

ISBN: 978-65-87582-55-9

Organizadores

Liton Lanes Pilau Sobrinho

Paulo Márcio Cruz

Fabíola Wust Zibetti

JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL, DEMOCRACIA E RELAÇÕES SOCIAIS: DESAFIOS CONTEMPORÂNEOS

Realização



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



Apoiadores



2021

ISBN: 978-65-87582-55-9

Organizadores
Liton Lanes Pilau Sobrinho
Paulo Márcio Cruz
Fabíola Wust Zibetti

JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL, DEMOCRACIA E RELAÇÕES SOCIAIS: DESAFIOS CONTEMPORÂNEOS

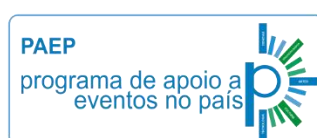
Realização



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



Apoiadores



2021

AUTORES

ARTIGOS - GT1- DIREITO, ECONOMIA E SUSTENTABILIDADE

Anna Gabert Nascimento
Elys Marina Hack
Janaína Rigo Santin
Julio Cesar Giacomini
Pâmela Ferraz
Paulo Roberto Ramos Alves
Thaís Ribas Francesqui
Vanessa Ramos Casagrande

ARTIGOS – GT2- TENDÊNCIAS E PERSPECTIVAS DO NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO

ARTIGOS – GT3- DIREITOS HUMANOS: EFICÁCIA NO PLANO INTERNACIONAL

Alessandra Vanessa Teixeira
Aline de Fátima Ardenghy Chiuza
Beatriz John Kettermann
Cláudia Cezne
Maira Angélica Dal Conte Tonial
Wedner Costódio Lima

ARTIGOS – GT4 – PODER, GÊNERO E POLÍTICAS PÚBLICAS

Alice Benvegnû
Ana Laura Toldo Sagioratto
Bruna Zatti
Josiane Petry Faria
Karen Beltrame Becker Fritz

ARTIGOS – GT5 – DEMOCRACIA E RELAÇÕES SOCIAIS

Adelcio Molin
Beatriz John Kettermann
Érico Antonio P. Santos
Fabiano Braga Pires
Flávio Braga Pires
Izabelle Klein
Janaína Rigo Santin
Jander Rocha da Silva
Júlia Francieli Neves de Oliveira
Kauê Ruviaro Vieira
Letícia Abati Zanotto
Marcio Renan Hamel
Maria Eduarda Braga Moraes
Patrícia Da Luz Chiarello
Suzana Valle Salgado

ARTIGOS – GT6 – DIREITO, CIDADANIA E DESENVOLVIMENTO TECNOLÓGICO

Ana Clara Ianoski Camargo dos Anjos
Carla Lerin
Janaína Rigo Santin
Lourdes Regina Jorgeti
Maira Angélica Dal Conte Tonial
Pedro Henrique Pasquali
Sonia Aparecia de Carvalho

ARTIGOS – GT7 – CRIAÇÃO DO DIREITO PARA ESPAÇOS VIRTUAIS
ARTIGOS – GT8 – CONSTITUCIONALISMO, DEMOCRACIA E NEONACIONALISMO

Diego de Moraes Fragoso
Elys Marina Hack
Fernanda Prestes dos Santos
Flávio Braga Pires
Flávio Quinaud Pedron
João Paulo Salles Pinto
Júlio César Ramos Mendes
Liton Lanes Pilau Sobrinho
Suzana Valle Salgado
Thainá Guimarães
Vanessa Ramos Casagrande

ARTIGOS – GT9 – TEORIA DO RISCO E DESASTRES AMBIENTAIS

Andréia Tavares de Jesus
Anita Brum

ARTIGOS – GT10 – SEGURANÇA ALIMENTAR

Bianca Larissa Soares de Jesus Roso
Fernando Hoffmann
Francielle Benini Agne Tybusch

ARTIGOS – GT11 – SOCIEDADE, CONFLITO E MOVIMENTOS SOCIAIS

Adriana Fasolo Pilati
Estéfani Luise Fernandes Teixeira
Fabiano Braga Pires
Guilherme Dornelles da Silva
Kauany Flores Pinheiro Machado
Kauê Ruviaro Vieira
Letícia Abati Zanotto
Maira Angélica Dal Conte Tonial
Marcio C. Godinho
Mônica Polidoro Lopes
Patrícia da Luz Chiarello
William Guimarães Sgarbossa

ARTIGOS – GT12 – DIREITO, GOVERNANÇA E NOVAS TECNOLOGIAS

Carlos Afonso Rigo Santin
Giovani Corralo
Tricieli Radaelli Fernandes

ARTIGOS – GT13 – RELAÇÕES DE CONSUMO

Alana Tessaro Vuelma
Cassio Henrique Pacheco dos Santos
Estéfani Luise Fernandes Teixeira
Franco Scortegagna
Gabriel Sassi
Gabriela Buziki de Vargas
Jovana De Cezaro
Marcio C. Godinho
Nathália Debiasi Salvi
Rogério da Silva
Weslei Vidmar

RESUMOS

RESUMOS – GT1 – DIREITO, ECONOMIA E SUSTENTABILIDADE

Francini Cansi
Joaquin Melgarejo Moreno
Ketelen Favero
Lilian Pozzan
Nathália Kovalski Cabral
Paulo Márcio Cruz

RESUMOS – GT2 – TENDÊNCIAS E PERSPECTIVAS DO NOVO CONSTITUCIONALISMO AMERICANO

Ana Izabel Mendes
Felipe Antonioli
Ivanio Formighieri Muller

RESUMOS – GT3 – DIREITOS HUMANOS: EFICÁCIA NO PLANO INTERNACIONAL

Clóvis Gorczewski
Gustavo Pertille
Júlio Cesar Giacomini
Leonardo Machado da Silva
Michele Piucco
Natalia Ferreira Lehmkuhl Cenci
Patrícia Grazziotin Noschang
Thaís Fernanda Silva

RESUMOS – GT4 – PODER, GÊNERO E POLÍTICAS PÚBLICAS

Bianca Castro
Camila Vitória Soares
Cristiane Terezinha Rodrigues
Eliane Barbosa
Eliziana Andriollo
Francini Cansi
Josiane Petry Faria
Karen Beltrame Becker Fritz
Maiara Silva de Oliveira
Maira Angélica Dal Conte Tonial
Maira Zenni Carbonera
Marcio C. Godinho
Michelle Piucco
Natalia Ferreira Lehmkuhl Cenci
Natália Rosa Mozzatto
Rosane Alves da Luz
Thaís Fernanda Silva
Valéria Barp
Vitória Piucco

RESUMOS – GT5 – DEMOCRACIA E RELAÇÕES SOCIAIS

Érico Antonio P Santos
Júlia Francieli Neves de Oliveira

RESUMOS – GT6 – DIREITO, CIDADANIA E DESENVOLVIMENTO TECNOLÓGICO

Liton Lanes Pilau Sobrinho

RESUMOS – GT7 – CRIAÇÃO DO DIREITO PARA OS ESPAÇOS VIRTUAIS

RESUMOS – GT8 – CONSTITUCIONALISMO, DEMOCRACIA E NEONACIONALISMO

Alexandre Nogueira Pereira Neto
Bianca Neves de Oliveira
Claudia de Oliveira Fonseca
Érico Antonio P. Santos
Hemilli Chiarentin da Silva
João Paulo Salles Pinto
Marcos Leite Garcia
Renato Vieira Ohlweiler
Thainá Guimarães

RESUMOS – GT9 – TEORIA DO RISCO E DESASTRES AMBIENTAIS

Francielle Benini Agne Tybusch
Gabriel Dill
Gabriela Marchesan Antoniazzi
Leonel Severo Rocha

RESUMOS – GT10 – SEGURANÇA ALIMENTAR

Francieli Iung Izolani
Isadora Raddatz Tonetto

RESUMOS – GT11 – SOCIEDADE, CONFLITO E MOVIMENTOS SOCIAIS

Linara da Silva
Lucas Parizzi Bernardi
Manoel Pereira de Almeida
Vinícius Francisco Toazza

RESUMOS – GT12 – DIREITO, GOVERNANÇA E NOVAS TÉCNOLOGIAS

Agnes Paola Baldo
Ana Isabel Mendes
Carlos Cini Marchionatti
Francini Cansi
Ivanio Formighieri Muller
João Luís Severo da Cunha Lopes
Otávio Augusto Baldo

RESUMOS – GT13 – RELAÇÕES DE CONSUMO

Érica Balbinot
Jovana De Cezaro
Nadya Regina Gusella Tonial

Reitor

Valdir Cechinel Filho

Vice-Reitoria de Graduação

José Everton da Silva

Vice-Reitoria de Pesquisa, Pós-Graduação e Extensão

Rogério Corrêa

Organizadores

Liton Lanes Pilau Sobrinho

Paulo Márcio Cruz

Fabiola Wust Zibetti

Projeto Editorial/Capa

Alexandre Zarske de Mello

Revisão

Pedro Gabriel Cardoso Passos

Comitê Editorial E-Books/PPCJ - UNIVALI**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 V. Hernandez (UCALDAS/COLÔMBIA)

Dr. Clovis Demarchi (UNIVALI)

Dr. José Everton da Silva (UNIVALI)

Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UNIVALI)

Dr. Márcio Ricardo Staffen (UNIVALI)

Créditos

Este E-book foi possível por conta do Comitê Editorial E-books/PPCJ - UNIVALI composta pelos Professores Doutores: Paulo Márcio Cruz e Alexandre Moraes da Rosa e pelo Diretor Executivo Alexandre Zarske de Mello

Registro de Apoio e Fomento

Essa obra foi organizada com recursos do Programa de Apoio a Eventos no País (PAEP).

ISBN: 978-65-87582-55-9



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



FICHA CATALOGRÁFICA

J979 Jurisdição constitucional, democracia e relações sociais [recurso eletrônico] : desafios contemporâneos / organizadores Liton Lanes Pilau Sobrinho, Paulo Márcio Cruz, Fabíola Wust Zibetti – Dados eletrônicos. – Itajaí : Ed. da Univali, 2021.

Vários autores

Realização Direito UPF

Inclui bibliografias

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

ISBN 978-65-87582-55-9 (e-book)

1. Direito. 2. Jurisdição constitucional. 3. Direitos humanos. 4. Democracia – Relações sociais. 5. Economia e sustentabilidade. I. Pilau Sobrinho, Liton Lanes. II. Cruz, Paulo Márcio. III. Zibetti, Fabíola Wust. IV. Universidade do Vale do Itajaí. V. Título.

CDU: 34

Ficha catalográfica elaborada pela Biblioteca Comunitária da Univali Campus Itajaí

APRESENTAÇÃO

O Programa de Pós-Graduação Mestrado em Direito, promoveu nos dias 16, 17, 18, 19 e 20 de novembro de 2021, de forma online o V Congresso Internacional de Jurisdição Constitucional, Democracia e Relações Sociais; V Mostra de Trabalhos Jurídicos Científicos; XVIII Semana Acadêmica de Direito e VIII Mostra de Iniciação Científica.

O Evento teve como objetivo criar um ambiente de discussão e interação acerca dos fundamentos da jurisdição constitucional, do papel do Estado na consecução de políticas públicas, da democracia no paradigma do Estado Constitucional contemporâneo sob o prisma de uma teoria dos direitos fundamentais e sua realização só foi possível porque recebeu recursos através do Programa de Apoio a eventos no país 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 13 (treze) Grupos de Trabalho: Direito, Economia e Sustentabilidade; Tendência e Perspectivas do Novo Constitucionalismo Latino-americano; Direitos Humanos: eficácia no plano internacional; Poder, Gênero e Políticas Públicas; Democracia e Relações Sociais; Direito, Cidadania e Desenvolvimento Tecnológico; Criação do Direito para os Espaços Virtuais; Constitucionalismo, Democracia e Neonacionalismo; Teoria do Risco e Desastres Ambientais; Segurança Alimentar; Sociedade, Conflito e Movimentos Sociais; Direito, Governança e Novas Tecnologias; Relações de Consumo.

Liton Lanes Pilau Sobrinho¹

Paulo Márcio Cruz²

Fabiola 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. Doutora em Direito Internacional, pela Universidade de São Paulo (USP), com pós-doutorado em Relações Internacionais, pelo Programa da Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), e com 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. 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.

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO	9
Liton Lanes Pilau Sobrinho	9
Paulo Márcio Cruz.....	9
Fabíola Wust Zibetti	9
GT 1 - DIREITO, ECONOMIA E SUSTENTABILIDADE	21
A PNPSA COMO MEIO DE INCENTIVO A MANUTENÇÃO E PRESERVAÇÃO DO MEIO AMBIENTE	21
Thaís Ribas Francesqui	21
A POSSÍVEL (IN)VIABILIDADE DO IMPOSTO SOBRE GRANDES FORTUNAS NO BRASIL	32
Pâmela Ferraz.....	32
Julio Cesar Giacomini	32
A AUTONOMIA OPERACIONAL DO DIREITO DO TRABALHO SOB O ASPECTO DA INFLUÊNCIA NEOLIBERAL DA LEI Nº 13.467/2017	49
Elys Marina Hack	49
Vanessa Ramos Casagrande	49
Paulo Roberto Ramos Alves.....	49
COMPLIANCE E CULTURA DE CONFORMIDADE NAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS.....	65
Anna Gabert Nascimento	65
Janaína Rigo Santin.....	65
GT 2 - Tendências e Perspectivas do Novo Constitucionalismo Latino- americano.....	89
GT 3 - Direitos Humanos: eficácia no plano internacional	89
O EMBATE ENTRE CONVICÇÃO FILOSÓFICA E EXIGÊNCIA DE VACINAÇÃO: UM OLHAR DA FILOSOFIA SOBRE O DIREITO À LIBERDADE	89
Beatriz John Kettermann	89
O DIREITO HUMANO À EDUCAÇÃO E OS OBJETIVOS DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL	98
Alessandra Vanessa Teixeira	98
Cláudia Cezne.....	98
Wedner Costódio Lima	98
MOBILIDADE HUMANA E GLOBALIZAÇÃO: CRISE HUMANITÁRIA.....	113
Aline de Fátima Ardenghy Chiuza	113
Maira Angélica Dal Conte Tonial	113
GT 4 - PODER, GÊNERO E POLÍTICAS PÚBLICAS	127
O ABORTO LEGAL E SUA (DES)VINCULAÇÃO A MORAL E A RELIGIÃO NO BRASIL	128
Ana Laura Toldo Sagioratto	128

Karen Beltrame Becker Fritz.....	128
O CONTROLE DO FEMININO: DO ESTIGMA DA BRUXA À SUBJETIVIDADE ATRAVÉS DA BIOPOLÍTICA	152
Bruna Zatt.....	152
POLÍTICAS PÚBLICAS BASEADAS NA EQUIDADE DE GÊNERO COMO PROPOSTA PARA ERRADICAÇÃO DA VIOLÊNCIA E REEQUILÍBRIO DAS RELAÇÕES DE PODER INTRAFAMILIARES.....	178
Alice Benvegnú	178
Josiane Petry Faria	178
GT 5 – DEMOCRACIA E RELAÇÕES SOCIAIS.....	189
FORMAÇÃO DA VONTADE DEMOCRÁTICA E CULTURA POLÍTICA EM AXEL HONNETH: UMA ANÁLISE CRÍTICA DAS RELAÇÕES SOCIAIS.....	189
Maria Eduarda Braga Moraes.....	189
Marcio Renan Hamel	189
A PROPRIEDADE DA TERRA E A DEMOCRACIA.....	199
Kauê Ruviano Vieira	199
SEPARAÇÃO DE PODERES OU POR ALINHAMENTO POLÍTICO? CORTES CONSTITUCIONAIS E TENSÕES POLÍTICAS	211
Beatriz John Kettermann	211
Isabelle Klein	211
CONSERVADORISMO E ATIVISMO JUDICIAL: UMA ANÁLISE APARTIR DA JUSTIÇA CONTRAMAJORITÁRIA NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	227
Adelcio Molin	227
A RELAÇÃO ENTRE ECONOMIA GLOBALIZADA E AS INSTITUIÇÕES DE DIREITO: O CONCEITO DE SEGURANÇA JURÍDICA E SUA IMPORTÂNCIA PARA A CLASSIFICAÇÃO DO BRASIL EM AGÊNCIAS DE AVALIAÇÃO	243
Fabiano Braga Pires	243
FUNÇÕES ESSENCIAIS À JUSTIÇA E A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	257
Beatriz John Kettermann	257
Isabelle Klein	257
PODER LOCAL E SUSTENTABILIDADE FINANCEIRA	270
Jander Rocha da Silva.....	270
Janaína Rigo Santin.....	270
A EDUCAÇÃO COMO FERRAMENTA PARA O FORTALECIMENTO DA DEMOCRACIA.....	283
Patrícia da Luz Chiarello	283
Letícia Abati Zanotto	283
AS TRANSFORMAÇÕES DO ESTADO LIBERAL E OS REFLEXOS NOS DIREITOS FUNDAMENTAIS, NA DEMOCRACIA E NO CONCEITO DE JUSTIÇA.....	296
Érico Antonio P. Santos	296
Júlia Francieli Neves de Oliveira	296

A REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA URBANA, NO BRASIL, E APLICAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À MORADIA A PARTIR DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988	307
Flávio Braga Pires.....	307
Suzana Valle Salgado.....	307
DEMOCRACIA DELIBERATIVA E SEPARAÇÃO DE PODERES: CONTRIBUIÇÕES DA TEORIA HABERMASIANA	320
Isabelle Klein.....	320
GT 6 - DIREITO, CIDADANIA E DESENVOLVIMENTO TECNOLÓGICO	331
COMBATE A CORRUPÇÃO NO BRASIL: AS DISFUNCIONALIDADES DO CONTROLE EXTERNO CRIMINALIZAM A ATIVIDADE POLÍTICA?	331
Pedro Henrique Pasquali	331
Janaína Rigo Santin.....	331
ACESSO À JUSTIÇA EM TEMPOS PANDÊMICOS: DESAFIOS FRENTE À EXCLUSÃO DIGITAL NO BRASIL	348
Lourdes Regina Jorgeti.....	348
Ana Clara Ianoski Camargo dos Anjos.....	348
O ADVENTO DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL (IA) E OS IMPACTOS NAS RELAÇÕES DE TRABALHO.....	365
Sonia Aparecida de Carvalho	365
Maira Angélica Dal Conte Tonial	365
SHARENTING NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO: ENTRE O DIREITO À PRIVACIDADE E A LIBERDADE DE EXPRESSÃO.....	382
Carla Lerin.....	382
GT 7 - CRIAÇÃO DO DIREITO PARA OS ESPAÇOS VIRTUAIS	397
GT 8 – CONSTITUCIONALISMO, DEMOCRACIA E NEONACIONALISMO.....	397
DO CONSTITUCIONALISMO AO CONSTITUCIONALISMO ABUSIVO: E A DEMOCRACIA?	398
Elys Marina Hack	398
Liton Lanes Pilau Sobrinho	398
Vanessa Ramos Casagrande.....	398
EROSÃO CONSTITUCIONAL NO BRASIL: UMA ABORDAGEM ATRAVÉS DA TENSÃO ENTRE O PUPULISMO E A IDENTIDADE CONSTITUCIONAL	414
Flávio Quinaud Pedron	414
Júlio César Ramos Mendes.....	414
REFUGIADOS, DIREITOS DO HOMEM, NACIONALIDADE E SOBERANIA ESTATAL: UMA RELEITURA SOB A ÓTICA DA HOSPITALIDADE EM JACQUESDERRIDA.....	428
Thainá Guimarães.....	428
João Paulo Salles Pinto	428
DAS FORMAS AOS RESULTADOS: COMO O DIREITO NÃO SE BASTA À GARANTIA DA DIGNIDADE HUMANA.....	445
Diego de Moraes Fragoso	445

Fernanda Prestes dos Santos	445
O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE PROPOSTO POR RONALD DWORKIN COMO PARÂMETRO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	459
Flávio Braga Pires.....	459
Suzana Valle Salgado.....	459
GT 9 - TEORIA DO RISCO E DESASTRES AMBIENTAIS	474
A CONDIÇÃO DAS MULHERES EM DESASTRES AMBIENTAIS: A NECESSÁRIA CONSTRUÇÃO DE UMA AGENDA DE GÊNERO NAS FASES DA GESTÃO CIRCULAR DO RISCO	474
Bianca Larissa Soares de Jesus Roso.....	474
Francielle Benini Agne Tybusch	474
GT 10 - SEGURANÇA ALIMENTAR	484
PANDEMIAS NO BRASIL: A FOME E O CORONAVÍRUS, DE ACORDO COM A SOFI 2021 E REDE PENSSAN, SOB A ÓTICA DE JUDITH BUTLER.....	484
Anita Brum.....	484
Fernando Hoffmam	484
SEGURANÇA ALIMENTAR NA PANDEMIA.....	492
Andréia Tavares de Jesus	492
GT 11 – SOCIEDADE, CONFLITO E MOVIMENTOS SOCIAIS	512
ENSAIO SOBRE A ABERTURA DA FILOSOFIA DO DIREITO AOS FATOS	512
Estéfani Luise Fernandes Teixeira	512
Letícia Abati Zanotto	512
Patrícia da Luz Chiarello	512
O MOVIMENTO INDÍGENA E AS AÇÕES AFIRMATIVAS NA LUTA POR IGUALDADE NO BRASIL	525
Kauany Flores Pinheiro Machado	525
Kauê Ruviano Vieira	525
A CONSTRUÇÃO DO COMUM: A MULTIDÃO GUIADA PELO AMOR.....	542
Guilherme Dorneles da Silva	542
PRÁTICAS DISCRIMINATÓRIAS NA ORGANIZAÇÃO DO TRABALHO	557
Marcio C. Godinho	557
Maira Angélica Dal Conte Tonial	557
A ATUAÇÃO DO GOVERNO FEDERAL MEDIANTE A APLICAÇÃO DA TEORIA DA TOLERÂNCIA ZERO NO DIREITO PENAL BRASILEIRO.....	567
Fabiano Braga Pires	567
VINGANÇA, MEMÓRIA E MEIOS ALTERNATIVOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS	579
Letícia Abati Zanotto	579
Patrícia da Luz Chiarello	579
AS LOCAÇÕES TEMPORÁRIAS SEGUNDO A DECISÃO PROFERIDA NO RECURSO ESPECIAL Nº. 1.819.075-RS.....	592
Mônica Polidoro Lopes	592

Adriana Fasolo Pilati	592
IMPOSTO DE TRANSMISSÃO DE BENS IMÓVEIS E A USUCAPIÃO.....	609
William Guimarães Sgarbosssa.....	609
Adriana Fasolo Pilati	609
GT 12 – DIREITO, GOVERNANÇA E NOVAS TECNOLOGIAS.....	625
PROGRAMAS DE INTEGRIDADE: O “NOVO NORMAL” DAS EMPRESAS CONTRATADAS PELO PODER PÚBLICO	625
Giovani Corralo	625
Carlos Afonso Rigo Santin.....	625
SÍNDROME DE FOMO: UMA RAMIFICAÇÃO DA UBERIZAÇÃO NA SOCIEDADE DO CANSAÇO	638
Triciele Radaelli Fernandes	638
GT 13 – RELAÇÕES DE CONSUMO	648
AS RELAÇÕES VIRTUAIS DE CONSUMO: A SOCIEDADE DE INFORMAÇÃO E A VULNERABILIDADE DO CONSUMIDOR NO COMÉRCIO ELETRÔNICO.....	648
Jovana De Cezaro	648
Weslei Vidmar	648
POLÍTICAS PREVENTIVAS DE PROTEÇÃO AO CONSUMIDOR SUPERENDIVIDADO.....	663
Franco Scortegagna	663
Nathália Debiasi Salvi ²	663
O DANO TEMPORAL COMO DIREITO AUTÔNOMO	676
Alana Tessaro Vuelma.....	676
Marcio C. Godinho	676
A PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR SUPERENDIVIDADO E A POSSIBILIDADE DE AÇÃO DE REPACTUAÇÃO DE DÍVIDAS PELO MICROEMPREENDEDOR INDIVIDUAL E MICROEMPRESÁRIO NOS CONTRATOS BANCÁRIOS	686
Cássio Henrique Pacheco dos Santos	686
Gabriel Sassi.....	686
Franco Scortegagna	686
A CORRELAÇÃO ENTRE O FENÔMENO DA CRISE, AS PRÁTICAS ABUSIVAS E AS LESÕES AOS INTERESSES TRANSINDIVIDUAIS DO CONSUMIDOR.....	696
Gabriel Sassi.....	696
Franco Scortegagna	696
O AGRAVAMENTO DA VULNERABILIDADE DO CONSUMIDOR DECORRENTE DOS AVANÇOS TECNOLÓGICOS: O DIREITO DO CONSUMIDOR NO COMÉRCIO ELETRÔNICO	710
Jovana De Cezaro	710
Estefani Teixeira	710
Rogério da Silva.....	710
O DIREITO DIGITAL E AS NOVAS FORMAS DE CONTRATAÇÕES NAS RELAÇÕES DE CONSUMO	728

Gabriela Buziki de Vargas	728
Franco Scortegagna	728
RESUMOS	749
GT 1 - DIREITO, ECONOMIA E SUSTENTABILIDADE	749
A INDÚSTRIA TÊXTIL E SUA ADEQUAÇÃO FRENTE A ECONOMIA CIRCULAR NO MERCADO DA MODA BRASILEIRO: A NOVA TENDÊNCIA DO “UPCYCLING”	749
Ketelen Favero.....	749
Lilian Pozzan.....	749
UMA ESTRATÉGIA DA ECONOMIA CIRCULAR	752
DA ÁGUA PARA O ALCANCE DA SUSTENTABILIDADE A PARTIR DO DIREITO TRANSNACIONAL	752
Francine Cansi.....	752
Paulo Márcio Cruz.....	752
Joaquin Melgarejo Moreno	752
O ACORDO DE LIVRE COMÉRCIO ENTRE O MERCOSUL E A UNIÃO EUROPEIA SOB A PERSPECTIVA DO ACORDO DE PARIS.....	755
Nathália Kovalski Cabral.....	755
GT 2 - TENDÊNCIAS E PERSPECTIVAS DO NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO.....	757
A DEMOCRACIA COMO FERRAMENTA À EFETIVAÇÃO DO NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO.....	757
Felipe Antonioli.....	757
Ivanio Formighieri Müller.....	757
A JUSTIÇA EQUITATIVA DE JOHN RAWLS E SUA RELAÇÃO COM O NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO.....	760
Ana Isabel Mendes	760
Ivanio Formighieri Müller.....	760
GT 3 - DIREITOS HUMANOS: EFICÁCIA NO PLANO INTERNACIONAL	762
A NECESSIDADE DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLITICAS PÚBLICAS NOS PROCESSOS MIGRATÓRIOS	762
Silvana de Fátima Machado da Silva	762
Leonardo Machado da Silva.....	762
JUSTIÇA TRIBUTÁRIA: A DESONERAÇÃO DA CESTA BÁSICA E SUA (IN)EFICIÊNCIA.....	764
Gustavo Pertille	764
Julio Cesar Giacomini	764
CASO FÁBRICA DE FOGOS DE SANTO ANTÔNIO DE JESUS E A OBRIGATORIEDADE DE ELABORAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DETERMINADAS POR UMA CORTE INTERNACIONAL	766
Clóvis Gorczewski.....	766
Micheli Piucco	766

