conta de várias nações, em que modernizaram o reconhecimento de diversos direitos e positivaram direitos fundamentais. Após a revolução francesa, com o lema “liberdade, igualdade e fraternidade”, houve grande avanço aos direitos, não apenas nas garantias pessoais e sociais, mas principalmente em temas mais complexos e difusos. Estes direitos fundamentais, considerando dentro de uma visão tridimensional de Peces-Barba, caracterizam os direitos de primeira, segunda e terceira geração, sendo que dentre este último está o meio ambiente. Diante deste panorama, se buscará analisar a correlação entre o capitalismo e o meio ambiente, principalmente a influência do primeiro sobre a condição do segundo, investigando as possibilidades, reais ou não, da sustentabilidade estar presente dentro de um mundo preponderantemente capitalista. Entender a necessidade de se buscar métodos sustentáveis, a partir do princípio da solidariedade, se torna essencial na busca de salvaguardar uma administração equilibrada dos recursos naturais, a fim de garantir, na prática, a efetividade dos direitos fundamentais a nível global. A metodologia utilizada será instruída pelo método hipotético-dedutivo, onde será analisado bibliografia a respeito do tema, objetivando, por fim, verificar se no sistema capitalista, sustentabilidade é uma realidade viável ou uma utopia, como instrumento válido para a efetivação das garantias de terceira geração.

¹ Advogada. Mestranda e Pesquisadora Bolsista do PPG Direito da Universidade de Passo Fundo – UPF (2019-2021). Especializanda em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica – PUC Minas (2018-2019). Especialista em Direito Tributário e Empresarial pela Faculdade Meridional – IMED (2012). Graduada em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade de Passo Fundo – UPF (2010).

² Mestranda do Programa de Pós Graduação em Direito da Universidade de Passo Fundo – UPF (2019-2021). Graduada em Direito pela Universidade de Chapecó – UNOCHAPECÓ (2013)

A PRIVAÇÃO ECONÔMICA COMO PRIVAÇÃO DE ACESSO À JUSTIÇA: UM ESTUDO FRENTE AO ESTADO LIBERAL E AO ESTADO SOCIAL

Elias Noello Paranhos¹

Otávio Oliveira Dias²

RESUMO: A capacidade econômica de um indivíduo tem total relação com a possibilidade de o mesmo obter acesso à saúde, moradia digna, escola, qualificação e a própria justiça, visto que, no Brasil, os processos costumam serem demorados, necessitando de dispêndios com advogados e demais gastos judiciais. Ademais, conforme define Amartya Sen (2010, p. 16), "as liberdades dependem também de outros determinantes, como as disposições sociais e econômicas [...] e os direitos civis [...]". O Estado Liberal teve início com as Revoluções Burguesas, fortemente baseadas nas ideias de Locke, Rousseau, Montesquieu e Adam Smith. Esse último, considerado o pai do liberalismo, defendia a ideia de que a riqueza de uma nação não poderia depender da bondade de cada comerciante, mas sim de seus interesses próprios, pois, ao buscarem-nos, acabavam por prestar um favor a sociedade como um todo, muito embora esse não fosse o objetivo. Ao produzir o pão e vendê-lo, o padeiro deseja satisfazer a sua necessidade, porém ajuda o açougueiro a satisfazer a dele, criando, dessa forma, uma relação mútua de vantagens, mesmo que visando o interesse individual. Assim define Ângela Ganem (2000, p. 11), dizendo que "[...] os interesses privados são agraciados por uma mão invisível que os orienta para o bem-estar coletivo". Sendo assim, os interesses individuais é que geram a riqueza para um país, sem a necessidade de qualquer intervenção ou regulação estatal. Como antítese, no pós-guerra, surge o Estado Social, fortemente baseado nos ideais de Marx e Keynes, o primeiro fazendo uma crítica ao capitalismo, pois, em sua visão, explorava a mão-de-obra dos trabalhadores e o segundo propondo uma grande intervenção estatal, para que este viesse fornecer assistência ao indivíduo. Sua teoria baseava-se em um aumento exacerbado dos gastos públicos, dando créditos à população e incentivando o consumo. Isso, em tese, faria a economia circular e a riqueza dos indivíduos crescer. Nesse momento, então, os impostos deveriam ser aumentados, para que o déficit público fosse controlado e a economia se mantivesse estável, com os cidadãos já empregados e tendo sua renda elevada. Os ideais de Keynes e de economistas marxistas influenciaram a criação do *welfare state*, ou o Estado de bem-estar social, que tinha um forte assistencialismo, priorizando o coletivo em detrimento da vontade individual de cada um. Tendo em vista os paradigmas econômicos brevemente trabalhados, cabe aprofundar a relação que cada ideal possui com o Direito, dando ênfase ao acesso à justiça que cada cidadão consegue ter, porquanto muitas vezes os indivíduos não possuem condições de renda para pagar um advogado. Outrossim, a incerteza e o receio de precisar pagar os honorários da outra parte, tendo pouco poder aquisitivo, também contribui para a privação do acesso substantivo à justiça.

¹ Graduando do Curso de Direito, da Faculdade de Direito, da Universidade de Passo Fundo. Cidade de Passo Fundo, Rio Grande do Sul, Brasil. E-mail: paranhoselias35@gmail.com.

² Graduando do Curso de Direito, da Faculdade de Direito, da Universidade de Passo Fundo. Cidade de Passo Fundo, Rio Grande do Sul, Brasil. E-mail: otaviodias43@gmail.com.

A BUSCA PELA MITOLÓGICA VERDADE REAL E SEUS REFLEXOS NO LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO JUDICIAL

Luiz Fernando Pereira Neto¹

RESUMO: Busca-se no Direito, e em nosso caso no direito processual penal, demonstrar-se como uma determinada situação ocorreu, procurando apurar a verdade formal ou processual. Em outras palavras, a finalidade do processo penal, modernamente norteadada pela instrumentalidade constitucional, é de verificar a verdade formal quanto aos fatos ocorridos na busca de uma reconstituição daquele momento. De fato, o poder punitivo pertence ao Estado, e este somente poderá condenar alguém após instaurado o processo onde serão apresentadas as provas necessárias com relação aos fatos delituosos a fim de que o juiz após a análise delas possa decidir. O juiz deve ter a certeza de que o imputado realmente praticou a conduta incriminadora de que é acusado, para então poder condená-lo e aplicar a pena referente ao delito que cometeu. Se o juiz tiver dúvidas não poderá decidir pela condenação. No processo apuram-se as circunstâncias em que ocorreram os fatos, buscando apurar-se a verdade formal apresentada pelas provas e seu discernimento. Afastar-se deste intento e almejar somente o juízo subjetivo de certeza, parece-nos sim a verdadeira legitimação perversa dos resultados apurados no inquérito policial e no dizer de COUTINHO, “*toda a barbárie que o acompanha*”.² Ainda nos dias atuais convivemos com o mito da verdade real e a busca dessa “verdade” a qualquer preço. Essa visão tradicional do processo penal encontra-se ultrapassada diante da evolução das liberdades públicas e do próprio processo penal orientado pela Constituição brasileira. No que pesem as vozes doutrinárias dissonantes³, o processo penal deve seguir a orientação jurídica constitucional, que não acolhe o princípio da verdade real. Não podemos esquecer que estamos diante de um devido processo legal, com garantias a serem respeitadas, e que afastam inexoravelmente este princípio quando para verificar essa verdade permite-se que essas garantias sejam afetadas. Resta claro que presumir verdadeiros e sadios os atos de investigação, sem qualquer contestação de eventual ausência de contraditório, levam a admissão processual de atos administrativos, secretos e sem exercício de defesa. Na prática, como aponta AURY LOPES Jr., *essa presunção de veracidade dificilmente pode ser derrubada e parece haver sido criada em outro mundo, muito distinto de nossa realidade, em que denúncias, coação, tortura, maus tratos, enfim, toda espécie de prepotência policial constantemente são noticiados. Se alguma presunção deve ser estabelecida, é exatamente o oposto*⁴. Em suma, entendemos que o Estado Democrático de Direito impõe deveras um processo penal de partes e que nele só se admite a chamada verdade formal, - ou processualmente possível -, com o que de plano afasta-se o aproveitamento do Inquérito Policial como prova de condenação, salvo aquelas provas irrepetíveis ou produzidas antecipadamente

¹ Doutorando em Ciência Jurídica UNIVALI-SC. Mestre em Ciências Criminais PUC-RS, Especialista em Direito Penal UNISINOS-RS. Professor da Faculdade de Direito UPF-RS. Advogado.

² COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Glosas ao “Verdade, Dúvida e Certeza”, de Francesco Carnelutti, para os operadores jurídicos. Revista de Estudos Criminais. Porto Alegre, v. 4, n. 14, p. 90, 2004. págs. 12 e 14.

³ Por todos, TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo Penal, São Paulo: Saraiva, 2006.

⁴ LOPES Jr., Aury . Op. cit., pág. 199.

sob o manto do contraditório. E não se coloque em outro patamar investigação realizada pelo Ministério Público, já que igualmente será considerada fase preliminar ao processo, portanto, dele não fazendo parte. Admitir o contrário é cancelar o horrendo direito penal do terror, sob o pálio do propalado direito penal do autor.

A IMPORTÂNCIA DA RECICLAGEM DE RESÍDUOS HOSPITALARES E A SUA IMPRESCINDIBILIDADE AO MEIO AMBIENTE

Joline Picinin Cervi¹

Gabriel Dil²

RESUMO: No presente trabalho pretende-se desenvolver um estudo acerca dos resíduos sólidos gerados em hospitais, os denominados Resíduos Sólidos de Saúde (RSS), uma vez que, apesar de não representar grande monta, são de grande risco à sociedade e ao meio ambiente que vivemos. Em decorrência disso, tem-se como objetivo identificar se é possível a criação de medidas para reduzir os impactos ambientais causados por tais resíduos, sem perder a qualidade dos produtos utilizados no atendimento prestado pelos serviços de saúde. Visto que, diante da crescente inquietude a respeito das questões ambientais, as quantidades totais de resíduos sólidos gerados por toda sociedade têm se tornado um grande problema, em razão da falta de aterros sanitários e a difícil gestão destes resíduos. Ademais, os Resíduos de Serviços de Saúde (RSS) devem ser geridos de maneira mais eficaz e, no decorrer deste trabalho, serão desenvolvidas as formas que essa gestão pode ser feita, visto o desequilíbrio e a contaminação ambiental que podem ser causadas pela sua administração inadequada. Além do mais, pretende-se demonstrar a necessidade de uma intervenção segura no momento da geração, segregação, acondicionamento, manuseio, transporte, limpeza, tratamento, até a disposição final dos resíduos sólidos de saúde. Durante do progresso deste estudo, busca-se demonstrar a definição, a classificação e os prováveis tratamentos dos Resíduos Sólidos de Saúde, bem como os impactos negativos de uma má gestão destes resíduos para a natureza, além de demonstrar a importância de um meio ambiente ecologicamente equilibrado. Outrossim, o trabalho se enquadra no GT 1 - Direito, Economia e Sustentabilidade, visto que diz respeito a gestão de suprimentos e administração de materiais em organização de saúde.

¹ Pós-Graduada em Direito Previdenciário pela LFG. Mestranda em território, urbanismo e sustentabilidade ambiental no marco da economia circular pela universidade de Alicante, Espanha. Mestranda em Direito pela Universidade de Passo Fundo, com Bolsa CAPES/FAPERGS. E-mail: jolinepcervi@gmail.com

² Advogado. Pós Graduado em Ciências Criminais pela Universidade Estácio de Sá. Mestrando em Direito pela Universidade de Passo Fundo, com bolsa CAPES. E-mail: adv.gabrieldil@gmail.com

USO RACIONAL DA ÁGUA COMO FORMA DE GARANTIR A PRESERVAÇÃO AMBIENTAL E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Joline Picinin Cervi¹

Lídia de Paola Ritter²

RESUMO: O presente trabalho propõe apresentar que a água potável e de qualidade deve ser considerada como um direito fundamental para a existência de toda e qualquer forma de vida existente no planeta “*el agua es un elemento fundamental para toda la vida. En particular el agua dulce o es también para la actividad humana, y más aún si hablamos de agua potable o aunque fuere agua segura para el consumo humano*”³. Contudo, considerando o aumento populacional, sociedade consumista e a imprescindibilidade do uso da água, bem como que os recursos hídricos são finitos e devem estar sob tutela, percebe-se que “a escassez e o aumento dos conflitos pelo uso da água geraram a emergência da conservação e do reúso como componentes formais da gestão de recursos hídricos”⁴. Para tanto, com o intuito de garantir o princípio da dignidade da pessoa humana, busca-se demonstrar a necessidade da preservação da água e os problemas causados diante da sua escassez, sendo abordada a importância do uso racional da água, bem como o impacto da cobrança do uso da água no comportamento do usuário e seus reflexos ao meio ambiente. O estudo proposto refere-se à pesquisa básica, que tem como base lógica operacional o método hipotético-dedutivo. Quanto ao método de procedimento, este será o monográfico e estatístico. Como instrumento para a realização do processo investigatório, utiliza-se a técnica documental e a bibliográfica, com suporte em instrumentos normativos e legislações.

¹ Pós-Graduada em Direito Previdenciário pela LFG. Mestranda em Direito pela Universidade de Passo Fundo. Bolsista FAPERGS/CAPE. Mestranda em território, urbanismo e sustentabilidade ambiental no marco da economia circular pela Universidade de Alicante, Espanha. E-mail: jolinepcervi@gmail.com.

² Mestranda em Direito na Universidade de Passo Fundo (UPF). Bolsista CAPES. Advogada. Bacharel em Direito (UNIJUÍ). Integrante do Projeto de Pesquisa: “Proteção Jurídico Ambiental Transnacional e o Paradigma da Sustentabilidade no Novo Constitucionalismo Latino Americano”. E-mail: lidiaritter26@gmail.com

³ ECHAIDE, Javier. **El derecho humano al agua potable y los tratados de protección recíproca de inversiones**. 1ª ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: La Ley, 2018. p. 10.

⁴ BICUDO, C.E.de M.; Tundisi, J.G.; Scheuenstuhl, M.C.B., orgs. **Águas do Brasil: análises estratégicas** / Carlos E. de M. Bicudo; José G. Tundisi; Marcos C. Barnsley Scheuenstuhl – São Paulo, Instituto de Botânica, 2010. p. 60.

REFORMA TRIBUTÁRIA: CONSIDERAÇÕES SOBRE A PEC 45

Julio Cesar Giacomini¹

RESUMO: Recentemente, a Câmara dos Deputados, em anunciada busca de protagonismo, colocou em andamento, por iniciativa do Deputado Baleia Rossi, a PEC no. 45/2019, pretendendo Alterar o Sistema Tributário Nacional e promover “uma ampla reforma do modelo brasileiro de tributação de bens e serviços, através de substituição de cinco tributos atuais por um único imposto sobre bens e serviços”. Tal proposição toma como referência a proposta de reforma tributária desenvolvida pelo Centro de Cidadania Fiscal, criado para promover a discussão de melhorias do Sistema Tributário Brasileiro. Vem a proposta no sentido de promover grande simplificação no mencionado Sistema, pretendendo obter redução dos custos burocráticos do recolhimento dos tributos, o que poderia resultar em aumento de produtividade e renda no Brasil. Protocolizada a proposta a mesma foi submetida à Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania, onde, relatada pelo Deputado João Roma, foi aprovada, devendo prosseguir em seus trâmites até a Comissão Especial que será formada para burlar a proposta mediante contribuições que inevitavelmente surgirão, pela via das emendas. Ressalte-se que, por enquanto a PEC 45 retrata pretendido protagonismo da Câmara dos Deputados, estando ainda na fase inicial da sua tramitação, mas que o governo federal fará, no tempo oportuno os seus aportes, conforme já anunciou o Secretário da Receita Federal. A reforma tributária é desejo manifesto pelos mais variados setores da sociedade brasileira ante a percepção de que o sistema tributário nacional se revela ineficiente e incapaz de atender aos interesses dos cidadãos. Desde o início do da década passada discute-se possível reforma tributária, mas o que tem prevalecido são pequenos ajustes sem maior profundidade os quais via de regra, destinam-se muito mais a satisfazer a necessidade crescente de carrear recursos aos cofres públicos, do que uma proposta que enfrente questões mais profundas, o que no dizer de Paulo Roberto Carvalho “uma coisa é afirmar que o sistema está bem organizado, que funciona bem; outra coisa muito diferente, é dizer que o sistema funciona para o bem”. Ainda segundo ele “o sistema tem funcionado apenas para aumentar a carga tributária, ou seja, ele não tem funcionado para o bem”. A vontade manifesta pela Câmara dos Deputados em assumir o protagonismo na reforma tributária deve ser saudado, mas é preciso lembrar que esse é um tema que interessa a múltiplos atores. Nesse sentido, recentemente a Frente Parlamentar pela Reforma Tributária realizou audiência pública no salão de atos da Faculdade de Direito da UPF colhendo sugestões da comunidade regional sobre o tema bem como apresentando os dados de que já dispõe, o que deve ser reconhecido como uma bela iniciativa, no sentido de dar transparência e proporcionar participação no debate. Em todo esse contexto, o que se pode perceber é que pessoas físicas e as empresas clamam por uma reforma capaz de aliviar a onerosidade excessiva que recai, tanto sobre as pessoas como sobre a atividade econômica em geral, dificultando a vida daqueles que empreendem e pretendem empreender. Por outro lado existe a questão federativa, que requer um exame mais acurado na partilha da tributação, hoje excessivamente concentrada na União, numa época de cofres raspados e de déficit primário solapando as possibilidades de

¹ Mestre em Direito Público pela UNISINOS, Especialista em Direito Público pela UFSC, Especialista em Direito Tributário pela UPF, Professor do Curso de Direito da Universidade de Passo Fundo. Advogado. E-mail: juliocesar@upf.br

sustentabilidade de qualquer um dos entes federativos. Logo, difícil pensar em algo que resulte em diminuição de recursos, num contexto todos aspiram obter mais(Estados e Municípios) e a União talvez pretenda deixar tudo como está, neste quesito. Enfrentar os desafios com criatividade adotando uma reformulação do sistema capaz de simplificá-lo, ao mesmo tempo em que não resulte em perdas de recursos para os combalidos cofres públicos, estabelecendo generoso tempo de transição de uma regra para outra, talvez seja a solução possível para o desafio gigantesco que se impõe.

RESUMOS - GT – 2 - TENDÊNCIA E PERSPECTIVAS DO NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO

NEOCOLONIZAÇÃO, EUROCENTRISMO, CONHECIMENTO E AMÉRICA LATINA

Jacson Bacin Vicente¹

Maira Angélica Dal Conte Tonial²

RESUMO: Em uma observação pragmática da sociedade mundial, verifica-se os caracteres da globalização exercendo total influência nos mais diversos sistemas e blocos econômicos, à exemplo da América Latina, que permanece hodiernamente, sob domínio (direto e indireto) dos países colonizadores do eixo eurocentrista (e americano), seja sobre o viés econômico, cultural e preocupantemente, intelectual; dinâmica que incide diretamente nos sistemas dos seus ordenamentos jurídicos e na efetivação dos direitos fundamentais, garantidos em suas Constituições. Nesse cenário, a nova colonização busca os mais diversos objetos de seu intento, desde mão-de-obra barata ou módica, matéria-prima, recursos hídricos e novas fontes de exploração, biológica, fauna, flora e animal. Destarte, não se está frente a meras negociações emergidas da transnacionalização, mas de estratégia comercial calculada para atender determinados Estados de centro, utilizando-se de países ditos de semiperiferia e periferia. A elaboração intelectual do processo de modernidade produziu uma perspectiva de conhecimento e um modo de produzir conhecimento que demonstram o caráter do padrão mundial de poder: colonial/moderno, capitalista e eurocentrado. Essa perspectiva e modo concreto de produzir conhecimento se reconhecem como eurocentrismo. Esse fenômeno está mais enraizado que nunca, em questões cotidianas, negociais, estratégicas, intelectuais, jurídicas, políticas e econômicas. A América Latina, desde sua colonização, mantém-se como reduto de fornecimento de capital para os países ditos de centro, que aqui buscam os recursos necessários para conservarem seu estilo de vida e hegemonia do capital. Em um conjeturar mais amplo e voltado ao escopo acadêmico, a produção do conhecimento nas cátedras latinas, continua reproduzindo fórmulas, teses, pensamentos e teoremas que não condizem, há muito, com a realidade vivenciada pela população, governo e organizações. Em consequência, importa-se, consome-se e crê-se, que não há outra maneira de se produzir conhecimento e que a matéria além-mar, sempre será mais qualificada e seu *status*, mais brilhante e digno do que aquele pensado e elaborado por aquele(a)s que vivenciam a realidade local, conhecem os temores, necessidades e angústias de seu povo, suas leis e sistemas. Os fenômenos e reflexos analisados, parcialmente, no presente ensaio, demonstram que as consequências de um pensar limitado e arraigado as conexões com países que exploram de variadas maneiras um continente, aplicando fórmulas econômicas e políticas de alta complexidade, não destoam do neocolonialismo, ainda que de boas intenções, várias dessas limitações, venham rotuladas; não há que se confundir com as fomentações de capitais, que mais retiram do que fornecem aos países acunhados de semiperiferia (Brasil) e periferia, haja vista que a transnacionalização permite um verdadeiro assolar desses países, sem que se denote qualquer fiscalização mais incisiva nas consequências que os “relacionamentos” comerciais produzem na população

¹ Doutorando em Direito (URI), Mestre em Direito (UNISC), Especialista em Processo Civil e Constitucional (UPF). Professor no Curso de Direito da Universidade de Passo Fundo. Advogado. E-mail: jacsonvicente@upf.br - Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4712585551593875>.

² Doutoranda pela Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI), Mestra em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Professora no Curso de Direito da Universidade de Passo Fundo. Advogada. E-mail: mairatonial@upf.br - Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0212344315200902>.

(principalmente a mais frágil e hipossuficiente), que permanece entorpecida pelas ideologias apregoadas e assimiladas como verdades absolutas.

A COLONIALIDADE DO SABER A PARTIR DA IDEIA DE ESTADO DE NATUREZA DE HOBBS, LOCKE E ROUSSEAU

Valdemir José Debastiani¹

RESUMO: A narrativa histórica oficial trata dos povos colonizados pela Europa em nível inferior na escala de desenvolvimento. Estes parâmetros comparativos foram criados a partir do ponto de vista do colonizador que aceita a ideia de que as sociedades modernas europeias estão em estágio mais avançado e aperfeiçoado em relação as suas colônias, que vivem uma espécie de estado da natureza. O problema de pesquisa interroga: Como se dá a colonialidade do saber europeu a partir do conceito de estado de natureza dos filósofos iluministas Hobbes, Locke e Rousseau. Objetivo: Refletir sobre a colonialidade do saber a partir da ideia do estado de natureza iluminista europeu dos filósofos Hobbes, Locke e Rousseau. Procedimentos metodológicos: A pesquisa abrange discussões teóricas, utilizando-se o método dedutivo e abordagem qualitativa, por meio da técnica de pesquisa bibliográfica. Aporte teórico: para os pensadores Iluministas, no passado, a humanidade havia conhecido uma vida social que, por sua simplicidade e ausência de certas instituições, como o Estado, a Religião, a propriedade privada entre outras, se diferenciavam substancialmente da ordem social moderna, a que a Europa chegara. Ao estado primitivo que a humanidade viveu, estes nomearam de ‘estado de natureza’. Para Hobbes, o estado de natureza é a antítese da sociedade civil, e que conforme os povos evoluem, rompem com este estágio primitivo constituindo o estado civil por meio do contrato social. Para ele, o estado de natureza se caracteriza pela ‘guerra de todos contra todos’ justificando sua famosa máxima de que o ‘homem é o lobo do homem’. Diferente de Hobbes, Locke afirma que as pessoas em estado de natureza não vivem em guerra, tendem a uma vida pacífica por sua condição de liberdade e igualdade. Ao nascer os indivíduos recebem da natureza, o direito à vida e à liberdade, e aos bens que tornam possíveis os dois primeiros. Porém, buscam sair do estado de natureza através de um contrato social, personificado no Estado, mediador e garantidor da propriedade. Tanto, Hobbes como Locke tem contato com os relatos dos colonizadores europeus sobre os povos americanos, que servem de fundamento para suas ideias acerca do estado de natureza. Para Rousseau afirma que o ser humano nasce bom e a sociedade o corrompe. O ‘bom selvagem’ é livre e feliz, inocente e incapaz de praticar o mal, como os outros animais. Porém, mesmo que fosse melhor e feliz no estado de natureza, Rousseau, entende que a humanidade deveria evoluir e não regredir a estágios inferiores. Dessa forma, observa-se que o entendimento de ‘estado de natureza’ diverge substancialmente em questões pontuais aos autores, contudo, serviu de justificção para imposição da maneira de vida do ‘homem civilizado’ europeu sobre as culturas denominadas primitivas americanas. Há uma imposição de forma de vida e de pensar sem levar em conta os saberes locais. Estes seres humanos deveriam ser domesticados através da imposição de uma

¹ Mestre em Educação pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões - URI Campus de Frederico Westphalen Professor na Universidade do Contestado - UnC, Campus de Concórdia – SC, Integrante do grupo de pesquisas Dimensões do Poder, Gênero e Diversidade do PPGDireito da Universidade de Passo Fundo – UPF. Contato: vdebastiani@hotmail.com

verdade exterior, para seu próprio bem com o pretexto de ajudar na sua evolução e salvação. Conclusão: Através de um imaginário de conhecimento ‘elevado’ que o europeu impôs, se constitui um discurso de conhecimento/saber superior para justificar a imposição de suas verdades. Dessa forma, a colonialidade se outorga no poder de definir o que é saber, o que é humanidade, o que é direito, restando aos colonizados a subserviência de tais imposições.

O VALOR DA DIGNIDADE HUMANA EM RELAÇÃO AO TRABALHO OPTADO E A LIBERDADE DO INDIVÍDUO

Elisa Bedin Siqueira¹

RESUMO: A Dignidade Humana do indivíduo, em específico foco no valor comunitário, que faz panorama com os Direitos Fundamentais de todos os seres humanos em relação a sua comunidade de vivência, é extremamente válida na maioria dos casos com significados, ou, desvalorizações humanas de modo universal. Contudo, esse conteúdo da Dignidade, mesmo sendo mais importante que a vida, pode contrariar a própria liberdade de opção de trabalho da pessoa humana. Um exemplo para analisar a situação de modo amplo, e ao mesmo tempo individual, é o caso dos chamados *peep shows*, ocorridos na Alemanha, sendo eles shows aonde uma mulher, completamente sem roupas, dança, em uma cabine fechada, mediante remuneração, para um espectador individual que assiste ao show. Diante da situação, discutia-se a possibilidade de se conceder uma licença para o estabelecimento que executava o show, entretanto, a licença de funcionamento não foi concedida admirativamente. De modo amplo e universal, a situação da mulher, em relação com a Dignidade Humana, é totalmente ultrajante, e não pelo fato de estar completamente nua no ato, mas sim, pelo contexto do qual ela se encontraria dentro de uma cabine fechada, e oferecendo favores a homens, mesmo que não pudessem tocá-la; a mulher seria comparada a um objeto, para estímulo do interesse sexual dos telespectadores. E isso insulta, por consequência, a dignidade da pessoa humana, “que é um objetivo e valor inalienável, cujo respeito não pode ficar ao arbítrio do indivíduo”. De modo individual, os interessados na aprovação do concedimento da licença, argumentaram que a mulher estaria realizando aquele trabalho por livre e espontânea vontade, sendo considerado um trabalho comum, ou seja, deixando em aberto a liberdade da pessoa que escolheu o trabalho. Sendo assim, conclusivamente, a Liberdade é um direito fundamental para cada indivíduo, e nada obstante, em comparação a Dignidade Humana, a Liberdade, circunstanciadamente no trabalho, deve ser minuciosa no cuidado com a atenção da pessoa que está exercendo, porque sem a necessidade da cautela, o próprio indivíduo pode não saber que a situação ocorrida com si mesmo vai contra os princípios da Dignidade. A Dignidade Humana não pode ser menosprezada em comparação a Liberdade, sendo ela de qualquer tipo.