TEORIA DO TRANSCONSTITUCIONALISMO E OS REFLEXOS NA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS	768
Natalia Ferreira Lehmkuhl Cenci	768
Patricia Grazziotin Noschang	768
Thaís Fernanda Silva.....	768
GT 4 - PODER, GÊNERO E POLÍTICAS PÚBLICAS	771
A EDUCAÇÃO COMO FERRAMENTA PARA O COMBATE DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER	771
Maiara Silva de Oliveira	771
Karen Beltrame Becker Fritz.....	771
A PERPETUAÇÃO DA CULTURA PATRIARCALISTA E A PERSISTÊNCIA DA VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER	774
Eliziana Andriollo.....	774
Josiane Petry Faria	774
DESIGUALDADE DE GÊNERO NA REPRESENTAÇÃO POLÍTICA - UMA POSIÇÃO DE PODER NATURALMENTE OCUPADA POR HOMENS	776
Maira Zenni Carbonera.....	776
Josiane Petry Faria	776
DE MULHER PARA MULHER: O ASSÉDIO MORAL NAS RELAÇÕES TRABALHO.....	778
Marcio C. Godinho	778
Maira Angélica Dal Conte Tonial	778
O ENFRENTAMENTO À VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER	782
Valéria Barp	782
Josiane Petry Faria	782
APOROFOBIA COMO FERRAMENTA DE FOMENTO A VULNERABILIDADE DOS CORPOS FEMININOS.....	784
Eliane Barbosa.....	784
Josiane Petry Faria	784
EMPREGADA GESTANTE: PROTEÇÃO E DISCRIMINAÇÃO LADO A LADO COM O ADVENTO DA LEI 14.151/2021	786
Francine Cansi.....	786
Bianca Castro.....	786
POBREZA MENSTRUAL: COMO A POLÍTICA TRIBUTÁRIA PODE DIMINUIR AS DESIGUALDADES	789
Maiara Silva de Oliveira	789
Karen Beltrame Becker Fritz.....	789
FEDERALISMO EM CRISE? UMA ANÁLISE CRÍTICA DO SILENCIAMENTO DOS ESTUDOS DE GÊNERO NO PLANO DE EDUCAÇÃO DO MUNICÍPIO DE PASSO FUNDO.....	791
Natália Rosa Mozzatto.....	791
Josiane Petry Faria	791

A ATUAÇÃO DA CORTE INTERAMERICANA E OS DIREITOS HUMANOS RELACIONADOS A QUESTÕES DE GÊNERO.....	794
Natalia Ferreira Lehmkuhl Cenci	794
Thaís Fernanda Silva.....	794
INEFICIÊNCIA E DIFICULDADES DA REDE DE ABORDO LEGAL NO BRASIL EM CASOS DE ESTUPRO.....	797
Vitória Piucco	797
Micheli Piucco	797
VIOLÊNCIA DOMÉSTICA EM TEMPOS DE PANDEMIA.....	799
Cristiane Terezinha Rodrigues	799
Josiane Petry Faria	799
VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E A LIBERTAÇÃO FEMININA ATRAVÉS DA INDEPENDÊNCIA FINANCEIRA	802
Rosane Alves da Luz	802
Josiane Petry Faria	802
A IMPORTÂNCIA DA CONSCIENTIZAÇÃO DA POBREZA MENSTRUAL E SEUS IMPACTOS ..	804
Camila Vitória Soares	804
Karen Beltrame Becker Fritz.....	804
GT 5 - DEMOCRACIA E RELAÇÕES SOCIAIS.....	806
A CRISE EXISTENCIAL DA DEMOCRACIA: OS EFEITOS DA RECESSÃO DEMOCRÁTICA COM A COLONIZAÇÃO DIGITAL NO BRASIL.....	806
Érico Antonio P. Santos	806
Júlia Francieli Neves de Oliveira	806
GT 6 - DIREITO, CIDADANIA E DESENVOLVIMENTO TECNOLÓGICO.....	809
A ESCRAVIDÃO DIGITAL E A SUPEREXPLORAÇÃO DO TRABALHO	809
Vitória Piucco	809
Liton Lanes Pilau Sobrinho	809
GT 7 - CRIAÇÃO DO DIREITO PARA OS ESPAÇOS VIRTUAIS.....	811
GT 8 – CONSTITUCIONALISMO, DEMOCRACIA E NEONACIONALISMO	811
QUE PAÍS É ESSE? TOTALITARISMO VESTIDO DE DEMOCRACIA	811
Renato Vieira Ohlweiler ¹	811
A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E O EMPODERAMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	814
Claudia de Oliveira Fonseca.....	814
O FUTURO DA DEMOCRACIA: LUHMANN E FERRAJOLI	816
Bianca Neves de Oliveira	816
Fernanda Tarnowsky	816
ENTRINCHEIRAMENTOS E DECLÍNIOS CONSTITUCIONAIS NO SUL GLOBAL.....	817
Alexandre Nogueira Pereira Neto.....	817

A LINGUAGEM DA ESCRAVIDÃO E AS PRÁTICAS PATRIMONIALISTAS COMO ELEMENTOS MITIGADORES DA REPÚBLICA BRASILEIRA	819
Érico Antonio P. Santos	819
Marcos Leite Garcia	819
REFUGIADOS, DIREITOS DO HOMEM, NACIONALIDADE E SOBERANIA ESTATAL: UMA RELEITURA SOB A ÓTICA DA HOSPITALIDADE EM JACQUES DERRIDA	822
Thainá Guimarães	822
João Paulo Salles Pinto	822
RUPTURA DEMOCRÁTICA: A CRISE DA DEMOCRACIA REPRESENTATIVA BRASILEIRA E A ASCENSÃO DE AUTOCRATAS NA POLÍTICA	825
Hemilli Chiarentin da Silva	825
GT 9 - TEORIA DO RISCO E DESASTRES AMBIENTAIS	827
A TEORIA DO RISCO EM NIKLAS LUHMANN	827
Leonel Severo Rocha	827
Gabriel Dil	827
O PASSAPORTE DE VACINAÇÃO E A COVID – 19: UMA ANÁLISE DA DECISÃO DO STF A LUZ DO DIREITO DOS DESASTRES	830
Gabriela Marchesan Antoniazzi	830
Francielle Benini Agne Tybusch	830
GT 10 - Segurança Alimentar	832
SEGURANÇA ALIMENTAR E POLÍTICAS PÚBLICAS VOLTADAS AO FORTALECIMENTO DA AGRICULTURA FAMILIAR: PERSPECTIVAS DO PROGRAMA NACIONAL DE ALIMENTAÇÃO ESCOLAR	832
Isadora Raddatz Tonetto	832
Francieli lung Izolani	832
GT 11 – SOCIEDADE, CONFLITO E MOVIMENTOS SOCIAIS	834
O MOMENTO DA EFICÁCIA VINCULANTE DAS RAZÕES DE DECIDIR FIRMADAS EM ACÓRDÃO PROFERIDO EM INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS	834
Lucas Parizzi Bernardi	834
O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO EM AÇÃO: A JUSTIÇA RESTAURATIVA (JR) PELA FAMÍLIA	836
Manoel Pereira de Almeida Neto	836
Linara da Silva	836
Vinícius Francisco Toazza	836
GT 12 – DIREITO, GOVERNANÇA E NOVAS TECNOLOGIAS	839
A UTILIZAÇÃO DO “JUIZ ROBÔ” COMO EFETIVAÇÃO DO CONCEITO DE “VÉU DA IGNORÂNCIA” EM “UMA TEORIA DA JUSTIÇA” DE JOHN RAWLS	839
Ana Isabel Mendes	839
Ivanio Formighieri Müller	839
GOVERNANÇA DA JUSTIÇA DIGITAL CONTEMPORÂNEA E O DESAFIO DO ACESSO A JUSTIÇA	841

Francine Cansi	841
Carlos Cini Marchionatti	841
João Luís Severo da Cunha Lopes	841
ROBÔS E NOTÍCIAS FALSAS: UMA ANÁLISE DO CONFRONTO ENTRE A LIBERDADE DE EXPRESSÃO E A PROTEÇÃO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988	846
Agnes Paola Baldo	846
Otávio Augusto Baldo	846
GT 13 – RELAÇÕES DE CONSUMO	848
A VULNERABILIDADE AGRAVADA DOS IDOSOS E A LIBERAÇÃO DE EMPRÉSTIMOS CONSIGNADOS SEM AUTORIZAÇÃO: UMA ANÁLISE A PARTIR DOS ATENDIMENTOS DO BALCÃO DO CONSUMIDOR DA UPF CAMPUS CASCA	848
Erica Balbinot	848
Jovana Decezaro	848
Nadya Regina Gusella Tonial	848
ANEXOS	850
GRÁFICO 1 – ANEXO A	850
NÚMERO DE RECLAMAÇÕES REFERENTES A EMPRÉSTIMO NÃO AUTORIZADO E RESPECTIVOS ACORDOS	850
A RESPONSABILIDADE CIVIL DOS <i>MARKETPLACES</i> FACE AS RELAÇÕES CONSUMERISTAS	851
Letícia Spagnollo	851
Louis Balbinote Girelli	851
Nadya Regina GusellaTonial	851
A GLOBALIZAÇÃO E A ERA DO HIPERCONSUMISMO	853
Sabrina Carla Kowalski	853
Bruna Gonçalves do Prado	853
Franco Scortegagna	853
BAUDELAIRE, O PROGRESSO E A PUBLICIDADE: A FIGURA DO CONSUMIDOR DIANTE DA EXPERIÊNCIA DO CHOQUE	855
Arthur Mosna	855
Franco Scortegagna	855
CHEGOU AO SUPERENDIVIDAMENTO? NA MESA DE CONCILIAÇÃO A RESPONSABILIZAÇÃO É PROPORCIONALMENTE MAIOR AO CREDOR	856
Manoel Pereira de Almeida Neto	856
Franco Scortegagna	856
A PREVENÇÃO E O TRATAMENTO DO SUPERENDIVIDAMENTO, POR MEIO DE LEI, COMO ESPERANÇA PARA A GARANTIA AO MÍNIMO EXISTENCIAL DAS PESSOAS	859
Andre Luiz Aparecido dos Santos	859
AS RELAÇÕES DE CONSUMO ATRAVÉS DA HISTÓRIA FRENTE AO CONSUMISMO DA GLOBALIZAÇÃO	861

Bruna Gonçalves do Prado ¹	861
Sabrina Carla Kowalski ²	861
Franco Scortegagna ³	861
O SUPERENDIVIDAMENTO E O DIREITO DE RECOMEÇAR	864
Franciele Engelmann ²	864
Franco Scortegagna ⁴	864

GT 1 - DIREITO, ECONOMIA E SUSTENTABILIDADE

Objetivos: Refletir sobre a sustentabilidade como proposição para a viabilidade do equilíbrio ambiental, social e econômico. Abordar a sustentabilidade como paradigma de transformação jurídica. Elencar possibilidades e inviabilidades das políticas públicas de desenvolvimento sustentável. Reportar as duas dimensões (positiva e negativa) da economia em relação ao meio ambiente.

A PNPSA COMO MEIO DE INCENTIVO A MANUTENÇÃO E PRESERVAÇÃO DO MEIO AMBIENTE

THE PNPSA AS AN INCENTIVE MEANS THE MAINTENANCE AND PRESERVATION OF THE ENVIRONMENT

Thaís Ribas Francesqui⁴

Resumo

A Lei nº 14.119/2021 trouxe nova perspectiva para fomentar o incentivo a preservação ambiental, a qual consiste por meio de pagamentos por serviços ambientais prestados, onde povos nativos e produtores rurais podem contribuir na conservação e na recuperação ou na melhoria dos serviços ecossistêmicos. Através da metodologia de revisão bibliográfica e análise de legislação, o objetivo principal deste texto é analisar os impactos da Lei de Política Nacional por Serviços Ambientais – PNPSA, tendo em vista o incentivo para manutenção do meio ambiente por meio de pagamento, desta forma, a pretensão é de que cada vez mais estimule pessoas físicas ou jurídicas que integrem aos requisitos possam contribuir com a salvaguarda da natureza.

Palavras-Chave: Meio ambiente, serviços, pagamento, preservação, ecossistema.

Abstract

Law No. 14,119/2021 brought a new perspective to encourage environmental preservation, which consists of payments for environmental services provided, where native peoples and rural producers can contribute to the conservation and recovery or improvement of ecosystem services. Through the methodology of bibliographic review and analysis of legislation, the main objective of this text is to analyze the impacts of the National Policy Law for Environmental Services - PNPSA, with a view to encouraging the maintenance of the environment through payment, thus, the claim is that increasingly stimulate individuals or legal entities that integrate the requirements can contribute to the safeguarding of nature.

Keywords: Environment, services, payment, preservation, ecosystem.

⁴ Advogada. Mestranda em Direito na Universidade de Passo Fundo (UPF). Especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho (UNINTER). Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais (UPF) Integrante do Projeto de Pesquisa "Relações de Poder e o poder municipal no Estado brasileiro" (UPF). E-mail: 119314@upf.br

INTRODUÇÃO

A Política Nacional de Pagamento por Serviços Ambientais - PNPSA surgiu por meio da Lei nº 14.119/2021 como forma de incentivar a preservação e manutenção do meio ambiente, onde por meio de pagamento àqueles que realizam atividades, tanto individuais quanto coletivas que tenham por objetivo a finalidade de proteger através dos serviços ecossistêmicos. A referida norma é uma forma de estimular a economia, mas principalmente de que mais pessoas se comprometam a contribuir para a preservação do ecossistema, recurso hídrico, solo, biodiversidade, também do patrimônio genético e conhecimento tradicional associado.

Cabe ressaltar que a Lei nº 12.651/2012 já trazia em seu texto previsão o reconhecimento de serviços ambientais em Áreas de Preservação Permanentes e de Reserva Legal, prevendo assim certos estímulos para a execução de manutenção, sendo também referido a recuperação destes locais. Tal medida vem de encontro a atual e grave situação no país enfrenta com o desmatamento e a utilização desenfreada dos recursos naturais, mas é necessário analisar é passível de retorno concreto e efetivo na conservação da natureza ou se somente será mais uma alternativa de articular mecanismos ineficientes para combater e amenizar o clima periclitante de insegurança ambiental.

Contudo, é fato que somente uma ação não é suficiente para reverter e conter a progressão dos danos ambientais, mas serve como forma de aderir mais simpatizantes por meio de incentivos econômicos para assim contribuir dentro de suas possibilidades e realidade na conservação da natureza.

Neste sentido, a presente pesquisa - que se embasa no método hipotético-dedutivo, com abordagem qualitativa e método de procedimento bibliográfico, fundamentando-se em artigos, periódicos e livros.

1. MEIO AMBIENTE COMO DIREITO FUNDAMENTAL

A proteção ambiental no Brasil tem como escopo a Lei 6.938/81 que instituiu a Política Nacional do Meio Ambiente, que em seu artigo 2º trouxe em voga a questão da preservação da natureza, para assim, garantir o desenvolvimento socioeconômico e à proteção da dignidade da pessoa humana⁵. Portanto, resta evidenciado que as normas

⁵ No referido artigo supra citado, traz princípios que devem ser atendidos, os quais seguem:

I-Ação governamental na manutenção do equilíbrio ecológico, considerando o meio ambiente como um patrimônio público a ser necessariamente assegurado e protegido, tendo em vista o seu uso coletivo;

protecionistas nesta época haviam uma visão antropocêntrica, pois seu intuito é de garantir meios suficientes para perpetuar o consumo e a existência humana das futuras gerações.

Mas a partir do advento da Constituição Federal de 1988 houve uma mudança significativa na forma em que o aspecto ambiental passou a ser visto como recurso finito, pois até então a percepção que se tinha da utilização dos recursos naturais era de forma inesgotáveis e com exploração demasiadamente agressiva. Com isso, gradualmente foi sendo introduzido um aspecto mais holístico na forma e a importância em que a natureza tem e como ela está conectada com a existência humana, pois apesar de haver materiais que parcialmente supram a necessidade de alguns insumos, não é possível vislumbrar um futuro sem bens naturais.

Ao Estado fica a responsabilidade e dever para que aja um equilíbrio e não seja dois extremos em discrepância, sendo a proibição do excesso e da proibição da insuficiência, tendo em vista que ambos acabam trazendo prejuízos para o desenvolvimento eficiente. Mas cabe ressaltar, que quando há a insuficiência ou um *deficit* o Estado está onerado a garantir que os direitos fundamentais mínimos sejam cumpridos, pois caso seja omissivo haverá violação de tutela estatal.⁶ Ainda, nesse sentido Elizabete Cristina Rabelo de Araújo traz que:

É necessário destacar a responsabilidade do Estado em relação ao controle desses danos, sendo imprescindível que interceda, gerindo as atividades humanas em relação ao meio ambiente, tendo, dentre os instrumentos legais, as regras que normatizam o Direito Ambiental, ciência esta que é a proteção jurídica do meio ambiente. Este ramo do Direito é estruturado no conjunto de leis, de ordem física, química e biológica que rege a vida em suas diversas manifestações: animal, vegetal, mineral. Neste âmbito jurídico residem as regras jurídicas organicamente estruturadas, tendo como objetivo a sanidade do meio ambiente. Segundo Moraes, 2004 é o ramo do Direito Público que regulamenta as ações dos particulares e do Estado. É o agrupamento de técnicas e instrumentos jurídicos sistematizados e informados por princípios. Complexo de normas que se originam dos princípios reguladores das atividades humanas e que, de maneira direta ou indireta, afetam a sanidade do ambiente e dos seres humanos que nele vivem.⁷

-
- II- Racionalização do uso do solo, do subsolo, da água e do ar;
 - III- Planejamento e fiscalização do uso dos recursos ambientais;
 - IV- Proteção dos ecossistemas, com a preservação de áreas representativas;
 - V- Controle e zoneamento das atividades potencial ou efetivamente poluidoras;
 - VI- Incentivos ao estudo e à pesquisa de tecnologias orientadas para o uso racional e a proteção dos recursos ambientais;
 - VII- Acompanhamento do estado da qualidade ambiental; [...]

⁶SARLET, Ingo Wolfgang. FENSTERSEIFER, Tiago. Notas sobre os deveres de proteção do Estado e a garantia da proibição de retrocesso em matéria socioambiental. (Org.). STEINMETZ, Wilson. AUGUSTIN, Sérgio. **Direito Constitucional do ambiente: teoria e aplicação**. Caxias do Sul, RS: Educs, 2011. p. 16-17

⁷ ARAÚJO, Elizabete Cristina Rabelo de. **Direito Humano ao meio ambiente: um direito de terceira dimensão compreendido à luz dos princípios**. Caruaru: Independently published, 2020. p. 14-15

A proteção da natureza deve ser de responsabilidade de todos, tendo em vista poder assegurar um ambiente em condições às futuras gerações, pois as ações no presente momento têm grandes impactos aos que ainda estão por vir.

Ao que se refere no lapso temporal do consumismo desenfreado, da forma de produção sem responsabilidade ecológica, o estilo de vida com alto índice poluentes, em ritmo frenético, referente a esta questão, o autor François Ost ⁸apresenta que “O domínio revelador da destemporalização. [...] Também aqui se tenta pôr em prática uma vontade de sincronização de ritmos diferentes - os do homem, os da natureza, os das gerações presentes, os das gerações futuras.” Com isso, deve haver a conscientização das pessoas e a mudança comportamental, além do cumprimento e fiscalização nas normas pelo Estado.

Contudo, somente normas não bastam para que os danos ocorridos até o presente momento sejam sanados, mas tão somente temporariamente amenizados como forma midiática de não ser responsabilizado por omissão ou até mesmo a instigação frente ao desmatamento, o qual vem ocorrendo em virtude da atividade agrícola e pecuária⁹ que vem crescendo de forma exponencial no país e que contribui fortemente na economia do país, mas há que pesar quanto a que custo o desenvolvimento pode comprometer seu bioma.

É preciso cada vez mais pensar em alternativas para que o meio ambiente e economia possam coexistir de forma harmônica, para que assim, as futuras gerações possam desfrutar de um ecossistema e que os povos ancestrais sejam respeitados. A exemplo disso, faz-se necessário apresentar a Constituição de 2008 do Equador é uma das que mais inovou na América Latina, pois trouxe o estado de direitos¹⁰, a qual aprofundou suas garantias a realidade de seu país voltando-se as necessidades de seu povo, sua identidade intercultural e plurinacional conforme estabelece o artigo 1º, tendo como objetivo amenizar a discriminação e as diferenças socioculturais, ainda, ressignifica a utilização e a valorização da terra e a natureza em seu artigo 71, com isso traz de forma expressa em seu ordenamento tais normas que consolidam a evolução efetivo do neoconstitucionalismo latino.

⁸ OST, François. **O tempo do direito**. Lisboa: Instituto Piaget, 1999. p. 40-41

⁹ Segundo o Mapbiomas “Entre 1985 e 2020, a Amazônia perdeu 52% de suas geleiras e 74,6 milhões de hectares de sua cobertura vegetal natural – uma área equivalente ao território do Chile. No mesmo período houve crescimento de 656% na mineração, 130% na infraestrutura urbana e 151% na agricultura e pecuária.” Levantamento inédito do MapBiomas Amazônia: perda de cobertura vegetal em 36 anos equivalente a um Chile. **Mapbiomas**. Disponível em: <https://mapbiomas.org/levantamento-inedito-do-mapbiomas-amazonia-mostra-que-perda-de-cobertura-vegetal-em-36-anos-equivale-a-um-chile-1>. Acesso em: 20/dez/2021

¹⁰ “El estado de derechos nos remite a una comprensión nueva del estado desde dos perspectivas: (1) la pluralidad jurídica y (2) la importancia de los derechos reconocidos en la Constitución para la organización del estado. SANTAMARÍA, Ramiro Ávila. **El neoconstitucionalismo transformador**: El Estado y el derecho en la Constitución de 2008. Quito: Ediciones Abya-Yala, 2011. p. 123.

Pachamama, Zaffaroni¹¹ apresenta como sendo, “es una deidad protectora -no propiamente creadora, interesante diferencia- cuyo nombre proviene de las lenguas originarias y significa Tierra, en el sentido de mundo.” Desta forma, a Constituição equatoriana assegura proteção ao meio ambiente, respeitando sua ancestralidade e dos povos que o habitam, entendendo que é necessário preservá-lo para a manutenção da existência de todos, pois quando há somente exploração dos recursos naturais para subsistência permanece o equilíbrio, porém ao ser constantemente utilizado de forma inconsequente desmatando, levando a extinção de várias espécies, degradando o solo com a utilização de agrotóxicos, contaminação da água, enfim, consumindo os recursos naturais além do essencial, para conter essa intensificação é de grande valia a regulamentação para que haja sua efetivação.

Portanto, a Constituição Andina trouxe uma visão holística para o meio ambiente e sua população, tendo o entendimento que ambos estão conectados e são necessários para a perpetuação da vida, pois quando explora constantemente até sua extinção ou escassez é que passa a consciência do dano gerado e que não é uma fonte inesgotável, sendo uma relação de ação e reação, a qual o ser humano está em desvantagem ao contrapor-se a força de Pachamama, quando poderia haver equilíbrio e ambas coexistirem em perfeita harmonia.

2. ECONOMIA E MEIO AMBIENTE, UMA NOVA PERSPECTIVA

Ao primeiro olhar, a economia e o meio ambiente parecem ser temáticas opostas, de certa forma tal percepção é de se concordar, principalmente se for analisada através da visão sob a perspectiva mais antiga, onde os recursos naturais servem para aja uma produção exponencial com alta produtividade. Porém, hoje é possível que ambas estejam alinhadas para que com suas particularidades juntas possam disseminar uma economia verde, tendo como objetivo dinamizar um consumo mais consciente e com melhor gestão dos recursos naturais, e assim promover lucro.¹²

A, responsabilização daqueles que poluem de forma indireta está inserida no artigo 3º, IV, da Lei 6.938/81 sendo “poluidor, a pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, responsável, direta ou indiretamente, por atividade causadora de degradação ambiental” e o artigo 14 da referida lei traz as sensações que esses

¹¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. La naturaleza como persona: Pachamama y Gaia. In: LINZÁN, Luis Fernando Ávila. **Política, justicia y Constitución**. Quito: Corte Constitucional para el Período de Transición, 2012. p.259 - 290.

¹² GIRON, Jerônimo. SILVA, Mateus Lopes da. SCHNEIDER, Vanderlei. STEINER, Vera Lúcia. Direito, economia, capitalismo, consumo e meio ambiental, relações. In. RECH, Adir Ubaldio. BUTZKE, Alindo. GULLO, Maria Carolina. (Org.). **Direito, economia e meio ambiente**. Caxias do Sul, RS: Educs, 2012. p. 33.

transgressores estão sujeitos às penalidades elencadas¹³¹⁴. Ao que se refere o princípio do poluidor-pagador, este fica a encargo de arcar financeiramente com a despesa de prevenção, reparação, bem como a repressão da degradação gerada por sua atividade produtiva, mas não fica restrito à responsabilidade. Ainda, enfatiza que:

Entretanto, mesmo ciente da importância do princípio do poluidor-pagador, na regulamentação do mercado e consequente diminuição da degradação ambiental e do custo social, importa destacar manifestação de Gilles Martin, criticando a aplicação do princípio do poluidor pagador e apontando uma incoerência valorativa quando se permite que o poluidor possa comprar o direito de poluir mediante a internalização dos custos sociais e individuais. Contudo, como já enfatizado, o princípio referido não visa a conferir o direito de poluir a quem paga, seja de forma direta ou indireta; o objetivo é impedir a socialização do prejuízo ambiental, preservando a sociedade, ou seja, buscar a internalização de todos os custos, tanto dos valores despendidos com as medidas preventivas e protetivas ambientais, as chamadas externalidades, quanto os possíveis resultados negativos advindos da produção ou comercialização do bem.¹⁵

Portanto, as sanções pecuniárias devem servir como meio de coibir e punir as atitudes de poluidores diretos e indiretos e aos que degradam o meio ambiente, para tanto, não pode ser com valor ínfimo para que não seja visto pela violador como uma taxa de produção, mas sim, que tenha caráter coibitivo e educativo.