¹ Estudante do 2º ano do Centro de Ensino Médio Integrado UPF. Bolsista do grupo de pesquisa vinculado ao PIBIC integrado UPF com o tema “Relações Sociais e Dimensões de Poder, sob orientação da Professora Dra. Adriana Fasolo Pilati. E-mail: 174729@upf.br.

RESUMOS - GT-3 - DIREITOS HUMANOS: EFICÁCIA NO PLANO INTERNACIONAL

O TRABALHO EM AMBIENTE INSALUBRE PELA GESTANTE À LUZ DOS DIREITOS HUMANOS

Átila Alexandre Garcia Kogan¹

RESUMO: O presente estudo tem por objetivo analisar a redação artigo 394-A, da CLT, introduzida pela Lei 13.467/17, conhecida como Reforma Trabalhista, e que possibilitou o trabalho em ambientes insalubres pelas gestantes. A problemática central reside em confrontar a disposição legislativa com os direitos humanos e fundamentais, os quais são marcados por sua progressividade, devendo sempre se buscar a melhoria na condição dos trabalhadores através dos instrumentos normativos e práticas governamentais. Nesse cenário emerge a necessidade de se buscar, dentro da disciplina principiológica, argumentos e fundamentos que demonstrem a validade ou invalidade do disposto pela nova redação do artigo 394-A da CLT acerca do trabalho da gestante expostas a agentes insalubres. Nesse sentido, o objetivo geral é demonstrar como a norma jurídica posta confronta os direitos humanos e fundamentais e descarateriza todo um viés protetivo da redação anterior do dispositivo celetista à esta categoria de trabalhadoras que merecem tutela da ordem justralhista. O método usado foi o hipotético dedutivo. Com a pesquisa, concluiu-se que a permissão do trabalho de empregada gestante em atividade insalubre, conforme estabelecido no art. 394-A da CLT (Brasil, 1943, p. 108), contraria o princípio maior da proteção, previsto no art. 7º, XXII, da Constituição Federal de 1988 (Brasil, 1988, p. 6), bem como o direito de proteção à saúde e à maternidade, previstos no art. 6º, da Constituição Federal (Brasil, 1988, p. 6), com o que o dispositivo legal que permite o trabalho pela gestante representa um grave retrocesso social, afronta os direitos humanos, onde se incluem os fundamentais positivados, de proteção à vida, à saúde, a dignidade humana e mesmo o trabalho, razão pela qual padece de inconstitucionalidade.

¹ Mestrando em Direito pela UPF em dupla titulação com *Master em tecnologias e políticas públicas para la gestión ambiental* – Universidade de Alicante, Especializado em Processo Civil pela UCS. Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela UFPEL. Advogado, atila@kogan.com.br; atila@adylnet.com.br; 176318@upf.br.

**O COMPASSO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO
BRASILEIRO COM AS POLÍTICAS INTERNACIONAIS DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS
HUMANOS: UM OLHAR À INCLUSÃO DE ALUNOS COM NECESSIDADES ESPECIAIS NA
CIDADE DE CRICIÚMA – SC**

Arnaldo Fabiano Fenner¹
Julian Marcelino Araujo²

RESUMO: A atual contextualização de Estado democrático de direito exige, para sua melhor compreensão, reportar-se o olhar para a construção histórica do Estado Moderno. Na concepção Moderna de Estado de Direito, o mesmo passou por diferentes fases, elencadas na doutrina como: Estado Liberal, Estado Social e Estado Democrático. O Estado será limitado e, delineado, em cada momento histórico por uma geração de direitos fundamentais, que determinará as atuações do mesmo. (PEREZ LUÑO, 2012, p. 09). Ao discutir políticas públicas que viabilizam o acesso do cidadão ao ensino/instrução, percebe-se o respeito governamental sobre os princípios basilares do Estado Democrático de Direito. Parte-se para um recorte temático com olhar sobre as políticas públicas firmadas pelo Estado de Democrático de Direito brasileiro com vistas ao acesso à educação inclusiva como meio de potencializar a igualdade e o desenvolvimento humano. Contudo, essa iniciativa, ou os motivos pelos quais se elaboram políticas públicas, não estão restritos aos espaços nacionais dos Estados, há uma relevante atuação das organizações internacionais na regulação/recomendação de condutas estatais a serem desenvolvidas de acordo com padrões universais. Cabe destacar o objetivo quatro da Agenda de 2030 da ONU, que elencou o direito à educação inclusiva, como pilar do desenvolvimento, sendo formalmente reconhecido no âmbito dos novos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável das Nações Unidas: “Garantir a educação inclusiva de qualidade e equitativa e promover oportunidades de aprendizagem ao longo da vida para todos” (ONU, 2018).

A meta abordada no item 4.5 da Agenda 2030 propõe: “eliminar as disparidades de gênero na educação e garantir a igualdade de acesso a todos os níveis de educação e formação profissional para os mais vulneráveis, incluindo as pessoas com deficiência.” (ONU, 2018). Em 25 de agosto de 2009, pelo Decreto n. 6.949, o governo brasileiro promulgou a Convenção, que entende deficiência como “um processo em evolução e resulta da interação entre pessoas com deficiência e as barreiras devidas às atitudes e ao ambiente que impedem a plena e efetiva participação dessas pessoas na sociedade em igualdade de oportunidades com as demais pessoas”. (BRASIL, 2018). Entre as decisões políticas nacionais, além do mencionado Decreto, pode-se citar o Plano Decenal de Educação para Todos de 1993, a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional de 1996, o Plano Nacional de Educação de 2001, a Resolução 02/2001 do Conselho Nacional de Educação, que institui

¹ Mestrando em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Extremo Sul Catarinense (PPGD/UNESC); Bolsista pelo Programa de Suporte à Pós-Graduação de Instituições Comunitárias de Ensino Superior (PROSUC/CAPES) na linha de pesquisa em Direito, Sociedade e Estado; Bacharel em Direito pelas Faculdades Integradas Machado de Assis – FEMA; Pesquisador do Núcleo de Estudos em Estado, Política e Direito (NUPED/UNESC). E-mail: arnaldofenner@gmail.com

² Mestranda pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Extremo Sul Catarinense – UNESC; E-mail: advogadajulianaraujo@gmail.com

Diretrizes Nacionais para a Educação Especial na Educação Básica, a Lei 10.845 de 2004, o Decreto Lei 7.037 de 2009, e a Lei 13.146 de 2015. Na construção do desenvolvimento humano através da educação inclusiva de alunos com necessidades especiais, evidencia-se o princípio da igualdade, norte do atual modelo de Estado, quando do seu conceito podemos retirar a perspectiva de ampliação de escolhas, bem como o avanço na qualidade de vida de uma população. Faz-se necessário analisar, verificar e discutir em que medidas as políticas públicas para promover a educação inclusiva de alunos com necessidades especiais estão, mais do que viabilizando o acesso, mas possibilitando-lhe potencializar as suas capacidades e oportunidades para qualificar a sua igualdade no município de Criciúma – SC.

DIREITOS HUMANOS E CULTURA: A NECESSIDADE DE POLÍTICAS PÚBLICAS PELA DIGNIDADE E PARA A TRANSFORMAÇÃO SOCIAL

Edimar Alexandre Rezende¹

RESUMO: Ao se formular políticas culturais é necessário entender e compreender a cultura como um processo de criação de significados que oferecem sentido ao modo de vida e à existência das comunidades. Pensar na cultura como fator de desenvolvimento humano significa valorizar identidades individuais ou coletivas, promovendo a coesão comunitária. É por meio dela que as pessoas podem reconhecer-se mutuamente e desenvolver auto estima coletiva e entender o acesso à cultura como um direito garantido ao ser humano. A cultura é um dos elementos essenciais para a constituição da identidade e reconhecimento social e é um importante componente para o alargamento da consciência crítica humana. Ampliar o espectro daquilo que o indivíduo pode pensar sobre si próprio, sobre a realidade social que vive e as formas de agir sobre o mundo para modifica-lo. A consciência crítica é o fator fundamental para o as escolhas humanas. Neste sentido, a política pública para a cultura é o meio pelo qual os seres humanos podem se desenvolver e conduzir a humanidade à mudança em direção ao um novo caminho a uma utopia de um mundo de pessoas livres de privações, capazes de conduzir as suas próprias vidas, uma sociedade mais justa e menos desigual. Desta forma, este estudo, busca reflexões sobre a principal política de acesso a recursos fiscais destinados a cultura que são as Leis de Incentivo à Cultura, busca-se mostrar que junto a este processo de mercantilização e privatização destes recursos cabe ao Estado promover outras possibilidades de acesso ao recurso que é público observando o desenvolvimento local por meio da cultura. Para tanto é importante entender a cultura como direito assegurado ao ser humano e necessário para o fortalecimento da democracia, da economia, do desenvolvimento humano individual, coletivo e do trabalho, no combate às desigualdades sociais. Uma maneira de ver o acesso à cultura não apenas como algo que diverte e emociona, mas que, acima de tudo, permite pensar e agir de maneira crítica e cidadã.

¹ Mestrando do Programa de Pós Graduação Stricto Sensu em História da Universidade de Passo Fundo, com orientação do Professor Doutor Luiz Carlos Tau Golin. Possui bolsa oferecida pela instituição. Membro do Instituto Passofundense de Arte e Cultura e ator do Grupo Teatral Timbre de Galo. E-mail edi.alexandre@hotmail.com.

PERSPECTIVA PARA OS DIREITOS HUMANOS NA ATUALIDADE BRASILEIRA EM RELAÇÃO A IMIGRAÇÃO E A NOVA GERÊNCIA POLÍTICA

Jéssica Mendes Leite¹

RESUMO: O presente trabalho tem como objetivo fazer uma breve consideração sobre controvérsia da perspectiva para os direitos humanos na atualidade brasileira em relação a imigração recepcionada e a realização de políticas públicas no atual governo. Os direitos humanos nasceram da necessidade de uniformização da dignidade da pessoa humana, visando ser intrínseca à humanidade. Não é crível a negação ou a abdicação dos direitos humanos. Entretanto, tais direitos ainda não alcançam a todos de maneira equitativa. Assim, hoje o Brasil encontra-se em um lugar a pouco ocupado pela União Europeia em relação a vazão dos refugiados da guerra síria. Muito se assemelha nosso atual governo ao da França naquela situação. Emmanuel Macron, atual Presidente francês, age com planejamento para a organização e alocação dos refugiados visando um controle desta população e a possível gerência desta mão de obra visando a movimentação econômica do país e a consagração dos direitos humanos evitando que sejam tolhidos de maneira indiscriminada. Uma ideia de nacionalismo exacerbado não auxilia na integração desta população. Não realizar políticas públicas incentiva a informalidade destas pessoas em subempregos e o fortalecimento de favelas extremamente pobres, ou seja, a falta de controle do país e o sentimento de xenofobia resulta em um robustecimento da camada mais pobre da população. Ao negar um problema em sua raiz soma-se-o a questão da pobreza extrema, assegurando uma desigualdade que só tende a crescer, tornando as taxas de desemprego altíssimas o que acarreta ofertas de empregos com condições quase análogas às escravas que aproveitam-se dos grandes índices de desemprego, quando não, o reforço da criminalidade e marginalização da população não quista pela classe governante do país a qual em sua maioria encontra-se na faixa mais afortunada deste desequilíbrio. No caminho que segue a política brasileira com um viés conservador cristão em um sentido restrito quando a igreja segrega e não une tendo tendência a causar retrocessos as conquistas de direitos individuais sem qualquer observância a interpretação dos direitos previstos na Constituição ou em uma interpretação tendenciosamente restrita. Não haverá boas perspectivas para a seguridade dos direitos humanos no Brasil se não houver planejamento baseado em igualdade e preservação da dignidade, independente de qualquer manifestação de diferença. Um planejamento inteligente na inserção dos, de certa forma, excluídos no meio de trabalho com condições básicas para seu sustento e ascensão econômica é a primeira medida para a reorganização da desigualdade social gerando mais renda ao país para ser investida nos setores sociais básicos para que a economia comece a girar favoravelmente ao processo de desenvolvimento nacional o que ao diminuir a desigualdade alavanca a qualidade de vida da população.

¹ Bacharelada em Direito pela Universidade de Passo Fundo.

A RAZOÁVEL DURAÇÃO DAS DECISÕES JURÍDICAS COMO GARANTIA DOS DIREITOS HUMANOS

Camila Campos Bigliardi¹

Gabriela Klein²

RESUMO: A eficácia das decisões judiciais tem sido inconstante no cenário jurídico brasileiro, fato este que diretamente afeta a garantia dos direitos humanos fundamentais que assegura a Declaração Universal dos Direitos Humanos. Para exemplificar o problema, busca-se demonstrar, por meio do estudo de caso de um atendimento realizado no Serviço de Assistência Jurídica da Universidade de Passo Fundo (SAJUR), como a eficácia das decisões judiciais afeta os direitos humanos. O caso em questão trata-se de um pedido de danos morais, o qual foi atendido por sentença prolatada no Juizado Especial Cível da Comarca de Passo Fundo no ano de 2014, tendo o trânsito em julgado se dado no mesmo ano. A requerida, que restou condenada ao pagamento, vem protelando até o presente ano de 2019, tendo frustrado inúmeras vezes a decisão judicial. A demora deve-se principalmente pela configuração de uma cessão empresarial que resultou num obstáculo concreto para o alcance dos bens da demandada que serviriam para a satisfação da obrigação, que mesmo após o lapso temporal de cinco anos ainda não se deu por cumprida. O artigo 5º da Constituição Federal prevê em seu inciso LXXVIII que “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação” (BRASIL, 1988). No caso estudado, não observou-se o princípio da celeridade - um dos objetivos principais do Juizado Especial Cível. O direito a duração razoável do processo está diretamente conectado aos direitos humanos, relação que é assegurada pelo Pacto de San José da Costa Rica em seu artigo 8º, 1. E, sendo o Brasil signatário do Pacto, reveste-se este de status de emenda constitucional. Pela análise de dados e estudo de caso, conclui-se que existe uma problemática na razoável duração do processo no Brasil, o que viola direitos humanos assegurados constitucionalmente. A problemática também ficou demonstrada no caso estudado pela violação da dignidade da postulante, que há mais de cinco anos sofre pelos danos morais não reparados, na ânsia por justiça.

¹ Acadêmica do 9º semestre do Curso de Direito da Universidade de Passo Fundo - UPF, estagiária do Serviço de Assistência Jurídica da Universidade de Passo Fundo, sob orientação da professora Gisele Maria Dal Zot Flores. E-mail: 153489@upf.br.

² Acadêmica do 9º semestre do Curso de Direito da Universidade de Passo Fundo - UPF, estagiária do Serviço de Assistência Jurídica da Universidade de Passo Fundo, sob orientação da professora Gisele Maria Dal Zot Flores. E-mail: 147931@upf.br

A CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS E A VINCULATIVIDADE DE SUAS DECISÕES A TODOS OS ESTADOS

João Luís Severo da Cunha Lopes¹

Micheli Piucco²

RESUMO: Com a ratificação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica e ao reconhecerem a jurisdição, de forma expressa, da Corte Interamericana de Direitos Humanos – Corte IDH, diversos Estados abriram o rol de direitos e deveres internos aos casos previstos neste instrumento internacional e, aos que reconheceram a competência da Corte IDH, passaram a se submeter a responsabilizações internacionais por violações cometidas em decorrência do disposto no Pacto de San José. Desde o ano de 2006, a Corte IDH exige que os Estados exerçam o que ela denomina de “controle de convencionalidade das leis”, obrigação que os Estados possuem em compatibilizar seu ordenamento interno com a Convenção Americana e com a interpretação realizada pela Corte IDH a partir das responsabilizações internacionais que esta profere, pois intérprete última da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Quanto ao último ponto, o tema é controverso. Não apenas a doutrina especializada diverge, os próprios juízes da Corte IDH não possuem um posicionamento unânime. O primeiro posicionamento, e que atualmente prevalece, é que os efeitos de uma responsabilização internacional refletem em todos os Estados Partes. Assim, quanto à parte das reparações constante na condenação somente o Estado parte da responsabilização deverá seguir e cumprir com o determinado, mas quanto à interpretação realizada e as obrigações decorrentes da interpretação, todos os Estados Partes ficam vinculados. O segundo posicionamento, e minoritário na Corte IDH, é de somente estariam vinculados os Estados que figuraram como sujeitos na responsabilização internacional, ou seja, o disposto na condenação somente vincula em seus termos as partes da lide. Dessa forma, o presente trabalho buscará analisar os posicionamentos das duas correntes na Corte IDH, percorrendo sobre a vinculatividade das decisões do tribunal aos Estados Partes. O presente trabalho utiliza o método indutivo para realizar a pesquisa.

¹ Mestre em Direito pela Universidade de Passo Fundo. Graduado em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (1998). E-mail: jlsc1@hotmail.com.

² Mestra em Direito pela Universidade de Passo Fundo. Graduada em Ciências Jurídicas e Sociais pela Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo. Realizou Visita Profissional na Corte Interamericana de Direitos Humanos. E-mail: micheli.piucco@hotmail.com.

O CASO LAGOS DEL CAMPO E A JUSTICIABILIDADE NO SISTEMA INTERAMERICANO DOS DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS, CULTURAIS E AMBIENTAIS - DESCAs

Micheli Piucco¹

Liton Lanes Pilau Sobrinho²

RESUMO: Das últimas inovações realizadas na interpretação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, ganha destaque internacional, pela relevância e abordagem, o julgamento pela Corte Interamericana de Direitos Humanos - Corte IDH do caso *Lagos Del Campo Vs. Peru*. Neste caso, pela primeira vez, a Corte IDH se pronuncia sobre a justiciabilidade dos Direitos Econômicos, Sociais, Culturais e Ambientais– DESCAs e aplica em um caso concreto o art. 26 da Convenção Americana. Diante disso, reflexos desta interpretação passam a atingir os Estados Partes em decorrência da obrigatoriedade do exercício do controle de convencionalidade das leis (compatibilização entre ordem interna e internacional). O estudo proposto refere-se à pesquisa básica, que possui como base lógica operacional o método indutivo. Como instrumento para a realização do processo investigatório, utiliza-se a técnica bibliográfica, com suporte em instrumentos normativos internacionais. O caso *Lagos Del Campo Vs. Peru* ganhou grande destaque internacional por ser o caso em que ocorre a justiciabilidade dos DESCAs com aplicação inédita do artigo 26 da Convenção Americana. Tal artigo disciplina a matéria concernente aos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e o comprometimento, em decorrência da Convenção Americana, que os Estados possuem para lograr de forma progressiva os direitos derivados dos econômicos, sociais, culturais, educacionais, de ciência e cultura que estão contidos na Carta da Organização dos Estados Americanos e no Protocolo de Buenos Aires. A sentença primeiramente analisou a violação os direitos ao trabalho e à associação e, no desenvolver, verificou a exigibilidade dos DESCAs e a indivisibilidade destes com os direitos civis e políticos. O objetivo do presente trabalho é analisar os debates realizados no caso em comento e, as consequências da interpretação realizada pela Corte IDH nos Estados Partes.

¹ Mestra em Direito pela Universidade de Passo Fundo. Graduada em Ciências Sociais e Jurídicas pela Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo. Realizou Visita Profissional na Corte Interamericana de Direitos Humanos. E-mail: micheli.piucco@hotmail.com.

² Pós-doutor em Direito pela Universidade de Sevilha - Espanha. Doutor em Direito pela UNISINOS. Mestre em Direito pela UNISC. Possui graduação em Direito pela Universidade de Cruz Alta.

O PARECER CONSULTIVO OC - 23/2017 DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS E À PROTEÇÃO AO MEIO AMBIENTE E AOS DIREITOS HUMANOS

Micheli Piucco¹

Alcindo Batista da Silva Roque²

RESUMO: Como parte do exercício de sua competência a Corte Interamericana de Direitos Humanos – Corte IDH além de proferir responsabilizações internacionais emite Parecer Consultivos, atribuição expressa no art. 64 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. O pedido de Parecer Consultivo acerca da interpretação da Convenção Americana e dos demais instrumentos que regem o Sistema Interamericano, pode ser realizado por todos os Estados Membros da Organização dos Estados Americanos. Diante desta atribuição, no ano de 2017, o Estado da Colômbia solicitou parecer do tribunal sobre o âmbito das obrigações estatais de proteção ao meio ambiente e a relação com a proteção e garantia aos direitos à vida e à integridade pessoal, também previstos na Convenção Americana. Diante disso, a Corte IDH realizou seu pronunciamento que resultou na OC 23/2017, abordando as questões pertinentes à proteção do meio ambiente e dos direitos humanos, ao direito ao meio ambiente saudável, a possível violação de outros direitos pela degradação ambiental e as obrigações ambientais específicas dos Estados. Aqui, cabe mencionar que os pareceres consultivos (função preventiva), assim como as responsabilizações internacionais da Corte IDH, são parâmetros obrigatórios de observância pelos Estados, em decorrência do exercício do controle de convencionalidade das leis. No parecer em comento, o tribunal interamericano considerou a relação de interdependência e indivisibilidade entre a proteção ao meio ambiente, ao desenvolvimento sustentável e aos direitos humanos. Considerou que “*los efectos adversos del cambio climático afectan el goce efectivo de los derechos humanos*”.³ Dessa forma, a interpretação delineada pela Corte IDH é que os danos ambientais atingem os direitos humanos, pois estes necessitam de um ambiente apropriado para seu desfrute. Diante disso, o presente trabalho analisará o Parecer Consultivo proferido pela Corte IDH, abordando as obrigações estatais frente ao cometimento de possíveis danos ambientais. O estudo proposto refere-se à pesquisa básica, que possui como base lógica operacional o método indutivo. Como instrumento para a realização do processo investigatório, utiliza-se a técnica bibliográfica, com suporte em instrumentos normativos internacionais.

¹ Mestra em Direito pela Universidade de Passo Fundo. Graduada em Ciências Sociais e Jurídicas pela Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo. Realizou Visita Profissional na Corte Interamericana de Direitos Humanos. E-mail: micheli.piucco@hotmail.com.

² Doutorando em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí. Mestre em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Graduado em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade de Passo Fundo. E-mail: alcindo@upf.br.

³ CORTE IDH. **Infografía de la OC - 23 sobre Medio Ambiente y Derechos Humanos**. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/infografia-spa.pdf>>. Acesso em 07 junho 2019, p. 06.

A POSSIBILIDADE DE FLEXIBILIZAR A SOBERANIA ESTATAL INTERNA PARA GARANTIR A EFETIVIDADE DE DIREITOS HUMANOS

Caroline Andreis de Oliveira¹

RESUMO: O conceito de soberania surge com o Estado moderno, no final do século XVI, para fundamentar o poder do Rei, consolidado em uma espécie de imposição de decisões no âmbito interno, sem se sujeitar a domínios externos, para resolver disputas usuais da época, até mesmo com a Igreja. Jean Bodin, responsável pelo marco teórico da soberania, definiu que se trata de poder absoluto e perpétuo, não passível de sujeição a qualquer poder humano, exceto leis naturais. Ocorre que os conceitos evoluem com a história e o decorrer dos fatos, e a soberania, dentro de regimes democráticos, foi transferida para a titularidade do povo, e passou-se a questionar se ela é passível de gradação e ou flexibilização diante de determinadas situações e ou direitos. No direito internacional, dita atribuição estatal não é vista com caráter absoluto e inquestionável, mas sim como forma de autonomia do Estado para com os demais. No pós-guerra e de forma a tentar evitar que as atrocidades recém ocorridas se repetissem no futuro, a Declaração Universal dos Direitos Humanos é um marco demonstrativo da relevância dos direitos da pessoa humana, aos quais se entende que são direitos que não devem ser violados, nem mesmo em razão de eventual justificativa revestida de plausibilidade. O presente artigo pretende, então, verificar a possibilidade de flexibilização da soberania estatal interna na sociedade atual globalizada, quando esta se faz necessária para assegurar direitos humanos. A comunidade internacional não entende como razoável admitir a violação de direitos humanos em razão da soberania ou então sob o pretexto escusar-se de deveres internacionalmente firmados. Flexibilizar ou delimitar o conceito é medida que se impõe diante do cenário hodierno, pois os cidadãos submetidos à soberania do Estado possuem direitos inerentes a sua condição e que não são passíveis de diminuição pelo ente estatal, em nome de seus próprios interesses. A temática, apesar de clássica, ao tratar da soberania, é, ao mesmo tempo, atual, pois no mundo moderno as fronteiras são cada vez mais porosas, os conceitos são mutáveis e evolutivos, e a necessidade de proteção de direitos fundamentais se faz, a cada dia mais, indispensável. A metodologia adotada é dedutiva, buscando-se confirmar a solução indicada por meio de premissas demonstradas.

¹ Mestranda em Direito na Universidade de Passo Fundo. Bolsista da Universidade de Passo Fundo. Graduada pela Universidade de Passo Fundo/RS. Advogada. Juíza Leiga. Endereço eletrônico: caroline_a_oliveira@hotmail.com.

RESUMOS - GT 4 - PODER, GÊNERO E POLÍTICAS PÚBLICAS

A MULHER NA SOCIEDADE PATRIARCAL E NO SISTEMA CARCERÁRIO: UMA ANÁLISE DO *HABEAS CORPUS* COLETIVO N. 143.641/SP DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Rafaela Ferrarese²

RESUMO: O artigo se propõe a analisar a mulher na sociedade patriarcal e no sistema carcerário, diante da ordem proferida no *habeas corpus* coletivo n. 143.641/SP do Supremo Tribunal Federal, que determinou a substituição da prisão preventiva pela domiciliar a todas as presas gestantes, puérperas ou mães de crianças de até doze anos de idade ou de deficientes sob sua guarda. Assim, questiona se o *writ* em comento, a despeito das vantagens que proporciona, reproduz uma opressão de gênero ao atribuir o exercício da maternidade como intrínseco à condição feminina. Ainda, sob um segundo aspecto, objetiva verificar o cabimento do *habeas corpus* coletivo no ordenamento jurídico brasileiro. Nesse norte, suscita-se a hipótese de que, apesar dos benefícios da ordem desencarceradora, a decisão conduz a um tratamento desuniforme entre os gêneros, visto que se baseia em uma legislação que reproduz a desigualdade histórica e sociocultural quanto à responsabilidade de pais e mães nos cuidados com os filhos. Além disso, considera-se que a decisão configura uma forma de discriminação ao demonstrar que a mulher só é tutelada pelo ordenamento jurídico e beneficiada por políticas públicas quando é gestante ou mãe, em razão de uma cultura patriarcal, que a confina ao espaço privado e familiar. Para tanto, em um primeiro momento, o escrito analisa a construção da liberdade como um direito fundamental, bem como faz uma digressão acerca da importância sociojurídica do *habeas corpus* no ordenamento jurídico nacional. Posteriormente, discorre acerca do cabimento do *habeas corpus* coletivo, uma vez que, embora exista na jurisprudência entendimento crescente sobre sua possibilidade, inexistente previsão legislativa sobre a matéria, tampouco um estudo aprofundado e sistematizado pela doutrina. Em seguida, examina a opressão que a mulher sofre na sociedade patriarcal, sobretudo em razão da atribuição da maternidade como inerente à condição feminina, fato que é reproduzido quando inserida no sistema carcerário. Além disso, realiza uma ponderação acerca da criminalidade feminina e da influência das questões de gênero no tratamento das mulheres encarceradas. Por fim, avalia, de forma crítica, o *habeas corpus* coletivo n. 143.641/SP do Supremo Tribunal Federal. A pertinência no enfrentamento do tema se justifica no estudo acerca do cabimento do *habeas corpus* de forma coletiva no ordenamento jurídico brasileiro, bem como na importância da análise do *writ* em questão de forma crítica, considerando a opressão de gênero que implicitamente reproduz. Nesse contexto, conclui-se que o *writ* coletivo é cabível na ordem jurídica nacional, porquanto vai ao encontro dos preceitos constitucionais de amplo acesso à justiça, igualdade de tratamento dos jurisdicionados, além de garantir economia e celeridade processual. Outrossim, reconhecem-se os benefícios da ordem proferida no HC n. 143.641/SP, posto que, diante da situação degradante das prisões do país, contribui para o desencarceramento, bem como oportuniza a manutenção das relações familiares. Todavia, ressalta-se a necessidade de analisar criticamente a legislação que fundamentou a concessão da ordem, uma vez que reproduz o confinamento da mulher ao espaço familiar e perpetua a desigualdade de responsabilidades entre pais e mães nos cuidados com os filhos.

² Acadêmica de Direito da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo. E-mail: rafaela.ferrarese@gmail.com

A VIOLÊNCIA INSTITUCIONALIZADA E O INDIVÍDUO SOB CONTROLE: A INTERVENÇÃO POLICIAL NO ESTADO CONTEMPORÂNEO

Luiz Fernando Pereira Neto¹

RESUMO: A partir de um viés antropológico, nos cabe mesmo que brevemente, introduzir este articulado a partir do entendimento da violência institucionalizada. Efeitos desse processo observam-se nas imagens e representações que cidadãos comuns revelam sobre as forças policiais, indicativas de graus de confiança, de expectativas e de mitos. O que os estudos das últimas décadas apontam com certa insistência é o declínio do consenso no apoio popular às operações policiais². Os policiais acabam percebidos como pessoas que aplicam a lei, de modo pouco satisfatório. A organização policial tornou-se uma organização complexa, afastada das comunidades locais, constrangida a recorrer prioritariamente à força mais do que ao consenso na contenção da ordem e dos serviços de segurança privada³, às expensas do monopólio público. Essa é uma das razões que explica o desenvolvimento, em ritmo acelerado da violência física legítima, antes reivindicada pelo Estado moderno⁴. Em maior ou menor grau, diferentes sociedades do mundo ocidental vêm enfrentando a seu modo essa gama de problemas. Onde prevalecem tradições democráticas, a crise afeta especialmente a confiança dos cidadãos nas instituições policiais, na sua capacidade em pacificar a sociedade e resolver conflitos nos estritos marcos do Estado democrático de direito. Em sociedades de frágil tradição democrática, onde são fortes os traços herdados do patrimonialismo, esses desafios supõem tarefas complementares, entre as quais a de superar o perfil institucional autoritário das agências policiais⁵. No Brasil, como em muitos dos chamados países de novas democracias, há uma enorme diferença entre o que está escrito na lei e a realidade brutal da aplicação da mesma. Apesar do reconhecimento constitucional dos direitos à vida, liberdade e à integridade física, e a tortura e a discriminação racial serem consideradas crimes, a violência institucionalizada continua mais presente do que nunca. Poderíamos inclusive apontar que esta deficiência entre lei e realidade é uma das raízes do fracasso das democracias latino-americanas ao não conseguirem consolidar um dos grandes marcos de um governo democrático: o controle legítimo da violência. Neste sentido CRUZ, com VERDÚ e DE LA CUEVA apontam *como responsáveis pela crise do Estado de Bem-Estar a falta de capacidade para atender a suas funções tradicionais*. Assim, listam como um dos problemas *o Estado como protetor, que não funciona como deveria, já que não consegue evitar a falta de segurança pública, o terrorismo e o surgimento de movimentos anarquistas neoliberais*. Quanto ao judiciário, local da decisão final sobre o fato gerador, aponta que *o Estado como magistrado está desprestigiado, oferecendo uma justiça lenta e, algumas vezes, corrupta*. Não

¹ Doutorando em Ciência Jurídica UNIVALI-SC. Mestre em Ciências Criminais PUC-RS. Especialista em Direito Penal UNISINOS-RS. Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo UPF-RS. Advogado.

² WIEVIORKA, Michel. *O Novo Paradigma da Violência*. Tempo Social. Revista de Sociologia da USP, Universidade de São Paulo – V. 9, São Paulo, SP:USP, FFLCH, 1997, pág. 05/42.

³ CALDEIRA, Tereza. *City of Walls: crime, segregation, and citizenship in São Paulo*. Ph.D. Dissertation on Anthropology. Graduate Division of the University of California at Berkeley, 1992. Apud ADORNO, Sérgio e Angelina Peralva. In Revista de Sociologia da USP, Universidade de São Paulo – V. 9, São Paulo, SP:USP, FFLCH, 1997, pág. 01/04.

⁴ PAIXÃO, Antonio Luiz. *Segurança privada, direitos humanos e democracia*. São Paulo: Novos Estudos CEBRAP, nº 31, p. 131-41.

⁵ ADORNO, Sérgio & PERALVA, Angelina. *Estratégias de intervenção policial no Estado Contemporâneo*. Tempo Social. Revista de Sociologia da USP, Universidade de São Paulo – V. 9, São Paulo, SP:USP, FFLCH, 1997, pág. 1/4.

*raramente, incorre em inconstitucionalidades evidentes e é refém do corporativismo, tanto público como privado.*⁶

⁶ CRUZ, Paulo Marcio. Política, Poder, Ideologia e Estado Contemporâneo. 3 ed. Curitiba: Juruá, 2003., págs. 200/201.

RESUMOS - GT 5 - DEMOCRACIA E RELAÇÕES SOCIAIS

O DIREITO FUNDAMENTAL À MORADIA E SUA EFETIVIDADE PELO MUNICÍPIO À LUZ DO ESTATUTO DA CIDADE

Átila Alexandre Garcia Kogan¹

RESUMO: A presente pesquisa faz uma análise do direito à moradia à luz do princípio da dignidade da pessoa humana e da função social da propriedade. O objetivo da pesquisa é mostrar o direito à moradia como um direito humano fundamental social indispensável à composição de um mínimo existencial para a vida digna. Além disso, o trabalho igualmente pretende mostrar a efetivação do direito à moradia, de competência Estatal, especialmente do Município, através dos instrumentos contidos no Estatuto da Cidade. O método usado foi hipotético dedutivo. A pesquisa conclui que o direito à moradia não se resume a propriedade, sendo bem mais complexo, e tão importante quanto os direitos à vida e à saúde, pois repercutem diretamente na esfera moral e material dos indivíduos, tratando-se de um direito fundamental, essencial à dignidade da pessoa humana, daí não podendo ser desvinculado, sem afronta ao mínimo essencial a uma vida decente, bem como somente irá se transformar em realidade, através de ações conjuntas do Estado, especialmente através do Município, que é o local onde o indivíduo efetivamente vive.

SCARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade (da Pessoa) Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 10ª. ed. Livraria do Advogado. Porto Alegre-RS. 2019.

¹ Mestrando em Direito pela UPF, Especializado em Processo Civil pela UCS, Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela UFPEL, Advogado, atila@kogan.com.br; 176318@upf.br.

O ATIVISMO JUDICIAL E OS LIMITES DA INTERPRETAÇÃO PROATIVA DO PODER JUDICIÁRIO NO BRASIL

Hellen Sudbrack¹

Isabela Bohnen²

RESUMO: O direito de acesso à justiça é relacionado pela Constituição Federal como o direito fundamental que confere ao indivíduo a prerrogativa de valer-se da jurisdição a fim de obter a resolução de conflitos postos perante o Poder Judiciário. Atualmente, o estado prestacional enfrenta uma crise de efetividade, obstaculizando a justa e eficiente entrega da prestação jurisdicional diante da imensa carga processual existente nos fóruns brasileiros, ocasionada pela crescente judicialização de conflitos. O Poder Judiciário, como parte de um estado democrático de direito, assume papel essencial no equilíbrio necessário entre os poderes estatais e a sociedade como um todo. A partir disso, a doutrina tem questionado a existência de limites na atuação do magistrado como maneira de evitar o ativismo judicial, sob o argumento de que o órgão aplicador da lei estaria atuando além da competência a ele conferida pela Constituição Federal no âmbito da separação dos poderes, adentrando, dessa forma, em méritos distintos de seu domínio legal. Nesse contexto, ao mesmo tempo em que se deve reconhecer a importância da correta interpretação na aplicação dos direitos fundamentais dos casos propostos perante o Poder Judiciário, no sentido de atender corretamente aos anseios da sociedade, enfatiza-se que referido poder, apesar das falhas existentes na atuação dos demais poderes estatais dentro de suas atribuições, deve atuar a partir de uma perspectiva autônoma e limitada a suas funções, em defesa da garantia dos direitos fundamentais e do propósito idealizado pelo estado democrático de direito. O presente estudo foi realizado a partir de pesquisa bibliográfica e por meio do procedimento dedutivo.

¹ Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade de Passo Fundo, Campus Carazinho (2018); Mestranda em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Passo Fundo; e-mail 135415@upf.br.

² Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade de Passo Fundo (2019); Mestranda em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Passo Fundo; e-mail 142261@upf.br.

MEDIAÇÃO NA ESFERA PÚBLICA: UMA ANÁLISE SOBRE INDIVIDUALIDADE, CIDADANIA E LITIGIOSIDADE

Delmar André Ricerz¹

Janete Rosa Martins²

RESUMO: O presente trabalho tem como objetivo analisar como o individualismo afeta o pleno exercício da cidadania e como isso irá se refletir na esfera pública através da litigiosidade, além disso será apresentada a possibilidade de transformação do conflito a partir de Luis Alberto Warat. O sociólogo Zygmunt Bauman apontava que a rede é mantida viva por duas atividades distintas, sendo elas o ato de conectar-se com quem quiser, ou seja, criar laços mesmos que momentâneos com pessoas diferentes sem a necessidade de ter que estreitar os laços afetivos como numa relação duradoura face a face. A outra é o ato de desconectar-se, ou seja, encerrar esses vínculos criados de forma extremamente individual sem se preocupar com quem está no outro lado, desconectar-se é uma fuga para aqueles que não se permitem sentir. Luis Alberto Warat em seu livro O Ofício do Mediador aponta que vivemos em um momento onde a cidadania foi meramente reduzida ao ato de votar, ou seja, perdeu o seu caráter de se manifestar em lugares públicos como sempre foi, seja através de protestos, esportes ou lazer, a cidadania se afastou da outriedade e com isso é comumente associada ao ato de votar desconsiderando totalmente seu real significado. Para Warat o perca do real significado da cidadania se dá pela fuga dos sentimentos ou pelo fato de muitas vezes não se saber lidar com o que se está sentindo, ou seja, não ter sido educado para compreender seus sentimentos. Com esse reflexo individualizado da sociedade o Estado também sofre. O poder Judiciário recebe todos os dias uma enxurrada de requerimentos dos mais diversos tipos, todos visando restituir algo que lhe julgam ter sido tirado mas que em muitas ocasiões é basicamente o ego falando. Para solucionar essa litigiosidade causada meramente por não entender seus próprios sentimentos Warat propõe a Terapia do Amor Mediado (TAM) onde um mediador irá inserir o amor e ajudar os atores envolvidos naquele conflito a compreenderem seus próprios sentimentos e assim criar emancipação para resolver seus próprios impasses na maioria das ocasiões. Aqui é importante ressaltar que a mediação proposta por Warat não visa aliviar a demanda e nem realizar um acordo entre os atores do conflito, a mediação proposta por Warat tem como objetivo a emancipação pessoal através da inserção do amor no conflito assim o transformando em algo positivo, como resultado a sociedade evolui e a demanda do poder judiciário é automaticamente reduzida. O mediador aqui assume um papel meramente auxiliar, servindo apenas como uma ponte para a aproximação e dialogo das partes, sendo assim não toma as decisões e nem as sugere, apenas ouve e as ajuda a melhor compreenderem seus sentimentos para que em uma ocasião posterior possam servir de ponte para outras pessoas e assim realizar o resgata da verdadeira cidadania.

¹ Acadêmico do 5º semestre do curso de Direito pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI) Campus Santo Ângelo. Integrante do grupo de pesquisa Mediação na Administração Pública. E-mail: andrericerz@gmail.com

² Dra. Em Ciências Sociais pela UNISINOS, professora da pós-graduação (Mestrado e Doutorado) em Direito e da graduação da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões. Pertence ao grupo de pesquisa do CNPQ – Conflito, Cidadania e Direitos Humanos. Coordenadora da Pós-graduação (latu sensu).

DEMOCRACIA E AUTORITARISMO: PARA UMA REFLEXÃO FILOSÓFICA SOBRE O EXTERMÍNIO LEGÍTIMO!

Paulo Cesar Carbonari¹

Ésio Francisco Salvetti²

RESUMO: O objetivo deste trabalho é apresentar uma visão crítica da democracia contemporânea. Acontecimentos contemporâneos demonstram que vivemos sob um novo tipo de autoritarismo que corrói as bases do Estado Democrático de Direito, utilizando-se dele para seletivamente se legitimar. Permanecerá como pano de fundo deste artigo o seguinte questionamento: a defesa da democracia e do direito são suficientes para assegurar os direitos fundamentais? Para responder a essa questão procuraremos dar destaque e desenvolver três teses. A primeira tese reforça a ideia de que, mesmo sob o Estado Democrático de Direito há vidas seletivamente mais expostas à morte, cuja morte é não só desejável, considerando o enquadramento no qual se situam, ou no que se passa a chamar de “necropolítica”. A segunda tese é a afirmação de que existe uma íntima relação de apoio reverso entre democracia e totalitarismo que pode parecer estranha, mas que se consolida nos processos de institucionalização de medidas segregacionistas, punitivistas e seletivistas. A terceira tese é a que indica a vigência do Estado de exceção como paradigma da atualidade, e com ele as diversas medidas securitárias, o crescimento das lógicas de guerra e o avanço da presença, retórica, do inimigo (no popular, o “bandido”), como o principal (des-)sujeito das relações sociológicas, políticas e jurídicas a ser “combatido”. O novo autoritarismo passa a ser uma técnica de governo cada vez mais dominante na política contemporânea. Sua presença produzida por meios diversos, conforme se mostrará na exposição das teses, não somente compromete a vida democrática, a solidariedade social e a boa convivência e a garantia dos direitos fundamentais, o que está em jogo é a abertura para um modo-de-vida anti-vida ou que entende que a eliminação da vida de uns/umas, é legítimo, senão necessária, para que se sustente a vida dos escolhidos. A civilização e a barbárie, a democracia e o autoritarismo, a justiça e a violência, já não constituem contraditórios, passam a ser combinados ao sabor dos interesses e das salvaguardas dos que herdaram o triunfo do progresso e já não desenvolvem sequer empatia ou tolerância com o que e os/as que, os/as quem, se lhes opuserem.

¹ Mestre e Doutor em Filosofia. Professor de Filosofia do IFIBE. Email: carbonari@ifibe.edu.br

² Graduando em Direito pela IMED, doutor em Filosofia pela Universidade Federal de Santa Maria em cotutela com Università Degli Studi di Padova – Itália. Membro do Grupo de Pesquisa “Ética Normativa e metaética” UFSM (CNPQ). Professor de Filosofia do IFIBE. Email: esiosalvetti@gmail.com

TRÁFICO DE INFLUÊNCIA DIGITAL COMO MANIPULADOR DA SOCIEDADE

Vitor Augusto Ferreira Barquel¹

Jacson Bacin Vicente²

RESUMO: A tecnologia proporciona uma série de confortos para o cotidiano da humanidade. Um dos avanços mais notáveis do século XXI é a melhoria nas telecomunicações, telefones que cabem no bolso, com funções de computador e acesso à internet, reduzindo as distâncias por meio da comunicação virtual. Entretanto, esta tecnologia também pode ser usada para o mal. Celulares ou computadores programados para dar curtidas, compartilhamentos de publicações ou até contas robôs de redes sociais para atacar usuários reais com opiniões divergentes. Na China e em países de terceiro mundo como Bangladesh e Índia existem as “Fazendas de *Likes*”, espécies de “empresas” clandestinas que possuem centenas de celulares conectados à internet com um trabalhador, em péssimas condições de trabalho, que opera estes aparelhos para fazer avaliações positivas de produtos e dar curtidas em publicações. Dessa forma, influenciando a sociedade a tomar decisões, desde uma simples ordem para consumir produto ou até conduzir pessoas a votarem em algum candidato específico. Na eleição presidencial brasileira de 2018 vários casos surgiram de contas robôs programadas para responder enquetes, compartilhar notícias falsas da oposição e até atacar perfis reais sobre opiniões políticas, tudo para favorecer um dos candidatos da corrida eleitoral. Entende-se que quem não tem muita instrução acaba por ser manipulado indiretamente, portanto, se informar por fontes seguras e sempre desconfiar do que a mídia comunica aos expectadores é extremamente necessário para não ser vítima do tráfico de influência digital. Logo, o objetivo deste trabalho é um olhar crítico diante das situações negativas da tecnologia, perigosas para o Estado Democrático de Direito e que, de certa forma, trazem polêmica e insegurança jurídica aos usuários e não fidedignidade de conteúdo e respaldo social, real de conteúdo.

¹ Acadêmico de Direito pela Universidade de Passo Fundo (UPF). Integrante do Grupo de Pesquisa Transnacionalismo, Migração e Trabalho. E-mail: vitorbarquel@gmail.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1171947476282421>

² Professor de Direito pela Universidade de Passo Fundo (UPF). Coordenador do Grupo de Pesquisa Transnacionalismo, Migração e Trabalho. E-mail: jacsonvicente@upf.br

DIREITO DO TRABALHO E DO CONSUMIDOR FUNDADOS PELO PRINCÍPIO DA VULNERABILIDADE: IMPORTÂNCIA DA INTERVENÇÃO DO ESTADO PARA REGULAR AS RELAÇÕES

Vitor Augusto Ferreira Barquel¹

Ivan Penteado Dourado²

RESUMO: O presente trabalho objetiva analisar a necessidade da proteção do Estado nas relações privadas no tocante ao direito do trabalho e do consumidor. Tendo em vista que as duas partes da relação têm grande diferença de poderio em várias esferas. No direito do trabalho é clara a superioridade do empregador para com o trabalhador. Poder econômico e empregatício (regulamentar, fiscalizar e punir), enquanto ao operário só lhe resta a sua força de trabalho para ganhar uma ínfima parte dos rendimentos da empresa³. E no direito do consumidor, além de também existir superioridade econômica do fornecedor percebe-se o domínio do conhecimento técnico que o fabricante possui, muito fora do alcance do consumidor. Os fatos históricos são a principal fonte de direito para estas duas áreas, enquanto o direito trabalhista surgiu da necessidade de criar normas regulamentadoras para amenizar as barbáries da época da revolução industrial, o direito consumerista iniciou com movimentos sociais norte-americanos pleiteando o direito à informação dos alimentos vendidos no comércio nos anos 1960. Entende-se que é necessária a intervenção no sentido de organizar para proteger, e não de controlar, destas relações privadas, posto que, devido à diferença entre as duas partes, a que prevalece pode causar um dano sobre a outra, desde uma simples lesão financeira no âmbito consumerista até violações de direitos fundamentais na esfera do direito do trabalho. Dessa forma, percebe-se a vulnerabilidade da parte mais frágil da relação, e cabe ao Estado criar normas reguladoras. No ordenamento jurídico brasileiro já existem mecanismos de proteção como o Código de Defesa do Consumidor e a Consolidação das Leis Trabalhistas, ambos reconhecidos na Constituição Federal como direitos fundamentais, visto que as relações sociais devem obedecer os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e boa-fé contratual.

¹ Acadêmico de Direito pela Universidade de Passo Fundo (UPF). Integrante do Projeto de Extensão Balcão do Trabalhador UPF. E-mail: vitorbarquel@gmail.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1171947476282421>

² Doutor em Educação e Professor de Sociologia na Universidade de Passo Fundo (UPF)

³ Capelari (2019) afirma que existe necessidade da intervenção do Estado nas relações trabalhistas para existir dignidade para o trabalhador. “No decorrer da história sempre houve a dominação do mais forte sobre o mais fraco, a dominação do detentor do capital, o que obrigava o trabalhador a se submeter à condições quase desumanas”.

A IMPORTÂNCIA DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR NA GARANTIA DE DIREITOS DO CONSUMIDOR VULNERÁVEL

Gabriela Santos Bortolini¹

Jhiordan Pinto da Silva²

RESUMO: Diante da nova perspectiva, a relação existente entre consumidor e fabricante teve mudanças em suas bases. Antes, o consumidor mantinha um contato direto com o fabricante do produto. A partir desse novo modelo de produção, o consumidor passou a comprar os produtos de um comerciante, que se tornou o intermediário nessa relação, vendendo uma marca de determinado produto. Assim, por força dessa nova relação de distribuição e venda dos produtos, consumidor e fabricante passaram a não mais se conhecer. Sendo assim confirmado por razões que dentre as quais se destaca a absoluta falta de controle do consumidor sobre os produtos e os serviços que lhe são colocados no mercado, o que se parte do pressuposto de que o consumidor é o polo vulnerável no mercado de consumo, justificando-se, por isso mesmo, um tratamento desigual para partes naturalmente desiguais, no sentido de proteção ao consumidor por iniciativa direta, incentivos ao associativismo, presença do Estado no mercado, garantia de produtos e serviços com padrões de qualidade, segurança, durabilidade e desempenho. No que diz respeito a proteção do consumo no Brasil, a evolução do direito na área protecionista do consumidor, três foram os aspectos determinantes: o aumento de produtos e serviços, o crescimento do marketing e o domínio do crédito. A lei adota o verbo adquirir, que tem de ser interpretado em seu sentido de obter, seja a título oneroso ou gratuito. Contudo, não se trata apenas de adquirir, mas também de utilizar produto ou serviço, ainda quando quem o desfruta não tenha adquirido. Desta forma, fez-se necessário adequar a estrutura jurídica à nova realidade econômico-social. Com a priorização de produção de produtos em série, se buscou atingir um raio maior de consumidores. Com o nascimento do consumo desenfreado, influenciado pelo sistema econômico capitalista, o consumidor se tornou uma figura frágil frente ao poderio econômico-financeiro dos grandes grupos, principalmente após a Segunda Guerra Mundial. Partindo deste desequilíbrio na relação de consumo, se criaram as regras jurídicas da proteção ao consumidor. Portanto é justo dizer que, o consumidor é a parte vulnerável da relação e, por consequência disto precisa contar com o apoio de mecanismos que assegurem sua estabilidade nas relações, a fim de se proteger de distúrbios nas relações, assim se faz necessário o Código de Defesa do Consumidor que visa proteger e amparar o consumidor.

¹ Acadêmica de Direito – UPF.

² Acadêmico de Direito – UPF.

A INEFICIÊNCIA DA PROMOÇÃO DE SEGURANÇA PELO ESTADO E A BUSCA PELA SEGURANÇA PRIVADA

Letícia Abati Zanotto¹

RESUMO: O presente trabalho analisa a busca dos indivíduos pela segurança privada devido a ineficiência da promoção de segurança pelo Estado. Em razão do movimento de busca pela satisfação de direitos de caráter social por meio da esfera privada, cabe discussão acerca da segurança e políticas públicas desenvolvidas pelo Estado e a violência registrada no país. Assim, esse estudo tem por objetivo dispor sobre a violência, o direito à segurança, as políticas públicas para promoção da segurança pública e o crescimento da segurança privada no Brasil. A fim de alcançar o proposto, a pesquisa versa primeiramente sobre o direito à segurança e violência. O direito à segurança antes de ser fundamental já é registrado na Declaração Universal dos Direitos Humanos no artigo 3 quando determina que o homem tem direito à segurança pessoal e no 22 direito à segurança social. Na constituição brasileira, é o artigo 5º em seu caput quem assegura, sem distinção de qualquer natureza, o direito à segurança aos indivíduos. Já a violência, é registrada por índices nacionais e internacionais. A nível nacional temos, por exemplo, o Atlas da Violência realizado pelo IPEA (instituto de pesquisa econômica aplicada) e o Fórum Brasileiro de Segurança Pública que em 2017 registrou 65.302 homicídios e 155.861 mortes violentas em 2016. No plano internacional a ONU por meio da UNODC realiza o *Global Study on Homicide*, o último estudo possui dados até 2016 onde o Brasil registrou 61.283 homicídios. Em um segundo momentos irá se abordar as políticas públicas e a segurança pública. Sendo a segurança um direito fundamental, a segurança pública é garantida pelo Estado por meio das entidades denominadas no artigo 144 da Constituição, onde em cada nível da federação possui atividades determinadas. Porém, embora o artigo 5º, §1º determine que as normas sobre direito fundamental tenham aplicabilidade imediata, nem todos os direitos assegurados podem ter imediata aplicação. Os direitos de caráter social demandam prestações por parte do Estado para que sejam efetivados. Essas prestações são realizadas por meio das políticas públicas. Assim, o direito à segurança demanda alocação de recursos para que sejam criadas ações que busquem diminuir os índices de violência, promovendo a segurança dos indivíduos. Entretanto, muitas vezes não há efetividade dos programas aplicados e/ou o repasse financeiro não se faz suficiente. Assim, a população passou a buscar a garantia de sua segurança através da esfera privada. A indústria de segurança privada por meio desta deficiência estatal obteve e vem obtendo crescimento e faturamento crescente, chegando na casa dos bilhões gerando desenvolvimento tecnológico e empregos. Dessa forma, as considerações finais da pesquisa buscam discutir a segurança pública e as políticas públicas, buscando a relação entre o aumento da violência registrada no país com o crescimento da procura pela segurança privada em substituição ao papel que deveria ser exercido pela segurança pública que atualmente demonstra-se ineficiente.

¹ Graduanda em Direito pela Universidade de Passo Fundo. Pesquisadora PROBIC/FAPERGS integrante do projeto de pesquisa Relações de Poder e o Poder Municipal no Estado. E-mail: 152562@upf.br.

O INSTITUTO DA FIANÇA E A RECUPERAÇÃO JUDICIAL

Letícia Abati Zanotto¹

RESUMO: O presente trabalho busca analisar a relação entre a fiança e a recuperação judicial. Com a discussão de uma nova legislação para regulamentar a recuperação judicial e o número anual de pedidos de recuperação no país, se tem importância a pesquisa de seus efeitos sobre as obrigações assumidas pelas empresas e/ou particulares, em especial, a fiança. Assim, esse estudo tem por objetivo dispor sobre o funcionamento do instituto da fiança, realizar uma introdução à recuperação judicial e por fim, relacionar os institutos analisando o impacto da recuperação judicial na obrigação assumida com a fiança pelas partes envolvidas no negócio. A fim de alcançar os objetivos delineados, é realizada disposição sobre a fiança, que representa contrato bilateral e acessório, pois constitui-se numa garantia, de caráter fidejussório, ao credor de que caso não haja pagamento de uma obrigação assumida por parte do devedor será indenizado do valor devido. Na sequência, pretende-se abordar uma introdução à recuperação judicial. Regulada pela lei nº 11.101/2005, que dispõe acerca da recuperação e falência empresarial, ressaltando as instituições presentes no art. 2º que não se submetem a esta lei. A legislação na parte da recuperação busca permitir a preservação da empresa em meio a uma crise econômico-financeira (art.47) nas modalidades judicial e extrajudicial. Logo após, a relação entre a fiança e a recuperação judicial. Buscando entender como a fiança e sua exigência/cobrança funcionam considerando a posição da empresa recuperanda; da empresa que irá realizar a cobrança; da fiadora e eventual hipótese de que a fiadora esteja em recuperação e o que irá se fazer em cada caso. As considerações finais objetivam esclarecer o comportamento da fiança, caso a caso, quando coexistir e precisar ser acionada em meio a um processo de recuperação judicial envolvendo quaisquer das partes relacionadas a garantia.