Em contraponto há a iniciativa de através da economia incentivar as pessoas a preservarem o meio ambiente, o qual ocorre por meio da compensação econômica que deveria ser mais estimulado pelo Poder Público, pois na atual conjuntura é difícil esperar que haja tal conscientização da população em voluntariamente colaborar.

Com isso, está tramitando no Congresso Nacional para que seja normatizado o pagamento ou compensação para aqueles que contribuem cuidando efetivamente da natureza. Rech apresenta exemplos de serviços que beneficiam todos indivíduos através da “produção de oxigênio, a preservação de espécies e ecossistemas, o equilíbrio climático, situações que não há como identificar beneficiários, pois é toda a população.”¹⁶ Sendo que os recursos seriam provenientes dos fundos municipais, estaduais ou federais.

¹³ Art. 14 – Sem prejuízo das penalidades definidas pela legislação federal, estadual e municipal, o não cumprimento das medidas necessárias à preservação ou correção dos inconvenientes e danos causados pela degradação da qualidade ambiental sujeitará os transgressores.

¹⁴ MOURA, Anderson Luiz Martins de. Responsabilidade civil ambiental do poluidor indireto: reflexões e tendências. In. GONÇALVES, Albenir Itaboraí Querubini. BURMANN, Alexandre. ANTUNES, Paulo de Bessa. (Org.). **Direito ambiental e os 30 anos da Constituição de 1988**. Londrina, PR: Thoth, 2018.

¹⁵ MONTIPÓ, Cristina Dias. CORRÊA, Sergionei. PACHECO, Cristiano de Souza Lima. Direito ambiental, PPP, externalidades e valoração ambiental: uma nova ótica não antropocêntrica. In. RECH, Adir Ubaldo. BUTZKE, Alindo. GULLO, Maria Carolina. (Org.). **Direito, economia e meio ambiente**. Caxias do Sul, RS: Educs, 2012. p. 60.

¹⁶ RECH, Adir Ubaldo. O valor econômico e a natureza jurídica dos serviços ambientais. In. **Direito e economia verde: natureza jurídica e aplicações práticas do pagamento por serviços ambientais, como instrumento de ocupações sustentáveis**. Caxias do Sul, RS: Educs, 2011. p.67

Ainda, sobre os assuntos acima explanados, Alexandre Altmann traz que:

O princípio do poluidor-pagador preconiza que as *externalidades negativas* devem ser internalizadas no processo produtivo de quem as gera. Em decorrência disso, as normas de combate à poluição e de preservação do meio ambiente estão relacionadas pelo setor produtivo como um custo, um encargo trazido pela legislação ambiental. Inversamente, o conceito de serviços ambientais permite relacionar o meio ambiente com *externalidades positivas*. Isso significa que, atualmente, os benefícios que o homem obtém dos ecossistemas não são considerados na contabilidade. Logo, a remuneração pelos serviços ambientais (internalização das externalidades positivas) tem o potencial de incrementar o fluxo desses benefícios. E, contrariamente, a falta de remuneração pela manutenção do fluxo de serviços ambientais pode gerar o seu declínio, o que seria indesejável para a economia.¹⁷

Portanto, pode-se perceber que há algumas formas que a economia é utilizada para trazer benefícios tanto para o meio ambiente, quanto para gerar certa renda para aqueles que se dispõe a contribuir na perpetuação da natureza e ecossistema pleno para as futuras gerações, sem que com isso deixe de produzir e fomentar o consumo, mas de forma mais consciente e responsável¹⁸.

Apesar de tais formas terem um viés de incentivar boas práticas e de coibir as más através de sanções e multas, acaba que os produtos que são feitos de forma sustentável não conseguem competir em valores com as produções convencionais, e com isso, tem a dificuldade de o consumidor ter acesso. Assim, a desigualdade social impera, pois aqueles que tem condições financeiras mais estáveis e com alta remuneração podem consumir mercadorias de qualidade, que fazem bem à saúde e que contribuem com o meio ambiente.

3. A POLÍTICA NACIONAL DE PAGAMENTO POR SERVIÇOS AMBIENTAIS

A Lei nº 14.119/2021 em seu art. 2º, VI trouxe em voga normas que regulamentam o incentivo da preservação do meio ambiente através de ações a fim de estimular que agricultores, aborígenes, quilombolas, também de pessoas jurídicas e físicas, tanto de direito público quanto privado, bem como grupo familiar ou comunitário, aproximando os cidadãos a manutenção de suas áreas verdes e ecossistemas.

¹⁷ ALTMANN, Alexandre. Pagamento por serviços ambientais como mecanismo econômico para a mitigação das mudanças climáticas no Brasil. In: RECH, Adir Ubaldio. **Direito e economia verde: natureza jurídica e aplicações práticas do pagamento por serviços ambientais**, como instrumento de ocupações sustentáveis. Caxias do Sul, RS: Educs, 2011. p.74

¹⁸ CARVALHO, Sonia Aparecida de. SOBRINHO, Liton Lanes Pilau. RAMIRES, Celso Costa. O Paradigma de desenvolvimento sustentável e de sustentabilidade na modernidade: utopia ou realidade. **Revista FSA**, Teresina, v. 12, n. 1, art. 5, p. 61-78, jan./fev. 2015

É de suma relevância ressaltar a atenção da referida Lei em apresentar a preferência pelos povos tradicionais e quanto aos agricultores devem ser considerados a agricultura familiar, conforme estabelecido na Lei nº 11.326/2006. Sobre o assunto dos serviços ambientais, Carlos Sérgio Gurgel traz que “[...]são essenciais para a elevação status de conservação, fruto de políticas de desenvolvimento sustentável, uma vez que favorece uma maior participação de agentes privados em ações de preservação e conservação e espaços territoriais [...]”¹⁹ É de conhecimento notório que somente estando sob a responsabilidade dos agentes públicos para a intensificação de ações afim de conservar suas reservas ambientais, para tanto, vem ao encontro o incentivo monetário para àqueles que além de receberem gratificação pelo serviço prestado, irão valorizar e manter a natureza de forma solidária e fraterna. Outro ponto relevante, o qual é abordado por Francisco Carrera sobre os objetivos estratégicos do Programa Floresta+ que vão de encontro com a PNPSA, onde traz:

[...] verificamos a possibilidade jurídica de captação de recursos internacionais e ainda o fomento de ações de cooperação internacional para a efetiva execução da política de PSA. Além disto, o Programa engloba todas as categorias fundiárias: unidades de conservação, terras indígenas, assentamentos e propriedades privadas (áreas de preservação permanente, reserva legal ou seu excedente e uso restrito), com cobertura de vegetação nativa em todos os biomas. Cumpre ainda destacar que este programa também considera como de fundamental importância alguns instrumentos que já estão em pleno funcionamento no mercado e ainda carecem de maior estímulo, tais como o REDD+ (Redução de Emissões por Desmatamento e Degradação florestal, conservação dos estoques de carbono florestal, manejo florestal sustentável e aumento dos estoques de carbono florestal), reconhecido pela Convenção Quadro das Nações Unidas para a Mudança do Clima (UNFCCC) e baseado em doações de pagamentos por resultado, sendo uma das principais fontes para captação de recursos internacionais para o desenvolvimento de políticas públicas nacionais e subnacionais para o combate ao desmatamento; o Mercado Voluntário de créditos de carbono de floresta nativa, desvinculado da UNFCCC, que também já nos exhibe como uma realidade em outros países e o Governo Federal o reconhece como uma importante fonte de recursos, principalmente privados, para pagamento por serviços ambientais; As debêntures verdes e investimentos de impacto, no âmbito do setor financeiro, que têm um papel importante para o desenvolvimento do mercado de serviços ambientais; a agregação dos benefícios ecossistêmicos aos produtos e serviços, que oferece ao consumidor uma melhor percepção de valor da conservação dos recursos naturais, evidenciando que empresas, indústrias, agricultores, cooperativas e comunidades podem produzir ao mesmo tempo que os protegem e, por último, os empreendimentos privados, especialmente de infraestrutura, permitindo com que estes possam pagar pelos serviços ambientais no seu entorno, fato que certamente poderá gerar impacto ambiental positivo no território.²⁰

¹⁹ GURGEL, Carlos Sérgio. Anotações sobre a Lei nº 14.119/2021, que instituiu a Política Nacional de Pagamento por Serviços Ambientais. **JUS.com.br** Jan/2021. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/88055/anoacoes-sobre-a-lei-n-14-119-2021-que-instituiu-a-politica-nacional-de-pagamento-por-servicos-ambientais>. Acesso em: 20/dez/2021.

²⁰ CARRERA, Francisco. Nova Lei sobre pagamento de serviços ambientais. **Direito Ambiental.com** 22/01/2021. Disponível em: <https://direitoambiental.com/nova-lei-sobre-pagamento-de-servicos-ambientais/>. Acesso em: 20/dez/2021.

Percebe-se que o Projeto Floresta+ vem de encontro ao apresentado no art.7º da Lei 14.119/2021 que versa sobre o Programa Federal de Pagamento por Serviços Ambientais – PFPSA, onde consta as atividades que podem ser realizadas e pagas.

A Política Nacional de Pagamento por Serviços Ambientais traz a consolidação normativa de instrumento garantidor e viabilizador da consecução da preservação do meio ambiente incidindo difusão de suas vantagens, tanto no desenvolvido econômico de quem recebe pelo serviço prestado, quanto a quem realiza o pagamento, mas acima de tudo, para a coletividade através da preservação do ecossistema.

É irracional pensar que em um Estado capitalista cidadãos iriam realizar serviços de forma altruísta, sendo que a viabilização da preservação também é de competência também do Estado. Portanto, conforme Adir Ubaldo Rech apresenta “[...] têm eficácia no Estado capitalista, quando transformadas em obrigações civis pecuniariamente pagas economicamente viáveis, cientificamente corretas e dessa forma efetivas e eficazes.”²¹ Tal afirmativa corrobora a necessidade que a norma tem para concretização de ações ambientais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do todo apresentado, pode ser observado como o meio ambiente é um direito fundamental incutido na Constituição Federal de 1988 e que a Constituição do Equador traz uma visão mais holista quanto a natureza e o ser humano.

A economia pode e ser estar em sintonia e no mesmo ritmo da necessidade de preservação, pois sem os suprimentos necessários para a produção acabará gerando um colapso econômico, trazendo crise financeira e maior desigualdade entre a população mais desassistida, sendo preciso de antemão buscar alternativas eficientes para evitar desastre ambiental e financeiro.

Portanto, não foi aprofundado quanto as formalidades necessárias para a realização de cadastro, forma de pagamento e demais delimitações apresentadas na Lei 14.119/2021, tendo em vista por se tratar de norma relativamente recente é preciso compreender sua totalidade e qual objetivo de sua elaboração.

Contudo, não há como afirmar se ela será efetivamente utilizada e se haverá retorno, tanto na preservação do ecossistema, quanto no recebimento do pagamento pelo serviço prestado, principalmente quando se tratar de povos nativos. Cabe ser

²¹ Rech, Adir. O valor econômico e a natureza jurídica dos serviços ambientais. In. **Direito e economia verde: natureza jurídica e aplicações práticas do pagamento por serviços ambientais, como instrumento de ocupações sustentáveis.** p.56.

analisado os dispositivos da Lei e acompanhar o desenvolvimento das ações, para então, realizar análise aprofundada se de fato houve melhoria através da PNPSA.

REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

ALTMANN, Alexandre. Pagamento por serviços ambientais como mecanismo econômico para a mitigação das mudanças climáticas no Brasil. In. **Direito e economia verde**: natureza jurídica e aplicações práticas do pagamento por serviços ambientais, como instrumento de ocupações sustentáveis. Caxias do Sul, RS: Educs, 2011. p.71-96

ARAÚJO, Elizabete Cristina Rabelo de. **Direito Humano ao meio ambiente**: um direito de terceira dimensão compreendido à luz dos princípios. Caruaru: Independently published, 2020. p. 14-15

BRASIL. Lei nº 12.561, de 25 de maio de 2012. Dispõe sobre a proteção da vegetação nativa; altera as Leis nºs 6.938, de 31 de agosto de 1981, 9.393, de 19 de dezembro de 1996, e 11.428, de 22 de dezembro de 2006; revoga as Leis nºs 4.771, de 15 de setembro de 1965, e 7.754, de 14 de abril de 1989, e a Medida Provisória nº 2.166-67, de 24 de agosto de 2001; e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 25 maio de 2012. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/112651.htm

BRASIL. Lei nº 14.119, de 13 de janeiro de 2021. Institui a Política Nacional de Pagamento por Serviços Ambientais; e altera as Leis nºs 8.212, de 24 de julho de 1991, 8.629, de 25 de fevereiro de 1993, e 6.015, de 31 de dezembro de 1973, para adequá-las à nova política. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 13 jan. de 2021. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14119.htm

CARRERA, Francisco. Nova Lei sobre pagamento de serviços ambientais. **Direito Ambiental.com** 22/01/2021. Disponível em: <https://direitoambiental.com/nova-lei-sobre-pagamento-de-servicos-ambientais/>. Acesso em: 20/dez/2021.

CARVALHO, Sonia Aparecida de. SOBRINHO, Liton Lanes Pilau. RAMIRES, Celso Costa. O Paradigma de desenvolvimento sustentável e de sustentabilidade na modernidade: utopia ou realidade. **Revista FSA**, Teresina, v. 12, n. 1, art. 5, p. 61-78, jan./fev. 2015

CARVALO, Délton Winter de. Mudanças Climáticas e as implicações jurídico-principiológicas para a gestão dos danos ambientais futuros numa Sociedade de Risco Global. In: LAVRATTI, Paula. PRESTES, Vanêsa Buzelato (Org.). **Direito e mudanças climáticas**: responsabilidade civil e mudanças climáticas. [recurso eletrônico]. São Paulo: Instituto O Direito por um Planeta Verde, 2010. p.39-

FERRAJOLI, Luigi. **Sociedade Científica do Direito**. I evento virtual do CONPEDI. Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito. Progresso 21: CONPEDI, 2020. p.60

GURGEL, Carlos Sérgio. Anotações sobre a Lei nº 14.119/2021, que instituiu a Política Nacional de Pagamento por Serviços Ambientais. **JUS.com.br** Jan/2021. Disponível

em: <https://jus.com.br/artigos/88055/anotacoes-sobre-a-lei-n-14-119-2021-que-instituiu-a-politica-nacional-de-pagamento-por-servicos-ambientais>. Acesso em: 20/dez/2021.

Levantamento inédito do MapBiomas Amazônia: perda de cobertura vegetal em 36 anos equivalente a um Chile. **Mapbiomas**. Disponível em: <https://mapbiomas.org/levantamento-inedito-do-mapbiomas-amazonia-mostra-que-perda-de-cobertura-vegetal-em-36-anos-equivale-a-um-chile-1>. Acesso em: 20/dez/2021

MONTIPÓ, Cristina Dias. CORRÊA, Sergionei. PACHECO, Cristiano de Souza Lima. Direito ambiental, PPP, externalidades e valoração ambiental: uma nova ótica não antropocêntrica. In. RECH, Adir Ubaldo. BUTZKE, Alindo. GULLO, Maria Carolina. (Org.). **Direito, economia e meio ambiente**. Caxias do Sul, RS: Educs, 2012. p. 47-66.

OST, François. O tempo do direito. Lisboa: Instituto Piaget, 1999.

RECH, Adir Ubaldo. O valor econômico e a natureza jurídica dos serviços ambientais. In. **Direito e economia verde**: natureza jurídica e aplicações práticas do pagamento por serviços ambientais, como instrumento de ocupações sustentáveis. Caxias do Sul, RS: Educs, 2011. p.49-69

SANTAMARÍA, Ramiro Ávila. **El neoconstitucionalismo transformador**: El Estado y el derecho en la Constitución de 2008. Quito: Ediciones Abya-Yala, 2011. p. 123.

SARLET, Ingo Wolfgang. FENSTERSEIFER, Tiago. Notas sobre os deveres de proteção do Estado e a garantia da proibição de retrocesso em matéria socioambiental. (Org.). STEINMETZ, Wilson. AUGUSTIN, **Sérgio. Direito Constitucional do ambiente**: teoria e aplicação. Caxias do Sul, RS: Educs, 2011. p. 16-17

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. La naturaleza como persona: Pachamama y Gaia. In: LINZÁN, Luis Fernando Ávila. **Política, justicia y Constitución**. Quito: Corte Constitucional para el Período de Transición, 2012. p.259 - 290.

A POSSÍVEL (IN)VIABILIDADE DO IMPOSTO SOBRE GRANDES FORTUNAS NO BRASIL

THE POSSIBLE (IN)FEASIBILITY OF THE TAX ON LARGE FORTUNES IN BRAZIL

Pâmela Ferraz¹

Julio Cesar Giacomini²

Resumo

Previsto junto à Constituição Federal de 1988, em seu artigo 153, inciso VII, o imposto sobre grandes fortunas ainda pende de instituição mesmo passado mais de 30 anos da promulgação da Carta Magna brasileira. Mundialmente conhecida, a tributação sobre fortunas já foi palco de inúmeras discussões negativas no cenário internacional. Todavia, diante das inúmeras desigualdades sociais evidenciadas em solo brasileiro, há a defesa da instituição do imposto que, em tese, faria as vezes da “justiça social”. Assim, o presente trabalho tem por escopo, através de métodos qualitativos, exploratórios, a análise da (in)viabilidade da instituição do referido imposto, sob a ótica dos princípios constitucionais de ordem tributária, da sua capacidade de promover justiça social, utilizando-se, ainda, métodos comparativos para apuração de sua instituição com base em países que já o instituíram, bem como soluções alternativas à sua instituição, já que diante do pesquisado resta demonstrada sua inviabilidade.

Palavras-chave: Direito comparado; Direito tributário; Justiça social; Princípios constitucionais.

Abstract

Provided for in the Federal Constitution of 1988, in article 153, item VII, the tax on large fortunes still depends on an institution even after more than 30 years of the promulgation of the Brazilian Magna Carta. World-renowned, a taxation on fortunes was once the scene of negative performance on the international stage. However, given the social inequalities evidenced on Brazilian soil, the defense of the institution of the tax that, in theory, would sometimes act as “social justice”. Thus, the present work has as its scope, through qualitative, exploratory methods, the analysis of (in) viability of the referred tax institution, from the perspective of constitutional principles of tax order, of its capacity to promote social justice, using, also, comparative methods for calculating your institution based on countries that have already instituted it, as well as alternative solutions to your institution, since, in view of the researched, its infeasibility is demonstrated.

Keywords: Comparative law; Tax law; Social justice; Constitutional principles.

¹Aluno do Curso de Direito da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo. E-mail: pamelaferraz07@hotmail.com

² Professor Me. da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo. E-mail: juliocesar@upf.br

INTRODUÇÃO

O imposto sobre grandes fortunas (IGF) possui previsão de instituição expressa junto à Constituição Federativa do Brasil de 1988. Segundo preceitua a lei maior, o imposto, é de competência da União e exige para sua instituição a existência de Lei Complementar, como preconiza o art. 153, inciso VII.

Muito se discute sobre a viabilidade do imposto sobre grandes fortunas. A principal questão abordada pelos seus defensores é a de uma maior arrecadação pela máquina pública, já que sua instituição seria uma forma de cobrar mais de quem pode pagar mais. Alguns doutrinadores, inclusive, o chamam de “imposto Robin Hood”, por fazer as vezes do herói mítico inglês que “tirava da nobreza para dar aos pobres”. Entretanto, há quem divirja deste pensamento, sustentando que o Brasil já possui uma das maiores cargas tributárias do mundo e mais um tributo, principalmente pela grandeza do IGF, somente acarretaria fuga de capital do País, bem como, a longo prazo, uma diminuição da arrecadação de outros tributos.

Em meio a discussões de uma possível Reforma Tributária, o imposto sobre grandes fortunas voltou a tomar força. Essa situação decorre do cenário brasileiro, ocasionado pela crise sanitária da Covid-19, que desola o país não somente do ponto de vista sanitário, mas também do ponto de vista econômico. Diante disso, muitos acreditam que a implementação de um imposto incidente sobre fortunas seria uma alternativa para driblar a crise causada pela doença, já que o Governo precisou de mais recursos para serem aplicados à saúde, além de “afrouxar as cordas” quanto à arrecadação, exemplo disso é a prorrogação para a entrega da declaração do imposto de renda, ocorrida em 2020 e 2021.

Assim, o presente trabalho abordará a (in)viabilidade para instituição do imposto sobre grandes fortunas, inclusive, analisando-se algumas experiências estrangeiras da tributação sobre fortunas, princípios constitucionais tributários (diante dos quais a eventual instituição do IGF poderá vir a ser objeto de pedido de declaração de inconstitucionalidade), bem como a abordagem da sua capacidade de promover a justiça social.

1. ANÁLISE INTERNACIONAL DA TRIBUTAÇÃO SOBRE FORTUNAS

Inúmeros países, em meados do século passado, introduziram em seus sistemas tributários alguma forma de tributação sobre grande patrimônio/fortuna; todavia, a

viabilidade da aplicação do tributo em questão é, muitas vezes, dotada de dúvidas, bem como de discussões jurídicas acerca da constitucionalidade do imposto.

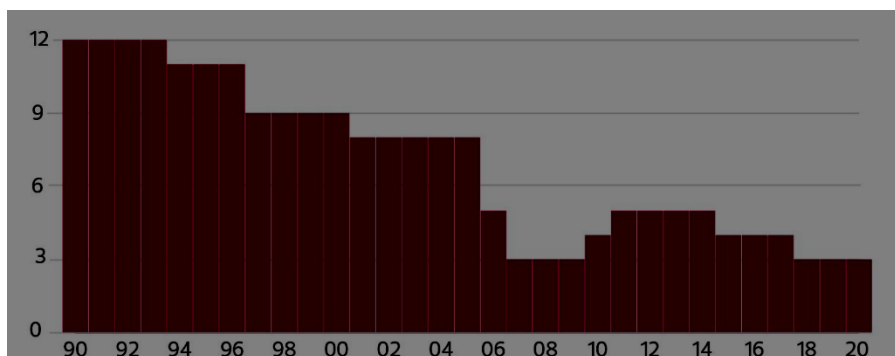
Algumas correntes defendem que os prejuízos são maiores que os benefícios e que, a longo prazo, o imposto refoge ao esperado. De outro lado, há quem defenda a sua aplicabilidade visando seu carácter de justiça social. Para se ter maior noção acerca das questões que rondam o imposto estudado cabe analisar o ocorrido no cenário internacional, para tanto serão abordados alguns países que já o instituíram, bem como os fundamentos da corrente favorável à sua instituição e da corrente desfavorável.

Para isso, menciona-se estudo realizado em 2017 pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), o qual levantou que dos 12 países que aplicavam a tributação sobre fortunas na Europa, somente quatro ainda o mantinham em vigor.³

Conforme informações do mesmo estudo, “houve uma revogação em massa”, porém, não se deve ignorar que após vivenciarem crises econômicas, alguns países optaram pelo reestabelecimento do imposto como medida de consolidação fiscal, tendo como exemplo o caso da Espanha e da Islândia.⁴

Acerca da progressão dos países que deixaram de lado a tributação sobre fortunas, mostra-se o gráfico abaixo:

Figura 1 – Evolução países da OCDE que cobram o imposto sobre fortunas



Fonte: Insper conhecimento

Atualmente, somente três países da Europa (integrantes da OCDE) possuem em seu ordenamento pátrio a arrecadação decorrente de fortunas/patrimônio (Espanha, Noruega e Suíça).

³ CARVALHO, Pedro Humberto Bruno de. **As Discussões sobre a regulamentação do imposto sobre Grandes Fortunas: a situação no Brasil e a experiência internacional**. Rio de Janeiro, 2011. p. 03.

⁴ PIRES, João Pedro Loureiro Braga Manoel. Experiência internacional do Imposto sobre grandes fortunas na OCDE. **Observatório de Política Fiscal**, 17 de abril de 2020. Disponível em: <<https://observatorio-politica-fiscal.ibre.fgv.br/politica-economica/pesquisa-academica/experiencia-internacional-do-imposto-sobre-grandes-fortunas-na>>. Acesso em 10 dez. 2021

Já na América Latina, alguns países o possuem em vigência, como é o caso da Argentina, tendo em vista a recente Lei extraordinária aprovada lá. Outros, cogitam introduzir o imposto, como, por exemplo o Chile, onde tais debates foram iniciados, cogitando introduzi-lo em seu sistema tributário, embora de forma temporária.

Dentre os países que adotaram o imposto em questão, destacam-se a França, Alemanha, Espanha e a Argentina, onde tal utilização e tais debates são mais antigos.

Primeiramente aborda-se o ocorrido em solo francês. A criação e instituição do chamado *impôt de solidarité sur la fortune* foi de suma importância para a Constituinte brasileira de 1988. Isso dado que, foi o imposto francês que inspirou a inclusão do IGF nos escritos constitucionais de 1988.⁵

Além disso, a abordagem do imposto Francês se dá em razão das inúmeras discussões que ocasionaram a sua extinção, sob fundamentos de que possuía caráter confiscatório e provocava a saída dos mais abastado do país no intuito de driblar a arrecadação, provocando assim o chamado “exílio fiscal de milionário”.

O referido “exílio fiscal de milionários” restou confirmado pelas inúmeras figuras públicas que se retiraram do país enquanto de sua vigência, como por exemplo a estrela de rock francês Johnny Halliday, os cantores Alain Delon e Charles Aznavour, a tenista Amelie Mauresmo, o conhecidíssimo Campeão de Fórmula 1 Alain Prost e o ator Gerad Depardie, os quais mostraram descontentamento com a arrecadação do imposto.⁶

Já na Alemanha, em 22 de junho de 1995, o Tribunal Constitucional Federal Alemão, decidiu pela inconstitucionalidade do imposto, pautando a decisão na incompatibilidade deste com o princípio da igualdade, como também de que incentivava o exílio fiscal, reduzia o potencial empreendedor dos cidadãos, além de possuir caráter confiscatório.⁷

Por outro lado, na Espanha, o imposto sobre fortunas ainda é arrecadado. O chamado de *impuesto sobre el patrimonio* possui algumas peculiaridades na sua forma de arrecadação as quais, de certa forma, não desencadearam maiores discussões.