¹ Graduanda em Direito pela Universidade de Passo Fundo. Pesquisadora PROBIC/FAPERGS integrante do projeto de pesquisa Relações de Poder e o Poder Municipal no Estado. E-mail: 152562@upf.br.

PRESUNÇÃO DOS CRIMES ABSTRATOS EM FACE DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA OFENSIVIDADE E A EMBRIAGUEZ NO TRÂNSITO

Syrio Junior Cavagnoli Moreira¹

RESUMO: O presente trabalho estabelece como objetivo geral realizar uma análise jurídica a respeito da presunção dos crimes abstratos em face do princípio constitucional da ofensividade no que se refere a atos cometidos no trânsito por condutores embriagados. Devido a esse objetivo, mostra-se pertinente nesta pesquisa a análise dos elementos subjetivos do tipo, em relação aos crimes cometidos por embriaguez ao volante. Nestes casos, em específico, compreender e delimitar categorias são imprescindíveis para que se determine os aspectos do dolo ou da culpa do fato, o que indica, ainda, as espécies destes institutos e de que modo doutrina e jurisprudência posicionam-se frente a estas situações em face ao princípio da ofensividade. O problema de pesquisa apresentado encontra-se no seguinte questionamento: É possível a punição de condutas no trânsito quando o motorista encontra-se embriagado, a partir da proteção do bem jurídico, do princípio da ofensividade, frente aos crimes de perigo concreto, abstrato, de dano ou de mera conduta? Debate-se se os referidos crimes podem ser punidos por referir-se a um crime em abstrato ou se apenas são puníveis se representarem efetivo dano. Diferenciações doutrinárias e aspectos jurisprudenciais são fundamentais para que se possa compreender de que modo a justiça brasileira posiciona-se neste cenário. Isso ocorre devido à importância de permanentemente discutir o tema da punibilidade em determinadas condutas e refletir sobre a questão do trânsito no Brasil, pois trata-se de país em que os índices de acidentes fatais é alto, o que enseja atuação do Poder Público, do Poder Judiciário e da própria sociedade, na busca por uma condução consciente no trânsito e quando este não for o comportamento, que haja a imputação necessária à repressão de condutas perigosas, haja vista o objetivo legal de proteger o bem jurídico da vida. A partir do estudo percebe-se que os tribunais consideram a possibilidade de punição a crimes abstratos, no entanto, entende-se que este posicionamento fere garantias tais como o princípio da ofensividade do direito penal, que coaduna que apenas devem ser punidas as condutas geradoras de danos efetivos a terceiros. A pesquisa desenvolve-se por meio do método indutivo e da técnica de pesquisa bibliográfica.

¹ Mestrando em Direito na Universidade de Passo Fundo (UPF). Graduado em Direito pela Universidade de Passo Fundo (UPF). E-mail: junior_cavagnoli@hotmail.com

RESUMOS – GT 6 - DIREITO, CIDADANIA E DESENVOLVIMENTO TECNOLÓGICO

INTERNET, SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO E DIREITO FUNDAMENTAL À CULTURA: AS TIC'S COMO INSTRUMENTO DIFUSOR DO PATRIMÔNIO CULTURAL

Larissa Melez Ruviaro²

Isabel Christine Silva de Gregori³

RESUMO: Atualmente, o acesso à informação através da internet transformou os relacionamentos interpessoais ou, até mesmo, o próprio meio ambiente, reduzindo distâncias e avançando no procedimento comunicativo. O avanço tecnológico permeou as redes virtuais e resguardou inúmeras ferramentas que possibilitaram a difusão da comunicação e informação. O presente trabalho coube perquirir em que medida as novas tecnologias, por meio das TIC's, podem auxiliar da difusão do patrimônio cultural? Quanto à metodologia, o trabalho pautou-se na pesquisa descritiva, ao descrever características específicas dos institutos propostos. O método de abordagem aplicado foi o hipotético-dedutivo, pois parte da análise de experiências reais, através da observação direta. A pesquisa utilizou-se da ferramenta bibliográfica, para dirimir os conceitos de cultura, de patrimônio cultural e tecnologias de informação e comunicação. Em face disso, surgiu o conceito jurídico de cultura, na medida em que delimitou a mesma, declarando que nem toda forma de expressão tem respaldo na proteção jurídica, pois nem tudo que é humano merece a incidência de um dos mecanismos de salvaguarda. A formação da identidade social e cultural dos povos foi um processo de construção que formou vinculações entre os atributos interligados ao âmbito intergeracional, do qual fez surgir a conceituação de patrimônio cultural. O Patrimônio Cultural foi dividido em Material e Imaterial, isso porque, embora se reconheça a interdependência entre as características tangíveis e intangíveis do patrimônio, a divisão entre as naturezas da cultura, no plano jurídico, gera consequências com relação ao tipo de proteção adequada. O patrimônio cultural, apenas, em sua natureza material, abarca propriedades físicas, parcelas mínimas de bens que merecem tutela do Estado. Já, a natureza imaterial, tem respaldo na cultura dos povos, lembrando o passado e a importância dos saberes e tradições. Ou seja, o desaparecimento do patrimônio ambiental, natural e cultural seria o abismo para a supressão da própria sociedade. Pois, extinguiria-se a garantia de sobrevivência física da humanidade, além da sobrevivência social dos povos. As Tecnologias da Informação e Comunicação (TIC's) foram avançando sua estrutura para o uso da internet em prol do exercício da cidadania. Sendo assim, romperam barreiras geográficas e temporais, facilitando as trocas e acessos informacionais, garantindo que todo o cidadão pudesse ter acesso aos conhecimentos culturais. Com isso, mesmo a internet e as redes virtuais sendo instituições recentes, atualmente, obtêm os melhores resultados de disseminação de informação quanto ao patrimônio cultural. Os veículos de comunicação em massa, amparados pelas TIC's, são capazes de um fluxo informacional que atinge um número incalculável de pessoas, de maneira indistinta e simultânea. Portanto, é de extrema importância o cuidado de manter viva a memória dos povos e utilizar as novas

² Autora. Advogada. Graduada em Direito pela Faculdade de Direito de Santa Maria (FADISMA). Mestranda em Direitos Emergentes na Sociedade Global, pela Universidade Federal de Santa Maria (UFSM). Integrante do grupo de pesquisa em Propriedade Intelectual (GPPIC). Endereço eletrônico: larissa_ruviaro@hotmail.com

³ Doutora em Desenvolvimento Regional pela Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC, Mestre em Integração Latino-Americana pela Universidade Federal de Santa Maria - UFSM. Professora do Programa de Pós- Graduação Stricto Sensu da Universidade Federal de Santa Maria (UFSM). isabelcsdg@gmail.com

tecnologias em prol deste objetivo, sem o qual os aspectos culturais poderiam tornar-se prejudicados, não alcançando um número de pessoas que unidas podem fazer a diferença no contexto da preservação das identidades culturais.

IMPLEMENTAÇÃO DO PROJETO VICTOR NO STF: A INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL FRENTE O DEVER DE FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES

Sabrina D. Staats¹

Fausto Santos de Moraes²

RESUMO: Com os avanços tecnológicos e diante do crescente aumento do número de processos que abarrotam o Poder Judiciário, passou-se a cogitar a utilização de inteligência artificial na tomada das decisões, com o escopo de agilizar os trâmites dos processos, disso decorre o fato de que o acelerado desenvolvimento da utilização de inteligência artificial no direito. A introdução da inteligência artificial no direito se deu inicialmente para auxiliar na pesquisa jurídica, culminando da real possibilidade de previsão das decisões, bem como a automatização da advocacia de massa. Diante deste contexto, tem-se o surgimento do projeto VICTOR do STF que irá ler todos os recursos extraordinários que sobem para o Tribunal e identificar quais estão vinculados a determinados temas de repercussão geral. Atualmente a ferramenta executa as atividades: conversão de imagens em textos no processo digital, separação e classificação das peças processuais mais utilizadas nas atividades do STF e a identificação dos temas de repercussão geral de maior incidência. O próximo passo é que tais inteligências estarão diretamente ligadas a tomada de decisão, por isso importa atentar-se para o dever de fundamentação, destacado pelos arts. 489 e 926 do CPC. Nesse contexto, surge a questão de saber qual ou quais a(s) exigência(s) decorrentes do dever de fundamentação das decisões judiciais para o uso da AI pelo Poder Judiciário? Assim, sustenta-se que as exigências do dever de fundamentação nas decisões decorrentes do uso de AI pelo Poder Judiciário indicam a necessidade de transparência das razões e a devida coerência com a ordem jurídica. Diante disso, o trabalho tem por objetivo apresentar a relação entre Inteligência Artificial e direito por meio do Projeto VICTOR do STF, demonstrar a falta de transparência e de fundamentação dessas decisões. Destaca-se que o advento do novo CPC primou pela segurança jurídica e estabeleceu expressamente na lei as hipóteses em que não serão consideradas fundamentadas as decisões judiciais, atendendo, assim, ao dever constitucional de fundamentação. Isso porque a devida motivação da sentença garante às partes e ao órgão recursal o controle do raciocínio adotado por quem a proferiu e reflete o efetivo diálogo entre os sujeitos do processo sobre a causa, questão que apresenta uma preocupação dobrada quando se trata da aplicação de Inteligência Artificial no Direito. Atento a esse tipo de questão, o Parlamento Europeu, em 2017, postulou alguns princípios éticos para orientar a utilização da Inteligência Artificial no Direito. Seguindo os princípios indicados pelo Parlamento Europeu, a utilização de IA deve respeitar a imparcialidade e a transparência das decisões. Para tanto, deve ser franquiado o conhecimento sobre os dados e os algoritmos que formaram tal decisão para que seja atendido o dever de correta fundamentação exigido pelo ordenamento jurídico brasileiro tanto na Constituição Federal quanto pelo Código de Processo Civil.

¹Mestranda do PPGD IMED. Bolsista Capes.

²Doutor e Mestre em Direito Público (UNISINOS), Editor Chefe da Revista Brasileira de Direito - Qualis A1 e Docente da Escola de Direito e do Programa de Pós-Graduação Estrito Senso - Mestrado em Direito, da Faculdade Meridional (IMED/Passo Fundo - RS).

ASPECTOS DE UMA JURISPRUDÊNCIA ARTIFICIAL

Fausto Santos de Morais¹

Eduarda Perini da Silva²

RESUMO: A utilização da inteligência artificial já é uma realidade nas mais diversas atividades relacionadas ao Direito, ganhando destaque na ordem jurídica brasileira a eficiência de operação da ferramenta Victor no STF, que consegue reduzir significativamente o tempo de classificação dos processos aos temas de repercussão judicial já reconhecidos. Tendo como referência essa operação, parece ser uma consequência natural que um modelo análogo seja desenvolvido para classificar novos casos aos temas já decididos e consolidados em Súmulas e Súmulas Vinculantes. Por consequência, as decisões judiciais posteriores seriam proferidas tendo como premissa o posicionamento previamente estabelecido de forma sumular. Essa questão direciona o olhar para duas principais questões: a primeira, o fenômeno de aproximação entre a *Civil Law* e *Common Law* e a necessidade de um suporte teórico sobre o caráter vinculativo das súmulas; a segunda, os possíveis efeitos de uma aplicação algorítmica do direito sumular. No que diz respeito ao suporte teórico para a aplicação sumular, entende-se que a Teoria dos Precedentes da *Common Law* fornece um ferramental hábil a orientar a aplicação do Direito. Isso pois, existe ao longo tempo institutos jurídico-processuais como *overruling*, *overriding* e *distinguish* que asseguram à *Common Law* as ideias de estabilização e de dinamização da ordem jurídica. Naquilo que diz respeito às consequências da aplicação algorítmica do direito sumular, percebe-se pontos positivos e negativos. Sob o aspecto positivo, a ordem jurídica tende a ser mais eficaz, coerente e segura. Esse seria o caráter estável. Por sua vez, possíveis consequências também implicariam numa *hiper-estabilização* e *standardização* do Direito. Algo que não responderia a uma exigência dinâmica da ordem jurídica. Conclui-se, portanto, que a algoritmização sumular deve ser dependente do suporte teórico sobre a Teoria dos Precedentes como forma de prevenir distorções da modulação computacional como a hiper-estabilização e a standardização.

¹ Doutor em Direito Público pela UNISINOS. Docente do Programa Pós-Graduação em Direito da Faculdade Meridional (PPGD/IMED). Pesquisador com apoio da Fundação Meridional. Advogado. E-mail: faustosmorais@gmail.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2028518764749733>.

² Graduanda em Direito da Faculdade Meridional. Email: dudaperinisilva@hotmail.com

CRIANÇAS, ADOLESCENTES E PUBLICIDADE: A VIOLAÇÃO DO DIREITO À UM DESENVOLVIMENTO SAUDÁVEL, CONSEQUENTE DAS NOVAS FORMAS DE PUBLICIDADE DIGITAL.

Haliesca Cristina Fabris¹

RESUMO: É inegável que sociedade capitalista atual é estruturada em torno do consumo, sendo assim uma sociedade de consumidores. Desse modo, considerando as diferenças pessoais dentro desta sociedade, há também diferenças entre os consumidores. Os consumidores se dividem em algumas categorias. Entre essas categorias, a categoria de consumidor-criança é a que tem recebido a maior atenção e demanda em qualidade, criatividade e investimento de muitos milhões – de reais, de dólares, de euros. Pesquisas relacionadas à influência das crianças e adolescentes a respeito das decisões de compra/consumo pelas famílias, demonstram que 80% dos gastos familiares estão diretamente relacionadas à vontade das crianças e dos adolescentes pertencentes ao seu núcleo familiar. Desde a compra de alimentos, até investimentos em automóveis, viagens, etc. Neste cenário, a indústria publicitária torna-se cada vez mais nociva à saúde das crianças e dos adolescentes e mais prejudicial ao seu desenvolvimento saudável - direito garantido pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, uma vez que o consumismo tem como consequência a formação de pessoas individualistas, hiperconsumistas e pode, inclusive, desencadear distúrbios psicológicos como ansiedade e depressão, uma vez que a criança e o adolescente não têm as ferramentas necessárias para diferenciar a fantasia – publicidade – da realidade. A publicidade já é classificada como abusiva quando direcionada à criança, estabelecida assim pelo CDC. No entanto, há novos desafios resultantes do avanço tecnológico alcançado globalmente, que demandam atenção e providências do poder público, para efetivamente garantir às crianças e aos adolescentes seu crescimento e desenvolvimento saudável.

¹ Acadêmica de Direito, pela Universidade de Passo Fundo. Integrante do grupo de pesquisas sobre sustentabilidade social e do Projeto de extensão Balcão do Consumidor, da mesma instituição. E-mail: haliescacf@gmail.com.

A PRÁTICA DO PATRIMONIALISMO NO BRASIL

Janaína Rigo Santin¹

Anna Gabert Nascimento²

RESUMO: A prática da corrupção e malversação do dinheiro público é um grande problema no Brasil, que atinge a eficiência na execução das políticas públicas e enfraquece as tutelas constitucionais relativas aos direitos fundamentais. O patrimonialismo é a apropriação privada da coisa pública, uma forma de gestão que pode ser identificado desde o Brasil colônia, onde o país era de domínio dos portugueses, e se perpetuou durante várias administrações ao longo da história. O patrimonialismo entende que não há separação do Estado e pessoa privada, ou seja, os interesses do detentor de poder se tornam parte de seu governo. (HOLANDA,1995). São frutos do patrimonialismo o nepotismo, o clientelismo, o coronelismo e o filhotismo. Desta forma, o “nepotismo e o empreguismo, senão a corrupção, eram norma.” (PEREIRA, 1998). Sendo assim, o que se viu durante todo período de existência brasileira foi uma sucessão de gestores que transformavam o patrimônio público em privado, sendo que a população mais miserável foi a que sempre foi a mais prejudicada por essas formas de administração pública. Nos primeiros anos políticos do Brasil, sob domínio da Coroa Portuguesa, quem detinha poder eram aqueles que tinham terras, títulos de nobreza e relações com a Coroa. Excluía-se nativos e escravos, considerados "res", bem como mulheres e pessoas com baixo nível social. (CARVALHO,2008) O poder era constituído em grande maioria por “proprietários rurais e os comerciantes voltados para o comércio externo.” (FAUSTO,1995) seus interesses eram sempre preponderantes ao restante da população, e tomavam medidas que claramente seriam para benefício próprio, visando adquirir cada vez mais poder. Por sua vez, a maioria da população era analfabeta e carente de infraestrutura e de um mínimo para viver com dignidade. Saindo do período colônia e passando ao império, os mesmos problemas continuaram. É cômico que ao final do império, por uma pressão externa, houve a libertação dos escravos. Contudo, suas condições financeiras, não os dava aporte naquela época. (CARVALHO,2008) após o fim do império, passa-se para a velha república, período de maior patrimonialismo na história do Brasil. Na qual as autoridades da época, os chamados coronéis, impunham ao povo votante, a eleição de representantes por eles escolhidos (JANOTTI,1981). Fazendo com que projetos de perpetuação no poder pela política dos "conchavos" e do "toma-lá-dá-cá" tivessem ênfase nos primeiros anos da república. Pessoas com baixa condição social, submetiam-se a ordens dos grandes proprietários de terra em troca de favores ou até mesmo por serem ameaçadas, já que o voto não era secreto e a violência política era real.(ROCHA,1995) Com a Revolução de 30 e o fim da república velha, o patrimonialismo continuou crônico em praticamente todos os governos que sucederam e em suas instituições de administração direta ou indireta,

¹ Pós-doutorado em Direito pela Universidade de Lisboa (Bolsa CAPES). Doutora em Direito UFPR. Mestre em Direito pela UFSC. Advogada e professora do Mestrado em Direito e do Doutorado em História da UPF. Professora Visitante do Mestrado em Direito da Universidade Agostinho Neto, em Luanda, Angola. Email: janainars@upf.br

² Estudante da Graduação do Curso de Direito da Universidade de Passo Fundo. Bolsista de iniciação científica FAPERGS. Email: 171415@upf.br

percorrendo o período do golpe militar e perpassando a redemocratização, estando presente ainda hoje. Em cada um deles acumularam-se problemas nos quais levaram o país a percorrer várias crises políticas, econômicas e institucionais. Portanto, o exposto estudo abordou algumas passagens da história política brasileira e sua relação com o patrimonialismo. Tais ações nefastas se alongaram até os dias atuais, inflamados por notícias de corrupção em grande escala nas instituições brasileiras, o que levou a um déficit nas finanças públicas e, como efeito disso, os mais atingidos são os serviços públicos garantidores dos direitos fundamentais.

RESUMOS - GT 7 - CRIAÇÃO DO DIREITO PARA OS ESPAÇOS VIRTUAIS

A INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL COMO FERRAMENTA DE DESINFORMAÇÃO E ENFRAQUECIMENTO DEMOCRÁTICO

Roberta Battisti Pereira¹

RESUMO: Criação do direito para os Espaços virtuais O trabalho tem como objetivo analisar o uso da Inteligência Artificial, por meio dos bots sociais, nas plataformas digitais, a fim de gerar disseminação de informações inverídicas, viralizar conteúdos negativos, tumultuar o debate democrático, e ainda, moldar o discurso público, muitas vezes suscitando sentimentos de ódio. Pretende-se ainda, verificar de que forma o uso dos bots influenciam o processo de desinformação e enfraquecimento democrático. Nesse sentido, verifica-se que os bots, consistem em softwares capazes de realizar a simulação de ações humanas, sendo possível a coordenação de uma rede de boots que pensem e atuem de maneira cooperativa. Com o acelerado avanço da IA e o potencial de redes sociais como o twitter facebook e whatsapp, tornou-se mais plausível o processamento de volumes de dados de forma rápida e eficiente, e é nesse sentido que a disseminação de conteúdos falsos no âmbito político são os alvos mais populares das atividades controladas pelos bots. Assim sendo, os bots são programados para espalhar agressivamente mensagens políticas unilaterais, na tentativa de distorcer o sentimento político e fabricar uma ilusão de apoio público. Insta salientar, que o uso das tecnologias fomentadas pela IA são capazes de gerar o aprimoramento democratico, entretanto, as crescentes ações de robôs apresentam uma ameaça real para a sociedade, que se torna fragilizada à medida que é estruturada por inverdades e discursos descontextualizados. Dessa forma o problema central do uso da IA encontra-se nas campanhas políticas, em razão da constante manipulação do processo de formação de consensos e da seleção de representantes que podem definir o futuro do país. Diante do exposto, verifica-se a construção de um processo de desinformação que resulta no “efeito de ressonância”, pois as mensagens são personalizadas para cada indivíduo e suas vulnerabilidades psicológicas, ou seja, os eleitores recebem mensagens diferentes, com base em previsões sobre seu comportamento online. Nesse interim, caminha-se para “bolhas” que provocam a polarização social, formando grupos separados que entram cada vez em conflitos uns com os outros. Observa-se que os bots manipulam a maneira com que as pessoas tomam decisões causando sérios danos sociais. O processo de desinformação, tornou-se um jogo político, tornando os mecanismos eleitorais influenciáveis. À vista disso o grande risco da geração de conteúdo falso é a criação de uma esfera pública artificial que não condiz com a real expressão de representatividade e com o preconizado pelo Estado Democrático de Direito. Para uma definição mínima de democracia é necessário a garantia do exercício de direitos invioláveis do indivíduo, tal como o de Liberdade de expressão da própria opiniões e da transparência da gestão pública. Conclui-se que o regime da verdade é crucial para o processo de escolha e formação de uma democracia sólida, estimulando todos os cidadãos ao exercício legítimo e pleno do direito de escolha.

¹ Advogada. Bacharel em Direito pela Universidade de Passo Fundo. E-mail: rbattistip@gmail.com

RESUMOS - GT 8 – CONSTITUCIONALISMO, DEMOCRACIA E NEONACIONALISMO

A IMPORTÂNCIA DA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS E O RISCO DO RETROCESSO DECORRENTE DA CRISE ECONÔMICA

Mateus Rigo Longo¹

Franco Scortegagna²

RESUMO: Os direitos fundamentais sociais são conquistas da humanidade, sendo que seu nascimento foi gradual, ao longo de uma série de acontecimentos históricos, decorrentes de lutas em defesa de novas liberdades que expressavam a necessidade de novos princípios, tais como a igualdade e o bem-estar das pessoas. Sua história é marcada por altos e baixos, progressos e retrocessos. Em que pese os direitos sociais serem de fundamental importância para o desenvolvimento do indivíduo e da sociedade como um todo, o quadro atual de crise econômica, faz com que sejam reduzidos, ocorrendo uma regressão com relação a direitos constitucionalmente garantidos, sob a alegação de que sua efetivação demanda grande vulto econômico, gerando um desequilíbrio financeiro ainda maior. Dessa forma, o presente trabalho tem como objetivo demonstrar a necessidade de garantir a eficácia dos direitos sociais previstos na Constituição Federal, tais como o direito à educação, à saúde e a previdência, os quais são fundamentais para o desenvolvimento e melhora na qualidade de vida das pessoas, sendo que, políticas de restrição podem ser extremamente prejudiciais e não gerar a economia almejada, tendo em vista os reflexos dessas medidas junto aos cidadãos. Faz-se necessário também desmistificar a ideia de que os direitos sociais são apenas custosos e de difícil efetivação, tendo em vista que todos os direitos fundamentais, incluindo os civis e políticos, se apresentam como direitos complexos, em parte positivos, em parte negativos, custosos e também não custosos, tanto individuais como coletivos, universais e específicos. Por fim, ressalta-se a importância das políticas públicas para a efetivação dos direitos sociais, sendo que, a garantia desses direitos gerará uma expansão das liberdades e capacidades das pessoas, o que influenciará em seu desenvolvimento e em sua responsabilidade na tomada de decisão. O estudo proposto é realizado por meio da pesquisa bibliográfica sobre o tema.

¹ Mestrando em Direito na Universidade de Passo Fundo (UPF). Especialista em Processo Civil pela Universidade de Passo Fundo (UPF). Graduado em Direito pela Universidade de Passo Fundo (UPF). Advogado. E-mail: mateusrlongo@hotmail.com

² Mestrando em Direito na Universidade de Passo Fundo (UPF). Especialista em Processo Civil pela Universidade de Passo Fundo (UPF). Especialista em Direito do Consumidor pela Uniasselvi. Graduado em Direito pela Universidade de Passo Fundo (UPF). E-mail: fscortegagna@upf.br.

DA FUNDAÇÃO DA REPÚBLICA À DEMOCRACIA DE PARTICIPAÇÃO POPULAR: MOMENTOS DECISIVOS

Renato Cechinel¹

Reginaldo de Souza Vieira²

Resumo: A presente pesquisa objetiva identificar os momentos de rupturas histórico-políticas que moldaram a formação democrática brasileira, desde o fim da monarquia até a promulgação da Constituição de 1988 e a consolidação da democracia de participação popular, utilizando, como metodologia científica, pesquisa bibliográfica. Com o fim da monarquia, instaurou-se no Brasil uma “ditadura republicana”, a República da espada, embasada no pensamento positivista, influenciado pela Revolução Industrial na Europa (RODRIGUES, 2000). A primeira Constituição da República foi promulgada em 1891 e em 1894 foi eleito o primeiro presidente civil, iniciando a República das oligarquias (São Paulo e Minas Gerais). O rompimento entre estas oligarquias em 1930, possibilita a chegada ao poder das oligarquias regionais (na figura de Getúlio Vargas) sob a influência do positivismo com raízes no castilhismo gaúcho, com a edição de duas Constituições, 1934 (promulgada) e 1937 (outorgada). Em 1945, torna-se insustentável a permanência de um presidente não eleito, reflexo do cenário mundial, com o Brasil tomando parte na segunda guerra, apoiando os aliados e seus ideais antagônicos ao modelo interno de governo vigente. Segue-se uma transição controlada que elegeu um aliado e permitiu a eleição de Vargas em 1951, e a todo o processo conturbado que impediu a tentativa de um golpe e manteve a democracia (BUENO, 2003). A fase democrática manteve-se até a deposição do presidente João Goulart, 1964, último presidente eleito do período e implantação da Ditadura Militar no Brasil. A partir de um pacto entre setores das elites brasileiras e as Forças Armadas, com “apoio” norte americano, o governo democrático foi deposto (TOLEDO, 2004). Em 1974 se dá encaminhamento para uma abertura lenta e gradual, marcada pela anistia aos crimes praticados, revogação de atos institucionais e a eleição indireta de um presidente civil em meio a agitação popular (BELLINGIERI, 2010). Em 1988 era promulgada a Constituição da República Federativa do Brasil, restabelecendo os direitos civis e estabelecendo direitos sociais, produto de intensa mobilização popular contra o regime militar que levou a eleição de um Congresso com poderes constituintes. O texto constitucional estabeleceu a participação popular na administração pública, com destaque para o parágrafo único do art. 1º, que pode ser considerado o fio condutor desta participação a condição de princípio constitucional, que dispõe: “todo poder emana do povo, que exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta constituição”. Ao afirmar “o povo exerce diretamente

¹ Mestrando do Programa de Pós Graduação em Direito da Universidade do Extremo Sul Catarinense – PPGD/UNESC. Especialista em Prática Jurídica pela Escola Superior de Magistratura do Estado de Santa Catarina ESMESC/UNESC. Especialista em Direito Administrativo e especialista em Direito Processual Moderno ambas pela Universidade Anhanguera. Bacharel em Direito pela UNESC. Membro do Núcleo de Estudos em Estado, Política e Direito – NUPED/UNESC. Advogado. Servidor Público Municipal no cargo de Analista de Controle Interno. E-mail: advrenatoc@gmail.com

² Mestre e Doutor pelo Programa de Pós Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina – PPGD/UFSC. Atualmente é professor titular da Universidade do Extremo Sul Catarinense - UNESC, atuando no curso de Direito. Professor permanente do Programa de Pós Graduação em Direito – PPGD/UNESC e do Programa de Pós Graduação em Desenvolvimento Socioeconômico – PPGDS/UNESC. É coordenador do Núcleo de Estudos em Estado, Política e Direito – NUPED/UNESC e do Laboratório de Direito Sanitário e Saúde Coletiva - LADSSC/UNESC. Membro titular da rede Ibero-americana de Direito Sanitário. Advogado. E-mail: prof.reginaldovieira@gmail.com

o poder”, não o faz em contraponto ao exercício representativo, mas “entregando ao povo a possibilidade de se tornar membro efetivo do controle social da administração pública” (LOCK, 2004). É através desta construção histórica que movimentos sociais, sindicatos e organizações da sociedade civil se fortaleceram na luta por uma sociedade mais justa e plural, produzindo conquistas importantes ao longo da história, que fortaleceram o cidadão enquanto sujeito ativo na vida pública, tornando-o interlocutor do cenário político nacional.

A OMISSÃO DO CONSELHO NACIONAL DE PREVIDÊNCIA NA REFORMA DA PREVIDÊNCIA

Edimara Sachet Risso

RESUMO: A Constituição Federal de 1988 (CF) prevê, em seu artigo 6º, dentre os direitos sociais, o direito à previdência como um dos pilares da seguridade social, que ganha contornos no Título VIII, a partir do artigo 193. O artigo 194, em seu § único, relaciona os princípios da seguridade social, dentre eles caráter democrático e descentralizado da administração, com a gestão quadripartite (dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do Governo) nos órgãos colegiados, no inciso VII, acrescentado pela Emenda Constitucional n. 20/98. A Proposta de Emenda Constitucional (PEC) n. 6, em trâmite no Congresso Nacional, visa a alterar substancialmente a política pública de previdência social. Toda a PEC foi gestada, apresentada e vem sendo discutida e defendida pelo Ministério da Economia. O que

se propõe no âmbito deste trabalho é abordar a omissão do Conselho Nacional de Previdência (CNP) em seu papel de órgão público cuja função é justamente estabelecer o caráter democrático e descentralizado da administração da política pública de previdência. O CNP, como órgão superior de deliberação colegiada foi criado pela Lei nº 8.213/91 e sua atuação consistiria no acompanhamento e na avaliação dos planos e dos programas realizados pela administração pública em matéria previdenciária. Em 2003, o Decreto n. 4.874 criou Conselhos de Previdência

Social (CPS), unidades descentralizadas do Conselho Nacional de Previdência Social (CNPS), a fim de que funcionem como canais de diálogo social. Os conselhos

devem ampliar o diálogo entre o Instituto Nacional de Seguro Social (INSS) e a sociedade, permitindo que as necessidades específicas de cada localidade, no que

diz respeito ao debate de políticas públicas e de legislação previdenciárias, sejam atendidas de modo mais eficiente. Os membros de cada Conselho têm como atribuição identificar características da previdência que possam ser aperfeiçoadas, fazer propostas para melhorar a gestão do sistema previdenciário, facilitar o desenvolvimento e a solidificação da gestão democrática e próxima dos cidadãos, além de exercer o controle social sobre a administração pública. Cumpre-se, com isso, a determinação constitucional, que por sua vez cumpre com o compromisso assumido pelo Brasil perante a Organização Internacional do Trabalho (OIT), que deu origem à Agenda Nacional do Trabalho Decente (ANTD). A prioridade 3 da ANTD consiste em fortalecer os atores tripartites e o diálogo social, a promoção da ratificação da Convenção da OIT nº 102, de 1952, sobre seguridade social (normas mínimas) e o fortalecimento de órgãos colegiados de discussão de políticas públicas. A partir dessas previsões, dentre os papéis desenvolvidos pelos conselheiros-membro estão os de identificar características da gestão previdenciária que possam ser aperfeiçoadas e apresentar propostas para a melhoria da gestão e da política previdenciárias, devendo cada Conselho funcionar como um canal de aproximação entre a sociedade e o governo. O que se observa, porém, é a completa omissão do Conselho no protagonismo da reforma. Independentemente de seu conteúdo, a PEC 6 já é eivada de vício de inconstitucionalidade, na medida

em que, não tem sido conduzida na forma prevista pela CF, fere o princípio democrático na administração da previdência, que incluem a participação na deliberação e nas discussões atinentes ao sistema.

RESUMOS – GT 9 - TEORIA DO RISCO E DESASTRES AMBIENTAIS

O DIREITO AO PERTENCIMENTO E OS DESLOCADOS AMBIENTAIS: UM “DESASTRE AMBIENTAL” E O CENÁRIO DE MARIANA E BRUMADINHO EM MINAS GERAIS

Andressa Silva Souza¹

Francielle Benini Agne Tybusch²

RESUMO: Este resumo expandido tema muito atual, complexo e polêmico de pesquisa acerca dos desastres ambientais, e o cenário do território local das cidades de Mariana e Brumadinho em Minas Gerais, e o direito ao pertencimento de seus deslocados ambientais. Ao tratar a temática dos desastres ambientais, a partir da perspectiva dos desastres tecnológicos ocorridos em Mariana e Brumadinho em Minas Gerais, não se pode isentar questionamentos sobre os impactos diretos causados aos deslocados ambientais em seus espaços geográficos locais oriundos, destes desastres. Neste diapasão, a amplitude da representatividade dos estudos sobre os deslocados ambientais, indubitavelmente, deve ser efetivada no contexto sistêmico e nacional, através da incitação do reconhecimento dos impactos ambientais de grande proporção e seus deslocados ambientais, ecossistema perante a sociobiodiversidade, evolução da vida, e da influência das inúmeras áreas do saber que estudam a temática alicerçando-se, assim, uma percepção social de cuidado, importância e intolerância com os deslocados ambientais e seu território e desmedida inclusive entre seus próprios pares, mudando-se o paradigma do limite e do vínculo indivíduo-natureza- território. Com efeito, a relevância jurídica desvela questões como a equivocada denominação de tragédia ambiental, diante de cenário resultante de ação antrópica que instaura a ocorrência de crime ambiental e a perda de identidade dos deslocados ambientais nos desastres colide de forma abrupta nas vidas destas comunidades. Assim, da temática emergiu o problema que se instala nesta pesquisa, qual seja: Em que medida é possível saber quais são os limites e possibilidades de retomada do território e identidade pelo viés do direito de pertencimento dos deslocados ambientais nesse cenário? Sob essa perspectiva buscou-se angariar alicerces, mesmo que ainda preliminares, para responder a essa pergunta. Assim, esse estudo tem por objetivo delimitar as bases que conduzem à conscientização da necessidade de valoração da identidade e do direito ao pertencimento dos deslocados ambientais. Dessa forma, por meio do capítulo intitulado Sociedade de risco e o desastre tecnológico examina-se, ainda que preliminarmente o contexto da sociedade atual e o seu cenário de crise ambiental, dos “desastres” de alta magnitude na sociedade brasileira ao que Ulrich Beck define como “sociedade de risco global”, aquela que não controla os riscos por ela criada, não previne, distribui ou responsabiliza os culpados pelos danos ambientais, como bem denomina irresponsabilidade organizada. Já no segundo capítulo do estudo intitulado, O direito ao pertencimento sob a perspectiva da territorialização encontra-se delimitado o problema da presente pesquisa, tecendo apontamentos sobre o cenário e situação que se encontram os deslocados ambientais de Mariana e Brumadinho que convivem

¹ Autora. Bacharela em direito pela Faculdade de Direito de Santa Maria- Fadisma. Advogada. Pesquisadora no Grupo de Pesquisa em Direitos da Sociobiodiversidade (GPDS) da Universidade Federal de Santa Maria (UFSM). Endereço eletrônico: Souza_andressa@hotmail.com.br

² Co-autora. Doutora em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Maria – UFSM. Professora do Curso de Direito da Universidade Franciscana - UFN. Professora Substituta do Departamento de Direito da Universidade Federal de Santa Maria - UFSM. Integrante do Grupo de Pesquisa em Direito da Sociobiodiversidade (GPDS) da Universidade Federal de Santa Maria - UFSM e do Grupo de Pesquisa em Direito, Risco e Ecocomplexidade da Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS. Endereço Eletrônico:francielleagne@gmail.com

com a perda do sentido de identidade sob a perspectiva de território e direito ao pertencimento. A realização desta pesquisa contará com embasamento jurídico e doutrinário. Para tanto será utilizado o a teoria de base complexo-sistêmica, visto que o objeto da pesquisa será abordado a partir de suas concepções econômicas, sociais, políticas e jurídicas. Os métodos de procedimento utilizados na elaboração da pesquisa serão o histórico e o bibliográfico. Por fim, frente à complexidade um cenário de irreversibilidade, seja ao ecossistema ou vida que podem resultar em um possível cenário de inacessibilidade das futuras gerações a uma identidade de pertencimento e território ambiental considerado de uso comum aos deslocados ambientais.

RESUMOS - GT 10 - SEGURANÇA ALIMENTAR

SEGURANÇA ALIMENTAR E AGROTÓXICOS: O USO DESENFREADO DE QUÍMICO-DEPENDENTES E O DIREITO À ALIMENTAÇÃO

Clarissa Guerra¹

Larissa Melez Ruviaro²

RESUMO: Considerando a alimentação como um direito humano fundamental e as relações sociais advindas da produção de alimentos, a partir da exploração econômica da natureza, os Estados se apropriam do conceito de segurança alimentar, como um mecanismo capaz de possibilitar a concretização do direito à alimentação. Nesse contexto, a evolução das fronteiras agrícolas e o procedimento químico-dependente trouxeram à baila problemáticas urgentes com cunho social e ambiental. Cabe, assim, perquirir quais os impactos do atual modelo de produção agrícola, para a segurança alimentar, especialmente, no que diz respeito à saúde humana. O método de abordagem foi sistêmico-complexo, diante da lógica que o mercado reduz o poder dos pequenos agricultores, pela monopolização da produção. O avanço do sistema latifundiário deu ênfase à agricultura de exportação, apesar de essa prática representar uma ameaça à segurança alimentar, por desconsiderar seus princípios e a qualidade alimentícia, bem como a distribuição equitativa da produção. A agricultura brasileira, por sua vez, se desenvolve com a implementação de máquinas e tecnologias agrícolas, colocando o Brasil entre os grandes países do agronegócio. Tal progresso fez com que o Brasil se tornasse o maior consumidor de agrotóxicos do mundo, pois visava o avanço das bases socioeconômicas, conduzido pelo crescimento econômico. Assim, o modelo de exportação contribuiu para sabotar a agricultura familiar e potencializar os conflitos rurais, de modo a menosprezar a repartição equitativa de terras, voltando-se tão somente à dominação das atividades econômicas, inclusive, do campo. Diante disso, a modernização agrícola trouxe uma inversão de valores, em que os agricultores passam a ser, simplesmente, produtores e consumidores de sementes, onde a cultura de exportação potencializou o uso de agrotóxicos, para amparar a dependência química das culturas e avançar a produtividade para as fronteiras naturais. Por isso, o modelo de produção agrário encontrado no Brasil, atualmente, é hegemônico, marcado pelo caráter cruel do capitalismo e da “revolução verde”. Os impactos tornaram-se frequentes, principalmente, em relação à saúde, devido às poluições e intoxicações ocasionadas pelos agrotóxicos, resultando na retirada forçada dos indivíduos da localidade em que residiam tradicionalmente. Em contrapartida, os defensores da “revolução verde” afirmam que tais riscos são inerentes à atividade agrícola, pois sem eles não seria possível manter a produção para o crescente número de habitantes do planeta. A referida alegação mostra-se controversa, na medida em que a desigualdade na distribuição alimentícia sempre se sobrepôs à produção global. A produção agrícola químico-dependente monopolizou o uso de agrotóxicos e dificultou a saída do atual modo de produção, pois o seu consumo não abarca, apenas, cultivos transgênicos, mas, de certa forma, toda a cultura produtiva, transformando o setor agrícola em

¹ Advogada. Graduada em Direito pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e Missões Campus Santiago. Mestranda em Direitos Emergentes na Sociedade Global, pela Universidade Federal de Santa Maria (UFSM). Endereço eletrônico: clarasouza guerra@hotmail.com.

² Advogada. Graduada em Direito pela Faculdade de Direito de Santa Maria (FADISMA). Mestranda em Direitos Emergentes na Sociedade Global, pela Universidade Federal de Santa Maria (UFSM). Integrante do grupo de pesquisa em Propriedade Intelectual (GPPIC). Endereço eletrônico: larissa_ruviaro@hotmail.com.

organismos geneticamente modificados, devido ao excessivo nível de contaminação dos pesticidas. Portanto, a garantia de segurança alimentar está intrinsecamente ligada aos manifestos sociais e políticos, pois requer a atenuação da dependência dos agrotóxicos e a retomada de modelos produtivos voltados à qualidade dos alimentos que chegam à mesa das pessoas.

O DIREITO SOCIAL À ALIMENTAÇÃO NO ESTADO BRASILEIRO: A DICOTOMIA SEGURANÇA ALIMENTAR E NUTRICIONAL E SOBERANIA ALIMENTAR

Clarissa de Souza Guerra¹

RESUMO: A alimentação é tida como um direito humano fundamental, dada a sua indispensabilidade para a garantia da sobrevivência da espécie, sendo assim reconhecida, em âmbito internacional, na Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948. Dessa forma, o presente trabalho tem o objetivo de analisar o direito à alimentação sob a ótica da dicotomia segurança alimentar e nutricional e soberania alimentar, enquanto mecanismos para a realização desse direito. A partir da pesquisa bibliográfica, busca-se delinear as diferentes concepções teóricas e em que se comunicam, verificando quais interesses são atendidos em cada contexto. Inicialmente, deve-se considerar que, no Brasil, a alimentação é tratada como um direito social pela Constituição Federal de 1988, desde a Emenda Constitucional nº 64/2010. Assim, devem ser instituídas políticas públicas e programas governamentais, para a sua concretização. Nesse sentido, a segurança alimentar e nutricional e a soberania alimentar apresentam-se como conceitos importantes, no contexto histórico pós Segunda Guerra Mundial, principalmente, com o estabelecimento de políticas agrícolas voltadas ao abastecimento de alimentos em países em conflito. Conforme Albuquerque (2013), a segurança alimentar tem implicação direta nos processos de decisão relativos à política externa, de modo que, com maior fôlego nos anos 1990, tornou-se agenda de impacto relevante nas relações domésticas e externas dos Estados. Ainda, aponta o autor que a segurança alimentar foi instrumentalizada sob a ótica da cooperação entre os países, o que evidencia o fato de que a FAO seja atualmente a agência especializada da Organização das Nações Unidas com o maior orçamento. No Brasil, a segurança alimentar e nutricional é regulamentada pela Lei 11.346/2006, que cria o Sistema Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional, instituindo aquela como a realização do direito humano à alimentação saudável, acessível, em quantidade suficiente e de qualidade, de modo permanente, baseado em práticas alimentares saudáveis. Por outro lado, a soberania alimentar, conforme Renato Maluf (2007), é um conceito que deve ser observado, enquanto uma política nacional, para que os Estados direcionem suas ações para a efetivação da segurança alimentar. Nesse sentido, Altieri (2010) destaca que a ideia de soberania alimentar dá ênfase ao acesso dos agricultores à terra, às sementes e à água, valorizando a autonomia local e as práticas de agricultura familiar, bem como as redes de cooperação existentes entre os próprios agricultores. Vê-se, assim, a maior possibilidade de conservação da biodiversidade local e a valorização dos conhecimentos tradicionais. Dessa forma, considerando a alimentação como uma condição indispensável à vida humana e o reconhecimento do seu caráter de direito social, cabe ao Estado desenvolver políticas públicas voltadas a sua efetivação. Além disso, a segurança alimentar e nutricional e a soberania alimentar são correntes teóricas distintas, apesar de se comunicarem em alguns aspectos. Assim como, é papel

¹ Advogada. Graduada em Direito pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e Missões Campus Santiago. Mestranda em Direitos Emergentes na Sociedade Global, pela Universidade Federal de Santa Maria (UFSM). Endereço eletrônico: clarasouzaguerra@hotmail.com.

do Estado promover o direito à alimentação, sem desconsiderar os demais direitos fundamentais da pessoa humana, bem como a sustentabilidade das práticas adotadas.

AGRICULTURA FAMILIAR E SEUS ATUAIS DESAFIOS FRENTE ÀS POLÍTICAS PÚBLICAS RELACIONADAS À GARANTIA CONSTITUCIONAL DA SEGURANÇA ALIMENTAR

Claiton Rossa da Rocha¹

Luiz Ernani Bonesso de Araújo²

RESUMO: O tema sobre agricultura familiar e segurança alimentar tem sido objeto de políticas especiais nos Países que apresentam menores níveis de renda e fortes contrastes de riqueza e pobreza, principalmente no plano social, como é o caso do Brasil. Diante do crescente predomínio da agricultura capitalista exportadora, que é altamente concentradora de financiamento e de terra, a agricultura familiar exige particular atenção do Estado e permanente investigação por parte daqueles que estudam e se preocupam com o tema. A promoção de uma política de Segurança Alimentar e Nutricional (SAN) se insere em uma trajetória de reconhecimento, pelo Estado brasileiro, do direito humano à alimentação. Pode-se afirmar que o Brasil, até então, avançou muito na institucionalização da SAN entre as políticas públicas, pois o reconhecimento do Direito humano à alimentação muda a perspectiva da política social frente à garantia constitucional. Contudo, aspectos importantes da Política de Segurança Alimentar deveriam ser mais bem discutidos, uma vez que as ações governamentais, basicamente, importam em transferências de renda, o que não atende aos requisitos colocados pela legislação e pela expectativa dos atores sociais. As políticas voltadas para o rural, área de maior vulnerabilidade e onde a pobreza é mais profunda, necessitam ser intensificadas, sob pena de segregarmos, ainda mais, àqueles que são beneficiados pelas ações governamentais e os que continuam marginalizados. Nesse contexto, tem-se que políticas públicas adequadas e abrangentes a toda a atividade decorrente da agricultura familiar - desde o uso da terra até a comercialização da produção – são essenciais para a segurança alimentar como direito social fundamental de todo o cidadão. Recentemente, por meio da Medida Provisória no 870/2019, o Governo Federal altera as disposições da Lei Orgânica de Segurança Alimentar (Losan), que visa assegurar o direito humano à alimentação adequada, colocando em risco a participação direta de membros representativos da sociedade na elaboração de planos e diretrizes voltados ao tema. É importante dizer que o atual entendimento sobre agricultura, vista somente sob o prisma comercial, afronta o direito de todos ao acesso regular e permanente a alimentos de qualidade, bem como não atenta para a conservação da biodiversidade e a utilização sustentável dos recursos naturais (SANTOS, 1992). Nesse contexto, a ideia de progresso e desenvolvimento econômico passa a ser entendida como sinônimo de dominação da natureza, resultando na separação natural dela e do homem (PORTO-GONÇALVES, 2006). Contrapondo tais assertivas, a agricultura familiar destaca-se pela policultura, em que assume o protagonismo no processo produtivo, através do cultivo e da comercialização, constituindo modo específico de produção e de viver em sociedade (SANTILLI, 2009). A legislação deve considerar, conjuntamente, a população local e a ética de conservação do meio no qual está inserida (SANTOS, 2005). Assim, partindo de uma pesquisa bibliográfica e documental, o enfoque no presente

¹ Mestrando PPGD-UFSM. Membro do GPDS-PPGD-UFSM. claitonrocha@hotmail.com

² 2Doutor. Professor Titular aposentado da UFSM. Professor do Mestrado em Direito da UPF. Líder do GPDS-PPGD-UFSM. luiz.bonesso@gmail.com

trabalho é analisar de que maneira as recentes alterações na legislação sobre a matéria podem impactar a agricultura familiar, considerando esta como garantidora do direito social à segurança alimentar.

RESUMOS - GT 11 – SOCIEDADE, CONFLITO E MOVIMENTOS SOCIAIS

ENTRE TIROS E DIREITOS: REFLEXÕES SOBRE O INSTITUTO DO REFÚGIO BRASILEIRO E A RELAÇÃO COM O CASO EVALDO DOS SANTOS ROSA

Stéfani Reimann Patz¹

Letícia Mousquer Ritter²

RESUMO: Quando se aborda o instituto do refúgio, refere-se a questões que envolvem migração forçada, violações sistemáticas de Direitos Humanos, perseguições e proteção em um nível internacional. Conforme o Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR), órgão da Organização das Nações Unidas (ONU), refugiados são todas aquelas pessoas que estão fora de seu país de origem devido a fundados temores de perseguição relacionados a questões de raça, religião, nacionalidade, pertencimento a um determinado grupo social ou opinião política, como também devido à grave e generalizada violação de direitos humanos e conflitos armados. Em 2017, existiam pelo menos 22,5 milhões de refugiados e mais de 40 milhões de deslocados internos. Neste cenário, o Brasil tornou-se um dos destinos para refugiados de diversas localidades do mundo. Todavia, apesar do país ser reconhecido como uma nação acolhedora e vivenciar um regime de governo democrático há mais de três décadas, o número de refugiados de origem brasileira vem crescendo no presente século, passando de 254 no ano de 2001 para 836 em 2017. As principais causas de refúgio de brasileiros estão relacionadas à tortura ou violência, ao medo de perseguição de policiais corruptos, integrantes de milícias e traficantes de drogas, as testemunhas de crimes cometidos por policiais e aos ativistas na Amazônia ameaçados de morte. A fim de compreender melhor o fenômeno e traçar um diálogo com o caso Evaldo dos Santos Rosa, que o presente resumo se apresenta. O método de abordagem é o indutivo/dedutivo, o método de procedimento envolve uma abordagem sócio analítica e a técnica de pesquisa abrange documentação direta e indireta. O caso em análise é do músico e segurança, Evaldo dos Santos Rosa, que morreu em 7 de abril de 2019, em decorrência de uma ação do Exército Brasileiro no Rio de Janeiro. O veículo em que Evaldo e sua família estavam foi alvejado por militares. A primeira perícia realizada pela Polícia Civil indicou que 83 tiros haviam sido descarregados contra o veículo. Já a perícia realizada posteriormente pela Polícia Judiciária Militar (PJM) indicou 257 tiros de fuzil e pistola durante a ação. Em um primeiro momento, o Comando Militar do Leste (CML) negou ter atirado contra a família e afirmou ter respondido a uma "injusta agressão de assaltantes". Mais tarde, no mesmo dia, o CML informou que o caso estava sendo investigado pela PJM com a supervisão do Ministério Público Militar (MPM). Entretanto, de acordo com os relatos de testemunhas, os militares atiraram por engano contra a família. Por fim, é preciso lembrar o que aconteceu no caso em comento, configura uma das causas de pedido de refúgio por brasileiros – as testemunhas de crimes cometidos por policiais. Portanto, a história de Evaldo dos Santos Rosa guarda estreita relação com a disciplina de Direito Internacional, na medida em que se verifica temas como violação massiva de Direitos Humanos, violência e a insegurança estatal. Estes

¹ Aluna do nono semestre do Curso de Graduação em Direito da URI Santo Ângelo/RS, bolsista PIIC/URI no projeto de pesquisa Crisálida: Direito e Arte. E-mail: stefani.patz@hotmail.com

² Doutora em Direito pela Universidade do Vale dos Sinos – UNISINOS. Professora na Graduação em Direito da URI Santo Ângelo/RS. Membro do Projeto de Pesquisa: Novas formas de proteção dos direitos culturais e do patrimônio cultural: Aproximação entre Direito, Inovação e Política e do Grupo de Pesquisa: Conflito, Cidadania e Direitos Humanos. Advogada. E-mail: leticiaritter@san.uri.br

temas complexos ganham, através do caso concreto, uma linguagem mais acessível, propiciando ao interlocutor uma visão mais realista do assunto, bem como uma reflexão importante acerca da humanização do Direito Internacional. Nesse sentido, existe uma necessidade de debater sobre o refúgio brasileiro, tendo em vista o contingente de pessoas afetadas, bem como suas repercussões.

OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA, RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE APLICADOS NA DECRETAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA

Bianca Buzatto da Rosa ¹

Luiz Fernando Kramer Pereira Neto²

RESUMO: A prisão preventiva bem como as medidas cautelares são medidas excepcionais, sendo imprescindível a análise dos princípios constitucionais da presunção de inocência, razoabilidade e proporcionalidade que devem embasar a decretação dessas. Sendo assim, princípios de suma importância, eis que serão eles o freio de qualquer decisão irregular. O presente estudo científico tem como o objetivo a análise da efetiva aplicação dos princípios constitucionais da presunção de inocência, razoabilidade e proporcionalidade na fundamentação das decisões que decretam a prisão preventiva. Para tanto, leva-se em consideração decisões de tribunais superiores, que tem como parâmetro os princípios constitucionais. O estudo se justifica pela teoria garantista e na preservação dos ditames constitucionais. Busca-se defender que, o magistrado deve buscar soluções para garantir o direito fundamental do indivíduo, adequando o processo penal aos princípios constitucionais. Adianta-se que a pretensão aqui não é expor todo o teor encontrado nas doutrinas, mas sim os que são comumente dissertados pelos autores, sendo utilizado o método bibliográfico. Diante disso, o trabalho pretende afirmar que as medidas cautelares prisionais são excepcionais e a de utilização restrita e cuidadosa.

¹ Graduanda do curso de direito pela Universidade de Passo Fundo – buzattobr@gmail.com.

² Professor da Universidade de Passo Fundo: orientador do presente trabalho – luizfernando@upf.br.

O MÉTODO APAC FRENTE À PROBLEMÁTICA DO CÁRCERE BRASILEIRO

Bruna Leyter¹

Eduarda dos Santos Knob²

RESUMO: Embora consabida a notoriedade conferida à Constituição Federal de 1988, popularmente conhecida como Constituição Cidadã, cuja elencou o maior rol de direitos e deveres fundamentais do homem, a realidade brasileira é outra. Neste contexto o sistema prisional emerge como uma das principais problemáticas. As inúmeras e manifestas violações ao apenado vão desde dilemas estruturais do cárcere até a construção de dogmas sociais. Em outras palavras, o sistema prisional retira a dignidade da própria pessoa humana, devolvendo, assim, a sociedade um indivíduo com visões distorcidas, por muitas vezes incapaz de se reinserir no meio social. Sob essa perspectiva, a despeito da falsa sensação de segurança, o sistema carcerário brasileiro torna-se fomentador dos altos e crescentes índices de violência. Nesse cenário, mostra-se imperioso a construção de um novo pensamento vinculado a humanização do tratamento ao detento. Sendo que uma nova visão é trazida pelo método APAC, surgindo como uma promissora alternativa de reinserção social do recuperando.