O sistema de arrecadação é regulado pelo Estado, mas cedido às suas comunidades autônomas, permitindo que cada uma delas possa se autogerir e regular

⁵ ELJAICK, Mônica Berçot. Imposto sobre Grandes Fortunas: Uma análise à luz da Constituição Federal. **Ambito jurídico**, 01 de janeiro de 2017. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/impuesto-sobre-grandes-fortunas-uma-analise-a-luz-da-constituicao-federal/>>. Acesso em: 23 nov. 2021.

⁶ QUEIROZ, Marcelo Cid Heráclito. **O Imposto sobre Grandes Fortuna**. Edição do Kindle. Editora Lacre, 2016, p.26.

⁷ QUEIROZ, Marcelo Cid Heráclito. **O Imposto sobre Grandes Fortuna**. p. 26.

o seu limite de isenção, sua taxa e as suas possíveis deduções, o que por vezes, acaba gerando certos desencontros quanto à arrecadação.⁸

Estimou-se que, em 2017, no país Europeu, existiam cerca de 611 pessoas com patrimônio superior a 30 milhões de euros. No entanto, o que se destaca é que 67,6% desses contribuintes, em torno de 406, residiam em Madrid, local em que o tributo teve estabelecido 100% de desconto. Isto é, nenhum contribuinte paga o imposto. Para se ter ideia do impacto que a adoção dessa medida causa aos cofres públicos, na declaração de bens de 2017, registrada em Madrid, houve a verificação de que existiam 16.856 contribuintes que possuíam patrimônio líquido acima de 9,7 milhões de euros, e se todos esses contribuintes tivessem que pagar o imposto sobre a riqueza, seriam arrecadados em torno de 995,6 milhões de euros anuais.⁹

Para muitos, a lei espanhola é considerada de boa elaboração, mas há quem discorde deste atributo, como é o caso de José Maria Durán-Cabré, Alejandro Esteller-Moré e Mariona Mas-Montserrat, que referem:

A Espanha é uma ave rara. É o único país da UE, desde que a França que o eliminou em 2018, que aplica o imposto sobre a fortuna; [...] As dúvidas sobre o imposto estão principalmente relacionadas a dificuldades de controle, facilidades de evasão e problemas de avaliação de ativos, dúvidas que em outros países levaram à sua eliminação. Tais dificuldades geram distorções, custos administrativos e iniquidades na medida em que a valoração tributária não se ajusta ao preço de mercado da mesma forma para todos os ativos ou para todos os contribuintes. O patrimônio horizontal que se pretende alcançar, por meio do imposto sobre a fortuna, deriva da tributação de uma capacidade econômica que não gera receita monetária devido à avaliação não uniforme dos ativos; essa circunstância, por exemplo, levou à sua extinção na Alemanha em 1995. Em todo caso, o resultado final é óbvio: “o imposto sobre a fortuna arrecada muito pouco e poderia arrecadar mais”. [...] Neste trabalho, mostramos que os contribuintes reagem à carga tributária do imposto, não por meio de mudanças reais de comportamento, mas por meio do aprimoramento dos mecanismos de evasão fiscal.¹⁰

Além da Espanha, outro país que requer análise mais aprofundada é a Argentina.

Em meio a inúmeras discussões o país vizinho aprovou, em dezembro de 2020, uma Lei extraordinária que instituiu o *aporte solidario y extraordinario*, que será arrecadado de forma temporária.

⁸ JAUSAS. Guia básica del Impuesto sobre el Patrimonio. **Library**, 2013. Disponível em: <<https://1library.co/document/yje1pe5q-indice-guia-basica-del-impuesto-sobre-el-patrimonio.html>>. Acesso em: 23 nov. de 2021.

⁹ MALAGON, Patricia. El 67,6% de las grandes fortunas se refugian en Madrid por el Impuesto de Patrimonio. **Libremercado**. Tradução nossa. Disponível em: <<https://www.libremercado.com/2019-09-07/el-676-de-las-grandes-fortunas-se-refugian-en-madrid-por-el-impuesto-de-patrimonio-1276644340/>>. Acesso em: 25 nov. 2021.

¹⁰ ESTELLER-MORÉ, Alejandro; M^a DURÁN-CABRÉ, José; MAS-MONTSERRAT, Mariona. El impuesto sobre el patrimonio (I): Realidades. **Nada és Gratis**, 17 de nov. 2020, tradução nossa. Disponível em: <<https://nadaesgratis.es/admin/el-impuesto-sobre-el-patrimonio-i-realidades>>. Acesso em: 14 dez. 2021.

O projeto aprovado pelo Senado Argentino teve 42 votos a favor e 26 contra e, acredita-se, que o imposto “se aplicaria a cerca de 15 mil pessoas físicas e jurídicas no país, que pagariam o equivalente a cerca de 1% a 5,25% do seu patrimônio, a depender do tamanho da fortuna e se os patrimônios são mantidos localmente ou no exterior.”¹¹

Recentemente o Deputado argentino Hugo Yasky revelou que 80% do público previsto pagou o *aporte solidario y extraordinario*, tendo sido arrecadado pelo Governo argentino de cerca de US\$ 2,4 bilhões, confirmando a efetividade da instituição temporária do imposto.¹²

De outra banda, há quem não tenha se contentado com aprovação da lei em solo Argentino. Isso porque, muitos cidadãos e estudiosos defendem que há dupla tributação, uma vez que a acumulação de patrimônio é oriunda de exercícios anteriores que já foram passíveis de incidência. Soma-se a isso, a fuga de capital já evidenciada em outros países que instituíram a tributação sobre grandes fortunas, o que abre precedente para que o imposto argentino siga o mesmo caminho¹³.

De certa maneira, a excepcionalidade da lei torna-se importante, pelo fato de que o governo argentino não precisará tirar excessivas quantias de outras áreas para fazer as vezes do imposto implementado, bem como pelo fato de, em tese, evitar uma evasão definitiva de contribuintes.

Cabe ser analisado o ocorrido no cenário internacional, visto que referidas experiências podem servir de base quanto à eventual instituição da tributação sobre fortunas no Brasil. Isso porque, tratam-se tanto de países desenvolvidos, quanto de subdesenvolvidos que tiveram benefícios e malefícios, os quais não devem ser ignorados e que poderão servir de aliados para impedir eventuais futuros problemas com a instituição de um imposto desta magnitude em solo brasileiro.

¹¹BRASIL DE FATO. Senado da Argentina aprova criação de imposto sobre grandes fortunas. 07 de dezembro de 2020. Disponível em: <<https://www.brasildefato.com.br/2020/12/07/senado-da-argentina-aprova-criacao-de-imposto-sobre-grandes-fortunas>>. Acesso em: 19 dez. 2021.

¹² PASTORE, Stela. Que paguem mais os que têm mais. Entrevista com o deputado argentino Hugo Yasky. **Dtm em debate**. 20 junho de 2021. Disponível em: <<https://www.dmtmdebate.com.br/que-paguem-mais-os-que-tem-mais-entrevista-com-o-deputado-argentino-hugo-yasky/>>. Acesso em: 19 dez. 2021.

¹³ NÓBREGA, Mailson da. Imposto sobre grandes fortunas: Argentina embarca no erro. **Veja**, 2020. Disponível em: <<https://headtopics.com/br/imposto-sobre-grandes-fortunas-argentina-embarca-no-erro-ma-lson-da-n-brega-17277894>>. Acesso em 19 dez. 2021.

2. IMPOSTO SOBRE GRANDES FORTUNAS À LUZ DA JUSTIÇA SOCIAL

Segundo levantamento extraído do sítio Educa mais Brasil, 13 milhões de pessoas ainda vivem em condições de extrema pobreza no Brasil, o que seria equivalente a 6,7% da população¹⁴.

Para se ter noção da grandeza da desigualdade que o país abriga, em 2019, o Programa das Nações Unidas para Desenvolvimento (PNUD) procedeu à realização de relatório no qual averiguou que o Brasil ocupava a sétima posição entre os países mais desiguais do mundo.¹⁵

Não se pode ignorar que o Brasil arrecada tributos praticamente da mesma monta que países desenvolvidos. Estima-se que a carga tributária brasileira gire em torno de 35,21%, enquanto que em países desenvolvidos e integrantes da OCDE, como Reino Unido, Canadá e Japão, têm valor médio que varia entre 31% a 33,4%.¹⁶

O que se infere desses dados é que, embora o Brasil recolha tributos como países desenvolvidos, o retorno proporcionado pelo Estado brasileiro aos seus cidadãos não se assemelha ao prestado por aqueles.

Flávio Sanches discorre acerca desse fenômeno ocorrido em solo brasileiro e, nas palavras do estudioso, “são políticas públicas equivocadas há décadas que levam a uma arrecadação elevada e sem um retorno à altura para a sociedade”.¹⁷

Diante das inúmeras desigualdades enfrentadas pela população brasileira, inclusive em decorrência da pandemia da Covid-19, inúmeras figuras políticas e especialistas na área do Direito tributário voltaram a defender a instituição de um imposto voltado às grandes fortunas, a fim de diminuir as desigualdades sociais.

A capacidade de um imposto dessa magnitude promover a tão sonhada justiça social ainda é muito discutida e, nesse ponto, chama-se atenção a uma peculiaridade do imposto sobre grandes fortunas previsto na Constituição Federal.

Isso porque, o imposto possuiria destinação específica, sendo um dos integrantes do Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza, conforme previsto junto ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, em seu artigo 80, inciso III, *in*

¹⁴ SANTANA, Esther. Desigualdade Social no Brasil. **Educa mais Brasil**. Disponível em: <<https://www.educamaisbrasil.com.br/enem/sociologia/desigualdadesocial-no-brasil>>. Acesso em 12 dez. 2021.

¹⁵ SANTANA, Esther. Desigualdade Social no Brasil.

¹⁶ ORTEGA, Fabiana. Brasil tem o pior retorno de imposto à sociedade, segundo estudo. **Ivestnews**, 02 de abril de 2021. Disponível em: <<https://investnews.com.br/economia/brasil-tem-o-pior-retorno-de-impostos-a-sociedade-segundo-estudo-veja-ranking/>>. Acesso em 26 nov. 2021.

¹⁷ ORTEGA, Fabiana. Brasil tem o pior retorno de imposto à sociedade, segundo estudo, sem paginação definida.

verbis, “Compõem o Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza: [...] III – o produto da arrecadação do imposto de que trata o art. 153, inciso VII, da Constituição”.¹⁸

Desta feita, observa-se que a destinação do imposto seria especificamente o combate e a erradicação da pobreza, sendo toda sua arrecadação destinada a combater as desigualdades sociais e dar forma para a então pouco conhecida justiça social, o que não abriria precedentes, em tese, para que houvesse outra destinação, exceto em caso de emenda à Constituição no ponto.

A essência do IGF é a de “justiceiro social”, inclusive as modalidades internacionalmente criadas possuem esse caráter, como por exemplo, o imposto francês que visava a redistribuição de renda, através do benefício social da renda mínima.¹⁹

Sérgio Ricardo Ferreira Mota refere que é daí que surge a associação entre o imposto e o herói mítico inglês Hobin Hood (que tirava da nobreza para dar aos pobres). E nesse sentido, o autor, acerca do caráter de justiceiro social do imposto, destaca que:

(...) repete-se a defesa no sentido de que o Imposto sobre Grandes Fortunas pode vir a constituir instrumento de alcance da justiça tributária no Brasil, uma vez que permitiria, em tese, não só uma justa distribuição da carga tributária entre os contribuintes, mas também, maior distribuição de renda e riqueza nacionais, o que permitiria, também, em tese, a redução das enormes desigualdades sociais verificadas no país e, por consequência, a pobreza de grande parte da população.²⁰

Em quase todos os países que já instituída, o produto da arrecadação da tributação sobre fortunas tinha por finalidade auxiliar os menos abastados e que, em muitos deles, em que pese posteriormente abolidos, houve esse caráter enquanto de sua vigência. Isso faz presumir que este é um imposto que traz em sua essência a finalidade de justiça social.

Ademais, diferente do que visto em outros países, a Assembleia Constituinte brasileira tratou de dar destinação específica à arrecadação do IGF, o já referido Fundo de Combate e Erradicação à Pobreza.

De certa forma, um imposto dessa relevância, poderia auxiliar o Governo na redistribuição de renda e, conseqüentemente, na diminuição das desigualdades sociais evidentemente muito exacerbadas no país.

¹⁸ BRASIL. Constituição Federal (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, Distrito Federal, 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 05 dez. 2021.

¹⁹ ELJAICK, Mônica Berçot. Imposto sobre Grandes Fortunas: Uma análise à luz da Constituição, sem paginação definida

²⁰ MOTA, Sérgio Ricardo Ferreira Mota, 2010 apud ELJAICK, Mônica Berçot. Imposto sobre Grandes Fortunas: Uma análise à luz da Constituição, sem paginação definida.

3. A INSTITUIÇÃO DO IMPOSTO SOBRE GRANDES FORTUNAS EM CONFLITO COM OS PRINCÍPIOS DA ISONOMIA EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA, DA PROGRESSIVIDADE, VEDAÇÃO AO CONFISCO, BITRIBUTAÇÃO E AO BIS IN IDEM

A tributação é característica da organização do Estado e, ao longo dos séculos, foi palco de várias revoluções que foram moldando o que hoje é conhecido como sistema tributário, seja nacionalmente, seja internacionalmente.

Nesse sentido, diante da evolução das sociedades, tratou-se de delimitar o poder de tributar e, nessa sequência, foram sendo instituídos princípios que o regem.

Em se tratando do ramo do Direito tributário brasileiro, o legislador fez constar na Constituição as normas limitadoras, a fim de que o Estado não desvirtuasse a tributação em prol de seus interesses. E nesse sentido, Hugo de Brito Machado expõe que:

Em face da essencialidade e da importância dessas limitações, consagrou-se, dentro de uma terminologia já tradicional na literatura jurídica nacional, chamá-las de “princípios”. Tem-se, assim, o princípio da legalidade, o princípio da anterioridade, o princípio da irretroatividade etc.²¹

Diante da suma importância da principiologia, não só para o direito tributário, cabe conceituar o que são os princípios norteadores, que nas palavras de Regina Helena da Costa “são normas de maior hierarquia, autênticas, sobrenormas que orientam a aplicação das demais”.²²

Não obstante isso, para uma melhor compreensão deste trabalho, destaca-se que os princípios jamais devem se sobrepor uns aos outros, devendo haver aplicação ao caso concreto de forma harmoniosa, influenciando-se reciprocamente, de modo que não haja supressão ou acessão.²³

Sendo assim, quando se trata do imposto sobre grandes fortunas à luz dos princípios constitucionais, cabe tecer algumas considerações.

Inicialmente, aborda-se o princípio da isonomia em matéria tributária, destacando-se que há grande ligação entre o imposto estudado e o referido princípio.

O princípio da isonomia em matéria tributária, previsto junto ao o artigo 150, inciso II da Constituição Federal, tem o intuito de tributar de forma equivalente os que

²¹ MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. **Manual de Direito Tributário** – 11. ed. São Paulo: Atlas, 2019, pg. 56.

²² COSTA, Maria Helena da Costa, 2003 apud KFOURI, Anis. **Curso de Direito Tributário**. 3 Ed. São Paulo: Editora Saraiva 2018, p. 163.

²³ SCHOUERI, Luís Eduardo. **Direito Tributário**. São Paulo: Editora Saraiva, 2020. p.164.

se encontrem em situação semelhante o que na visão de Mônica Berçot El-Jaick, seria um aliado do imposto sobre grandes fortunas, já que, dada à alta carga tributária brasileira, a aplicação do imposto, sob a perspectiva da isonomia, acarretaria uma melhor redistribuição de renda e, em princípio, a redução de enormes desigualdades.²⁴

Embora se tenha uma visão positiva quando à instituição do imposto, sob a óptica da isonomia, o que chama a atenção é o entendimento contrário de alguns estudiosos, que sustentam que os efeitos do imposto ferem o princípio da igualdade, como é o caso de Ives Gandra da Silva Martins, o qual sustenta que:

As vantagens do tributo são duvidosas: a de que promoveria a distribuição de riquezas é atalhada pelo fato de que poucos países que o adotaram e terminaram por abandoná-lo ou reduzi-lo a sua expressão nenhuma; a de que desencorajaria a acumulação de renda, induzindo a aplicação de riqueza na produção, que seria isenta de tributo, leva a ferir o princípio da igualdade, possibilitando que os grandes empresários estivessem a salvo da imposição; a de que aumentaria a arrecadação do Estado não leva em conta a possibilidade de acelerar o processo inflacionário por excesso de demanda.²⁵

Além disso, outra questão que deve ser observada com cautela é a progressividade da modalidade do tributo.

Atualmente, três são os impostos que possuem alíquotas progressivas, o ITR (imposto sobre a propriedade territorial rural), o IR (imposto de renda), e o IPTU (imposto predial e territorial urbano) e, com relação a uma eventual instituição de um imposto sobre grandes fortunas, a progressividade teria papel ativo.

Alguns dos Projetos de Lei Complementar que visam à instituição do IGF possuem em seu texto a progressividade, porém outros não fazem o uso do importantíssimo princípio, o qual, nas palavras de Eduardo Sabbag²⁶, conceitua-se pela “técnica de incidência, a qual se dá na medida em que se majora a base de cálculo do gravame”.

O princípio da progressividade faria as vezes da “justiça social” e, nesse sentido, Hugo de Brito Machado Segundo leciona que “a progressividade visaria a conter rendimentos muito expressivos, limitando assim o crescimento das desigualdades sociais”²⁷, o que corrobora com a finalidade do IGF, uma vez que eventual arrecadação deste imposto está condicionada ao combate e erradicação da pobreza.

²⁴ ELJAICK, Mônica Berçot. **Imposto sobre Grandes Fortunas**: Uma análise à luz da Constituição Federal, sem paginação definida.

²⁵ MARTINS, Ives Gandra da Silva, 2010 apud ELJAICK, Mônica Berçot. **Imposto sobre Grandes Fortunas**: Uma análise à luz da Constituição Federal, sem paginação definida.

²⁶ SABBAG, Eduardo. **Direito Tributário Essencial**. 8 Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p.13.

²⁷ MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. **Manual de Direito Tributário**. p.103.

Não obstante isso, cabe fazer a correlação entre o princípio da progressividade e os princípios da capacidade contributiva e da isonomia. Em não sendo adotada a progressividade (que não está presente em alguns Projetos de Lei Complementar), os referidos princípios também não seriam aplicados.

A exemplo, destaca-se o Projeto de Lei Complementar (PLP) 215/2020 que, embora preveja arrecadação sobre a propriedade de bens suntuários (bens considerados de luxo que, evidentemente, podem compor a esfera patrimonial dos extremamente abastados) diferentemente do PLP 277/2008²⁸, não prevê a progressividade e falta desta pode levar a inaplicabilidade dos princípios já referidos (isonomia e capacidade contributiva).

Ademais, faz-se necessária a análise da ligação entre o tributo deste estudo e o princípio da vedação ao confisco.

Previsto junto ao artigo 150, inciso IV, da Constituição Federativa do Brasil de 1988, o princípio da vedação ao confisco conceitua-se pela vedação de utilizar tributo com efeito confiscatório, veja-se: “Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: [...] IV – utilizar tributo com efeito de confisco”.²⁹

Importante referir que há uma diferenciação entre confisco e efeito confiscatório. Enquanto o primeiro caracteriza-se pelo “ato de apoderar-se de algo, tomá-lo para si”³⁰, o segundo conceitua-se pela “tributação em excesso, exacerbada ou escorchante”.³¹

O princípio da vedação ao confisco, como também os demais previstos junto à Carta Magna de 1988, tem por finalidade a proteção do contribuinte, que é a parte mais fraca da relação tributária e, nesse sentido, este instituto limita o poder de tributar para que não haja tributação em excessos, de maneira que não atinja de forma substancial o patrimônio do contribuinte.³²

Nesse sentido, Aires Fernandinho Barreto leciona acerca da diferenciação entre o efeito confiscatório e o confisco:

Por que a Constituição utiliza a expressão “efeito de confisco”? Porque confisco é sanção, é medida de caráter sancionatório. Não nos esqueçamos que se designa por confisco a absorção total ou parcial da propriedade privada, sem

²⁸ CÂMARA DOS DEPUTADOS. Projetos de Lei Disponível em: <camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2258183>. Acesso em: 01 de dez. 2021.

²⁹ BRASIL. **Constituição Federal** (1988).

³⁰ JESUS, Isabela Bonfá De; LAZZARINI, Lucas. Princípio da Vedação à tributação com efeito de confisco. **Revista Forense**, vol. 432, dez. 2020. Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2021/01/08/principio-da-vedacao-tributacao/>>. Acesso em 28 nov. 2021.

³¹ SABBAG, Eduardo. **Direito Tributário Essencial**. p.15.

³² JESUS, Isabela Bonfá De; LAZZARINI, Lucas. **Princípio da Vedação à tributação com efeito de confisco**, sem paginação definida.

indenização. Seria equivocado dizer, pois, “é vedado o confisco”. O que se proíbe é que, por via da exigência de tributo, se obtenha resultado cujo efeito seja equivalente ao do confisco.³³

Aqui surge um ponto relevante, visto que para configuração da tributação de efeito confiscatório exige-se a presença excessiva de ônus ao contribuinte; entretanto, o que se questiona é o que se configura como tributação excessiva.

Eduardo Sabbag explica que no Brasil não existem parâmetros objetivos que conceituem uma tributação exacerbada, cabendo a aferição dessa tributação excessiva ao Poder Judiciário e auferida em cada caso concreto, quando acionado pelo contribuinte. Além disso, o autor traz a lúmina tese firmada no Supremo Tribunal Federal, de que “o caráter do confisco do tributo deve ser avaliado à luz de todo o sistema tributário, e não em função de cada tributo isoladamente examinado (ADIMC 2.010 – DF-1999)”.³⁴

Dessa forma, em não havendo critérios objetivos mínimos para conceituação do que seria considerado “efeito confisco”, conforme os ensinamentos de Eduardo Sabbag³⁵, a eventual instituição do imposto sobre grandes fortunas poderia levar a um imposto com grande potencial confiscatório.

Partindo-se desse pressuposto, o Estado não poderia absorver parcela considerável do contribuinte, o que seria difícil de fazer a partir de um imposto que recairia sobre o patrimônio de pessoa física, o qual inclui em seu rol bens móveis, bens imóveis, bens físicos, bens financeiros e eventuais direitos dos contribuintes³⁶.

Além disso, também não deve ser ignorado a questão de possível incidência em bitributação ou ao *bis in idem*. Enquanto aquele se fundamenta pela tributação de dois entes públicos pelo mesmo fato gerador, este se trata de duas tributações de um ente pelo mesmo fato gerador.

Não há uma garantia constitucional genérica ao se falar de bitributação e de *bis in idem*; portanto, a identificação desses preceitos e conclusão pelas suas inconstitucionalidades não decorrem de forma automática.³⁷

Assim, pode-se concluir que quando se fala sobre eventual instituição do IGF, não há como ignorar a existência desses dois pressupostos legais, haja vista que, por exemplo, a pessoa física poderia sofrer incidência duas vezes pelo mesmo fato gerador.

³³ BARRETO, Aires Fernandinho, 2009 apud JESUS, Isabela Bonfá De; LAZZARINI, Lucas. Princípio da Vedação à tributação com efeito de confisco. Sem paginação definida.

³⁴ SABBAG, Eduardo. **Direito Tributário Essencial**. p.21.

³⁵ SABBAG, Eduardo. **Direito Tributário Essencial**. p. 15.

³⁶ ELJAICK, Mônica Berçot. **Imposto sobre Grandes Fortunas**: Uma análise à luz da Constituição Federal, sem paginação definida.

³⁷ PAULSEN, Leandro. **Curso de direito tributário completo**. São Paulo: Editora Saraiva, 2020. p. 110.

Cita-se, para fins de exemplificação, o imposto de renda que já arrecadado, posteriormente seria integrante do grupo de patrimônio a sofrer incidência por um eventual imposto sobre grande fortuna.

Assim entende Rogério Gandra da Silva Martins, referindo que:

[...]nada mais representa do que um tributo sobre o resultado final de fatos geradores já incididos e que, ao contrário do pregado, acarreta notória redução de investimentos, desestímulo à poupança e evidente fuga de capitais para países onde tal imposição não existe.³⁸

Soma-se a isso a falta de caracterização do que seria grande fortuna, já que não se tem um montante previamente definido, cabendo à Lei Complementar que eventualmente instituir o imposto definir o que seria o referido termo.

Anis Kfourir Jr., acerca dessa caracterização, aponta que:

No caso do Imposto sobre Grandes Fortunas (IGF), a Constituição Federal fixou a necessidade de lei complementar, a qual deverá estabelecer o conceito de grande fortuna. A depender do nome do tributo, não basta que seja riqueza, devendo ser verdadeira fortuna. E não basta ser uma pequena fortuna, mas uma grande fortuna – expressões que, pela própria natureza, geram debates e conceituações das mais variadas possíveis. A depender do conceito atribuído à grande fortuna é capaz que um imóvel de médio valor, amealhado com o suor de anos de trabalho, poderá acabar sendo considerado grande fortuna, ensejando a tributação de pessoas idosas, por exemplo, que, apesar de um patrimônio construído, possuem diminuta renda, sendo, portanto, injusto socialmente.³⁹

Alguns Projetos de Lei Complementar possuem como incidência inicial, montante que deixa margem para dúvidas acerca da caracterização de “grandes fortunas”, como por exemplo o Projeto de Lei Complementar 277/2008, que sinaliza como grande fortuna patrimônio acima de dois milhões de reais⁴⁰. Aqui, destaca-se o entendimento Marcelo Cid Heráclito Queiroz com relação a este projeto, sendo referido pelo autor, em sua obra intitulada de *O imposto sobre Grandes Fortunas*, que “o projeto não cria um imposto sobre grandes fortunas, mas sobre o que considera apenas como fortuna, logo sem fundamento constitucional”.⁴¹

Diante do demonstrado, extrai-se que a possível instituição do imposto estudado é objeto de inúmeras questões que podem levar a uma declaração de inconstitucionalidade, além de evasão fiscal, diminuição de investimentos em solo

³⁸ MARTINS, Rogério Gandra da Silva, 2011 apud KFOURI, Anis. **Curso de Direito Tributário**. 3 Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2018. p. 443.