¹ Graduanda do Curso de Direito, da Faculdade de Direito, da Universidade de Passo Fundo (UPF). E-mail: brunaleyter@hotmail.com

² Graduanda do Curso de Direito, da Faculdade de Direito, da Universidade de Passo Fundo (UPF). E-mail: eduardaknob@gmail.com

O ATO INFRACIONAL E MEDIDAS SOCIOEDUCATIVA DE INTERNAÇÃO NO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE: BREVE ANÁLISE DE SUAS COMPREENSÕES

Fritz Loewenthal Neto¹

Guilherme Silva Araújo²

RESUMO: Desde o advento da doutrina da proteção integral, distintas compreensões em torno do ato infracional e da medida socioeducativa tem sido formuladas pela doutrina e impostas nas decisões judiciais. A presente pesquisa se propõe a investigar algumas destas percepções e apresentar um olhar abolicionista desde a criminologia crítica. A recepção da doutrina da proteção integral pelo Estatuto da Criança e do Adolescente trouxe significativas mudanças, no âmbito infracional e das medidas socioeducativas, o reconhecimento de crianças e adolescentes como sujeitos de direitos, a distinção entre crime e ato infracional, entre pena e medida socioeducativa, a garantia de todos os direitos penais e processuais além de outras em razão da condição peculiar de sujeitos em desenvolvimento (excepcionalidade e brevidade da internação), a possibilidade de composição de conflitos, a oportunidade de que o juiz deixar de aplicar uma medida socioeducativa mesmo quando presentes os seus requisitos, a possibilidade de remissão, entre outras. Contudo, passados quase três décadas da promulgação do Estatuto da Criança e do Adolescente, indicadores e pesquisas em torno da Justiça Juvenil apresentam, ao contrário do discurso declarado, uma inversão na qual as medidas de internação tem sido cada vez mais aplicadas, sendo a regra, tendo como alvo a mesma adolescência pobre e negra das periferias que secularmente tem sido objeto de encarceramento, cujos locais continuam não se diferenciando concretamente das prisões. Assim, apesar de aspectos no estatuto que indicam a adoção de um direito do ato e não do autor, o contrário tem prevalecido, seja na prática da justiça ou em razão de algumas características do estatuto, verifica-se a discricionariedade, o subjetivismo, e o positivismo criminológico periculosista-determinista que tem justificado a internação como medida mais adequada para “proteção” dos considerados “vulneráveis” ou mesmo “perigosos”. Ou seja, práticas medidas socioeducativas tem estado inclusive em uma situação pior que o direito penal, muito mais próximas das medidas de segurança. Assim, alguns defendem a posição de um Direito Penal Juvenil como única forma apta a expulsão dessas permanências. Outros sustentam uma posição agnóstica que defende o caráter não penal das medidas socioeducativas recusando o Direito Penal Juvenil, no entanto adotando também o garantismo ferrajoliano, defendendo uma espécie de garantismo infracional. Ainda, autores que se colocam como abolicionistas, no entanto recusam a justiça alternativa em sua concepção se voltaria pela vítima ignorando a criança e o adolescente. O presente trabalho propõe uma posição e concepção agnóstica e abolicionista que não justifique a privação de liberdade (e legitime o direito penal), buscando sempre contê-la com fins de sua abolição, superando tanto o punitivismo quanto a ideologia tutelar,

¹ Mestrando no Programa de Pós-graduação em Direito na Universidade do Extremo Sul Catarinense (UNESC), membro do Grupo Andradiano de Criminologia Crítica e coordenador adjunto do Grupo Avançado de Estudos em Economia Política de Pena em Criciúma (IBCrim). Bolsista pela FAPESC (Fundação de Amparo à Pesquisa e Inovação do Estado de Santa Catarina. E-mail: fritz_loewenthal@hotmail.com.

² Mestrando no Programa de Pós-graduação em Direito na Universidade do Extremo Sul Catarinense (UNESC), especialista em processo civil (UNISUL) e em ciências criminais (CESUSC) Professor de direito penal da Estácio -SC e presidente da comissão de assuntos prisionais da OAB/SC. E-mail: guilherme@araujosandini.com.br.

compreendendo a medida socioeducativa como forma de responsabilização do adolescente, e cujo caráter pedagógico inerente a responsabilização (compreensão dos danos causados) como um direito social extensivo a todas crianças e adolescentes, de reparação de dano, buscando praticas não punitivas que deem ênfase na mudança da cultura punitiva, e suas categorias estereotipadas e estigmatizantes (crime, autor, vitima, etc.), procurando a reconstrução de vínculos e soluções horizontais de conflitos que não subtraíam as partes envolvidas e mais interessadas na resolução da situação problemática.

ADOLESCÊNCIAS E VIOLÊNCIAS: ENFOQUE E DESFOQUE DE SUAS FORMAS INTERINDIVIDUAIS, INSTITUCIONAIS E ESTRUTURAIS

Fritz Loewenthal Neto¹

Alex da Rosa²

RESUMO: Aborda-se a temática da adolescência, sobretudo àquela marginalizada constantemente associada à violência individual. Tidos no imaginário social como perigosos são alvos do sistema infracional juvenil seletivo. A proposta é trazer à tona as demais formas de violência (estrutural e institucional) e suas correlações, buscando projetar um olhar para além da individualização dos conflitos, resgatando a politização da questão criminal (infracional). A pesquisa se desenvolve por meio de material bibliográfico e através da busca de dados fornecidos por fontes de pesquisa oficiais, tendo como lente teórica a criminologia crítica. O objetivo é redimensionar o olhar da violência de modo a abarcar a questão de forma mais próxima de sua completude. Denunciar os perigos das constantes apostas no incremento da violência institucional como forma de solução da violência individual, visto que a violência institucional guarda relação funcional com a produção e reprodução da violência estrutural, ambas geralmente desconsideradas quando se aborda a questão da adolescência e da violência. No Estatuto da Criança e do Adolescente e na Constituição Federal de 1988 através da incorporação da doutrina da proteção integral, se verifica a absoluta prioridade no asseguramento dos direitos das crianças e adolescentes, destacando a importância da destinação de recurso e formulação de políticas sociais públicas visando a satisfação dos direitos fundamentais. Além da absoluta prioridade na satisfação dos direitos fundamentais visando a satisfação das necessidades, foram possíveis mudanças quanto a responsabilização em face da prática de condutas qualificadas tipificadas como crimes. Adotou-se o “modelo de responsabilidade” ou de “proteção integral”, nomeando crianças e adolescentes (rejeitando a nomenclatura menor e sua carga negativa e adotando critério meramente etário) como sujeitos de direitos, detentores de um sistema de direitos e garantias inerentes a pessoa humana, atribuindo a estes, por outro lado, relativa responsabilidade pela prática de atos qualificados como crime ou contravenção. A violência individual é aquela que se realiza por meio dos indivíduos, é a interpessoal. A violência institucional por sua vez ocorre por meio das instituições em seus agentes, órgãos do Estado, governo, o exército, ou a polícia. Já a violência estrutural se trata da repressão das necessidades humanas reais, e assim, dos direitos humanos em seu conteúdo histórico-social, são as relações injustas de propriedade e de poder que impedem a satisfação das necessidades humanas, trata-se da estrutura social e sua desigualdade de acesso aos bens positivos e trata-se da forma geral da violência cujas demais formas costumam se originar direta ou indiretamente. O presente trabalho busca resgatar as demais formas de violência elucidando que em todas, tais sujeitos são os constantes vitimados, a institucional

¹ Mestrando no Programa de Pós-graduação em Direito na Universidade do Extremo Sul Catarinense (UNESC), membro do Grupo Andradiano de Criminologia Crítica e coordenador adjunto do Grupo Avançado de Estudos em Economia Política de Pena em Criciúma/SC (IBCrim). Bolsista pela FAPESC (Fundação de Amparo à Pesquisa e Inovação do Estado de Santa Catarina). E-mail: fritz_loewenthal@hotmail.com.

² Graduando em Direito na Universidade do Extremo Sul Catarinense (UNESC), membro do Grupo de Andradiano de Criminologia Crítica e do Grupo Avançado de Estudos em Economia Política da Pena em Criciúma/SC (IBCrim). Email: alexdarosa@hotmail.com.br

e a estrutural e até mesmo a individual. Em suma, sustenta-se que a violência institucional operada pelo sistema penal (infracional) apostada como forma de eliminação da violência individual, é mais do que ineficiente em seus objetivos declarados, servindo em verdade como formidável instrumento seletivo de manutenção e reprodução da violência estrutural essa inclusive a partir de onde costuma se originar os conflitos individuais como sua expressão.

A PREVALÊNCIA DOS ACORDOS E CONVENÇÕES COLETIVAS DE TRABALHO: UMA ANÁLISE ACERCA DOS INCISOS XII E XIII DO ART. 611-A PELA NOVA REDAÇÃO DA CLT

Salus Henrique Silveira Ferro¹

RESUMO: O trabalho não busca resolver o problema em questão, mas a demonstrar de uma forma jurídico-social as consequências das redações apresentadas. Nesse sentido, é necessário afirmar que os princípios no direito do trabalho são de extrema importância e uma conquista histórica ao trabalhador, devendo a redação de âmbito trabalhista sempre observá-los. A reforma trabalhista advinda da lei nº 13.467/2017 modificou a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) em um efeito cirúrgico nas relações de trabalho e nos objetos que podem ser alvos da convenção e acordo coletivo. Como se trata de um assunto recente, ainda não há trabalhos científicos relacionados ao tema, de modo que o mesmo merece ser profundamente abordado, realizando uma análise sobre as principais consequências e efeitos no que tange essa reforma nas relações de trabalho. A pesquisa destina-se ao estudo da prevalência dos acordos e convenções coletivas de trabalho quanto à fixação do grau de insalubridade, conforme a nova redação do Art. 611-A da CLT. Dito isso, é necessário analisar todas as questões que permeiam o enquadramento e fixação do grau de insalubridade pelas formas de negociação coletiva, pois em uma análise prévia é possível evidenciar que os prejuízos não se fazem presente só ao trabalhador insalubre, mas ao próprio Estado que deve lidar com tais problemas futuros, consequência de uma reforma precipitada e apressada por parte de seus legisladores. O método de abordagem é dedutivo, partindo de previsões gerais, tais como a prevalência do acordo coletivo sobre a lei, no que tange o enquadramento do grau de insalubridade e prorrogação de sua jornada de trabalho em ambientes insalubres que cause prejuízo indireto ao trabalhador para analisar concretamente os efeitos e consequências dessa medida, tanto em âmbito jurídico quanto social. Assim, ao se tratar de negociações coletivas, que visam um interesse da coletividade com o fito de garantir a própria existência, o papel de uma entidade representativa tem-se força ao equilibrar o poder de barganha das relações de trabalho, norteadas por princípios fundamentais do direito trabalhista como o princípio da proteção, surgem a partir daí os sindicatos (SILVA, 2013). Deste modo, tem-se um instituto capaz de garantir os interesses das classes trabalhadoras, tendo legitimidade para atuar e negociar no polo ativo das ações referentes as relações de trabalho. A partir daí as negociações coletivas fizeram-se cada vez mais presente, resultando-se em dois distintos institutos, a convenção coletiva e posteriormente o acordo coletivo. Diferentemente da convenção coletiva de trabalho, que vale para toda a categoria representada, o acordo coletivo se limita às empresas acordantes e seus respectivos empregados, visando a manutenção do bem-estar social das relações de trabalho. Essa maior aproximação das relações trabalhistas, estabelecendo as condições de trabalho pelo acordo coletivo, torna-se alvo de uma importante alteração com a reforma trabalhista, por garantir a sua prevalência ante o estipulado nas convenções coletivas, conforme o acrescentado Artigo 620 da CLT, “as condições estabelecidas em acordo coletivo de trabalho sempre prevalecerão sobre as estipuladas em convenção coletiva de trabalho”. Ocorre que, apesar da

¹ É graduado em Relações Internacionais pela Universidade Federal de Santa Maria (UFSM). Atualmente é graduando em Direito pela Universidade Franciscana (UFN).

existência de hierarquia das formas de negociação coletiva, identificada na redação do referido artigo, o mesmo altera a compreensão de seus efeitos nas relações de trabalho ao adicionar a expressão “sempre” a redação, podendo estipular determinadas condições em acordo coletivo que passam a prejudicar o trabalhador ante a convenção coletiva. Deve-se levar em conta, que a legislação brasileira, para qualquer ramo do Direito, pauta-se nos princípios como fontes basilares, influenciando tanto na formação como na aplicação. Os princípios fundamentais de Direito do Trabalho “são os que norteiam e propiciam a sua existência, tendo como pressuposto a constatação da desigualdade das partes, no momento do contrato de trabalho e durante seu desenvolvimento” (CARRIRON, 2000. p. 64-65). Além disso, Silva (1999), ao fazer uma análise mais aprofundada, evidencia que é o princípio com maior amplitude em termos de proteção ao trabalhador. Sendo assim, o novo artigo 620 da CLT vai de encontro ao princípio da norma mais benéfica nas relações de trabalho, onde havendo conflito entre duas ou mais normas vigentes aplicáveis à mesma situação, vale-se a mais vantajosa ao trabalhador. Tal conflito entre regras e princípios é objeto de discussão por muitos doutrinadores ao longo do tempo. De um modo geral, são os princípios que regem as regras, tendo em sua natureza uma norma essencial as estruturas basilares à interpretação e sistematização do direito positivado, ou seja, constituem-se parâmetros para a interpretação das lacunas jurídicas (REALE, 2002). Litholdo (2013) ao abordar os efeitos dos princípios no direito trabalhista, defende que os mesmos se constituem como guardiões do direito do trabalho, garantindo a essência do ordenamento jurídico em caso de alteração ou revogação de leis. Esclarece ainda que são o ponto mais forte para coroar as conquistas sociais, a fim de afastar artifícios que podem macular direitos positivados. Uma dessas problemáticas dá-se pelo instituto da insalubridade, que se torna um objeto possível de ser acordado em negociação coletiva no que tange ao seu enquadramento e fixação do grau no ambiente de trabalho, de acordo com o artigo 611-A, inciso XII da CLT. Por se tratar de um instituto sensível às relações de trabalho, a análise destina-se aos efeitos jurídico-sociais da nova redação, tendo em vista que por se tratar de um objeto passível de negociação coletiva, o trabalhador poderá ser prejudicado tanto economicamente quanto em sua saúde, ao ter um enquadramento diverso do estipulado em lei. Já em outro momento, de acordo com o inciso XIII, a jornada em ambiente insalubre poderá ser prorrogada, ou seja, há a possibilidade de estabelecer jornadas diárias maiores sob o efeito de tais agentes nocivos à saúde. O trabalhador nessa situação se vê na iminência de uma conclusão lógica: poderá ganhar menos e trabalhar mais em um ambiente precário a sua saúde. Nesse mesmo sentido, conclui-se que para ganhar o salário determinado anteriormente pela porcentagem em grau máximo e estabelecido o atual em mínimo, deverá trabalhar mais horas em um ambiente que lhe prejudica para obter o mesmo ganho, tem-se aí a lógica da produtividade. Diante de um cenário em que a reforma trabalhista lida com o instituto da insalubridade de forma crua, sem analisar os fatores sociais que a medida impõe ao trabalhador, apresenta-se como uma reforma que não observou a insalubridade nas relações laborais com a devida análise crítica. Se em um primeiro momento, a reforma trabalhista surge para uma maior produtividade na indústria, fazendo com que os trabalhadores insalubres possam trabalhar em jornadas superiores e com uma remuneração menor através do acordado em convenção ou acordo coletivo, a mesma reforma que deixa de analisar princípios e legislações trabalhistas, também deixou de analisar a realidade do trabalhador. De forma sucinta, temos uma condição duplamente maléfica ao trabalhador. O enquadramento do grau de insalubridade que é diretamente um ganho

monetário ao trabalhador, realizada através de perícia especializada, que por exercer seu labor em ambiente cujos limites de tolerância são superiores e que passa a afetar a sua saúde, pode ser agora enquadrado em porcentagem de ganho monetário diverso do legislado e do concluído pelos agentes do Ministério do Trabalho. Já a prorrogação da jornada de trabalho sem a licença prévia de perícia para ocorre-la, impõe ao trabalhador a condição de realizar o seu labor em ambiente insalubre, permitindo o contato com os agentes nocivos a sua saúde por mais tempo, sendo diretamente afetado por não existir a perícia adequada para a prorrogação laboral dos agentes do Ministério do Trabalho que atuam sob a personalidade jurídica do próprio Estado. Assim, dá-se a seguinte e possível consequência jurídica da nova redação: o trabalhador irá ter uma remuneração menor mesmo exercendo o seu labor em condições de agentes nocivos superiores ao estabelecido e ficará mais tempo em contato direto com os agentes ao prorrogar o trabalho sem a devida perícia adequada ao labor, afetando duplamente a sua saúde. Ninguém em plena consciência quer ter o seu ganho mensal afetado de alguma forma, ainda mais quando se trata de profissões com baixo grau de escolaridade e de base salarial, como é a grande realidade das fabricas e das pessoas que desempenham funções insalubres. O risco para o trabalhador em ambiente insalubre é ainda obscuro, trabalha-se com a ideia da possibilidade de desencadear algo em sua saúde no futuro pelos efeitos adquiridos com o tempo em ambiente insalubre. Nesse sentido, faz-se necessário que as pessoas físicas e jurídicas atentem ao meio ambiente laboral, conforme o artigo 7º, XXII e XXIII da própria Constituição Federal, onde vislumbra a redução dos riscos inerentes do trabalho, por meio das normas, a fim de que tenham a garantia de um meio ambiente de trabalho saudável e o adicional de remuneração para essas pessoas. Contudo, há o fator psicológico da exposição a esse risco presente na insalubridade, onde o trabalhador segue sofrendo e tendo a consciência dos efeitos danosos a sua saúde, desde o primeiro dia de trabalho com o agente nocivo, fato que não acontece com a periculosidade (ALMEIDA JR; MENDES, 2017). Concluo que os incisos XII e XIII do Art. 611-A, comunicam-se entre si, pois de um lado retira direitos e remuneração antes garantida e de outro abre a possibilidade para, ao exercer maior produtividade, auferir a mesma renda que anteriormente detinha. Nesse sentido, como essa diferença salarial se dará na prática? Com o enquadramento do grau de insalubridade inferior, o trabalhador ficará dependendo da prorrogação da jornada de trabalho insalubre, agora permitida, para poder adquirir o ganho que anteriormente auferia nas mesmas condições pelo enquadramento que lhe era assegurado. Além disso, O princípio da norma mais favorável ao trabalhador foi revogado com a reforma trabalhista trazendo uma insegurança jurídica não só nas redações, mas em toda a principiologia da justiça do trabalho. A convenção coletiva e o acordo coletivo de trabalho ganharam uma importância na reforma trabalhista que vai de encontro com a própria natureza das negociações coletivas, haja vista que surgem para proporcionar melhorias para a classe trabalhadora. Os ganhos pelo adicional de insalubridade são de total importância para esses trabalhadores, que vendem uma parte de sua saúde para um provável risco futuro. A reforma trabalhista, sabendo disso, colocou a possibilidade da prorrogação da jornada para os trabalhadores, como um objeto passível de ser acordado em negociação coletiva. Quem sofre com tais alterações? Como é evidenciado pelo trabalho, o labor em trabalhos insalubres fica geralmente destinado a pessoas diretamente ligadas à produção, que geralmente não necessitaria de uma mão de obra qualificada para isso, refletindo em um salário baixo.

COMPLEXO INDUSTRIAL PRISIONAL E MOVIMENTO SOCIAL – A GREVE PRISIONAL AMERICANA COMO ALTERNATIVA À UMA REALIDADE NEM TÃO DISTANTE

Sara de Araujo Pessoa²

Jackson da Silva Leal³

RESUMO: O presente trabalho busca abordar a discussão acerca do trabalho prisional no contexto neoliberal e de como o encarceramento volta seus interesses novamente para o trabalho, como em sua gênese, apresentada tradicionalmente pela moldura analítica da economia política da pena. Trabalha-se, contudo, desde uma perspectiva distinta e contextualizada com o momento econômico e social que se vive, de transformação radical das relações produtivas, com a compreensão da complexificação destas relações a partir de uma *racionalidade neoliberal*, e apresentando como alternativa a este cenário movimentos sociais que partem do próprio sistema prisional em oposição ao *complexo industrial prisional* estadunidense. Nesse sentido, aborda-se a temática desde um horizonte teórico e ideológico de matriz abolicionista e materialista, sem perder de vista a necessidade de uma compreensão macro social e econômica do trabalho prisional enquanto dinâmica de intensificação da exploração em nome do desenvolvimento capitalista, ao mesmo tempo que em sentido micro atenta-se à sua importância para a vida daqueles que se encontram tolhidos em suas liberdades – necessidade já apontada por Angela Davis. Assim, o abolicionismo se faz em uma perspectiva mediata de abolição da prisão, mas principalmente imediata de “derrubada dos muros” dentro da prisão. Com isso, esse trabalho permite apresentar um fragmento dos resultados da pesquisa de mestrado desenvolvida por meio de pesquisa de campo junto a uma penitenciária “modelo”, no Estado de Santa Catarina, e de uma de suas conclusões, com a verificação da superexploração da mão de obra prisional enquanto *modus* de acumulação capitalista. Na qual o interno/trabalhador é visto como investimento e desde uma perspectiva de segurança e controle, não sendo o trabalho como assistência e tampouco direito. Constituindo-se relações produtivas prisionais que vão ao encontro da instituição prisional e das empresas privadas tomadoras de serviço e não do trabalhador/apenado. Com essas premissas, compreendendo a questão do trabalho prisional para além do alívio imediato e efêmero que o mesmo proporciona aos internos, por meio de pesquisa eminentemente bibliográfica, documental, e fazendo uso de fragmento de pesquisa empírica, o objeto desse trabalho é a problematização da significação do trabalho e consciência de classe desse grupo social. Para isso apresenta-se a greve de presos nos Estados Unidos em agosto de 2018, e aposta-se na manifestação social como forma libertária de oposição às injustiças do cárcere, e como alerta, tendo em vista que como realidade histórica o exemplo do trabalho prisional se encontra na realidade jurídico-penal norte-americana consolidada, podendo ofertar diversos

² Mestra em Direito pela Universidade do Extremo Sul Catarinense (UNESC). Membro Pesquisadora do Grupo Andradiano de Criminologia Crítica Latino Americana (UNESC). Coordenadora adjunta do grupo de estudos avançados em economia política da pena (GAE EPP – IBCCRIM). Advogada criminalista.

³ Professor Permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Extremo-Sul Catarinense (PPGD-UNESC), Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), professor de Criminologia (UNESC), coordenador do grupo Andradiano de Criminologia Crítica Latino-americana (UNESC), e co-líder do Grupo Pensamento Jurídico Crítico Latino-Americano (UNESC), membro da rede de pesquisa Grupo Brasileiro de Criminologia Crítica, coordenador do grupo de estudos avançado em economia política da pena (GAE EPP – IBCCRIM). Advogado criminalista.

elementos de análise para pensar as mudanças e propostas que começam a aportar na realidade brasileira como pretensa solução para a questão do encarceramento.

ANÁLISE DA PRISÃO PREVENTIVA NO BRASIL, BEM COMO À LUZ DO DIREITO COMPARADO, BUSCANDO-SE ANALISAR A (DES) NECESSIDADE DE SE ESTABELECEER UM PRAZO DE DURAÇÃO.

Felipe Panegalli Honaiser¹

RESUMO: O artigo se propõe a pesquisar sobre a análise da prisão preventiva no Brasil, bem como à luz do Direito comparado, buscando-se analisar a (des) necessidade de se estabelecer um prazo de duração, tendo em vista que nosso atual Código de Processo Penal não estabelece. Assim, questiona-se se relacionando tempo do processo penal - como também da prisão preventiva-, do mesmo modo considerando o princípio da razoável duração do processo, não estamos diante de constantes violações às garantias individuais do indivíduo. Ainda, em segunda análise, objetiva analisar se não estamos transformando a prisão preventiva em uma verdadeira antecipação da pena privativa de liberdade. Neste norte, suscita-se que mesmo com as mudanças ocorridas referentes a prisão preventiva após a entrada em vigor da Lei 11.403/11, o legislador perdeu a oportunidade de fixar um prazo razoável para a medida cautelar. Nessa esteira, por não ser exigido do juiz fixar um prazo de duração da prisão preventiva, surge algumas indagações pertinentes a serem feitas. A exemplo, pode ser questionado se em algumas situações não há a duração prolongada, irrazoável, abusiva, da prisão cautelar, vindo a ofender, de forma frontal, o postulado da dignidade humana, ou até mesmo vindo a se tornar uma antecipação da pena, algo totalmente inadmissível em nosso sistema jurídico. Nesse diapasão, diante da omissão do legislador em definir um prazo razoável para sua duração, o magistrado deve se basear no princípio da proporcionalidade e razoabilidade para decretação. Para tanto, em um primeiro momento, o escrito analisa a prisão preventiva e o tempo razoável do processo penal, bem como faz uma análise sobre momentos, fundamentos e requisitos da prisão preventiva, bem como o princípio da razoável duração do processo, o excesso do prazo legal e o direitos fundamentais. Posteriormente, discorre acerca da inexistência do prazo para sua duração da cautelar, questionando se tal omissão não está violando garantias individuais, analisando quais critérios utilizados para determinar a duração. Em seguida, examina o processo penal chileno, analisando acerca da recente reforma e da prisão preventiva, realizando uma comparação e verificando se há a necessidade ou não de uma reforma. Por fim, avalia, de forma crítica, a prisão preventiva no processo penal brasileiro. A pertinência no enfrentamento do tema se justifica no estudo tendo em vista a não previsão de prazo máximo da prisão preventiva, bem como na importância de analisarmos a violação ou não de garantias individuais. Infelizmente, a prisão cautelar tem sido degenerada para atender a outros fins que não os processualmente demarcados. Nesse contexto, conclui-se que há necessidade de uma reforma processo penal, não somente no tocante ao prazo da prisão preventiva brasileira, mas sim de aspecto amplo. Estamos, muitas vezes banalizando as prisões cautelares. Com isso, a reforma se justifica para evitarmos que primeiro se prenda para depois ir atrás do suporte probatório que legitime a medida, ou mesmo que o indivíduo fique preso preventivamente mais tempo do que poderia vir a ficar caso sua condenação se confirmasse.

¹ Acadêmico de Direito da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo. E-mail: felipehonaiser_@hotmail.com

O DIÁLOGO COMO FORMA DE MINIMIZAR AS INTERFERÊNCIAS DA FALA NA SOLUÇÃO CONSENSUAL DOS CONFLITOS CONTRATUAIS PELA MEDIAÇÃO

Regina Helena Marchiori Canali¹

RESUMO: O trabalho objetiva verificar a construção da solução dos conflitos que ocorrem entre as partes no desenvolvimento do contrato através do método consensual da mediação. O foco situa-se na comprovação da importância do diálogo franco no desenvolvimento da sessão de mediação, bem como, na condução do mediador para que a solução alcançada implemente a satisfação das partes com o negócio realizado. Com relação ao diálogo, a “fala” das partes, verifica-se que tanto pode evidenciar a cooperação, a honestidade, o respeito às expectativas geradas nas partes com o negócio realizado, representando a “fala” franca e clara, como também, se verifica que o diálogo, a fala pode ocorrer na forma de imposição de consensos, de omissões, na falta de informações, denominados interferências, podendo, dessa forma, inviabilizar o processo de mediação e o alcance da solução pacificadora entre as partes. Justifica-se o objetivo da pesquisa, tendo em vista que o conflito a ser mediado ocorre em uma relação de continuidade que, de certa forma, ocasionou a aproximação entre as partes, o que facilita o conhecimento e a possibilidade de convencimento de uma parte em relação à outra inviabilizando, dessa forma, a construção da solução conjuntamente, objetivo da mediação. Para o alcance do objetivo proposto será realizada a análise do contrato contemporaneamente, considerando-se os princípios que o orientam, especificamente a boa-fé, simbolizada na solidariedade e na cooperação entre as partes, também na análise da mediação como forma consensual e que, dessa forma, deve priorizar a expectativa e a confiança entre as partes e, no diálogo como forma de efetivar as possibilidades de criação de soluções satisfatórias entre as partes. Verifica-se que o diálogo deve ser franco, aberto, com respeito às individualidades dos contratantes, para que a solução seja construída harmonicamente e, dessa forma, ocorra a pacificação do conflito com a restauração do equilíbrio entre as partes da relação jurídica convencionada.

¹ Mestre em Direito; Coordenadora Geral do Curso de Direito da Universidade de Passo Fundo.

EXECUÇÃO DA PENA SEM O TRÂNSITO EM JULGADO E A MITIGAÇÃO DE DIREITOS HUMANOS DE ORDEM CONSTITUCIONAL: COMO O DISCURSO POR UMA SUPOSTA SEGURANÇA PRESSUPÕE A CORRUPÇÃO DO SISTEMA DIREITO

Pablo Prates Teixeira²

RESUMO: A insegurança existencial, percebida nas últimas décadas na sociedade moderna, faz com que indivíduos aceitem abrir mão de parte das liberdades em troca de uma suposta sensação de segurança; discursos neste sentido contaminam não só o sistema político (propostas nacionalistas e contrárias aos direitos humanos), como também o sistema do direito, o qual em determinadas situações, através de juízes e Tribunais, deixa-se levar pelo apelo popular, cedendo a pressões sociais e tomando decisões fora do sistema do direito. A decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) no *habeas corpus* n.º 152752, que flexibilizou a presunção de inocência, permitindo a execução da pena desde a confirmação da condenação em segunda instância, sem a necessidade do trânsito em julgado, atendendo exclusivamente a um clamor social por mais segurança ou sensação de segurança, adotando posição contrária o texto constitucional e aos Direitos Humanos, é um nítido exemplo da corrupção do sistema do direito e da mitigação dos direitos humanos de ordem constitucional. Destarte, este artigo, de cunho bibliográfico, tem como objetivo realizar uma concisa análise dos fundamentos da decisão do STF no *habeas corpus* n.º 152752 e demonstrar que, referida decisão, foi fundamentada em argumentos fora do sistema direito, com mero intuito de amainar pressões sociais.

² Advogado, Mestrando em Direito, pela Universidade de Passo Fundo (UPF). Pós-graduado em Direito Público (FMP-RS). Graduado em Direito pela Universidade da Região da Campanha, campus São Gabriel/RS (URCAMP). E-mail: teixeirajus@yahoo.com.br.

A EFETIVIDADE DA JUSTIÇA RESTAURATIVA COMO MEIO DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS EM CASOS DE VIOLÊNCIA FAMILIAR

Daniela Tonini da Silva¹

Vinícius Francisco Toazza²

RESUMO: A justiça restaurativa é um meio de resolução de conflitos realizado através da facilitação. Esse conjunto de práticas não punitivas pode ser trabalhado em diversas áreas, entre elas, em casos que apresentam desentendimentos nas relações familiares. A facilitação é baseada na escuta em um círculo de construção de paz conflitivo, este, tem como objetivo interromper o ciclo de reprodução de violência. No que antecede o círculo deve-se planejar e conhecer as partes envolvidas, são elas a vítima e o ofensor em um encontro denominado de pré-círculo. Nessa etapa inicial é realizada a escuta de cada uma das partes de forma individual, sendo assim, cada um irá apresentar a sua versão sobre o acontecimento que causou o conflito. Para obter um ambiente seguro e proporcionar confiança aos interessados é preservado o sigilo referente aos fatos narrados. Após ter ciência de todos os acontecimentos no momento em que os facilitadores considerarem as partes preparadas e dispostas a sair da relação conflitiva, será realizado o círculo. Em um ambiente imparcial e estável acontece o círculo de construção de paz conflitivo. Nesse momento são convidados a vítima e o ofensor e demais envolvidos no conflito a se encontrarem de forma conjunta, a fim de minimizar os danos causados e reaproximar a família (restabelecer vínculos). O método consiste em realizar-se uma cerimônia de abertura, apresentação com um bastão de fala, partindo para manifestação de sentimentos, prosseguindo pela construção de diretrizes para que haja um bom andamento no círculo, sempre dando ênfase ao respeito com os demais participantes. Posteriormente, realiza-se a contação de histórias, para que se criem conexões e diminua as divergências. Após preparar o ambiente, realizam-se perguntas norteadoras para trabalhar o conflito, tudo ocorre com a finalidade de se restabelecer o vínculo familiar de forma eficaz e duradoura. O objetivo da justiça restaurativa diferente da justiça punitiva é minimizar os danos causados as pessoas e as relações. Este é concretizado quando o conflito realmente acaba de modo com que não seja mais necessário a interferência do poder judiciário nem da supervisão da justiça restaurativa pelos facilitadores no convívio familiar, justamente, porque o conflito foi transformado. Embora o poder judiciário solucione diversas lides familiares, este acaba não se preocupando com os danos emocionais dos envolvidos, em reestabelecer os vínculos existentes nos relacionamentos. A Justiça Restaurativa vem ganhando mais espaço em casos de família devido a sua eficácia, por tratar o conflito de forma multidisciplinar, permitindo sua compreensão pelas diversas óticas dos saberes.

¹ Acadêmica de Direito pela Universidade de Passo Fundo, Bolsista de Extensão. danielatdasilva@hotmail.com

² Docente da Faculdade de Direito pela Universidade de Passo Fundo. vinitoazza@hotmail.com

(IM)POSSIBILIDADES DA MEDIAÇÃO NA CONCRETIZAÇÃO DO SUJEITO COMO ATOR OU ATRIZ SOCIAL A PARTIR DE ALAIN TOURAINE

Caroline Isabela Capelesso Ceni¹

Thaís Maciel de Oliveira²

RESUMO: Consoante a totalização dos indivíduos no mundo contemporâneo e a aniquilação do desejo de ser do sujeito pela racionalidade capitalista, o presente estudo se concentra nas possibilidades de emancipação do sujeito como ator e atriz social a partir das ferramentas propostas pela mediação. Assim, questionam-se as (im)possibilidades da mediação na concretização do sujeito como ator ou atriz social conforme as categorias de compreensão de Alain Touraine. Para esse intento utiliza-se o método de raciocínio dedutivo em uma abordagem hermenêutica, em vista de contextualizar a possibilidade da utilização da mediação em um âmbito de totalização dos sujeitos. Ou seja, a sociedade consumista concretiza uma moral de objetificação do eu, uma limitação do eu enquanto sujeito, com a consequente aniquilação do seu desejo de ser. Com efeito, têm-se por objetivo, primeiramente introduzir as categorias de compreensão de indivíduo, sujeito e ator e atriz social segundo a perspectiva de Alain Touraine. Nesse ponto, pretende-se esclarecer a diferença entre indivíduo e sujeito a fim de se alcançar um processo emancipatório, assim como argumentar sobre as forças que matam o desejo de ser e as amarras que aprisionam o ser em uma lógica do consumo como sentido-centro. Nessa senda, em um segundo momento a pesquisa se propõe a questionar a cultura consumista como a ruína de desejo de ser do sujeito. Indaga-se, portanto o *lôcos* epistemológico da racionalidade capitalista, que parte de um sentido-centro e condiciona/determina a existência do indivíduo em uma negação da passagem para o sujeito. Esse processo emancipatório fica comprometido em razão da estruturação da lógica da totalidade que a sociedade do consumo reverbera. Dentro desta perspectiva, se denota a necessária emancipação do sujeito para se tornar ator ou atriz social. Nessa senda, a mediação entra como forma de resistência aos processos de alienação e objetificação do indivíduo. Portanto, nesse terceiro momento, insere-se a mediação como forma de resistência e criação do desejo de ser do sujeito. Sobretudo diante das características que envolvem as ferramentas da mediação, seu processo possibilita um empoderamento do indivíduo enquanto sujeito e concretiza sua emancipação como ator ou atriz social. Ante de mais nada, a mediação viabiliza uma capacidade de resistência frente aos processos de alienação diante da sociedade da estratificação social. Assim, esse movimento de subjetificação representa a passagem do sujeito que resiste frente a um condicionamento do mesmo em um âmbito de normatização social.

¹ Mestranda bolsista CAPES/TAXA do Programa de Pós-graduação em Direito (PPGDireito) Stricto Sensu - Mestrado em Direito da URI/SAN. Bacharela em Direito pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – Campus de Erechim. E-mail: caroline.ceni@hotmail.com.

² Mestranda bolsista CAPES/TAXA do Programa de Pós-graduação em Direito (PPGDireito) Stricto Sensu - Mestrado em Direito da URI/SAN. Bacharela em Direito pela Instituição de Ensino Superior de Santo Ângelo – CNEC/IESA. E-mail: adv.thaismaciel@gmail.com.

UNIVERSALIDADE ABSTRATA DOS DIREITOS HUMANOS: AS REFERÊNCIAS CULTURAIS E POLÍTICAS

Ipojucam Demétrius Vecchi¹

João Luis Severo da Cunha Lopes²

RESUMO: A mudança mais marcante da democratização ou participação da sociedade civil e mesmo dos Estados emergentes no processo de globalização, na qual foi inserido a legitimação dos direitos humanos. Por integridade entende-se, a indissociabilidade entre os fins que devem orientar a ação das organizações de direitos humanos e os meios que podem empregar para atingir seus objetivos. Os fins estão necessariamente ligados à promoção, proteção e defesa dos direitos humanos e essa atividade não pode ser levada a cabo por intermédio de ações que afrontem tais direitos. Daí a latitude de conduta aos que operam nos âmbitos político e social. A ideia de integridade também deve estar associada à acuidade, clareza e transparência com que as organizações desenvolvem as suas ações, de forma a não fragilizar a própria ideia de direitos humanos em sua plenitude. É evidente que devem ser construídos canais de diálogo com a sociedade, ser sensíveis aos anseios da comunidade e, entre as suas múltiplas estratégias de ação, contemplar ferramentas de diálogo, essenciais para que se possa determinar prioridades e mesmo ampliar a possibilidade de sucesso de ações. Em muitas circunstâncias, como na luta contra regimes autoritários, discriminatórios, colonialistas etc., a ação de grupos de direitos humanos esteve e está ao lado de movimentos sociais e da maioria da sociedade em que atua. Estar sintonizado com a sociedade e eventualmente com a maioria favorece imensamente o avanço dos direitos humanos, mas estes direitos são, em determinados momentos, mecanismos contra majoritários. Dada a enorme complexidade da sociedade e da relação entre os fenômenos sociais, o objeto desse estudo é buscar uma linha de conduta hipoteticamente mais eficiente que todas as demais, estabelecendo estratégias conforme ser necessário e factível, de acordo com os recursos humanos, financeiros e políticos na ampliação do respeito aos direitos humanos e a capacidade deste em estabelecer padrões de emancipação nos contextos político, social, comunitário e mesmo familiar. É necessário expandir o ideário dos direitos humanos por intermédio da educação e da cultura, assim como é necessário buscar os direitos humanos como pontos inegociáveis para que seja concretizado o exercício legítimo do seu poder dentro da sociedade.

¹ Doutorando no Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. Possui graduação em Direito pela Universidade de Passo Fundo (1993) e mestrado em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (2006). Atualmente é advogado - Advocacia e Consultoria e Professor universitário da Universidade de Passo Fundo. (ipojucam@upf.br)

² Mestre em Direito Universidade de Passo Fundo-RS(UPF/RS). Advogado. Graduado em Ciências Jurídicas e Sociais(Direito) Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS) (jlsc1@hotmail.com)

TERCEIRA IDADE EM RESTAURAÇÃO

João Gabriel Wibeling Holtermann¹

Briane Lovera Jodelis

RESUMO: Recentemente, o Fundo de População da Organização das Nações Unidas divulgou uma nota alertando os cidadãos sobre o contexto de violência no qual os idosos, cada vez mais presentes na sociedade, estão inseridos. No mesmo cenário do envelhecimento populacional, a violência contra os grupos mais velhos tende a aumentar gradativamente. Nessa conjuntura, a Justiça Restaurativa aparece como uma nova alternativa na resolução desse tipo específico de experiências conflitivas. Assim, o trabalho em questão busca esmiuçar e contextualizar o enquadramento e aplicação dos processos metodológicos instaurados pela norte-americana Kay Pranis nos casos de violência praticada contra idosos. O foco da Justiça Restaurativa nas situações envolvendo os idosos é oportunizar um espaço de fortalecimento de vínculos entre os integrantes da família, discussão de problemas e busca de alternativas de solução para o conflito, bem como, a responsabilização pelos cuidados do idoso. Dessa forma, as pessoas envolvidas poderão dizer pessoalmente como o conflito lhes afetou e apontam o que é preciso para reparar o mal causado e como podem se comprometer para que fatos assim não aconteçam mais. A Justiça Restaurativa, no âmbito das questões envolvendo a violência contra os idosos, trabalha com o procedimento dos Círculos de Construção de Paz Conflitivos, os quais são divididos em três partes harmônicas entre si. Inicialmente, é realizado um convite, ressaltando que a participação é voluntária. Dessa forma, segue-se com a introdução para os processos restaurativos que é o Pré-Círculo, ação que consiste em uma escuta individual com as partes envolvidas no conflito buscando identificar as divergências e anseios de ambos os lados do problema. Esse processo não tem limite de atendimentos e serve como alicerce para embasar os próximos passos da metodologia. Após a averiguação detalhada da situação conflituosa através dos Pré-Círculos, a Justiça Restaurativa passa para a formação do Círculo, tal ação consiste no momento em que ambas as partes envolvidas no problema se encontram, e através de um roteiro, o qual é preparado previamente por pelo menos dois facilitadores que serão os responsáveis por facilitar a sessão e garantir a manutenção do encontro, realizam rodadas de dinâmicas e conversações buscando solucionar o conflito em questão. O círculo oportuniza que os participantes expressem seus sentimentos relativos à situação. Ao final de cada Círculo, as partes envolvidas, conjuntamente, pensam em acordos e compromissos, afim de se chegar a um consenso. É fundamental que as partes compactuem com compromissos acordados mutuamente objetivando o fim do problema. Por fim, o processo restaurativo termina com o Pós-Círculo, que assim como os demais passos da metodologia não possui limite de sessões que possam ser realizadas. Nesses atendimentos as partes relatam, conjuntamente, o desenvolvimento do problema após a prática dos processos restaurativos, assim, de forma a averiguar se os compromissos pactuados estão sendo cumpridos e se o processo restaurativo solucionou todos os seus anseios. Entende-se, então, a abordagem restaurativa nos casos, gradativamente crescentes, de violência e vulnerabilidade envolvendo idosos como um meio de garantir um caminho

¹ Acadêmico de Direito pela Universidade de Passo Fundo, Bolsista de Extensão. joagabw@gmail.com, briane_jodelis@hotmail.com.

extrajudicial para o conflito, pelo qual as partes serão estimuladas a fortalecerem seus vínculos, dialogarem sobre seus problemas e assim, buscarem juntas uma solução alternativa.

PAZ NAS SALAS DE AULA: UMA ABORDAGEM RESTAURATIVA PARA O AMBIENTE ESCOLAR

Ana Júlia Biasin Oedmann
João Gabriel Wibelinger Holtermann²

RESUMO: É de conhecimento cotidiano que o conflito é algo presente e constante na sociedade, assim sendo impossível evitá-lo, mas necessário realizar-se uma manutenção positiva do problema transformando-o em uma oportunidade de aprendizado e crescimento moral. Em concordância com esse fato, as Escolas são ambientes conflituosos por definição, nas quais se deve ter uma abordagem humana e reconciliadora buscando uma relação harmoniosa entre os alunos. Segundo o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), “é dever de todos velar pela dignidade da criança e do adolescente, pondo-os a salvo de qualquer tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor”. Nesse contexto, a Justiça Restaurativa se apresenta como um norteador metodológico na resolução de relações conflituosas dentro dos ambientes escolares articulando-se com base no reconhecimento da diversidade humana e na pacificação dos vínculos sociais. As escolas são palco de interações, comunicações e movimentações de grupos diversos, sendo assim, os conflitos tendem a ocorrer com maior frequência. Diante disso, a justiça restaurativa e os processos dialógicos dos círculos tem sido uma ferramenta exclusiva para a transformação e pacificação social, por conseguir, em formato de perguntas, gerar uma conexão entre os envolvidos. Dessa maneira, as pessoas envolvidas passam a escutar o outro com mais atenção e em decorrência disso, atraem uma compreensão mútua, criando um espaço seguro, onde cada participante tem igual valor e dignidade. A implantação da justiça restaurativa no ambiente escolar pode ser realizada por meio da abordagem preventiva, isto é, meios de evitar a violência através do diálogo e promover uma cultura de paz. Nos casos de o conflito já estar instaurado, a abordagem dar-se-á visando restaurar relações e ressarcir danos. Este procedimento lida com os conflitos de maneira diferenciada: desafiando os tradicionais padrões punitivos e passando a encarar os conflitos como oportunidades de mudança e de aprendizagem, ressaltando os valores da inclusão, do pertencimento, da escuta ativa e da comunicação não violenta. Nessa perspectiva, o Núcleo de Mediação e Justiça Restaurativa da Universidade de Passo Fundo realiza atividades de prevenção da violência nas escolas, através de formações continuadas para professores de rede estadual e municipal em parceria com a sétima CRE-CIPAVE. O trabalho desenvolvido sustenta-se na abordagem da Comunicação Não-Violenta, os princípios da Justiça Restaurativa e a metodologia dos Círculos de Construção de Paz. O principal objetivo com as formações é repassar a metodologia dos círculos de construção paz para os professores, visando à aplicabilidade de planos de ação como forma de prevenir e tratar a violência no ambiente escolar. Junto a isso, desencadeia-se uma maneira de aproximação dos alunos envolvidos, fortalecendo os vínculos da turma, e muitas vezes, gerando um processo de identificação com os demais colegas através do despertar da empatia e do respeito no decorrer do tempo. Infere-se que, a abordagem restaurativa no ambiente escolar, tanto nos casos de prevenção quanto nos de resolução de conflitos, torna-se ferramenta essencial para estimular a comunicação não violenta, instaurar o diálogo, deforma pacífica e

² Acadêmico de Direito pela Universidade de Passo Fundo, Bolsista de Extensão. anajbiasin@gmail.com, joaogabw@gmail.com.

respeitosa e estimular os estudantes a pensarem em uma perspectiva futura, promovendo assim, uma cultura de paz.

NOVAS LENTES: O SISTEMA PRISIONAL COM O ENFOQUE RESTAURATIVO

Ana Júlia Biasin Oedmann³

Vinícius Francisco Toazza⁴

RESUMO: O sistema penitenciário atual, se depara inevitavelmente com situações de grandes injustiças. Repete-se de maneira geral, o perfil descrito no levantamento nacional de informações penitenciárias (DEPEN, 2014), ou seja, de uma população com baixa escolaridade, sem empregos formais, pouco acesso às políticas públicas, baixa renda familiar, entre outros. Ao refletirmos sobre a realidade do sistema prisional brasileiro, torna-se imprescindível questionarmos o estabelecimento da culpa. Segundo Howard Zehr, a culpa não é somente uma descrição de comportamento, mas uma afirmação de qualidade moral. Logo, a pessoa culpada de um delito, se torna um criminoso. Assim como, o aprisionado se torna ex presidiário, e isso passa a fazer parte de sua identidade. A justiça restaurativa nesta ótica, apresenta um novo olhar, por não simplesmente, penalizar ações passadas, mas abordar necessidades presentes, assumir responsabilidades e refletir sobre o futuro, alimenta esperanças. O Mediajur – Núcleo de Mediação e Justiça Restaurativa, no âmbito das questões envolvendo o sistema prisional, realiza semanalmente, um trabalho com os apenados do regime semiaberto. A metodologia utilizada é a dos Círculos de Construção de Paz, sistematizados pela norte-americana, Kay Pranis. Este procedimento visa oportunizar o diálogo, criando um espaço seguro, onde cada participante tem igual valor e dignidade, dando então voz igual a todos os participantes. Para cada encontro é trabalhado uma temática diferente, realizada através de um planejamento, com o objetivo de seguir uma linha de pensamento. Dessa forma, são seguidas as seguintes etapas para a construção do roteiro e posterior realização do Círculo: de abertura, check-in, construção de valores, construção de diretrizes, contação de histórias, perguntas norteadoras, check-out e cerimônia de fechamento. Os círculos não servem para avaliar ou analisar o desempenho dos participantes. Estes devem se sentir à vontade e se expressarem, cada um de sua forma e a seu tempo. É utilizado também um “objeto da palavra”, o qual possibilita que os participantes falem cada um em seu momento, gerando uma escuta mais profunda e permitindo a participação e empoderamento de todos. O principal objetivo dos encontros é oportunizar um ambiente em que vise complementar um processo de inserção social, em que cada um possa se reconhecer, pensar e fortalecer os seus valores, criar perspectivas de futuro, traçar novos objetivos de vida, organizando-se para o momento em que obtiverem a liberdade. Desse modo, é trabalhado temas como: “quebrando ciclos”, “círculo para criar um mundo melhor”, “elementos de um relacionamento saudável”, “autocuidado”, entre outros. O artigo 10 da LEP - Lei de Execução Penal, prevê que é dever do estado a assistência ao preso, objetivando prevenir o crime e orientar o retorno à convivência em sociedade. Todavia, é notório que o estado não cumpre tal papel. Sendo assim, a metodologia utilizada pelo Mediajur nos encontros semanais, possui o enfoque restaurativo, visando um novo olhar sobre os apenados e possibilitando um espaço para reflexão e diálogo, complementando o tratamento penal previsto pela legislação. A justiça restaurativa não é apenas um novo método de resolução de conflitos, mas sim, um

³ Acadêmico de Direito pela Universidade de Passo Fundo, Bolsista de Extensão. anajbiasin@gmail.com

⁴ Docente da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo. vinitoazza@hotmail.com.

novo e exigente paradigma de justiça e sociabilidade, que possui como uma de suas ferramentas a comunicação não violenta, devendo se estender tanto aos espaços institucionais como aos espaços privados e comunitários.

RESUMOS – GT 12 - DIREITO, GOVERNANÇA E NOVAS TECNOLOGIAS

FAKE NEWS: INVERDADES CONVENIENTES

Marlon Dai Pra¹

Janaina Rigo Santin²

RESUMO: Diante das diferentes fontes de informação que se fazem presentes na vida cotidiana, e da constante evolução tecnológica, a qual é responsável por uma produção e distribuição de conteúdo cada vez mais acelerada, torna-se difícil a tarefa de filtrar as mensagens recebidas através dos mais distintos meios. A proliferação de fake news pode ser verificada em diferentes esferas, e vão desde uma conversa informal em aplicativos de troca de mensagens até as notícias exibidas por canais tradicionais como rádio e TV, que ocupam uma posição que até pouco tempo era, por uma grande fatia da população, tida como incontestável. É importante salientar que a questão aqui abordada não diz respeito unicamente a um fenômeno negativo que se observa frequentemente através das fake news, mas, acima de tudo, como tal prática fere o direito à informação, e, com isso, interfere na distorção de um imaginário coletivo, o que, por sua vez acarreta grandes problemas nos mais diversos aspectos da vida social. A partir do momento em que se toma conhecimento de um fato é fundamental checar suas fontes. A busca por diferentes canais de informação e meios de comunicação confiáveis na contramão da aceitação de conteúdo sem credibilidade é uma das formas de combater as fake news. No entanto tal prática se faz presente entre uma pequena parcela da população, a qual, sendo mais criteriosa, desconfia dos fatos expostos de forma sensacionalista e frequentemente antiética, e é justamente neste público que se deve pensar ao tratar de tal assunto, pois a sua fragilidade, em diferentes aspectos, pode representar algo positivo para quem produz notícias falsas. Ao pensar sobre o tema deve-se levar em consideração a abrangência de determinadas pautas e o motivo pelo qual estão em circulação. O termo fake news tem ganhado grande notoriedade nos últimos anos e, no ano de 2018, teve um impacto bastante visível no cenário político brasileiro, onde tal prática tomou conta da campanha eleitoral de maneira bastante evidente, especialmente no conteúdo que circulava livremente através das redes sociais, onde a ausência de um controle eficiente dá aos usuários a ideia de que a internet é um espaço sem lei, onde tudo pode ser feito. No entanto é justamente este tipo de pensamento que pode legitimar tais práticas: ao não dar ao assunto a atenção necessária ele passa a ganhar força. Desta forma, cabe aqui analisar a presença e os efeitos das fake news no cenário contemporâneo sob a óptica de um estudo de caso, tendo em vista os episódios recentes no cenário político nacional, trazendo questionamentos não apenas em relação ao conteúdo difundido apenas através da internet nas redes sociais, mas também como os veículos tradicionais se portam diante de tal fenômeno, levando-se em consideração a mídia como um quarto poder. Tendo em vista a presença do tema de forma bastante evidente na vida cotidiana, deve-se levar em consideração o fato de que tal prática não se limita apenas a desinformar,

¹ Graduado em publicidade e propaganda (UPF, 2010), MBA em marketing (ESPM, 2013), mestre em comunicação (UNISINOS, 2015), acadêmico do curso de Direito da Universidade de Passo Fundo (2017 - presente). e-mail: 91249@upf.br

² Possui Pós Doutorado em Direito Administrativo pela Universidade de Lisboa, Portugal, com bolsa CAPES, pelo período de 8 meses (2011). Doutorado em Direito pela Universidade Federal do Paraná (2004). Mestrado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (2000). Advogada e Professora Titular II da Universidade de Passo Fundo, nas disciplinas de direito municipal, direito urbanístico e direito das obrigações. Faz parte do corpo docente permanente do Mestrado em Direito e do Mestrado e Doutorado em História da Universidade de Passo Fundo. É professora colaboradora do Mestrado em Ciências Jurídicas-Econômicas e Desenvolvimento e do Mestrado em Governança e Gestão Pública da Universidade Agostinho Neto, em Luanda, Angola-África.

mas, acima de tudo, prejudicar o público ao privá-lo do direito de ter acesso à informação confiável, e aproveitar-se do mesmo ao tentar obter, através deste tipo de prática, algo em benefício próprio, como o resultado de uma eleição.

GOVERNANÇA ÉTICA PARA CONSTRUÇÃO DE CONFIANÇA EM SISTEMAS DE INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL

Lucas Carini³

Fausto Santos de Moraes⁴

RESUMO: A construção de confiança pública em sistemas autônomos inteligentes (ias) é essencial. Neste artigo, se propõe a construção de um roteiro principiológico para ser seguido para o desenvolvimento de sistemas de inteligência artificial, a fim de regulamentar o desenvolvimento e uso dessa tecnologia. O valor de um roteiro está em fornecer uma estrutura para guiar a governança ética aplicada a sistemas de inteligência artificial. As atitudes do público em relação a essas novas tecnologias inteligentes são geralmente positivas. Sabe-se que não existe uma 'fórmula' para construir confiança. Este artigo argumenta que um elemento-chave (necessário, mas não suficiente) na construção da confiança em sistemas de Inteligência Artificial é a governança ética. Dado o ritmo crescente da inovação, são necessários novos e ágeis processos de governança. Nos últimos anos houve uma verdadeira proliferação de sistemas baseados em inteligência artificial, contudo, esta tecnologia está sendo utilizada tanto no setor privado, quanto no setor público, inclusive aplicado ao poder judiciário, caso do sistema Victor utilizado pelo Supremo Tribunal Federal, no Brasil, sem observância de princípios éticos o que dificulta a confiança pública nesses sistemas. Portanto, a construção de um roteiro principiológico, mostrando como os componentes da governança ética, incluindo princípios éticos, orientará o desenvolvimento de sistemas de inteligência artificial como inovações responsáveis, seguindo padrões e uma regulamentação. Como conclusão será apresentada um conjunto de recomendações para a governança ética no desenvolvimento e uso de sistemas de inteligência artificial.

³ Mestrando em Direito pela Faculdade Meridional – PPGD –IMED - bolsista CAPES. Latin Legum Magister – L.L.M em Direito Empresarial pela FGV. Pós-Graduação em Direito Educacional pela Faculdade Unyleya de Brasília. E-mail: lucas@guedesadvocacia.com.br.