³⁹ KFOURI, Anis. **Curso de Direito Tributário**. p. 442.

⁴⁰ CÂMARA DOS DEPUTADOS. Projetos de Lei. Disponível em: <camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2258183>. Acesso em: 01 de dez. 2021.

⁴¹ QUEIROZ, Marcelo Cid Heráclito. **O Imposto sobre Grandes Fortuna**. p. 50.

brasileiro, entre outros. Possivelmente é que, diante destas questões, sua criação tem sido postergada por todos estes anos, desde sua previsão junto à Carta Magna brasileira.

Ademais, em razão das questões mencionadas, resta demonstrada a complexidade da instituição do tributo, o que nos remete à ideia de que o legislador possa buscar outros meios a fim de consolidar a justiça social almejada, buscando alternativas mais efetivas, como, por exemplo, a criação de um número maior de alíquotas de imposto de renda, ou ainda eventual possível criação de imposto de propriedade que possa gravar os chamados bens suntuários.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Do abordado neste trabalho, extrai-se que, embora a modalidade de tributo possa exercer um carácter de justiça social, verifica-se que muitas vezes sua instituição não obteve os resultados desejados. Isso porque, as experiências estrangeiras com o imposto demonstram que os malefícios com sua instituição são maiores que os benefícios obtidos.

Isso resta evidenciado, por exemplo, do imposto que foi influência para o direito brasileiro, o *impôt de solidarité sur la fortune*, que ocasionou, na França, a saída de inúmeros contribuintes, levando, inclusive, referidos malefícios, à extinção do imposto para evitar a evasão fiscal do país.

Outro aspecto relevante é o de que vários países abdicaram da tributação através de um imposto voltado às grandes fortunas, sendo que alguns chegaram a declarar a inconstitucionalidade do imposto, sob fundamento de que este possuía carácter confiscatório, como foi o caso da Alemanha.

Embora se tenha, inicialmente, a visão de que esse tributo possa ser uma alternativa a mais de arrecadação, convém observar o que aconteceu com iniciativas semelhantes no cenário internacional.

Ademais, devem-se considerar os aspectos ligados a possíveis inconstitucionalidades, em especial diante do princípio da igualdade, da vedação ao confisco, bitributação ou ao *bis in idem*.

Se o intuito do legislador brasileiro é alcançar a justiça social, bem como uma maior distribuição de renda, pode este se valer de outros meios mais efetivos que não acarretem a evasão fiscal ou eventual declaração de inconstitucionalidade.

Uma possível alternativa poderia ser a criação de um número maior de alíquotas de imposto e renda, além das quatro existentes, no intuito de aumentar, por este instrumento, as arrecadações tributárias dos contribuintes. À essa providência poderia se somar a tributação sobre a propriedade dos chamados bens suntuários, tais como jatos executivos e iates, já que não se tem uma modalidade de tributo própria para esses bens e que, como medida de justiça, deveriam ser tributados.

Outra possível solução seria instituição do tributo observando períodos temporários, tal como vem sendo discutido no Chile e como implantado na Argentina. Tal modelo poderia ser utilizado em momentos de calamidade ou de maior necessidade do Estado para nivelar as desigualdades, além evitar a evasão fiscal de contribuintes de forma definitiva.

Além do mais, alguns dos Projetos de Lei Complementar que tramitam visando à instituição do IGF podem ser reputados precários, podendo conduzir a uma declaração de inconstitucionalidade.

Enquanto que alguns já não atendem mais às demandas sociais devido ao tempo de tramitação, outros possuem alíquotas que não condizem com o termo “grande fortuna”, assim, ferindo o previsto na Constituição Federal.

Importante referir quanto a este ponto, que os projetos que não observam o termo “grande fortuna”, possuindo alíquotas um tanto desproporcionais ao termo em questão, poderão ocasionar efeito rebote, isto é, em vez de promoverem justiça social poderão ocasionar uma verdadeira injustiça social.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

BRASIL DE FATO. Senado da Argentina aprova criação de imposto sobre grandes fortunas. 07 de dezembro de 2020. Disponível em: <<https://www.brasildefato.com.br/2020/12/07/senado-da-argentina-aprova-criacao-de-imposto-sobre-grandes-fortunas>>. Acesso em: 19 dez. 2021.

BRASIL. Constituição Federal (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, Distrito Federal, 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 05 dez. 2021.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. Projetos de Lei. Disponível em: <camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2258183>. Acesso em: 01 de dez. 2021.

CARVALHO, Pedro Humberto Bruno de. **As Discussões sobre a regulamentação do imposto sobre Grandes Fortunas: a situação no Brasil e a experiência internacional**. Rio de Janeiro, 2011.

EL-JAICK, Mônica Berçot. Imposto sobre Grandes Fortunas: Uma análise à luz da Constituição Federal; **Ambito Jurídico**, 2017. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/imposto-sobre-grandesfortunas-uma-analise-a-luz-da-constituicao-federal/>>. Acesso em: 23 mar. 2021.

ESTELLER-MOREÉ, Alejandro; M^a DURÁN-CABRÉ, José; MAS-MONTSERRAT, Mariona. El impuesto sobre el patrimonio (I): Realidades. **Nada és Gratis**, 2020. Disponível em: <<https://nadaesgratis.es/admin/el-impuesto-sobre-el-patrimonio-i-realidades>>. Acesso em: 14 abr. 2021.

INSPER CONHECIMENTO. Cada vez menos países ricos têm imposto sobre fortunas: tributo debatido no Brasil existe em 3 países da OCDE e arrecada até 1,1%, 2020. Disponível em: <<https://www.insper.edu.br/conhecimento/direito/cada-vez-menos-paises-ricos-tem-imposto-sobre-fortunas/>>. Acesso em 08 set. 2021.

JAUSAS. Guia básica del Impuesto sobre el Patrimonio. **Library**, 2013. Disponível em: <<https://1library.co/document/yje1pe5q-indice-guia-basica-del-impuesto-sobre-el-patrimonio.html>>. Acesso em: 14 abr. de 2021

JESUS, Isabela Bonfá De; LAZZARINI, Lucas. Princípio da Vedação à tributação com efeito de confisco. **Revista Forense**, 2021. Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2021/01/08/principio-da-vedacao-tributacao/>>. Acesso em 11 abr. 2021.

KFOURI, Anis. **Curso de Direito Tributário**. 3 Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2018.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. **Manual de Direito Tributário** – 11. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

MALAGON, Patrícia. El 67,6% de las grandes fortunas se refugian en Madrid por el Impuesto de Patrimônio. **Libremercado**. Disponível em: <<https://www.libremercado.com/2019-09-07/el-676-de-las-grandes-fortunas-serefugian-en-madrid-por-el-impuesto-de-patrimonio-1276644340/>>. Acesso em: 14 dez. 2021.

NÓBREGA, Mailson da. Imposto sobre grandes fortunas: Argentina embarca no erro. **Veja**, 2020. Disponível em: <<https://veja.abril.com.br/blog/mailson-da-nobrega/imposto-sobre-grandesfortunas-argentina-embarca-no-erro/>>. Acesso em 10 dez. 2021.

ORTEGA, Fabiana. Brasil tem o pior retorno de imposto à sociedade, segundo estudo. **Ivestnews**, 2021. Disponível em: <<https://investnews.com.br/economia/brasiltem-o-pior-retorno-de-impostos-a-sociedade-segundo-estudo-veja-ranking/>>. Acesso em 12 dez. 2021.

PASTORE, Stela. Que paguem maus os que têm mais. Entrevista com o deputado argentino Hugo Yasky. **Dtm em debate**. 20 junho de 2021. Disponível em: <<https://www.dmtemdebate.com.br/que-paguem-mais-os-que-tem-mais-entrevista-com-o-deputado-argentino-hugo-yasky/>>. Acesso em: 19 dez. 2021.

PAULSEN, Leandro. **Curso de direito tributário completo**. São Paulo: Editora Saraiva, 2020.

PIRES, João Pedro Loureiro Braga Manoel. Experiência internacional do Imposto sobre Grandes Fortunas na OCDE. **Observatório de Política Fiscal**, 2020. Disponível em: <<https://observatorio-politica-fiscal.ibre.fgv.br/politica-economica/pesquisa-academica/experiencia-internacional-do-imposto-sobre-grandes-fortunas-na>>. Acesso em 10 dez. 2021.

QUEIROZ, Marcelo Cid Heráclito. **O Imposto sobre Grandes Fortuna**. Edição do Kindle. Editora Lacre, 2016.

SANTANA, Esther. Desigualdade Social no Brasil. **Educa mais Brasil**. Disponível em: <<https://www.educamaisbrasil.com.br/enem/sociologia/desigualdadesocial-no-brasil>>. Acesso em 12 dez. 2021.

SCHOUEURI, Luís Eduardo. **Direito tributário**. São Paulo: Editora Saraiva, 2020.

SABBAG, Eduardo. **Direito Tributário Essencial**. 8 Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

A AUTONOMIA OPERACIONAL DO DIREITO DO TRABALHO SOB O ASPECTO DA INFLUÊNCIA NEOLIBERAL DA LEI Nº 13.467/2017¹

THE OPERATIONAL AUTONOMY OF THE LABOR LAW UNDER THE ASPECTS OF NEOLIBERAL INFLUENCE OF LAW Nº. 13.467/2017

Elys Marina Hack²

Vanessa Ramos Casagrande³

Paulo Roberto Ramos Alves⁴

Resumo

O presente artigo pretende analisar a influência neoliberal decorrente da intitulada “Reforma Trabalhista” advinda pela Lei nº 13.467/2017, sob a perspectiva da autodeterminação do direito e o sistema capitalista. Num primeiro momento, se faz necessário dizer que Niklas Luhmann, ao pensar o direito como um sistema, compreende que ele é formado por seus próprios elementos e pela sua funcionalidade, considerando que a intenção de um sistema social é a ordem, por isso, o vê como um sistema operativamente fechado, uma vez que por mais que se possa verificar a interrelação entre o direito e as demais áreas econômicas e político-sociais, o sistema jurídico opera dentro de seus limites. No entanto, as alterações advindas pela Reforma Trabalhista têm evidenciado a direção que o sistema jurídico tem se deslocado, na qual, priorizam-se os fins lucrativos em detrimento aos direitos do trabalhador, demonstrando-se assim, que a economia tem tomado frente em relação ao direito dentro do próprio sistema jurídico, posto que se tem utilizado critérios econômicos para definir o rumo do direito, especialmente no que tange ao direito do trabalho. Portanto, o enfoque deste trabalho é na possível carência de autonomia do direito frente aos aspectos econômicos e políticos, os quais têm adentrado no sistema jurídico, em tese, operacionalmente fechado, e comandado as alterações legislativas. Diante disso, primeiramente estudar-se-ão as lições de Luhmann em relação ao sistema jurídico e sua interrelação com o sistema econômico, e na sequência, analisar-se-ão as alterações na legislação trabalhista, objetivando assim entender o caráter da influência neoliberal.

Palavras-chave: Autonomia do Direito; Direito do Trabalho; Neoliberalismo. Reforma Trabalhista; Teoria dos Sistemas.

Abstract

This article intends to analyze the neoliberal influence resulting from the so-called “Labor Reform” arising from Law No. 13.467/2017, from the perspective of the self-

¹ Artigo apresentado à disciplina de Teoria do Direito, ministrada pelo Prof. Dr. Paulo Roberto Ramos Alves. Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado da Universidade de Passo Fundo.

² Mestranda em Direito na Universidade de Passo Fundo (UPF). Bolsista UPF. Bacharela em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade de Passo Fundo (UPF). E-mail: 159848@upf.br

³ Mestranda em Direito na Universidade de Passo Fundo (UPF). Advogada. Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Anhanguera (UNIDERP). Graduada em Direito pela Universidade do Planalto Catarinense (UNIPLAC). E-mail: vanessarcasagrande@hotmail.com

⁴ Doutor em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos com estágio pós-doutoral na Universidade de Passo Fundo. Professor na Faculdade de Direito e no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Passo Fundo. Professor na Universidade do Oeste de Santa Catarina e advogado. E-mail: pauloalves@upf.br

determination of law and the capitalist system. At first, it is necessary to say that Niklas Luhmann, when thinking of law as a system, understands that it is formed by its own elements and its functionality, considering that the intention of a social system is order, therefore, he sees it as a closed operating system, since no matter how much the interrelationship between law and other economic and political-social areas can be verified, the legal system operates within its limits. However, the changes brought about by the Labor Reform have shown the direction that the legal system has shifted, in which profit purposes are prioritized at the expense of workers' rights, thus demonstrating that the economy has taken the lead in relation to the law within the legal system itself, since economic criteria have been used to define the direction of the law, especially with regard to labor law. Therefore, the focus of this work is on the possible lack of autonomy of law in face of economic and political aspects, which have entered the legal system, in theory, operationally closed, and commanded legislative changes. Therefore, firstly, Luhmann's lessons will be studied in relation to the legal system and its interrelationship with the economic system, and then, the changes in labor legislation will be analyzed, thus aiming to understand the character of neoliberal influence.

Keywords: Autonomy of Law; Labor Law; Neoliberalism; Labor Reform. Systems Theory.

INTRODUÇÃO

A relação entre o Direito e outras áreas não jurídicas tem ganhado espaço, prova disso é, inclusive a disciplina de “Análise Econômica do Direito” ofertada no Programa de Pós Graduação. Ocorre que tal relação é prevista no método sistêmico de Niklas Luhmann, uma vez que entende que os sistemas, mesmo sendo operacionalmente fechados, se interrelacionam com os demais.

No entanto, a interrelação entendida por Luhmann se refere à troca de comunicações entre os subsistemas, ou seja, embasa-se na sua conexão, a qual é limitada pela funcionalidade de cada subsistema, isto porque o único sistema ao qual os subsistemas são subordinados, é o sistema social, não havendo dependência entre os demais, em razão de que possuem funcionalidades específicas.

Por tais razões, o sistema jurídico possui como sua função a de determinar o que é lícito e o que é ilícito com base em critérios subjetivos internos do próprio sistema. Ocorre que, diante das modificações da sociedade, bem como diante da conexão existente entre os subsistemas, o sistema econômico tem se chocado com o sistema jurídico, passando a geri-lo de tal forma que ocorreu o denominado “acoplamento”.

Desta forma, no presente trabalho, objetiva-se estudar a formação da teoria sistêmica, e as funcionalidades dos sistemas jurídicos e econômicos, bem como

compreender o fenômeno do acoplamento, identificando seus limites e impactos no sistema social.

Por fim, com base no estudo primário, serão averiguadas as inovações e alterações trazidas pela Reforma Trabalhista, estabelecendo-se uma busca para entender a relação entre o acoplamento e a influência neoliberal nas leis trabalhistas.

1. A DEFINIÇÃO LUHMANNIANA DE SISTEMA JURÍDICO E OS LIMITES DE SUA INTERRELAÇÃO COM O SISTEMA ECONÔMICO

Na teoria dos sistemas autopoieticos de Niklas Luhmann, parte-se da tentativa de decifrar a complexidade da sociedade, passando a tratar a sociedade em si como um sistema, composto por microssistemas, também chamados de subsistemas que operam de forma fechada, no entanto, se interrelacionam com os demais subsistemas, não confundindo-se entre si.

Quando Luhmann retrata o sistema como operacionalmente fechado, o autor pretende repassar que este sistema se encontra aberto às novas mudanças decorrentes de informações externas, isto porque, para o autor, “por fechamento operacional não se entende o isolamento termodinâmico, mas somente a autonomia operacional, isto é, que as operações próprias do sistema se tornem possíveis recursivamente por conta dos resultados das próprias operações do sistema.”⁵

No mesmo sentido, Rodrigues e Neves, ao estudar a teoria sistêmica, entendem que a autopoiese se trata de um sistema orgânico que “opera partir de e através de suas próprias estruturas; [...] não opera fora de sua dimensão estrutural; e possui um fechamento operativo em torno de seus elementos”.⁶

Para Luhmann, o centro da sociedade é a comunicação, compreendendo que a sociedade, basicamente, é o que nós comunicamos, e não pode ser pensada sem comunicação⁷, quando afirma que “[...] a comunicação é uma síntese que resulta de três seleções: informação, ato de comunicação e compreensão.”⁸

⁵ LUHMANN, Niklas; DE GIORGI, Raffaele. **Teoría de la Sociedad**. Guadalajara, México: Universidad de Guadalajara/Universidad Iberoamericana/Iteso, 1993, p. 50.

⁶ RODRIGUES, Léo Peixoto; NEVES, Fabrício Monteiro. Niklas Luhmann: **A sociedade como sistema**. Porto Alegre: EdipUCRS, 2012

⁷ LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**, México, Herder, 2007, p. 03.

⁸ LUHMANN, Niklas; DE GIORGI, Raffaele. **Teoría de la Sociedad**. Guadalajara, México: Universidad de Guadalajara/Universidad Iberoamericana/Iteso, 1993, p. 81

Assim, na visão do autor⁹, a teoria da sociedade, deve ser formulada dentro da sociedade, e assim, considera que “A sociedade é um sistema comunicativamente fechado: ela produz comunicação por meio da comunicação.”¹⁰

O autor compreende que a sociedade, qual seja, o sistema social, não possui sua definição ligada a uma “[...] determinada moral (propagação da felicidade, solidariedade, nivelação de condições de vida integração por consenso racional, etc.) [...]”, uma vez que entende que há somente uma operação que atua na sociedade, definindo tal operação como sendo a comunicação.¹¹

Logo, por comunicação se entende (assim como por operação) um acontecimento que em todo caso sucede de maneira histórico-concreta, um acontecimento que depende por tanto de contextos – não se trata, portanto, unicamente de aplicação de regras do falar correto. Para que a comunicação se efetue é fundamental que todos os participantes intervenham como um saber e com um não saber. [...]

Nesse sentido, adentrando ao estudo do sistema jurídico, o autor afirma que “[...] no sistema do direito, não se trata simplesmente de avaliação comunicativa da comunicação, mas – sobre essa base –, da comunicação de todos os modos de comportamento que o direito abarca e normatiza”¹².

Assim, Luhmann define que o direito moderno se autodefine como um direito positivo, entendendo que tal conceito de positividade é representado pelo conceito de decisão, uma vez que compreende a existência do que nomeia de “decisionismo”, eis que para o autor, “o direito positivo tem valor de decisão. [...] no sentido de uma possibilidade voluntária, que dependa apenas de sua força de imposição.”¹³

Portanto, quando Luhmann passa a explicar a teoria do direito, determina que geralmente, tais teorias tendem a levar em consideração as estruturas do sistema jurídico, baseando-se em regras específicas de classificação. Ocorre que conforme expressa o autor, para compreender a teoria dos sistemas, se faz necessário pensar em operações, e não em estruturas, em razão de que o direito se reproduz pelas suas funcionalidades.¹⁴

Nesse sentido, cerca das funcionalidades, Luhmann dispõe que a real função do direito se trata daquilo que um sistema desempenha de forma exclusiva para a sociedade. Para muitos doutrinadores, a exemplo de Hans Kelsen, a função do direito

⁹ LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**, México, Herder, 2007, p. 27.

¹⁰ LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**, México, Herder, 2007, p. 68.

¹¹ LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**, México, Herder, 2007, p. 47

¹² LUHMANN, Niklas. **O Direito da Sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 2016, p. 171.

¹³ LUHMANN, Niklas. **O Direito da Sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 2016, p. 52.

¹⁴ LUHMANN, Niklas. **O Direito da Sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 2016, p. 55-56

é a de regular a conduta humana, afirmando que “[...] o Direito [...] é uma ordem normativa da conduta humana, ou seja, um sistema de normas que regulam o comportamento humano.”¹⁵

No entanto, conforme supra mencionado, Luhmann entende que o direito possui uma função específica, e não somente a de regulação da sociedade, isto porque há outros sistemas que também possuem essa função. Assim, para o autor, a referida função exclusiva do sistema jurídico é a generalização congruente de expectativas comportamentais normativas¹⁶.

A referência temporal do direito não se encontra, pois, nem na vigência das normas, que se dividem em variáveis e invariáveis, nem na historicidade imanente ao direito. Tampouco residirá na “matéria” do direito, que é a conduta humana, dada no espaço e no tempo. A referência temporal do direito encontra-se na função normativa no intento de se preparar, ao menos no nível das expectativas, para um futuro desconhecido, genuinamente incerto. Por isso, com as normas, varia também a medida com que a sociedade produz um futuro incerto.¹⁷

O autor estuda os conceitos de complexidade e contingência, e assim, compreende que a sociedade é complexa e que, da mesma forma, é contingente, uma vez que não há controle absoluto dos indivíduos sobre todas as coisas. Assim, criam-se expectativas que são passíveis de frustrações, ocorrendo assim a contingência.

Luhmann, então, trata as normas como “modo normativo das expectativas”, diferenciando expectativas normativas de expectativas cognitivas, criadas pela sociedade quando trata da expectativa sobre a expectativa de outra pessoa. Para o autor, o sentido das normas “implica na incondicionabilidade de sua vigência na medida em que a vigência é experimentada, e, portanto, também institucionalizada, independentemente da satisfação fática ou não da norma”.¹⁸

Nesse sentido, na concepção de Luhmann, a discrepância existente entre tais expectativas somente se observa após evidenciada a frustração, isto porque, para ele a expectativa cognitiva é aquela em que, diante da frustração da expectativa, ocorre a readaptação desta última, ou seja, o conformismo com a frustração por não haver meio de contesta-la.¹⁹

¹⁵ Kelsen, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. 5;

¹⁶ Luhmann, Niklas. **Sociologia do Direito I**. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983, p. 121.

¹⁷ Luhmann, Niklas. **O Direito da Sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 2016, p. 173.

¹⁸ Luhmann, Niklas. **Sociologia do Direito I**. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983, p. 57

¹⁹ Luhmann, Niklas. **Sociologia do Direito I**. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983, p. 54

Contrariamente às expectativas cognitivas, as normativas em regra não se adaptam às frustrações ocorridas, continuam sendo as mesmas, é por tais razões que as expectativas normativas são associadas ao direito, isto porque ele não se altera diante das frustrações de suas expectativas positivadas, quais sejam, as normas.

Assim, Luhmann afirma que “ninguém se ridiculariza ao sustentar suas expectativas no âmbito normativo, professando-as apesar de decepções (ou ao adaptar-se aos fatos no âmbito das expectativas cognitivas).” Por tais razões é que o autor define que o principal papel do sistema jurídico é traçar a diferença entre as expectativas cognitivas e as normativas e generaliza-la à comunidade de uma forma congruente, determinando o que se pode esperar das expectativas.²⁰

Ocorre que, mesmo definindo e diferenciando as expectativas e determinando a função do direito, Luhmann entende que “a indicação da função, por si só, não basta para descrever o direito”. Por isso, o autor chama de “código” a ferramenta que determina o que deve ser feito e o que é proibido fazer.²¹

Nesta linha de raciocínio, Luhmann compreende que cada um dos subsistemas, incluindo o jurídico, possui um código binário que se torna responsável por determinar o esquema de cada um desses subsistemas, assim, no caso do sistema do direito, o código binário se refere ao lícito e ilícito. Diante disso, Luhmann determina que

[...] o instituto jurídico se desenvolveu como garantia contra risco, e isso permitiu que se desenvolvessem condições, regras e razões para a distribuição de danos provocados por conduta contrária a legalidade, ou seja, responsabiliza-se alguém por uma conduta permitida por lei. Isso se justifica da seguinte maneira: a permissão para condutas possivelmente danosas deve ser compensada por meio da aceitação da responsabilidade por quaisquer danos.²²

Para tanto, o autor é categórico ao afirmar que, acerca do código binário jurídico, se faz necessário identificar os seus dois lados, positivo e negativo. Assim, diz que “O valor positivo é empregado quando um fato viola as normas do sistema. O valor negativo é empregado quando um fato viola as normas do sistema. O que chamamos ‘fato’ é construído pelo próprio sistema.”²³

Portanto, o autor compreende que o direito é dependente da sua época, e por mais que estabeleça os valores positivos e negativos, legais e ilegais, lícitos e ilícitos, quando tiver a intenção de extrapolar tais limites por ele impostos, ele necessita de

²⁰ LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito I**. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983, p. 64

²¹ LUHMANN, Niklas. **O Direito da Sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 2016, p. 219-220.

²² LUHMANN, Niklas. **O Direito da Sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 2016, p. 228.

²³ LUHMANN, Niklas. **O Direito da Sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 2016, p. 236-237

tempo, entendendo assim, que “com base em seus próprios programas, o sistema jurídico pode distinguir entre situações jurídicas prévias e posterior.”²⁴

No entanto, é justamente sobre este ponto que este artigo pretende estudar, uma vez que Luhmann, como mencionado, entende que o direito possui os seus próprios programas e operações para funcionar, ocorre que o autor também afirma que “o código do sistema jurídico possui características que impedem ao sistema jurídico orientar-se exclusivamente pelo seu código próprio.”²⁵

Desta forma, afim de elucidar o pensamento de Luhmann, se faz necessário abordar e definir o que ele denomina como “acoplamento estrutural”, o que nada mais é do que a existência de uma relação entre o sistema, no caso jurídico, e o ambiente, analisando que tal relação estabelecida, vem a facilitar a influência do ambiente sobre o sistema.²⁶

No âmbito do direito, Luhmann averigua que o surgimento do acoplamento se dá quando houve o alcance de determinado grau de desenvolvimento, portanto

[...]. Os acoplamentos estruturais que vinculam o sistema do direito com outros sistemas funcionais da sociedade surgirão somente quando a diferenciação funcional do sistema da sociedade tiver alcançado um grau de desenvolvimento em que a separação e conexão dos sistemas funcionais constituam um problema, e na qual o paradoxo da unidade do todo, que se compõe de partes, passa ser transferido aos acoplamentos estruturais, adquirindo forma. [...].²⁷

Nesse sentido, o autor entende que “a sociedade depende do acoplamento estrutural com os sistemas de consciência. O direito também.”²⁸ É sob este raciocínio que Luhmann num primeiro momento compreende que uma das relações entre direito e economia ocorre quando se fala em propriedade e contrato²⁹.

Ocorre que a relação inicialmente estabelecida por Luhmann mostra-se apenas como o início do acoplamento estrutural entre o sistema jurídico e econômico, isto porque, logo passa a afirmar que ele “[...]” permite que as operações econômicas próprias sejam eficazes como irritações do sistema de direito e que as operações jurídicas próprias sejam-no como irritações do sistema econômico.”³⁰

Porém, como muito bem elucidada Luhmann, mesmo diante da relação existente entre tais sistemas, se faz necessário lembrar que ambos continuam a ser

²⁴ LUHMANN, Niklas. **O Direito da Sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 2016, p. 230

²⁵ LUHMANN, Niklas. **O Direito da Sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 2016, p. 249.

²⁶ LUHMANN, Niklas. **O Direito da Sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 2016, p. 59-591

²⁷ LUHMANN, Niklas. **O Direito da Sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 2016, p. 597

²⁸ LUHMANN, Niklas. **O Direito da Sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 2016, p. 324.

²⁹ LUHMANN, Niklas. **O Direito da Sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 2016, p. 354-355

³⁰ LUHMANN, Niklas. **O Direito da Sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 2016, p. 610-611

operativamente fechados, e em regra, não alteram a funcionalidade um do outro, representando uma complementação.

Por fim, diante do cenário vislumbrado na atualidade, questiona-se acerca dos limites possivelmente extrapolados entre o referido acoplamento estrutural e as alterações legislativas, especialmente no que tange à legislação trabalhista, bem como a influência que o sistema econômico tem sob o sistema jurídico, tendo em vista as modificações legislativas atuais de cunho político-econômico.

2. A POSSÍVEL RELAÇÃO DE INFLUÊNCIA ENTRE O NEOLIBERALISMO PRESENTE NA REFORMA TRABALHISTA E A ASCENSÃO DO SISTEMA ECONÔMICO SOB O SISTEMA JURÍDICO

O ano de 2017 foi palco para uma das maiores modificações legislativas da história do Direito do Trabalho depois da criação da Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT). Em plenos 13 milhões³¹ de desempregados no Brasil, surge e é defendida pelo então presidente da época, Michel Temer, a Lei nº 13.467/2017, com a promessa de “mais empregos” e “mais harmonia na relação de trabalho”³².

No entanto, no primeiro trimestre do ano de 2020 o número de desempregados ainda se mostrava invariável, atingindo 12,3 milhões de brasileiros desempregados, demonstrando assim que a promessa feita em 2017 não havia se cumprido, tendo em vista que os índices de desemprego não reduziram de forma significativa como se esperava.

Outra promessa feita por Michel Temer ao defender a Reforma Trabalhista foi especificamente sobre os direitos dos empregados, afirmando inclusive que “(a reforma trabalhista) concede direitos a aqueles trabalhadores que antes não tinham”³³. A promessa também não se manteve, em razão de que em análise às modificações legislativas decorrentes da reforma, houve a redução da proteção da relação de emprego, com a expectativa de que ocorresse assim a solução para o desemprego, o que como visto, não ocorreu.

As manchetes vistas e ouvidas em todos os meios de comunicação se referiam majoritariamente ao título “Brasil precisa de reforma trabalhista para recuperar

³¹ Informações retiradas do site AGÊNCIA IBGE Notícias. Disponível em: <<https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/20118-entre-2014-e-2017-desemprego-cresceu-mais-em-santa-catarina-e-no-rio-de-janeiro>>. Acesso em 27 set. 2021.

³² Trecho de mensagem anunciada por Michel Temer em 1º de maio de 2017. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2017/05/01/actualidad/1493660125_039251.html>. Acesso em 27 set. 2021.

³³ Trecho de mensagem anunciada por Michel Temer em 1º de maio de 2017. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2017/05/01/actualidad/1493660125_039251.html>. Acesso em 27 set. 2021.

economia e gerar empregos”, e por isso, um dos principais pontos discutido e que foi alvo de mudança, foi a previsão constante no art. 611-A da CLT, que dispõe sobre a atual possibilidade de prevalência do Acordo ou Convenção Coletiva de Trabalho sobre o legislado.

Dar prevalência ao convencionado sobre o legislado é, dentre outras consequências, violar de forma direta o princípio trabalhista basilar da irrenunciabilidade de direitos, e para que se tenha noção da gravidade desta violação, é que se faz necessário trazer o que Plá Rodriguez entende por princípio, “Um princípio é algo mais geral do que uma norma porque serve para inspirá-la, para entendê-la, para supri-la. E cumpre essa missão relativamente a um número indeterminado de normas.”³⁴

Realizar esta análise sintética acerca da reforma trabalhista, bem como primordialmente sobre o princípio da irrenunciabilidade e o caráter que os princípios trabalhistas possuem no âmbito da relação de emprego, é de suma importância para que se possa compreender, também, o caráter da Justiça do Trabalho e a intenção por trás da sua criação antes mesmo de abordar a influência econômica nesta área do Direito e as consequências dela.

Compulsando o site do Tribunal Superior do Trabalho, acerca da reportagem intitulada “Dia Mundial da Justiça Social e o papel da Justiça do Trabalho”³⁵, consta no conteúdo da mesma, o seguinte trecho “A (OIT) define justiça social como o meio pelo qual todo trabalhador e toda trabalhadora pode reivindicar livremente e com base na igualdade de oportunidades sua justa parte da riqueza que ajudou a gerar.”

Observa-se assim, que o espaço jurisdicional da Justiça do Trabalho foi criado para a luta, uma luta igualitária para garantia de direitos das minorias sociais, uma vez que este espaço não existia, e em seu lugar, a escravidão e as condições desumanas de trabalho tomavam forma.

Assim, a fim de embasar de maneira mais satisfatória essa definição da Justiça do Trabalho, é que se faz necessário trazer para esta linha de raciocínio o que afirma Luciana Luk-Tai Yeung

[...] O principio básico que fundamenta o Direito do Trabalho brasileiro em nada mudou: que os atores do cenário trabalhista são (e continuam depois de quase um século de existência como classe organizada) incapazes de negociarem por si sós, de alcançarem resultados positivos de forma cooperativa. Além disso, sem

³⁴ PLÁ RODRIGUEZ, Américo. **Princípios de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr., 3ª ed. Atual, 2000, p.37

³⁵ TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. *Dia Mundial da Justiça Social e o papel da Justiça do Trabalho*. 19 fev. 2021. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/web/guest/-/dia-mundial-da-justi%C3%A7a-social-e-o-papel-da-justi%C3%A7a-do-trabalho>>. Acesso em 27 set. 2021.

a intervenção da lei, o ambiente de trabalho seria marcado pela barbárie nas relações, onde empregadores aproveitar-se-iam de todas as possibilidades para explorar o trabalhador até a exaustão. Dado isso, pergunta-se: o objetivo inicial da CLT, que era de proteger a classe trabalhadora, foi alcançado? [...] ³⁶

O questionamento feito pela autora pode ser definido como o ponto de partida da análise que será feita na sequência, isto porque tanto a CLT, quanto a Justiça do Trabalho, quando da sua criação, não foram motivadas pela questão econômica ou política, mas sim por uma necessidade humanitária e social, afim de proteger os trabalhadores que sequer possuíam direito a um salário minimamente digno.

Como muito bem elucida Carvalho, acerca da Lei nº 13.467, quando afirma que ela possui como objetivo reduzir “[...] a noção de que a venda da mercadoria força de trabalho trata-se de uma relação entre pessoas, substituindo-a por uma visão que trata essa venda como uma relação entre coisas.” ³⁷

Prova disso é o que diz Yeung em sua obra, uma vez baseada em pesquisas realizadas em 600 empresas, chegou a conclusão que em um período de 10 anos, as empresas estiveram envolvidas em 134.500 processos judiciais, sendo que 80% desses processos eram trabalhistas, e por esse motivo, a autora chegou à conclusão de que “o Direito Trabalhista no Brasil, ao invés de pacificar a relação entre os participantes das relações do trabalho (empregadores e empregados), tem causado sérias distorções e incentivado o conflito” ³⁸.

Neste sentido é que se faz necessário retornar ao início deste capítulo quando tem se falado no caráter da Justiça do Trabalho e o que ela representa no ordenamento jurídico brasileiro. Portanto, se mostra relevante lembrar que a Justiça do Trabalho foi criada justamente como uma ferramenta a ser utilizada pelo empregado na busca de seus direitos, os quais foram violados pelo empregador durante a relação de emprego.

Portanto, analisando-se a situação sob a perspectiva Luhmanniana, bem como em relação ao que foi exposto no decorrer do primeiro capítulo, percebe-se que para o sistema operativamente fechado do direito, a Justiça do Trabalho tem cumprido com o seu papel, posto que tem recebido e processado ações trabalhistas que buscam a solução dos conflitos gerados no âmbito da relação de trabalho, isto porque o conflito,

³⁶ YEUNG, Luciana Luk-Tai. **Análise econômica do Direito do Trabalho e da Reforma Trabalhista: Um dossiê sobre análise econômica do direito.** Revista Estudos Institucionais, Vol. 3, p. 891-921, 2017. Disponível em: <<https://www.estudosinstitucionais.com/REI/article/view/227>>. Acesso em 27 set. 2021.

³⁷ CARVALHO, Sandro Sacchet de. **Uma visão geral sobre a reforma trabalhista.** Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea). Política em Foco. Mercado de trabalho: conjuntura e análise – Artigos, p. 81-94, 2017. Disponível em: <<http://repositorio.ipea.gov.br/handle/11058/8130>>. Acesso em 27 set. 2021.

³⁸ YEUNG, Luciana Luk-Tai. **Análise econômica do Direito do Trabalho e da Reforma Trabalhista: Um dossiê sobre análise econômica do direito.** Revista Estudos Institucionais, Vol. 3, p. 891-921, 2017. Disponível em: <<https://www.estudosinstitucionais.com/REI/article/view/227>>. Acesso em 27 set. 2021.

contrariamente ao que afirma Yeung, não nasceu na esfera judicial, mas sim antes dela, sendo o órgão jurisdicional o espaço para solucioná-la de forma justa e igualitária.

Nesta linha de raciocínio é que se percebe a influência do sistema econômico sobre o sistema jurídico, em razão de que para a análise econômica, segundo Yeung, a justificativa econômica para as modificações legislativas é a de que as partes são racionais, que sabem o que querem e o lhes é benéfico, compreendendo que possibilitando às partes a negociação, o resultado alcançado maximizaria os ganhos sociais, fazendo referência específica ao art. 611-A da CLT.³⁹

Ainda, uma das motivações que levaram a efeito a Reforma Trabalhista, de acordo com Yeung, é o fato de que a antiga CLT criou “distorções macroeconômicas e microeconômicas”, ou seja, os efeitos microeconômicos dizem respeito aos altos custos de contratação e demissão, sendo que dá como exemplo a impossibilidade de contratos temporários além daqueles já previstos na legislação.

Ainda, define os efeitos macroeconômicos como os baixos índices de poupança e de crescimento, e os altos índices de consumo e gastos, entendendo que o pagamento das férias é um valor extra para que o trabalhador possa aproveitar um “extra” da vida, compreendendo que “as leis trabalhistas em particular, geram impactos negativos para a economia que, no final, acabam por prejudicar os próprios trabalhadores”.

Ocorre que afim de contrapor tais estudos traçados pela autora supramencionada, se faz necessário analisar o que entende Maior sobre a situação apresentada, qual seja, sobre como

[...] a ideologia neoliberal procura impor a noção de que o direito do trabalho foi o causador da crise econômica, [...], segundo o qual os pobres são pobres por sua própria culpa. Procura, também, convencer-nos de que o alto custo da mão-de-obra, gerado pelas regras trabalhistas, foi o que causou o alto índice de desemprego. E, por fim, identifica o Estado social como o culpado de tudo isso, já que teria sido obra sua a criação dos direitos sociais.⁴⁰

Portanto, diante das justificativas para uma Reforma Trabalhista, apresentadas por Yeung em sua obra, e diante da análise de Maior sobre tais justificativas, observa-se que a análise econômica do direito se utilizou de uma ideologia neoliberal para justificar a necessidade de modificações legislativas.

³⁹ YEUNG, Luciana Luk-Tai. Análise econômica do Direito do Trabalho e da Reforma Trabalhista: Um dossiê sobre análise econômica do direito. **Revista Estudos Institucionais**, Vol. 3, p. 891-921, 2017. Disponível em: <<https://www.estudosinstitucionais.com/REI/article/view/227>>. Acesso em 27 set. 2021.

⁴⁰ MAIOR, Jorge Luiz Souto. Direito do Trabalho e Desenvolvimento Econômico. Um Contraponto à Teoria da Flexibilização. **Revista da Faculdade de Direito Padre Anchieta** - Ano III – Nº 5 - Setembro/2002. Disponível em: <<file:///C:/Users/Usuario/Downloads/133-Texto%20do%20artigo-188-1-10-20190530.pdf>>. Acesso em 27 set. 2021.

Ademais, resta evidente que a análise realizada se baseou entre sistema jurídico e ambiente, tanto econômico como social, sendo que conforme descreve Saad-Diniz, é desta forma que o acoplamento estrutural se evidencia, quando a operacionalidade interna do sistema encontra as suas dimensões na observação de sistema e ambiente.

Ainda Saad-Diniz afirma que Luhmann compreende que “economia e direito trocam entre si recíprocas observações sistema/ambiente”, compreendendo que o sentido do acoplamento entre estes sistemas, “é incrementar a capacidade evolutiva de ambos os sistemas, orientados pelo desenvolvimento da própria sociedade”.⁴¹

Nesse sentido também, como forma de incrementar o debate acerca das influências neoliberais que tem se estendido sob as leis trabalhistas, bem como diante de duas versões totalmente contrárias em relação às mesmas modificações trabalhistas, se mostra interessante observar o que descreve Neves em sua obra *Transconstitucionalismo*, acerca do que chama de “ponto cego”,

[...] todo observador tem um limite de visão no “ponto cego”, aquele que o observador não pode ver em virtude da sua posição ou perspectiva de observação. Mas, se é verdade, considerando a diversidade de perspectivas de observação de altere ego, que “eu vejo o que tu não vês”, cabe acrescentar que o “ponto cego” de um observador pode ser visto pelo outro.⁴²

Acerca desse pensamento, é que Boff e Tocchetto relatam sobre o sistema econômico, compreendendo que se trata de um dos sistemas mais influentes à sociedade pós-moderna, agindo como facilitador ou limitador dos sistemas sociais, sendo que enquanto o sistema jurídico trabalha com o código binário do ilícito/ilícito, o sistema econômico aborda o código ter/não ter.⁴³

Desta forma, observa-se que no âmbito do sistema jurídico, o sistema econômico, especificamente a análise econômica do direito, tem atuado na forma de influência neoliberal, eis que o conceito de neoliberalismo definido por Foucault se confunde muito com a visão apresentada por Yeung da análise econômica do direito, uma vez que, para Foucault, o que o neoliberalismo faz é uma mudança de visão.⁴⁴

Ocorre que ele produz uma mudança da visão clássica do objeto da economia, qual seja, capital e investimentos, para um estudo individual em que os indivíduos

⁴¹ SAAD-DINIZ, Eduardo. **Economia e direito na teoria dos sistemas de Niklas Luhmann**. Disponível em: <https://www.direitorp.usp.br/wp-content/uploads/2014/11/artigo_eduardo_saad_diniz.pdf>. Acesso em 27 set. 2021.

⁴² NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 297-298

⁴³ BOFF, Salete Oro; TOCCHETTO, Gabriel Zanatta. Economia e Direito na teoria sistêmica autopoietica. **Revista de Sociologia, Antropologia e Cultura Jurídica**. e-ISSN: 2526-0251. Salvador. v. 4. n. 1. p. 100–118. Jan/Jun. 2018. Disponível em: <<https://www.indexlaw.org/index.php/culturajuridica/article/view/3926>>. Acesso em 27 set. 2021.

⁴⁴ HEINEN, Luana Renostro. **A Análise Econômica do Direito de Richard Posner e os pressupostos irrealistas da economia neoclássica**. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=991c0955da231335>>. Acesso em 27 set. 2021.

escolhem alocar recursos para fins alternativos, assim, para Heinen, há dois pressupostos que guiam a análise econômica do direito e o sistema econômico, “1) os indivíduos têm preferências e são capazes de ordená-las; 2) essas preferências tem caráter matéria”.⁴⁵

Cumprido ressaltar, neste aspecto, as palavras de Moraes Filho retratadas por Martins em sua obra, acerca da relação existente entre Direito do Trabalho e Economia, quando afirma que “pode-se dizer sem receio de errar que nenhum outro ramo do direito vive tão próximo das manifestações econômicas como o Direito do Trabalho. O seu conteúdo é econômico por excelência”.⁴⁶

Diante disso, tendo em vista que o objeto de estudo neste capítulo é a compreensão de possível relação de influência entre o neoliberalismo presente na Reforma Trabalhista e o sistema jurídico, resta evidenciado pelo exposto, que o sistema jurídico não deixou de ser o sistema operativamente fechado definido por Luhmann, mas que tem sofrido forte influência do sistema econômico, especialmente no Direito do Trabalho, inclusive fazendo com que a própria Justiça do Trabalho e a CLT perdessem sua força protetiva normativa em favor dos direitos do trabalho, passando a exercer uma função regulamentadora e limitada.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Levando-se em consideração o estudo proposto, bem como o desenvolvimento da pesquisa, que pretendeu abordar a visão luhmanniana acerca da Teoria dos Sistemas, tendo como enfoque o Direito do Trabalho, e especificamente a Reforma Trabalhista sob a Lei nº 13.467/2017, tendo como ponto de partida a análise do direito sob o sistema econômico, observa-se que a influência neoliberal presente nas modificações legislativas trabalhistas, tem sua origem na análise econômica do direito, ou vice-versa.

O que se pode depreender da análise realizada, é que as modificações decorrentes da Reforma Trabalhista, não apenas modificaram a lei, mas sim a ferramenta utilizada pelos empregados para efetivá-la, qual seja, a Justiça do Trabalho, que transformou-se intrinsecamente no que diz respeito à sua função primordial enquanto órgãos jurisdicional de defesa dos direitos dos trabalhadores.

⁴⁵ HEINEN, Luana Renostro. **A Análise Econômica do Direito de Richard Posner e os pressupostos irrealistas da economia neoclássica**. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=991c0955da231335>>. Acesso em 27 set. 2021

⁴⁶ MARTINS, Sérgio Pinto. Relações do Direito do Trabalho com outras disciplinas não-jurídicas. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**. v. 98. 2003, p. 231-243. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/download/67588/70198/89013>>. Acesso em 27 set. 2021.

Nesse sentido, verifica-se que a autonomia do Direito do Trabalho foi posta em xeque desde a proposta das referidas modificações. Até então, o ramo do Direito do Trabalho se mostrava autônomo, em vista de que possui seu próprio ordenamento jurídico, composto de princípios, normas, e inclusive órgão jurisdicional específico, no entanto, diante da influência do sistema econômico tem se percebido a escassez desta autonomia, isto porque houve a violação de princípios específicos trabalhistas afim de que fosse implantada a ideologia neoliberal.

Portanto, diante do estudo traçado, compreende-se que a análise econômica do direito, partindo do pressuposto de que os seres humanos são seres racionais e que possuem consciência de suas escolhas, entende que na relação de trabalho/emprego, as partes estão aptas para acordarem e buscarem uma solução para suas pendências. No entanto, observa-se que nesta linha de raciocínio, há inércia acerca da hipossuficiência do empregado, e de sua desigualdade perante o empregador, bem como os altos índices de desemprego e a relação de subordinação e dependência existente entre as partes.

Por fim, verifica-se que ao dispor sobre as modificações legislativas, o sistema econômico possui o enfoque justamente em critérios econômicos e lucrativos, esquecendo-se da pessoa do trabalhador, suas condições pessoais, o histórico das relações de trabalho no Brasil, e principalmente, dos direitos do trabalhador, fazendo com que o Direito do Trabalho perca sua autonomia e essência, submetendo-se à critérios que não serviram como base da criação de suas normas, princípios e institutos específicos.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

AGÊNCIA IBGE Notícias, *Entre 2014 e 2017, desemprego cresceu mais em Santa Catarina e no Rio*. 22 fev. 2018. Disponível em: <<https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/20118-entre-2014-e-2017-desemprego-cresceu-mais-em-santa-catarina-e-no-rio-de-janeiro>>. Acesso em 27 set. 2021.

BOFF, Salete Oro; TOCCHETTO, Gabriel Zanatta. **Economia e Direito na teoria sistêmica autopoietica**. Revista de Sociologia, Antropologia e Cultura Jurídica. e-ISSN: 2526-0251. Salvador. v. 4. n. 1. p. 100-118. Jan/Jun. 2018. Disponível em: <<https://www.indexlaw.org/index.php/culturajuridica/article/view/3926>>. Acesso em 27 set. 2021

CARVALHO, Sandro Sacchet de. **Uma visão geral sobre a reforma trabalhista**. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea). Política em Foco. Mercado de trabalho: conjuntura e análise – Artigos, p. 81-94, 2017. Disponível em: <<http://repositorio.ipea.gov.br/handle/11058/8130>>. Acesso em 27 set. 2021.

EL PAÍS. *Temer diz que a reforma trabalhista vai trazer “emprego e harmonia”*. 01 mai. 2017. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2017/05/01/actualidad/1493660125_039251.html>. Acesso em 27 set. 2021.

HEINEN, Luana Renostro. **A Análise Econômica do Direito de Richard Posner e os pressupostos irrealistas da economia neoclássica**. Publica Direito. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=991c0955da231335>>. Acesso em 27 set. 2021.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**, México, Herder, 2007.

_____. **O Direito da Sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

_____. **Sociologia do Direito I**. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983.

LUHMANN, Niklas; DE GIORGI, Raffaele. **Teoría de la Sociedad**. Guadalajara, México: Universidad de Guadalajara/Universidad Iberoamericana/Iteso, 1993.

MAIOR, Jorge Luiz Souto. Direito o Trabalho e Desenvolvimento Econômico: Um Contraponto à Teoria da Flexibilização. Revista da Faculdade de Direito Padre Anchieta - Ano III - Nº 5 - Setembro/2002. Disponível em: <<file:///C:/Users/Usuario/Downloads/133-Texto%20do%20artigo-188-1-10-20190530.pdf>>. Acesso em 27 set. 2021.

MARTINS, Sérgio Pinto. Relações do Direito do Trabalho com outras disciplinas não-jurídicas. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**. v. 98. 2003, p. 231-243. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/download/67588/70198/89013>>. Acesso em 27 set. 2021.

NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

PLÁ RODRIGUEZ, Américo. **Princípios de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr., 3ª ed. Atual, 2000.

RODRIGUES, Léo Peixoto; NEVES, Fabrício Monteiro. **Niklas Luhmann: A sociedade como sistema**. Porto Alegre: EdIPUCRS, 2012.

SAAD-DINIZ, Eduardo. **Economia e direito na teoria dos sistemas de Niklas Luhmann**. Disponível em: <https://www.direitorp.usp.br/wp-content/uploads/2014/11/artigo_eduardo_saad_diniz.pdf>. Acesso em 27 set. 2021.

TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. Dia Mundial da Justiça Social e o papel da Justiça do Trabalho. 19 fev. 2021. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/web/guest/-/dia-mundial-da-justi%C3%A7a-social-e-o-papel-da-justi%C3%A7a-do-trabalho>>. Acesso em 27 set. 2021.

YEUNG, Luciana Luk-Tai. Análise econômica do Direito do Trabalho e da Reforma Trabalhista: Um dossiê sobre análise econômica do direito. **Revista Estudos**

Institucionais, Vol. 3, p. 891-921, 2017. Disponível em: <<https://www.estudosinstitucionais.com/REI/article/view/227>>. Acesso em 27 set. 2021.

COMPLIANCE E CULTURA DE CONFORMIDADE NAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS¹

COMPLIANCE AND CONFORMITY CULTURE IN PUBLIC HIRES

Anna Gabert Nascimento²

Janaína Rigo Santin³

Resumo

A pesquisa a partir do método hipotético-dedutivo, faz uma análise em relação aos programas de *compliance* e sua posituação na legislação nacional brasileira, em especial no Estado do Rio Grande do Sul. Tenciona-se verificar a sua adequação como forma de prevenção a uma cultura de desvios e malversação dos recursos que permeia muitas das contratações públicas ao longo da existência do país. Desta forma, buscar-se-á identificar possíveis benefícios e adversidades em relação a aplicabilidade fática e jurídica de um sistema de integridade no Brasil.

Palavras-chave: *Compliance*; Contratações Públicas; Programas de Integridade.

Abstract

The research, using the hypothetical-deductive method, analyzes compliance programs and their affirmation in Brazilian national legislation, especially in the State of Rio Grande do Sul. culture of diversion and misuse of resources that permeates many of the public contracts throughout the country's existence. In this way, an attempt will be made to identify possible benefits and adversities in relation to the factual and legal applicability of an integrity system in Brazil.

Keywords: Compliance; Public hires; Integrity programs

INTRODUÇÃO

O Brasil, desde a sua independência e constituição como um ente político soberano, sofre com atos nocivos à *res publica*, tais como práticas de patrimonialismo, coronelismo, clientelismo, filhotismo e corrupção. Em meio a um histórico de corrupção e atos de malversação da coisa pública, promovidos tanto no âmbito da

¹ Artigo científico produzido como Trabalho de Conclusão de Curso, na Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo/RS, no ano de 2021.

²Graduanda em Direito pela Universidade de Passo Fundo. Pesquisadora e membro do Grupo de Pesquisa Relações Sociais e Dimensões do Poder, cadastrado na base de dados do CNPq e vinculado ao Mestrado em Direito da Universidade de Passo Fundo. Bolsista PROBIC/FAPERGS. E-mail: 171415@upf.br. Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6607804132283428>

³ Professora Doutora de Direito Urbanístico e das Obrigações da Universidade de Passo Fundo, Rio Grande do Sul, Brasil. Pós-doutorado em Direito pela Universidade de Lisboa (Bolsa CAPES). Doutora em Direito Universidade Federal do Paraná, Brasil. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina, Brasil. Advogada e docente permanente do Mestrado em Direito e do Doutorado em História da UPF. Professora de Direito Administrativo da Universidade de Caxias do Sul, Brasil. Professora Visitante do Mestrado em Direito da Universidade Agostinho Neto, em Luanda, Angola. Email: janainars@upf.br. Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3213900043864696>

administração pública direta quanto indireta, bem como na delegação de serviços públicos e na atuação do terceiro setor, a sociedade tenciona buscar soluções que efetivem princípios como o da moralidade, interesse público, legalidade e eficiência. Desta forma, surgem questionamentos em relação a formas de controle que possam, de uma forma total ou parcial, prevenir ou identificar possíveis atos descabidos e que atentem à Administração Pública, visando que medidas de prevenção e punição sejam tomadas.