⁴ Doutor (2013) e mestre (2010) em Direito Público - UNISINOS (Capes 6), além de especialista em Direito Tributário - UPF (2006). Pesquisador na área da Hermenêutica Jurídica, Argumentação Jurídica, Direitos Fundamentais, Teoria do Direito, Direito Constitucional, e Direito e Literatura. Docente da Escola de Direito e do PPGD da Faculdade Meridional - IMED/Passo Fundo. Exerce a advocacia na área tributária, previdenciária e cível. E-mail: faustosmoraes@gmail.com.

AUTORIDADE BRASILEIRA DE PROTEÇÃO DE DADOS (ANPD): PERSPECTIVAS MODELARES E DIREITO COMPARADO

Mártin M. Szinvelski¹

Têmis Limberger²

RESUMO: Qual o modelo de Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD) adequado à realidade brasileira? Essa situação-problema leva em conta a recente incorporação na *Lei Geral de Proteção de Dados* (Lei n.º 13.709/2018) de um modelo de ANPD vinculado à Presidência da República que, todavia, resguarda autonomia técnica ao órgão da administração federal criado. Debate-se a necessidade de uma estruturação independente, de acordo com o modelo europeu consolidado e recentemente atualizado pelo *Regulamento de Proteção de Dados da União Europeia (RGPD – UE 2016/679)*, em vigor desde 2018. Do ponto de vista metodológico, cumpre salientar que se emprega, no presente trabalho, a pesquisa exploratória, utilizando-se como procedimento de pesquisa a revisão bibliográfica dos temas propostos, especialmente a visão comparada de matiz europeia e norte-americana, tecendo-se considerações teórico-metodológicas das distinções entre ambos os modelos tradicionais (*common law* e *civil law*), antes de adentrar-se na análise de conteúdo. Desse modo, convém esclarecer que o direito à proteção de dados se desloca, no atual cenário, de um direito vinculado à privacidade à noção de autonomia (direito subjetivo). Veja-se que, do ponto de vista histórico, o *Convênio Europeu de Direitos Humanos* (CEDH), de 1950; o *Convênio n.º 108 do Conselho da Europa*, de 1985; e a *Diretiva para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico*, na década de 80, retrataram o embrião da proteção de dados pessoais no *velho continente*. As regulamentações comunitárias não impediram, entretanto, que, desde a década de 70, os países pertencentes à União Europeia – U.E. – adotassem sistemas de regulação próprios (nacionais). A crítica produzida em torno da regulação nacional relacionou-se às dificuldades no comércio na comunidade europeia. Nesse sentido, os países convergiram no sentido de conferir equilíbrio e uniformidade à proteção dos dados pessoais, de modo a compatibilizar a livre circulação de dados e o nível adequado de proteção, o que resultou na adoção da *Diretiva Europeia 95/46/CE*. O fator preponderante à reformulação da Diretiva e à implementação do *Regulamento de Proteção de Dados da União Europeia (RGPD – UE 2016/679)* se refere à positivação do direito à proteção de dados com direito fundamental no artigo 8.º da Carta de Direitos de Nice (ratificado pelo Tratado de Lisboa), conferindo-lhe autonomia em relação ao direito à intimidade. Observe-se que, a partir do Tratado de Lisboa, a Carta de Nice passou a ser juridicamente vinculante, exercendo, inclusive, função constitucional no âmbito comunitário, além de incorporar o Tratado de Funcionamento da União Europeia (TFUE), que codificou a forma de tutela da

¹ Mestrando em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos, com bolsa do Conselho de Aperfeiçoamento de Pessoal em Nível Superior/Programa de Excelência Acadêmica (CAPES/PROEX). Membro do Grupo de Pesquisa CNPq <<Estado, Administração Pública e Novas Tecnologias>> e <<Cibertransparência>>. Advogado na área de <<Direito e Novas Tecnologias>> e <<Concorrência Digital>>. E-mail: martin_ms@live.com.

² Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS. Doutora em Direito Público pela Universidade Pompeu Fabra – UPF (Barcelona). Pós-doutora em Direito pela Universidade de Sevilha. Procuradora de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul – MP/RS. E-mail: temisl@unisinos.br.

proteção de dados no artigo 16 do diploma. Nesse sentido, tornou-se obrigatória a existência de uma autoridade independente de controle da proteção de dados, orientação seguida pelos países pertencentes a U.E.. As autoridades independentes são constituídas para subtrair o poder da administração tradicional, quebrar o princípio da hierarquia e a influência política. Nem os parlamentos nem o governo podem interferir na sua independência. Ante a vinculação da ANPD à Presidência, pergunta-se: existe coerência com o modelo seguido internacionalmente?

O HORIZONTE DA PROTEÇÃO DE DADOS NO BRASIL: PERSPECTIVA DO DIREITO ADMINISTRATIVO GLOBAL

Mártin M. Szinvelski³

Têmis Limberger⁴

RESUMO: As novas tecnologias têm aproximado o distante. Trazem consigo, nada obstante, o desafio da compatibilização entre o progresso e o respeito aos direitos fundamentais. O artigo analisa três relevantes reflexos da sociedade tecnológica no Direito, tendo como objeto específico de estudo a proteção de dados pessoais. Parte-se da premissa de que se está a vivenciar a consolidação do campo de pesquisa nas áreas afetas à proteção de dados, temática pioneiramente desenvolvida por Vittorio Frosini. Mas não só isso: colocam-se em cena as possibilidades de uma regulação estatal voltada para a prevenção de vazamentos de dados, tendência identificada no *Regulamento de Proteção de Dados da União Europeia (RGPD – UE 2016/679)*, em vigor desde 2018. Nessa linha de ideias, sob a perspectiva teórica do reajustamento das organizações estatais, analisa-se o fenômeno do *Global Administrative Law*, debatido em sede europeia, mas que ganha espaço, em *novas formas*, na teorização do Direito Administrativo contemporâneo, notadamente pelo desenvolvimento tecnológico e pela interconexão entre pessoas e organizações. Estuda-se a transformação na tutela de direitos fundamentais, a qual tende a concentrar-se na prevenção do dano, especialmente tratando-se de proteção de dados pessoais, além das novas perspectivas para as carreiras jurídicas, em razão do cenário no qual se insere a *Lei Geral de Proteção de Dados* (Lei n.º 13.709/2018), com destaque para a função desempenhada pelo *encarregado pelo tratamento de dados pessoais*. Do ponto de vista metodológico, cumpre informar que se emprega, no presente trabalho, a pesquisa exploratória, utilizando-se como procedimento de pesquisa a revisão bibliográfica dos temas propostos. Como referencial teórico, adota-se juristas de relevo como Stefano Rodotà, Antonio Enrique Pérez Luño, Sabino Cassese e José Luis Piñar Mañas – apenas para citar. *Ad fine*, reitera-se a necessidade de pensar-se no *futuro das organizações estatais e da regulação*, mormente o contexto tecnológico que caracteriza a sociedade da informação. A proteção de dados é um dos temas que surge com intenso vigor, o que desafia as teorizações em torno das organizações estatais e da proteção de direitos fundamentais próprios da nova era, cuja consequência será a formação de um campo de novas oportunidades para as carreiras jurídicas.

³ Mestrando em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos, com bolsa do Conselho de Aperfeiçoamento de Pessoal em Nível Superior/Programa de Excelência Acadêmica (CAPES/PROEX). Membro do Grupo de Pesquisa CNPq <<Estado, Administração Pública e Novas Tecnologias>> e <<Cibertransparência>>. Advogado na área de <<Direito e Novas Tecnologias>> e <<Concorrência Digital>>. E-mail: martin_ms@live.com.

⁴ Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS. Doutora em Direito Público pela Universidade Pompeu Fabra – UPF (Barcelona). Pós-doutora em Direito pela Universidade de Sevilha. Procuradora de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul – MP/RS. E-mail: temisl@unisinis.br.

AS REDES SOCIAIS E O JUDICIÁRIO: ATÉ ONDE O ESTADO BRASILEIRO PODE ALCANÇAR

Francieli Iung Izolani¹

Leura Dalla Riva²

RESUMO: O Estado brasileiro, ao longo dos anos, tem cumprido seu papel enquanto ator político refletindo nas áreas econômica, política e social. Especialmente no que tange a este último, vem presenciando em sua dinâmica interna o avanço das redes sociais, campo ainda pouco estudado e desenvolvido, em que pese, seja também local de ativo relacionamento entre seus usuários, fazendo delas uma ferramenta poderosa no âmbito dessas novas relações. A partir do grande número de usuários dessas novas tecnologias, é salutar refletir que o espaço real dessas relações pode tomar proporções de reprodução no mundo virtual e com elas haver a propagação de situações adversas ao que se espera de um “bom” uso da internet. Não se pode admitir, ao menos para juristas, surpresa ou desconhecimento dos perigos implícitos do uso dessas tecnologias, pois há mais de três décadas que especialistas vêm alertando sobre os impactos da informática nas liberdades, tampouco nas sociedades avançadas se pode conceituá-los como ameaças remotas diante dos inúmeros abusos sendo perpetuados através da internet. Nesse contexto, questiona-se, como problema de pesquisa se o Judiciário brasileiro vem lidando com as redes sociais em seus julgamentos, partindo-se da hipótese que o referido Órgão vem se adaptando à evolução da sociedade em rede. O escopo dessa pesquisa é, portanto, verificar se o Judiciário tem envolvido as redes sociais em seus julgamentos para, a partir disso, observar se os temas mais recorrentes são de caráter cível ou penal e, por fim, apontar qual (is) rede (s) são mais mencionadas. Para tanto, a pesquisa desenvolvida no presente estudo foi do tipo quantitativa, bibliográfica e de análise documental. Utilizando-se dos métodos de abordagem hipotético-dedutivo e análise de conteúdo, estruturou-se em três partes. Primeiramente, aborda-se o estudo do advento da internet e da sociedade em rede. Em seguida, destaca-se o estudo das redes sociais e do ciberespaço. Por fim, faz-se a análise de conteúdo das decisões judiciais envolvendo as redes sociais, por meio dos dados coletados no site do Superior Tribunal de Justiça (STJ) no ano de 2018, apresentando-se então os resultados. A partir da metodologia adotada, pode-se observar que, no período entre 01/01/2018 a 31/12/2018, o STJ julgou um total de 38.273 acórdãos, sendo que apenas 31 destes envolviam alguma das cinco principais redes sociais pesquisadas em suas ementas, o que corresponde a 0,08% dos julgados do referido ano. Além disso, nota-se um predomínio no uso da rede Whatsapp pelos julgados, já que a menção a essa rede ocorreu em 27 dos casos, frente a 05 menções ao Facebook e nenhuma relativa a outras redes pesquisadas. Outra conclusão que se pode extrair da pesquisa

¹ Bacharel em Direito egressa da Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul (BRA), Pós-Graduada em Direito Constitucional pela Universidade Uniderp-Anhanguera (BRA) e Mestranda em Direito pela Universidade Federal de Santa Maria (BRA). Integrante do Grupo de Pesquisa em Direitos da Sociobiodiversidade vinculado à Universidade Federal de Santa Maria (BRA). E-mail: franizolani@hotmail.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9027530784430798>

² Bacharel em Direito pela Universidade Regional de Blumenau (FURB). Mestranda em Direito pela Universidade Federal de Santa Maria (UFSM). Pesquisadora da Academia Brasileira de Direito Constitucional (ABDConst) e do Grupo de pesquisa Constitucionalismo, Cooperação e Internacionalização (CONSTINTER). Vinculada ao Grupo de Pesquisa, Ensino e Extensão Direitos Humanos e Mobilidade Humana Internacional (MIGRAIDH) da Universidade Federal de Santa Maria (UFSM). E-mail: leura-d@hotmail.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5008652092892727>.

realizada é que o uso dessas redes sociais em julgados se dá sobretudo na área criminal, já que dos 31 (trinta e um) acórdãos, 27 (vinte e sete) diziam respeito a casos penais, enquanto apenas 04 (quatro) estavam relacionados a processos cíveis. Por fim, restou evidenciado que os processos judiciais ainda não refletem a realidade da sociedade em rede, tendo em vista que apenas 0,08% dos julgados do STJ de 2018 mencionavam as redes sociais, em que pese 66,1% da população brasileira faça uso desses ambientes virtuais. Confirma-se, assim, a hipótese apresentada de que o Judiciário vem se adaptando à evolução da sociedade em rede e envolvendo as redes sociais em seus julgados, com a ressalva de que tal envolvimento ainda é irrisório se comparado ao número total de usuários dessas redes no país.

O GOVERNO ELETRÔNICO BRASILEIRO E A PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS À LUZ DA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS

Elisa Viana Dias Chaves¹

Raquel Ceolin²

RESUMO: O presente artigo realiza uma análise da relação entre o direito fundamental à privacidade e o tratamento e armazenamento de dados pessoais por parte da Administração Pública, por meio do chamado Governo Eletrônico, com especial destaque à recente Lei 13.709/2018 (Lei Geral de Proteção de Dados - LGPD). Por meio de breve esboço histórico é apresentada a evolução da utilização das Tecnologias da Informação e Comunicação – TIC, por parte do Governo, iniciado esse processo há quase 20 (vinte) anos, tendo o Estado brasileiro adotado uma postura de tratar o cidadão como mero receptor de informações ou usuário-consumidor, o que ao longo dos anos foi evoluindo para um canal bidirecional e posteriormente, transcendendo a fase de interação, se chega a fase de gestão eletrônica e transação, de modo a otimizar a relação existente entre a Administração Pública e os cidadãos, prestando serviços de forma mais eficiente e facilitando o exercício do controle social. Por outro lado, utilizando-se do método dialético, são apresentados os contrapontos existentes em relação às referidas vantagens, destacando-se os riscos inerentes ao direito fundamental à privacidade, ante a coleta, armazenamento e tratamento dos dados pessoais dos usuários nos canais de comunicação do Governo Eletrônico, bem como examinados os recorrentes casos de vazamento de dados e suas consequências, salientando-se o ocorrido com o banco de dados do Conselho Nacional de Justiça – CNJ. Nesse contexto de insuficiência de mecanismos do Poder Público quanto a salvaguarda dos dados, é feita uma análise da possível contribuição da Lei Geral de Proteção de Dados no atual cenário brasileiro, especialmente considerando a segurança jurídica no que tange ao armazenamento e tratamento de dados sensíveis. Como procedimento são utilizados a pesquisa bibliográfica e a análise documental. Por fim, conclui-se que em muito o sistema de proteção de dados do governo brasileiro tem a evoluir no que tange ao direito fundamental à privacidade, sendo a Lei nº 13.709/2018 mais um degrau no fortalecimento da democracia e da segurança jurídica no Estado brasileiro.

¹ Mestranda em Direito pela Universidade Federal de Santa Maria – UFSM. Área de concentração: Direitos Emergentes da Sociedade Global. Linha de Pesquisa: Direitos da Sociedade em Rede. E-mail: elisavdc@gmail.com

² Mestranda em Direito pela Universidade Federal de Santa Maria – UFSM. Área de concentração: Direitos Emergentes da Sociedade Global. Linha de Pesquisa: Direitos da Sociedade em Rede. E-mail: raquelfceolin@gmail.com

DIFERENCIAÇÃO DOS CRIMES PRÓPRIOS E IMPRÓPRIOS DE INFORMÁTICA E O CASO NAJILA X NEYMAR JR

Fabiano Braga Pires¹

RESUMO: A crescente troca de informações, transações financeiras, dados pessoais, fotos e vídeos pelas redes sociais fez surgir, no Brasil, uma gama de ilícitos novos, bem como a adaptação normativa de crimes já previstos em nosso ordenamento jurídico. Saber identificar os atos cometidos na *web*, como legais ou ilegais, é de suma importância para a regulação do convívio harmônico e pacífico dentro de uma sociedade democrática de direito. Dentre os atos ilícitos, cometidos no meio informático, deve-se dar primordial importância a diferenciação doutrinária entre os crimes próprios e os impróprios. Por crimes próprios, os quais encontram tipificação na legislação penal comum ou especial, o ambiente virtual e o computador são requisitos essenciais para a realização da ação desejada pelo autor. Ditos crimes recebem essa nomenclatura porque, em primeiro lugar, são típicos e antijurídicos, o que explica a referida terminologia e, em segundo lugar, porque os mesmos só podem ser cometidos na rede mundial de computadores, ou seja, na internet. Chama-se atenção ao fato de que, caso ocorra invasão de dispositivo informático alheio, conectado ou não à rede de computadores, sem a autorização expressa do titular do dispositivo, a solução jurídica para o caso encontra guarida no tipo penal do artigo 154-A do Código Penal Brasileiro tendo-se, assim, um exemplo de crime próprio de informática. No que tange a identificação dos crimes impróprios insta salientar que, para a execução dos mesmos, não há a obrigatoriedade de utilização da rede mundial e do computador, pois podem ser cometidos, da mesma forma, tanto na internet como fora dela, não sendo necessária a diferenciação do meio utilizado, importando, tão somente, que o resultado se dará do mesmo modo e, como crime impróprio de informática tem-se, como exemplo, o comércio ilegal de entorpecentes. Diante dos aspectos doutrinários e legais acima referidos chega-se a análise do fato, recentemente ocorrido, envolvendo publicações, de imagens não autorizadas, pelo jogador Neymar Jr, da modelo Najila Trindade Mendes. O fato supracitado ganhou atenção midiática ao redor do globo terrestre, sendo que abre a discussão acerca do limite que o ato de publicar imagens íntimas, sem autorização da suposta vítima, mesmo que com o rosto descaracterizado (borrado), incorre ou não em fato típico, eis que deixaria de expor a identidade de quem teve sua intimidade exposta. Assim, tendo em vista que houve a descaracterização do rosto de Najila, nas fotos íntimas divulgadas pelo jogador de futebol, o núcleo da conduta do crime virtual deixou de existir fazendo desaparecer, também, qualquer conduta criminosa. Ademais, o fato de Neymar Jr não ter divulgado o nome da modelo faz com que a existência de dolo na conduta seja afastada e, dessa forma, não há que se falar em conduta típica por parte do atleta.

¹ Mestrando em Direito, pela Universidade de Passo Fundo, RS, na linha de pesquisa: Relações Sociais e Dimensões de Poder; especializado em Criminologia, Política Criminal e Segurança Pública pela Universidade para o Desenvolvimento do Estado e da Região do Pantanal (2014) e graduado em Direito pela Faculdade de Direito de Santa Maria, RS – FADISMA (2012). E-mail: fabiano@piresadv.com.br

JUSTECHS E EXPOSIÇÃO VIRTUAL: EFEITOS DA REVOLUÇÃO TECNOLÓGICA NA PERSPECTIVA DO DIREITO DIGITAL

Lucas Hahn Spalding¹

Giane Pante²

RESUMO: O século XXI foi palco de transformações no modo como vivemos, com o advento da *internet* e a inauguração da era digital. Caracterizada pela rápida circulação da informação, essa realidade fomentou um processo de comunicação entre máquinas, para além da relação do ser humano com aquelas. Douglas Comer assevera que, a esse fenômeno, atribuem-se os termos *máquina para máquina (M2M)* e *internet das coisas (IoT)*. O Direito não ficou imune a tais mudanças. Frente a esse novo panorama, novas possibilidades e novos desafios emergem, evocando a atuação jurídica. Numa primeira perspectiva, a criação de plataformas virtuais – pelas *startups* jurídicas –, que auxiliam profissionais do Direito na realização de atividades, dinamizou a execução de tarefas. Em segunda análise, gize-se que as constantes interações nos meios digitais culminam no compartilhamento de informações dos usuários, o que pode expô-los indevidamente. Face a essas conjunturas, se pretende demonstrar como o Direito deve ocupar-se dessas pertinentes temáticas. A última década mostrou que a seara jurídica faz uso das vantagens da evolução tecnológica. *Softwares* específicos de gerenciamento, a tramitação eletrônica de processos, e a certificação digital são inovações recentes que facilitaram e automatizaram as atividades forenses. Recentemente, essas *startups* elaboram plataformas tecnológicas para suprir demandas do setor. Antes, essas empresas ofertavam soluções simples, como acompanhamento processual, gestão de informações e de prazos. Agora, novos ramos são explorados: a Inteligência Artificial foi instrumentalizada para prognosticar decisões judiciais, contatar profissionais do Direito para realizar diligências, e aplicar a estatística ao Direito. Simultaneamente, a esfera virtual demanda atenção às informações que nela circulam, visto muitas serem de cunho pessoal, e, portanto, carecerem de guarida legal. No Brasil, a Lei de Proteção de Dados Pessoais, que altera o Marco Civil da *Internet*, regula o tratamento de dados pessoais nos meios digitais, por pessoas naturais ou jurídicas, públicas ou privadas, com o propósito de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade. Na União Europeia, a *General Data Protection Regulation* objetiva a proteção de cidadãos contra a violação de privacidade de dados. Daí que um Direito Digital deve se encarregar de criar mecanismos para a tutela de uma gama de dimensões de Direito especialmente afetas ao paradigma imposto pela tecnologia. É dizer, o direito à privacidade nos meios digitais, a proteção do direito autoral, do direito de imagem, e da segurança da informação. Com efeito, a necessidade crescente de profissionais ligados ao Direito de dinamizar serviços, demandas, e preparar documentos e pareceres, chama a tecnologia à um processo de integração de mútuo interesse. Do mesmo modo que o Direito se utiliza de recursos tecnológicos, qualquer novidade tecnológica, onde quer que seja aplicada, precisará da

¹ Mestrando em Direito pelo Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade de Passo Fundo, vinculado à linha de pesquisa “Jurisdição Constitucional e Democracia”; Bacharel em Direito pela Universidade de Passo Fundo; E-mail: 79347@upf.br.

² Mestranda pela Universidade de Passo Fundo – UPF; Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Anhanguera Uniderp; Bacharel em Direito pela Universidade de Passo Fundo – UPF. Endereço Eletrônico: gipante@hotmail.com.

correspondente orientação jurídica, de modo a garantir seu enquadramento aos parâmetros legais de um sistema jurídico. A “sociedade digital” está evoluindo rapidamente e o Direito precisa acompanhá-la, criando novos institutos capazes de continuar garantindo a segurança jurídica das diversas espécies de relações hoje existentes.

A REMOÇÃO DE PÁGINAS DE “DISCURSO DE ÓDIO” NAS REDES SOCIAIS E (IM)POSSÍVEIS QUESTIONAMENTOS ACERCA DO MONOPÓLIO DA OPINIÃO POR EMPRESAS PRIVADAS

Murilo Manzoni Boff¹

Mateus de Oliveira Fornasier²

RESUMO: Em maio de 2019 o *Facebook* anunciou em definitivo o banimento em suas redes das páginas com discurso de ódio de Alex Jones³ e Milo Yiannouolos, personagens da extrema direita norte-americana que difundiam conteúdos supremacistas em face de imigrantes, muçulmanos e transgêneros, sob o argumento de que tais páginas promoviam a glorificação da violência explícita e o uso de linguagem desumanizadora (SANDOVAL, 2019). Anteriormente, no segundo semestre de 2018, Apple, Spotify, YouTube e Vimeo já haviam deletado *podcasts* de Alex Jones por infringirem a política de discurso de ódio dessas redes sociais. Não é novidade que as redes sociais tornaram-se uma *Ágora* para manifestação e participação política, estando os usuários conectados a uma cibercultura, que, nos estudos de Pierre Lévy (2015), fomenta a inteligência coletiva da união de saberes, costumes, técnicas e promove a capacitação dos indivíduos pela ética do outro na troca de informações. Nesse sentido, o acesso à Internet contribui como elemento fundamental para a democracia na promoção e proteção da liberdade de expressão, sendo ela pleiteada no art. 19 da DUDH, de modo que “mediante a drástica redução de custo e de barreiras à participação na esfera pública, a internet permite a comunicação multidirecional, de resposta instantânea, ampliando possibilidades de discurso e de debate.” (MAGRANI, 2014). Para tanto, questiona-se se a política inibidora por partes das redes sociais na liberdade de expressão da Internet deve ser efetivada, censurando discursos de ódios, ou combatida para a livre circulação de opiniões, observadas as legislações de cada país sobre liberdade de expressão e discurso de ódio. O *YouTube* lançou manifestação no dia 5 de Junho de 2019 afirmando estar tomando medidas adicionais para o combate de conteúdos de discurso de ódio, sendo eles aqueles que contém justificada afirmação de superioridade em face de etnia, religião, orientação sexual, gênero, classe social, situação de imigração, condição de veterano de guerra e etc. (YOUTUBE, 2019). O *Facebook* também dispõe nos seus padrões da comunidade que não permitirá um ambiente de intimidação e exclusão que podem acarretar consequências de violência para o mundo real, salientando que define o discurso de ódio como aquele em que há o ataque direto a pessoas denominadas como aquelas que possuem “características protegidas”, tais como raça, etnia, nacionalidade, filiação religiosa, entre outras, garantindo, especialmente, proteção ao status migratório.

¹ Mestrando no Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito – Mestrado em Direitos Humanos – da Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul (UNIJUÍ). Bolsista da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (PROSUC/CAPES). E-mail: murilo_boff@hotmail.com

² Doutor em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (2013), com pós-doutorado pela University of Westminster. Professor da Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul, no programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* (Mestrado e Doutorado) em Direito. E-mail: mateus.fornasier@unijui.edu.br

³ Jones tem sido o precursor em afirmar que o clima é controlado pelo governo, que os pais das crianças mortas no atentado na escola Sandy Hook em 2012 são atores e que os democratas norte-americanos estão promovendo um genocídio branco (SANDOVAL, 2018). São essas algumas de suas polêmicas declarações acerca de teorias conspiratórias que já foram repetidas por *Donald Trump*, seu admirador.

(FACEBOOK, 2019). No entanto, a página adverte que promove o compartilhamento de opiniões e experiências por parte de usuários, fomentando debates que cruzam por questões concernentes aos grupos com “características protegidas”. Por tais razões, a conceituação de discurso de ódio é um conceito em evolução que também depende das legislações dos países, o que tem levado a página a participar de trabalhos de pesquisadores sobre a liberdade de expressão e transculturalidade para a prática de suas políticas comunitárias. (ALLAN, 2017). O debate do caso *Alex Jones* acendeu questionamentos sobre a legalidade do ato das plataformas, haja vista que a Primeira Emenda dos Estados Unidos veda a censura por parte do Poder Público àquele que exerce sua opinião, no entanto, tal ato não foi emanada por autoridade pública, e sim por empresas privadas, que não se sujeitam a interpretação do aparato constitucional para remover páginas que violem as diretrizes de uso. No Brasil, a liberdade de expressão é vislumbrada como um direito fundamental relativo aos outros direitos fundamentais que coexistem, sendo essa matéria de mais fácil resolução dentro da legislação brasileira. Por conseguinte, autoridades mundiais acerca da liberdade de expressão na Internet e propriedade intelectual manifestaram atenção ao fato de empresas privadas estarem silenciando ou moderando indivíduos, tendo o monopólio da liberdade de expressão. Por outro lado, estudiosos sobre segurança cibernética acreditam que o nível de toxicidade do discurso público leva empresas a adotarem medidas que venham a colaborar com um ambiente saudável que não afete os próprios fundamentos da sociedade, haja vista as diferentes legislações dos países, mas advertem acerca do perigo dessas empresas estarem como guardiãs do debate público. Isso posto, as novas posturas adotadas por plataformas de Redes Sociais expõe preocupação a nível mundial com as opiniões pronunciadas por usuários em suas contas, trazendo à baila o protagonismo das redes sociais em vetar usuários que ultrapassem em seus discursos as bases para o convívio social, bem como, se essas empresas devem possuir o controle do conteúdo dos usuários promovendo a inibição de discursos supremacistas de discursos de ódio, observadas as legislações nacionais; debate que traz mais questionamentos do que respostas. Para a obtenção dos resultados almejados pela pesquisa, o método de abordagem a ser seguido será o empírico-dialético, com suporte em revisão de literatura e análise descritiva dos fenômenos pesquisados.