Neste sentido, a presente pesquisa intentará analisar a *compliance*, ou seja, a adoção de programas de integridade tanto por parte das empresas que contratem com o Poder Público, como também para os órgãos e entes públicos, a fim de prevenir atos de corrupção. *Compliance* vem do inglês, tendo como significado “estar em acordo.” Estes programas foram positivados no ordenamento jurídico brasileiro por meio da Lei Anticorrupção e da Lei das Estatais. Porém, por ser uma legislação muito recente ainda traz muitas lacunas a serem desveladas. Assim, o presente estudo, a partir do método hipotético-dedutivo, versará por identificar possíveis benefícios e adversidades em relação a aplicabilidade fática e jurídica dos programas de *compliance* no Brasil, tendo como princípio norteador a prevenção de desvios e a conformidade da atuação daqueles que lidam com recursos públicos, sobretudo em relação ao previsto em bases éticas. Busca-se, por meio da adequação das empresas, órgãos e entes com a novel previsão legislativa a prevenção de práticas de má conduta e má gestão dos atores principais das contratações públicas. Por fim, será referenciado os programas de integridade dentro da legislação do estado do Rio Grande do Sul, tendo como norte o texto normativo e sua aplicação nas contratações do Estado gaúcho.

1. COMPLIANCE COMO FORMA DE CONTROLE: ASPECTOS GERAIS

A partir de um cenário cada vez mais globalizado, no qual muitas organizações buscam adentrar em um mercado competitivo com a delimitação de estratégias de prevenção em relação à escândalos de corrupção e de desconformidade com preceitos éticos, a adoção de programas de integridade⁴ por parte dessas empresas passa a ser uma alternativa viável e exigível, sobretudo, daquelas que participam de contratações públicas. Sendo assim, a *compliance* passa a ser um mecanismo de visibilidade positiva, que vai ao encontro da prevenção ética e da conformidade com a legislação.

⁴ Dworkin (2007, p.227) traz que “a integridade protege contra a parcialidade, a fraude ou outras formas de corrupção.”

Desta forma, os mecanismos de *compliance* passam a ser vistos em várias esferas no setor privado e também no setor público, com a inserção no campo normativo interno das entidades e também no que tangem as legislações externas, como as que estão inseridas em vários dos ordenamentos jurídicos pelo mundo. Sendo assim, faz-se necessário primordialmente inserir uma definição em torno do que se trata este sistema.

Conceitualmente, em matéria doutrinária, há uma grande discussão em relação a correta designação do que seria o conceito ideal para o termo *compliance*. Alguns doutrinadores referem que não se pode apenas trazer como uma simples tradução, enquanto outros definem o *compliance* com a transposição literal da língua inglesa para a portuguesa. Neste sentido, seguindo a corrente que conceitua de acordo com a tradução literal, Carvalho e Abreu⁵ referem que *Compliance* vem do inglês “estar de acordo com.” Corroborando, Schilder⁶ refere que a interpretação em relação aos programas de *compliance* pode se dar pelo expresso sentido que é “obediência” ou “obrigação.”

No entanto, há uma corrente crítica em relação a apenas trazer uma fixação conceitual em torno da tradução do inglês para o português, na qual, Bertocelli⁷ cita que não há como apenas estabelecer o *compliance* através de sua mera tradução, já que está avante de um simples cumprimento de formalidades. Definindo assim, como ferramenta de larga abrangência em que devem ser elencados as suas aplicações dentro da estrutura corporativa⁸, como objeto de atenuação de ameaças, desenvolvimento de práticas éticas e de estabilidade de equipe, influenciando em medidas de afirmação de empresas com ampla atenção as predileções dos “*stakeholders*”⁹ Em um mesmo sentido, Saavedra¹⁰ define que “trata-se de um conceito relacional”, onde deve ser adequado de acordo com a situação fática apresentada. Sendo que, pode-se definir o *compliance* como a ciência que interfere no alcance de tomadas de decisões que limitem o destino da corporação, com base na aferição dos riscos identificados dentro do presente instante, de acordo com a implementação da correta postura corporativa. Por fim, firmando ainda mais este entendimento, Parker

⁵ CARVALHO, Itamar; ABREU, Bruno Cesar Almeida. Programas de compliance: o programa de integridade in CARVALHO, André de Castro et al(org). **Manual de Compliance**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p.61.

⁶ SCHILDER, Arnold. **Banks and the compliance challenge**. BCBS: Bangkok, 2006.p.2.

⁷ BERTOCCELLI, Rodrigo de Pinho. Governança Corporativa. In: CARVALHO, André de Castro et al. **Manual de Compliance**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.p.39.

⁸ Em relação ao corporativismo, Bobbio, Matteuci e Pasquino (1998, p.287) define como “que propugna a organização da coletividade baseada na associação representativa dos interesses e das atividades profissionais (corporações).”

⁹ Palavra em inglês utilizada para se referir a todos aqueles que interferem ou usufruem das decisões e proventos dentro de empresas. (SAVAGE et al, 1991, p.61-62)

¹⁰ SAAVEDRA, Giovani Agostini. Panorama do Compliance no Brasil: Avanços e Novidades. In NOHARA, Irene Patrícia; BASTOS, Flávio de Leão. **Governança, Compliance e Cidadania**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p.42.

e Nielsen¹¹, trazem duas perspectivas em relação a definição de *Compliance*. Preliminarmente, conforme os autores, é possível identificar a perspectiva objetiva, que entende *compliance* como uma correta execução de normas. Mas também, pode-se denotar que há ainda uma compreensão interpretativista, que refere como um procedimento enigmático e com diferentes sentidos.

A partir desta definição conceitual, faz-se necessário aferir às origens dos programas de *compliance*, a partir de uma breve cronologia. As práticas éticas, embora muito vinculadas com a modernidade vem desde a Roma e Grécia Antiga e dos próprios povos indígenas que traziam dentro de suas tribos normativas baseadas na moral e bons costumes¹². Alguns séculos mais tarde, em 1969, a Convenção Interamericana de Direitos Humanos, apontou aos países adeptos, a inevitabilidade do desenvolvimento interno de ferramentas que possibilitassem incluir formas de trazer para as esferas públicas e privadas uma noção ética de corporativismo, deste modo, visando a prevenção e a penalização dos atos de desvirtuamento de gestão¹³. No mesmo sentido pode-se elencar o sistema norte americano. Saad-Diniz¹⁴ refere que de uma forma pioneira, o país passou a aplicar em suas contratações públicas diretrizes jurídicas pautadas em finalidades éticas e sociais. Neste caso, confere-se ao setor privado estratégias de controle social formal, importantes para o reconhecimento da personalidade das empresas. Neste contexto, pode-se verificar que estas organizações podem ter um papel fundamental no que tange à prevenção e a mitigação de riscos.

Superada esta questão originária e conceitual em relação aos sistemas de *compliance*, é necessário apontar algumas finalidades em relação a implementação destas práticas. Soltes¹⁵ refere que há três objetivos dentro destes programas nos quais afirma-se como o mais importante, a questão da mitigação de atos de lesividade por parte dos membros de equipe. Em segundo lugar, obsta-se a implementação de ferramentas para detecção de condutas de malversação. Por último, objetiva-se o engajamento de todo o *staff* ao cumprimento das disposições previstas em arcabouços

¹¹ PARKER, Christine; NIELSEN, Wiebeke Lehmann. Compliance: 14 questions. In: PETER, Drahos(org.). **Foundations and applications**. Camberra: ANU Press, 2017. p.218

¹² OLIVEIRA, Régis Fernandes de. Compliance e direito administrativo: aspectos gerais. In: DAL POZZO, Augusto Neves; MARTINS, Ricardo Marcondes(org.). **Compliance no Direito Administrativo**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p.56.

¹³ BARROS, Renata Campos Bernardes. COELHO, Saulo de Oliveira Pinto. *Compliance* e programas de integridade e prevenção à corrupção nas organizações sociais: crítica dos marcos regulatórios e diagnóstico preliminar da situação no estado de Goiás. In: SILVA, Rogério Luiz Nery da. **Direitos sociais e políticas públicas I**. Florianópolis: CONPEDI, 2019.p.10.

¹⁴ SAAD-DINIZ, Eduardo. **Ética negocial e compliance: entre a educação executiva e a interpretação judicial**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.p.158.

¹⁵ SOLTES, Eugene. Evaluating the effectiveness of corporate compliance programs: establishing a model for prosecutors, courts, and firms. **NYU Journal of Law Business**, v. 14, n. 3, pp 265-1011, 2018. Disponível em: <https://www.hbs.edu/faculty/Pages/item.aspx?num=55233> Acesso em: 07 out. 2020. p. 978.

jurídicos internos e externos, promovendo dentro destes uma ampla descrição do que deverá ser feito até mesmo em casos de identificação de práticas que não se adequam aos regramentos instituídos.

Neste contexto, Schilder¹⁶ traz como finalidades da adoção pelas empresas de programas de integridade: a) o direcionamento das altas cúpulas empresariais para boas práticas de integridade; b) o treinamento de colaboradores para adoção de práticas de adequação ao ambiente corporativo íntegro; c) a mensuração e o reconhecimento de riscos; d) o acompanhamento de todo o processo de conformidade através de informativos, de responsabilidade da equipe que compõe este setor de controle.

Entretanto, é manifesto que para a implementação de um sistema de *compliance*, baseado no cumprimento de suas finalidades, é necessário que tenha uma rigorosa submissão a alguns requisitos, que vão desde a sua implementação inicial até a execução no plano concreto. Candeloro, Rizzo e Pinho¹⁷ indagam que a *compliance* é um sistema que traz normas e posições em conformidade com princípios morais, sendo necessário que após a sua instalação, ele seja levado como marco que irá delinear todos os procedimentos da entidade dentro do seu ramo de atuação e também em relação as atividades do quadro de colaboradores. Neste sentido, Almeida¹⁸ aduz que, é de suma importância exprimir que ao processar este tipo de ferramenta, é necessário que haja ensejos para garantir uma evolução efetiva do projeto. Trazendo este meio, para fomentar as deliberações administrativas.

Segundo Abdullah, Sadiq e Indulska¹⁹, pode-se observar que as instruções em relação a aplicabilidade dos programas de *compliance* devem estar positivados em normas internas da própria empresa ou por organismos governamentais. Desta forma, faz-se necessário um elo entre poder público (editando matrizes de regramentos) e entidade privada (implementando dentro de suas organizações).

Gabardo e Castella²⁰ referem que a partir de previsões legais que buscam trazer o setor privado para a inserção de uma correta administração de fatores que possam

¹⁶ SCHILDER, Arnold. **Banks and the compliance challenge**. BCBS: Bangkok, 2006.p.4.

¹⁷ CANDELORO, Ana Paula P.; RIZZO, Maria Balbina Martins de; PINHO, Vinícius. **Compliance 360º**: riscos, estratégias, conflitos e vaidades no mundo corporativo. São Paulo: Trevisan, 2012.p30.

¹⁸ ALMEIDA, Luiz Eduardo. Governança Corporativa. In: CARVALHO, André de Castro et al(org.). **Manual de Compliance**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.p.3.

¹⁹ ABDULLAH, Norris Syed; SADIQ, Shazia., INDULSKA, Marta. A Compliance Management Ontology: Developing Shared Understanding through Models. In: RALYTÉ, J. et al. (coord.) **CAiSE 2012**. LNCS, vol. 7328, pp. 429–444. Springer, Heidelberg. Disponível em: https://link.springer.com/chapter/10.1007/978-3-642-31095-9_28 Acesso em: 20 out. 2020. p.42.

²⁰ GABARDO, Emerson; CASTELLA, Gabriel Morettini e. A nova Lei anticorrupção e a importância do *compliance* para as empresas que se relacionam com a administração pública. **R. de Dir. Administrativo e Constitucional**. Belo Horizonte, ano 15, n. 60, p. 129-147, abr-jun.2015. Disponível em: <http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/55> Acesso em: 10 out. 2020. p.134.

implicar em riscos, surgem os programas de *compliance*, como forma hodierna de controle. Nesta perspectiva as empresas privadas passam a qualificar seu quadro de funcionários, direcionando estes a buscar projetos de conformidade. Assim, Soltes²¹ alerta que o cenário dos últimos anos, vem demonstrando a *compliance* como uma ferramenta que demonstra um agigantamento estrutural com multifacetadas. Diante disto, as empresas passaram a adotar dentro de suas equipes, cada vez mais, funcionários com cargos inerentes a aplicação deste meio de controle interno, criando setores específicos para que a gestão de conformidade e adequação seja devidamente equacionada.

Desta forma, quando as corporações cumprem os requisitos legais e atingem as metas apresentadas anteriormente, as corporações passam a obter alguns benefícios e retornos em relação aos seus planos de governança corporativa. Em matéria financeira, Schilder²² refere que a cada “U\$ 1,00 investido, há uma economia de U\$ 5,00.” Denota-se a partir da afirmativa que, uma empresa em conformidade passa a ter uma melhor adequação em seu fluxo de caixa, prevenindo esquemas de corrupção.

Essa boa governança também se traduz em um maior número de negócios em razão do marketing positivo em torno da confiabilidade da empresa perante ao mercado externo, que em concomitância, dependendo do modelo societário, eleva o valor de suas ações. Corroborando a isso e trazendo mais alguns benefícios, as orientações do Conselho Administrativo de Defesa Econômica-CADE²³ referem que estas empresas passam a possuir medidas cautelares e de antecipação do reconhecimento de riscos, verificação de atos de malversação em concorrentes. Assim, alavanca-se a empresa perante ao mercado devido a visão de credibilidade perante os seus pares, ampliação da educação moral de colaboradores e por fim diminuição de custos relativos a situações que decorrem por atos de má gestão, corrupção e desperdício de verbas.

Sob a perspectiva das empresas que contratam com a administração pública em certames licitatórios, a *compliance* é uma forma de prevenção da corrupção, pois a empresa baseará seus atos de acordo com normatizações e planos prévios, os quais devem proporcionar uma forma de gestão adequada à moral. Assim, dentro das empresas que contratam com o poder público, dependendo do valor do contrato, está previsto na nova legislação que elas serão desclassificadas nos processos licitatórios

²¹ SOLTES, Eugene. Evaluating the effectiveness of corporate compliance programs: establishing a model for prosecutors, courts, and firms. **NYU Journal of Law Business**, v. 14, n. 3, pp 265-1011, 2018. Disponível em: <https://www.hbs.edu/faculty/Pages/item.aspx?num=55233> Acesso em: 07 out. 2020. p.966.

²² SCHILDER, Arnold. **Banks and the compliance challenge**. BCBS: Bangkok, 2006.p.5.

²³ CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. **Guia Programas de Compliance**: Orientações e benefícios da adoção dos programas de *compliance* concorrencial. Disponível em: www.cade.gov.br Acesso em: 30 de out 2020. p.11-13.

se não adotarem um sistema estruturado de *compliance*. Vencido a fase concorrencial da licitação, com o contrato devidamente firmado, há ainda a benesse em relação a possíveis intempéries em relação a responsabilidade empresarial.²⁴

Neste sentido, Soltes²⁵, traz que um dos benefícios da aplicação de sistemas de *compliance* pode ser a não imputabilidade da pessoa jurídica em caso de responsabilidade, já que, se dentro dos meios judiciais for identificado que havia um programa de *compliance* bem estruturado, e que, no entanto, algum membro da empresa (pessoa física) mesmo assim cometeu desvios de conduta, pode em alguns casos a empresa ser eximida de culpa.

Por sua vez Tonin²⁶ lembra que as empresas que possuem este tipo de programa, podem, facilmente, identificar o protagonista do ato lesivo, já que, a conduta de todos os agentes será fracionada por sua atuação, afastando a possibilidade de apenas o empresário responder em processos de responsabilidade. Nohara²⁷ refere que no caso de responsabilização de uma empresa por ato atentatório a administração pública, apenas um bom sistema de *compliance* poderá minimizar ou eximir a empresa de gravosas sanções. Visto isto, pode-se aferir que, ao atingir suas finalidades e provocando benefícios às organizações, a uniformização global pela conformidade, passa a ser notada como um meio inevitável de trazer uma relação de confiança e equidade entre as relações comerciais com o poder público.

A partir desta análise de enfoque global, o presente estudo passará a analisar a implementação dos sistemas de *compliance* no Brasil. Santin²⁸ alerta que dentro de um contexto de organização social, o Brasil, em diversas esferas, ainda tem muito presente uma gestão patrimonialista²⁹ e de apropriação privada da coisa pública. Um Estado subdesenvolvido, que possui grandes desigualdades sociais, torna ainda mais necessária a implementação de programas de controle, ainda que em uma conjuntura

²⁴ NOHARA, Irene Patrícia. Lei Anticorrupção Empresarial e *compliance*: programa de *compliance* efetivo e cultura de integridade. In NOHARA, Irene Patrícia; BASTOS, Flávio de Leão. **Governança, Compliance e Cidadania**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p.25.

²⁵ SOLTES, Eugene. Evaluating the effectiveness of corporate compliance programs: establishing a model for prosecutors, courts, and firms. **NYU Journal of Law Business**, v. 14, n. 3, pp 265-1011, 2018. Disponível em: <https://www.hbs.edu/faculty/Pages/item.aspx?num=55233> Acesso em: 07 out. 2020.

²⁶ TONIN, Alexandre Beraldi. *Compliance*: uma visão do compliance como forma de mitigação de responsabilidade. **Revista dos Tribunais**, vol. 983, p. 265 – 288, Set, 2017. Disponível em: <https://dspace.almg.gov.br/handle/11037/25204> Acesso em: 10 out. 2020.

²⁷ NOHARA, Irene Patrícia. Lei Anticorrupção Empresarial e *compliance*: programa de *compliance* efetivo e cultura de integridade. In NOHARA, Irene Patrícia; BASTOS, Flávio de Leão. **Governança, Compliance e Cidadania**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p.25.

²⁸ 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.73-76.

²⁹ Em relação ao conceito de patrimonialismo Holanda (1995, p.145-146) define como a não separação entre o que é público e o patrimônio do gestor.

permeada por grandes descobertas em relação a atos nefastos de gestão e de “*law enforcement* reativo.”³⁰

Sendo assim, no próximo tópico será explorado a incidência e as necessidades de previsões legais dentro do ordenamento jurídico brasileiro para a implementação destes sistemas de controle.

2. COMPLIANCE NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

Infelizmente o Brasil carrega em sua essência, uma raiz patrimonialista, a qual deu azo a uma continuidade e subdivisões de práticas nefastas de gestão como o nepotismo, coronelismo, clientelismo e corrupção, evidenciadas ainda em grande escala no limiar do século XXI³¹. Essas práticas estão presentes em todas as esferas, sejam elas públicas ou privadas, e tiveram uma significativa importância nas disparidades entre as classes sociais³² no país. Destacando ainda que, em âmbito público tradicionalmente há a corrupção, sem que haja a distinção entre partidos políticos ou formas de administração. À vista disto, no Brasil, passou-se a ter cada vez mais movimentos a procura da positivação de ferramentas dentro de seu escopo legislativo para efetivar um controle tanto da gestão pública quanto das empresas contratantes.

Os projetos de *compliance* no Brasil, decorrem de uma ampla construção legislativa, especialmente após a Constituição Federal de 1988, a qual trouxe consigo algumas possibilidades principiológicas e de fiscalização aos atos negociais. Em seu art. 37 são trazidos os princípios que regem o regime jurídico-administrativo brasileiro, quais sejam: legalidade, impessoalidade, publicidade, eficiência e moralidade, os quais devem nortear o atuar da Administração Pública direta e indireta. A partir disto, tem-se várias formas constitucionais de fiscalizar os atos do poder público, como o controle interno, específico de cada órgão de poder em todos os entes federativos (arts. 70 a 74 da Constituição Federal). O controle externo estabelecido nos artigos 70 e 71 da Constituição Federal, que trazem a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial a União e das entidades da administração direta e indireta

³⁰ NOHARA, Irene Patrícia. Lei Anticorrupção Empresarial e *compliance*: programa de *compliance* efetivo e cultura de integridade. In NOHARA, Irene Patrícia; BASTOS, Flávio de Leão. **Governança, Compliance e Cidadania**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

³¹ SANTIN, Janaína Rigo; NASCIMENTO, Anna Gabert. Patrimonialismo na gestão pública: o caso do Brasil. **RJLB**, Ano 5(2019), nº6. p.1157-1178. Disponível em: https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2019/6/2019_06_1157_1178.pdf Acesso em: 10 out. 2020.

³² Em relação a esta desigualdade, Rousseau refere que enquanto alguns são lesados pela sua condição social, outros desfrutam de benesses como riquezas, poderio e reconhecimento. (ROUSSEAU, 2017, p.33-36)

que será exercida pelo congresso Nacional e pelos poderes legislativos dos demais entes federativos. Por este ângulo, respeitando os limites da independência dos poderes, há uma ingerência de controle prevista constitucionalmente ao poder legislativo, que deve apontar as ingerências praticadas dentro do poder executivo. E auxilia o poder legislativo no controle externo, como órgão autônomo, os Tribunais de Contas da União, dos Estados (exceto os Municípios do Rio de Janeiro e de São Paulo que possuem Tribunais de Contas Municipais), conforme disposto nos artigos 31, 71, 73 e 75 da Constituição.

Outrossim, a Constituição Federal em seu art. 129, estabeleceu ao Ministério Público a função de fiscal da lei, ou seja, exerce um papel visível no sentido de denunciar e coibir atos lesivos ao erário. Da mesma maneira, com a Emenda Constitucional 19/98, inseriu-se no artigo 37 o §3º, o qual acrescentou aos controles estatais tradicionais o paradigma do controle social, realizado a partir de uma maior publicidade, com o “acesso dos usuários aos registros administrativos e informações aos atos de governo”, trazendo mais transparência e possibilidade de controle em relação à atos lesivos à *res publica*.

Do mesmo modo, em 1999 houve a promulgação da lei nº 9.784, a qual regula o processo administrativo no âmbito da administração federal. Nesta lei reafirmou-se a sua submissão aos princípios constitucionais da administração pública e também fixou em seu art. 2º, IV, a “atuação segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé”. Desta forma, cabe aos agentes públicos tanto por exigência constitucional quanto infraconstitucional agir em conformidade com a principiologia moral e ética, a fim de que não sofram sanções.

Já em 2011, foi aprovada a lei nº 12.527/2011 (Lei do Acesso à Informação), a qual, trouxe em seu art. 5º diretrizes em torno de uma maior transparência e facilidade em relação ao acesso informativo sobre atos de gestão. E em 2013, foram indexadas ao arcabouço jurídico brasileiro duas novas leis que participaram ativamente neste processo de base normativa da adoção de programas de *compliance* no país: a lei das organizações criminosas e a lei anticorrupção. A lei 12.850/2013, a conhecida Lei das Organizações Criminosas, traz dentre outros preceitos, a “colaboração premiada”, com intuito de desvelar redes de criminalidade dentro ou fora da administração pública, capazes de prejudicar o Estado como um todo e “afastamento cautelar” de funcionários públicos envolvidos em esquemas de corrupção e outras atividades típicas estabelecidas em decorrência desta lei.

Entretanto, apesar desta ampla base normativa ainda não tinha maior efetividade no que tange à prevenção dos atos corruptivos, já que atentavam mais para a sua punição. Assim, a primeira legislação a inserir os programas de *compliance* como forma de prevenção e controle prévio da corrupção foi a Lei 12. 846/2013, denominada Lei Anticorrupção, que dentre outras diretrizes estabeleceu a responsabilidade civil e administrativa das pessoas jurídicas por atos que envolvam corrupção, desvios e apropriação privada da coisa pública.

Fortalecendo o arcabouço normativo trazido pela Lei Anticorrupção, em 2016 foi acrescida ao sistema normativo brasileiro a Lei 13.303, denominada de “Estatuto das Estatais”, ambos grandes marcos na inserção dos programas *compliance* no arranjo jurídico brasileiro. No próximo tópico serão abordadas com mais detalhes cada uma das novas legislações.

2.1 COMPLIANCE NA LEI ANTICORRUPÇÃO

A lei nº 12.846 de 2013 (Lei Anticorrupção), trouxe ao sistema normativo brasileiro diretrizes e práticas preventivas e de controle a corrupção³³, estabelecendo uma responsabilidade objetiva civil e administrativa em torno das pessoas jurídicas. Esta lei segundo Gabardo e Castella³⁴, foi gestada em um período de larga crítica interna e externa em torno da alastrada corrupção nos meios públicos e privados, apontada por Blok³⁵ como um tumor maligno, instituído desde os primórdios da sociedade e que se não enfrentado, pode atingir todos os sistemas de uma gestão.

Trata-se de um processo intitulado *rent-seeking*³⁶, ou de apropriação privada da coisa pública, evidenciado em casos bem recentes como Mensalão e operação Lava

³³ Em um sentido conceitual, Plácido e Silva (2014, p.609) situa que a corrupção como um termo “derivado do latim *corruptio*, “derivado do latim *currupcio*, de *corrumpere* (deitar a perder, estragar, destruir, corromper), etimologicamente possui o sentido de ação de destruir ou adulterar”. Também, pode-se citar Bobbio (p.292,1998) no qual, refere que a “corrupção significa transação ou troca entre quem corrompe e quem se deixa corromper. Trata-se normalmente de uma promessa de recompensa em troca de um comportamento que favoreça os interesses do corruptor; raramente se ameaça com punição a quem lese os interesses dos corruptores.”

³⁴ GABARDO, Emerson; CASTELLA, Gabriel Morettini e. A nova Lei anticorrupção e a importância do *compliance* para as empresas que se relacionam com a administração pública. **R. de Dir. Administrativo e Constitucional**. Belo Horizonte, ano 15, n. 60, p. 130, abr-jun.2015. Disponível em: <http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/55> Acesso em: 10 out. 2020.

³⁵ BLOK, Marcella. A nova lei anticorrupção e o *compliance*. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**, vol. 65, 2014, p. 263. Disponível em: <https://emd-public.nyc3.digitaloceanspaces.com/eusouempreendedor-uploads/RT-Marcella-Blok-Nova-lei-anticorrupt%C3%A7%C3%A3o-e-compliance-.pdf> Acesso em: 10 nov. 2020.

³⁶ Krueger define *rent-seeking* como atos de um indivíduo que através do Estado realiza ações de “caça- renda” tomando para si, recursos úteis que se tornam inaplicáveis. Para maior aprofundamento ver (KRUEGER, 1974).

Jato³⁷. Almeida ³⁸ destaca que o país o primeiro caso de “*insider trading*”, a ter um processo penal instituído, com sentença transitada em julgado em razão de “descumprimento de dever de diligência” foi o caso Sadia. A partir dele vieram outros, como o golpe no Banco Panamericano e, na sequência Mensalão e Lava-Jato.

Sendo assim, é possível afirmar que a prática endêmica de corrupção no país acabou por trazer inúmeros problemas políticos, econômicos, institucionais e financeiros, que fizeram o país mergulhar neste início do século XXI em uma importante crise ética e política. Isso exigiu a doção de freios regulatórios para não se atingir ainda mais a concretização dos direitos garantidos pela Constituição Federal em decorrência do constante “assalto” aos cofres públicos. Zenker³⁹ cita que em vários países no mundo há o investimento e implementação de situações que priorizam uma gestão que tenha como base norteadora os princípios éticos e morais e também da noção do trabalho conjunto (público e privado) contra a corrupção.

Sendo assim, verifica-se na Lei Anticorrupção a incidência de vários mecanismos de punição aos partícipes de atos corruptivos e de apropriação privada da coisa pública, bem como a atenuação de pena em caso de adoção de programas capazes de prevenir a corrupção. É, portanto, a primeira lei no Brasil a elucidar estes programas como forma de abrandar as práticas de corrupção em relação às empresas que participem de contratações com o poder público⁴⁰.

Saavedra⁴¹ aponta que a maior inovação trazida pela Lei Anticorrupção foi a observância de penalidades individuais e da responsabilidade objetiva das corporações em casos de afronta à ética e à lisura a administração pública. Nohara⁴² em mesmo sentido, destaca que esta previsão legal é de grande importância se atrelada a agora também positivada responsabilidade civil e administrativa⁴³ das pessoas jurídicas, já

³⁷ 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.72

³⁸ ALMEIDA, Luiz Eduardo. **Governança Corporativa**. in CARVALHO, André de Castro et al(org.). **Manual de Compliance**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.p.6.

³⁹ ZENKNER, Marcelo. Sistemas públicos de integridade: evolução e modernização da Administração Pública brasileira. In: ZENKNER, Marcelo; CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de (Coord.). **Compliance no setor público**. Belo Horizonte: Fórum, 2020.p.186.

⁴⁰ NOHARA, Irene Patrícia. Lei Anticorrupção Empresarial e *compliance*: programa de *compliance* efetivo e cultura de integridade. In NOHARA, Irene Patrícia; BASTOS, Flávio de Leão. **Governança, Compliance e Cidadania**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. P.28.

⁴¹ SAAVEDRA, Giovani Agostini. Panorama do Compliance no Brasil: Avanços e Novidades. In NOHARA, Irene Patrícia; BASTOS, Flávio de Leão. **Governança, Compliance e Cidadania**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. P.38.

⁴² NOHARA, Irene Patrícia. O princípio da realidade da LINDB aplicado à exigência de compliance nos municípios brasileiros. In ZENKNER, Marcelo; CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de. (coord.). **Compliance no setor público**. Belo Horizonte: Fórum, 2020.p.85.

⁴³ Neste seguimento, a lei 12.846/2013 aponta em seu art. 6º, incisos I e II, aponta como punições “multa, no valor de 0,1% (um décimo por cento) a 20% (vinte por cento) do faturamento bruto do último exercício anterior ao da instauração do processo administrativo, excluídos os tributos, a qual nunca será inferior à vantagem auferida, quando for possível sua estimação e publicação extraordinária da decisão condenatória.” Em relação a reparação de dano, o § 3º da referida lei,

que, trazem uma noção de punibilidade também da empresa pela má conduta dos agentes envolvidos. De acordo com a Lei Anticorrupção (12.846/2013), institui-se como órgão legitimado para adentrar e julgar processos administrativos para apuração de responsabilidade (PAR), aquele em que detém o mais alto grau de comando dentro das próprias entidades.

Destaca-se que a lei, em seu art. 7º, inciso VIII, trouxe algumas atenuantes no *quantum* de responsabilização de empresas que possuem um sistema de *compliance* e, mesmo com todas as medidas adotadas, acabou por se envolver em atos de corrupção. Tais atenuantes poderão ser aplicadas apenas para as sanções relativas à pessoa jurídica. Contudo, Lima⁴⁴frisa que, para obter atenuantes, é necessário que a empresa possua um programa concreto de integridade, e não apenas ficto. O programa deve ser real, efetivo e eficiente, e não apenas uma formalidade instituída na intenção de fraudar e se prevalecer dele em casos de imputação de responsabilidade. Neste contexto, o Decreto Federal 8.420/2015, que veio para regulamentar a Lei Anticorrupção, em seu art. 42 determina que os programas de integridade, para obterem as chamadas atenuantes, deverão respeitar incessantemente a aplicação ética, contábil, preventiva, punitivista e de adoção efetiva de políticas de conformidade.

Diante do exposto, pode-se auferir que a Lei Anticorrupção vem sendo um importante paradigma para a implementação dos sistemas de *compliance* nas empresas brasileiras, pois, além de trazer normativas em relação a punições aos corruptores, também, em seu texto, refere atenuantes que incentivam a aplicação dos programas de *compliance* dentro das corporações.

2.2 COMPLIANCE NA LEI DE RESPONSABILIDADE DAS ESTATAIS

Em 2016, houve a promulgação de mais uma normativa que visa à implementação dos programas de *compliance* em entes da Administração Pública, a chamada Lei de Responsabilidade das Estatais (13.303/2016). Esta lei, trata das empresas públicas e sociedades de economia mista, e positivou a *compliance* como mecanismo de controle a ser implementado também pelos organismos públicos. À vista

interpõe que há a responsabilidade de recompor de forma total, preconizando os princípios civilistas de retorno ao status quo.

⁴⁴ LIMA, Guilherme Corona Rodrigues. Os programas de *compliance* enquanto atenuantes na aplicação das sanções na Lei Federal nº 12.846/2013. In: DAL POZZO, Augusto Neves; MARTINS, Ricardo Marcondes(org.). **Compliance no Direito Administrativo**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.p.396.

disto, Fortini e Sherman⁴⁵ referem que esta lei veio no intuito de promover “a estruturação e a atuação das empresas estatais, mitigando tanto quanto possível as possibilidades de desvio e garantindo um ambiente minimamente seguro para o desenvolvimento de seus negócios e para a prestação de serviços.”

Ou seja, estes padrões de administração interna nas empresas, passaram a servir de paradigma pra que fosse inserido prerrogativas assertivas de combate à corrupção tanto no setor privado quanto no setor público. Neste sentido, Bertocelli⁴⁶ afirma que somente uma atuação conjunta entre as empresas privadas e setor público poderá trazer efeitos de prevenção e punição destas práticas nefastas para todo o sistema.

Desta forma, a lei estabeleceu alguns regramentos no que tange a integridade dentro das empresas estatais. Em seu art. 6º, interpõe um elo de ligação entre a conceituação dos programas de *compliance* e a tradução normativa, ao referenciar a observância de alguns requisitos que compõem os sistemas de integridade, como a “governança corporativa, transparência e gestão de riscos.” Trata-se de princípios norteadores na aplicação destes programas de integridade nas empresas públicas e sociedades de economia mista, nos três entes federativos. Além disto, a referida lei em seu art. 9º, estabeleceu as formas de realizar e implementar os programas de *compliance* dentro das estatais, garantindo assim que haja áreas e órgãos específicos responsáveis pela fiscalização e garantia de gestões baseadas na ética e controle de riscos. Para tanto, a lei prevê a formação de equipes destinadas a tal método para que, desta forma, fossem aplicados de forma profissional e qualificada metas de conformidade dentro das empresas estatais.

Ademais, o art. 9 em seu §1º, traz o instrumento mais importante de todos os programas de *compliance*, que é o código de conduta. Giamundo Neto, Dourado e Miguel⁴⁷ definem os códigos de conduta como um instrumento que é posto para trazer dentro dos órgãos públicos (no caso específico desta lei das empresas estatais) uma maneira de implementar uma tradição em relação a estar em conformidade com as normas, de forma que deva atingir a todos os funcionários, do mais alto ao mais baixo grau de hierarquia. Em relação ao modelo a ser seguido a Controladoria-Geral da

⁴⁵ FORTINI, Cristiana; SHERMAN, Ariane. Governança corporativa e medidas preventivas contra a corrupção na Administração Pública: um enfoque à luz da lei nº 13.303/2016. **Revista de Direito da Administração Pública**, Universidade Federal Fluminense, ISSN 24472042, a. 2, v. 2, n. 1, p. 176-187, jan/jun 2016.

⁴⁶ BERTOCCELLI, Rodrigo de Pinho. Governança Corporativa. In: CARVALHO, André de Castro et al. **Manual de Compliance**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.p.38-52.

⁴⁷ GIAMUNDO NETO, Giuseppe; DOURADO, Guilherme Afonso; MIGUEL, Luiz Felipe Hadlich. *Compliance* na Administração Pública. In: CARVALHO, André de Castro et al. **Manual de Compliance**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.p.747.

União⁴⁸, em relação ao modelo de *compliance* a ser seguido pelas estatais, estabelece que os códigos de ética “devem conter linguagem acessível, transmitindo sua mensagem independentemente do nível de escolaridade do público-alvo.”

Há de se constatar que, para atingir as finalidades do que está descrito nestes documentos, se faz necessário ter um bom canal de denúncia(ouvidorias) para que, no mundo fático, o que está presente nos códigos de ética seja efetivamente cumprido. Estes canais de denúncia, desde que altamente sigilosos, se tornam-se uma poderosa ferramenta de controle ao cumprimento dos códigos de ética⁴⁹.

Entretanto, é notório que para que haja uma aplicação concreta do estabelecido nos códigos de ética das corporações, faz-se necessário que se tenha um conjunto de outros fatores que possam realmente concretizar a norma expressa. Além dos canais de comunicação, é fundamental o conhecimento e a introjeção de todos os colaboradores desses documentos, do mais baixo até o mais alto grau de hierarquia da organização. E, por fim, é preciso que a equipe de *compliance* tenha autonomia e plenos poderes para fazer denúncias, investigar práticas corruptivas e puni-las, sejam elas contra qualquer membro da corporação, tér mesmo contra o mais alto cargo de gestão: o presidente da empresa (artigo 9º, §4º da lei das estatais). Assim, caso isso ocorra, deverão estes se dirigir ao Conselho de Administração, para que se tomem as medidas legais cabíveis até mesmo contra o seu presidente, a fim de não prejudicar seus acionistas e demais colaboradores.

De outra banda, a partir da ideia de transparência trazida constitucionalmente e firmada também na lei de responsabilidade das empresas estatais, estas entidades, passaram a adotar a Carta Anual de Políticas Públicas, é uma ferramenta que deve expor e comprovar a sua conformidade com os regramentos trazidos pela lei das estatais⁵⁰. Ou seja, torna a gestão aberta a todos aqueles que quiserem fiscalizar aquela empresa, vista que ela é um ente público e que lida com recursos públicos. Evita-se assim, desmandos tão peculiares com o patrimônio público vistos com grande incidência nas empresas estatais, sobretudo, com a implosão de posteriores escândalos de corrupção.

⁴⁸BRASIL **Manual para Implementação de Programas de Integridade**. 2017. P.47.Disponível em: https://www.gov.br/cgu/pt-br/centrais-de-conteudo/publicacoes/integridade/arquivos/manual_profip.pdf Acesso em: 30 de out. 2020.

⁴⁹ GIAMUNDO NETO, Giuseppe; DOURADO, Guilherme Afonso; MIGUEL, Luiz Felipe Hadlich. *Compliance* na Administração Pública. In: CARVALHO, André de Castro et al. **Manual de Compliance**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.p.747.

⁵⁰ SAADI, Mário; VIEIRA, Gustavo Cardamoni. Em busca do “*compliance*” com a justificativa da criação: análise sobre a prática atual de empresas estatais federais. In: DAL POZZO, Augusto Neves; MARTINS, Ricardo Marcondes. **Compliance no Direito Administrativo**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.p.206.

Desta maneira, a normativa trazida pela lei das estatais, trouxe possibilidades que antes eram mais geridas em âmbito privado. Tais paradigmas desta, podem elevar o nível de transparência e de gestão de riscos dentro dos próprios ambientes corporativos públicos. Criar estratégias baseadas em ética e cumprimento de normas traduz-se em um método para enfrentar situações como a perda de lucros por operações malconduzidas e até mesmo auxiliar no combate à corrupção.

3. PROGRAMAS DE INTEGRIDADE E LEGISLAÇÕES ESTADUAIS

Nos tópicos anteriores, avaliou-se a conceituação e posituação dos programas de *compliance* dentro do arcabouço jurídico brasileiro e sua aplicação nos órgãos, agentes e entes públicos. Diante disto, o presente estudo passará a analisar a sua aplicabilidade direcionada a integridade nas contratações públicas em âmbito estadual.

Nas palavras de Oliveira e Acocella,⁵¹ a integridade, muitas vezes é definida no mesmo sentido de *compliance*. Porém, é um o instituto autônomo que deve ser definido como objetivo a ser alcançado pelos programas de *compliance* (2020, p.135). Este instituto autônomo é definido por Camarão⁵² como “um conjunto de ferramentas, sistemas, políticas e ações que tem o objetivo de manter a organização em conformidade com as leis, a ética e as melhores práticas que regem o negócio.”

A partir disto, entende-se que implementar um sistema de integridade pode trazer uma maior credibilidade aos organismos de contratação, já que, além dos invariáveis benefícios citados anteriormente, o credor poderá ter a expectativa de estar contratando perante a uma empresa que tem como base a idoneidade. Desta forma, a integridade se torna uma possível ferramenta de auxílio a uma boa gestão. Em relação a isso, Treviño e Weaver⁵³ refletem que uma corporação que tenha como base a ética, representa uma noção de inspiração tanto para seus colaboradores quanto ao público externo, com vistas a fazer o que é correto, de acordo com a moral, pautada por sentidos “normativos, empíricos ou explicativos.” Shilder⁵⁴ refere que dentro do

⁵¹ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. ACOCELLA, Jéssica. A exigência de compliance e programa de integridade nas contratações públicas: os Estados-membros na vanguarda. In: DAL POZZO, Augusto Neves; MARTINS, Ricardo Marcondes(org.). **Compliance no Direito Administrativo**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. P.375.

⁵² CAMARÃO, Tatiana. A contratação pública como instrumento de fomento à integridade e não à corrupção. In: ZENKNER, Marcelo; CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de(coord.). **Compliance no setor público**. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

⁵³ TREVIÑO, Linda Klebe; WEAVER, Gary Richard. **Managing Etgics in business organizations**:social scientific perspectives. California: Stanford University Press, 2003.p.8.

⁵⁴ SCHILDER, Arnold. **Banks and the compliance challenge**. BCBS: Bangkok, 2006.p.1.

ambiente das instituições, é necessário que estes programas venham como um objeto de proteção contra casos de má conduta e também que traga como objetivo a conexão ética entre seus participantes.

Maak e Ulrich⁵⁵ (2017), definem que a integridade é composta por “4Cs: Compromisso, consistência, coerência e continuidade.” Sendo que o compromisso se dá pela efetivação de normas éticas e morais, a coerência pela aplicação fática dentro dos preceitos estabelecidos, a consistência como forma material de aplicação, e a continuidade pela infinitude no tempo em relação aos programas de integridade.

Entretanto, trazendo para o âmbito brasileiro, a aplicabilidade de programas de *compliance* em total conformidade com os 4Cs trazidos por Maak e Ulrich resta um tanto quanto prejudicada. Nohara⁵⁶ refere que a situação da inserção fática do instituto da *compliance* no Brasil ainda inspira um maior envolvimento, para obter uma abrangência da lei em nível nacional. É necessário que se implementem processos locais de integridade, capazes de trazer para todos os entes federativos, seus órgãos e agentes, o hábito de estar em conformidade. Uma espécie de “postura proativa” que segundo Camarão⁵⁷ deve ter como base uma sistematização de uma incessante fiscalização em relação aos contratos administrativos, tendo como principal finalidade o cumprimento adequado da atividade e a prevenção em relação a problemas de corrupção.

De toda a sorte, pode-se afirmar que, dentro da legislação brasileira, ainda não há a previsão em relação à obrigatoriedade da implementação dos sistemas de integridade dentro das instituições, como é no caso dos Estados Unidos da América. No entanto, verifica-se que paulatinamente o comércio nacional e internacional, vem adotando como pré-requisito, obstativo a aplicação dos programas de *compliance* nas corporações, para que sejam firmados contratos.⁵⁸

Desta forma, é cada vez mais comum ver dentro de vários regramentos legislativos, a exigência de programas de integridade para firmar contratos com o setor público. Isso se dá com base na justificativa de que o Estado possui poder de polícia e, desta forma, deve atuar em relação aos organismos privados, para a garantia da

⁵⁵ MAAK, Thomas; ULRICH, Peter. **Integre Unternehmensführung: ethisches Orientierungswissen für die Wirtschaftspraxis**, Stuttgart: Schäffer-Poeschel, 2007.

⁵⁶ NOHARA, Irene Patrícia. Lei Anticorrupção Empresarial e *compliance*: programa de *compliance* efetivo e cultura de integridade. In NOHARA, Irene Patrícia; BASTOS, Flávio de Leão. **Governança, Compliance e Cidadania**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.p.31.

⁵⁷ CAMARÃO, Tatiana. A contratação pública como instrumento de fomento à integridade e não à corrupção. In ZENKNER, Marcelo; CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de(coord.). **Compliance no setor público**. Belo Horizonte: Fórum, 2020. P.383.

⁵⁸ NOHARA, Irene Patrícia. Lei Anticorrupção Empresarial e *compliance*: programa de *compliance* efetivo e cultura de integridade. In NOHARA, Irene Patrícia; BASTOS, Flávio de Leão. **Governança, Compliance e Cidadania**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.p.29.

ordem pública, do respeito ao patrimônio público e ao ordenamento jurídico, que são direitos de toda a sociedade.⁵⁹ Sendo assim, definir programas de integridade como requisito obrigatório para a participação de certames licitatórios passa a ser benéfico não só a quem participa, mas também a toda coletividade.

Em relação a isto, Zenkner⁶⁰ traz a situação da exigibilidade em relação a alguns Estados do Brasil, que tem dentro de seus regramentos a obrigatoriedade de programas de integridade. No entanto o referido autor faz uma observação importante no sentido de que, mesmo sendo aplicado em ordenamentos de vários entes federativos, ainda não há um consenso regulatório entre eles, pela falta de um projeto de abrangência em toda a federação, capaz de trazer a padronização das leis estaduais. Aludindo, pode-se trazer como exemplo de Estados que possuem previsões legais em relação aos sistemas de integridade, Minas Gerais, Espírito Santo, Santa Catarina, Paraná, Mato Grosso, Mato Grosso do Sul, Distrito Federal e, também, o Rio Grande do Sul, que será objeto de estudo do próximo item desta pesquisa.

3.1 PROGRAMAS DE INTEGRIDADE NO RIO GRANDE DO SUL (LEI 15.228/18)

A integridade é um instituto que se baseia na aplicação de ações morais perante a diversas atividades. Desta forma, e com base nos novos preceitos legislativos federais trazidos pela Lei Anticorrupção e Lei de Responsabilidade das Estatais, alguns Estados passaram adotar em suas legislações próprias a exigência de sistemas de integridade para as empresas que contratam com o poder público estadual.

O Rio Grande do Sul, em 2018, através da Lei Estadual 15.228, passou a regradar e estabelecer as formas procedimentais obrigatórias a serem adotadas pelas empresas, independentemente do regime social, que firmem contratos com o executivo estadual, quando se tratar de contratações de grande vulto. Assim, a partir de valores⁶¹ superiores a “330.000,00 (trezentos e trinta mil reais)” para obras e serviços de engenharia, e acima de “R\$ 176.000,00 (cento e setenta e seis mil reais)” para compras e serviços, sejam obrigadas a ter instalado dentro de suas corporações, programas de integridade⁶².

⁵⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 32 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.p.153.

⁶⁰ ZENKNER, Marcelo. Sistemas públicos de integridade: evolução e modernização da Administração Pública brasileira. In: ZENKNER, Marcelo; CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de (Coord.). **Compliance no setor público**. Belo Horizonte: Fórum, 2020.p.192.

⁶¹ Segundo o art. 37 §2º, estes valores podem ser ajustados de acordo com o Índice Geral de Preços do Mercado (IGPM).

⁶² RIO GRANDE DO SUL. **Lei nº 15.228.2018**. Disponível em: Acesso em: http://www.al.rs.gov.br/legis/M010/M0100099.ASP?Hid_Tipo=TEXT0&Hid_TodasNormas=64904&hTexto=&Hid_IDNorma=64904 Acesso em: 30 de out de 2020

Assim, a lei gaúcha, em seu art. 38, descreve como realizar os programas como realizar os programas de Integridade dentro das corporações, determinando, determinando, dentre outros, que estas tenham o seu próprio código de ética e conduta.

É sabido, que um dos principais objetos dentro de um bom programa de *compliance* é o código de ética e conduta. Segundo o Instituto Ethos, trata-se de um “conjunto de princípios éticos e de normas de conduta cujos objetivos são aperfeiçoar a “cultura ética” na Organização e administrar conflitos de interesses nos seus relacionamentos internos e externos”⁶³. Porém, não basta apenas positivar tais regramentos. É preciso que eles façam parte do cotidiano da empresa. Por isso, diversos segmentos vêm utilizando de ferramentas de treinamento para fomentar esta cultura ética nas organizações como, por exemplo, questionários online para que seus colaboradores respondam rápidas perguntas em relação ao que predispõe os seus códigos de ética, garantindo assim com que todos os seus funcionários conheçam o conteúdo do material disponibilizado.

Isto posto, identifica-se que as organizações, com base nestes preceitos, passam a alinhar o seu pensamento a ética e à moral imperante, limitando a prática de atos que vão contra a integridade estrutural. Mello⁶⁴ robustece esta ideia, ao afirmar que o desrespeito aos conceitos normativos e éticos é desrespeito ao próprio sistema de garantias, já que está diretamente ligado ao “princípio da moralidade”. Neste sentido, a partir de uma conduta não apropriada, pode a empresa ter atos anulados, de acordo com o art. 37 da Constituição da República Federativa do Brasil.

Outra previsão da lei estadual do Rio Grande do Sul, no art. 38, é a inserção de “auditorias” e canais ligados à comunicação de atos de má conduta. São de relevante ajuda na aplicação e instalação da fiscalização em relação a possíveis condutas que não estejam conforme a licitude, prevista no ordenamento interno ou externo, principalmente em relação a atos de afronta a administração pública do estado do Rio Grande do Sul.⁶⁵

A estruturação do programa de integridade deverá segundo art. 39 da lei estadual, se dar em até 180 dias após a assinatura do contrato com o ente público. Outrossim, deverá observar e estar sempre sendo remodelado às condições atuais de

⁶³ INSTITUTO ETHOS. **Código de conduta do Instituto Ethos**. 2016. Disponível em: https://www.ethos.org.br/wp-content/uploads/2016/12/C%C3%B3digo-de-Conduta_final.pdf Acesso em: 30 out 2020.p.3.

⁶⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.p.123.

⁶⁵ RIO GRANDE DO SUL. **Lei nº 15.228**.2018. Disponível em: Acesso em: http://www.al.rs.gov.br/legis/M010/M0100099.ASP?Hid_Tipo=TEXT0&Hid_TodasNormas=64904&hTexto=&Hid_IDNorma=64904 Acesso em: 30 de out de 2020

cada pessoa jurídica, já que, a cada período ou situação perpassada pode haver um aumento ou diminuição dos riscos, a fim de assegurar a sua “efetividade”.

Por sua vez, o art. 40 da lei estabelece as penalidades em caso de não cumprimento da exigência da implementação do programa de integridade, cominando à “empresa contratada multa de 0,02%, por dia, incidente sobre o valor do contrato e mais o montante correspondente à soma dos valores básicos das multas moratórias será limitado a 10% (dez por cento) do valor do contrato.” Lembra-se que, se a empresa observar e implementar um programa de *compliance*, o pagamento da multa será findado; no entanto, os valores já pagos não serão objetos de devolução⁶⁶.

Por fim, o art. 41 da lei riograndense, traz que ao não se observar os procedimentos de integridade dentro do prazo delimitado na lei, a empresa passará a ser suspensão de contratar com o Estado do Rio Grande do Sul, e essa suspensão vai até que implemente o exigido pela lei. Além disso, será inscrita no Cadastro Informativo das pendências perante órgãos e entidades da Administração Pública Estadual-CADIN/RS⁶⁷. Dá-se, assim, publicidade à penalização, causando graves transtornos à imagem pública da instituição privada que não cumpriu com a regulamentação prevista por lei.⁶⁸

Diante do exposto, denota-se que a aplicação de legislações, sejam elas em nível nacional ou estadual com vistas a tornar não só da implementação da *compliance*, como também da sua real produção de efeitos, pode ser uma grande evolução em relação a princípios basilares do direito administrativo em relação a contratações.⁶⁹ No entanto, para tornar-se um programa de integridade efetivo, há uma trama complexa que implica em uma implementação de hábitos de caráter ético em toda engrenagem da instituição ⁷⁰. O que sabidamente, origina um longo e labiríntico processo de abandono de culturas ilícitas e também daquelas chamadas popularmente como “jeitinho brasileiro.”

⁶⁶ RIO GRANDE DO SUL. Lei nº 15.228.2018. Disponível em: Acesso em: http://www.al.rs.gov.br/legis/M010/M0100099.ASP?Hid_Tipo=TEXT0&Hid_TodasNormas=64904&hTexto=&Hid_IDNorma=64904 Acesso em: 30 de out de 2020

⁶⁷ Lei nº 10.697, de 12 de janeiro de 1996.

⁶⁸ RIO GRANDE DO SUL. Lei nº 15.228.2018. Disponível em: Acesso em: http://www.al.rs.gov.br/legis/M010/M0100099.ASP?Hid_Tipo=TEXT0&Hid_TodasNormas=64904&hTexto=&Hid_IDNorma=64904 Acesso em: 30 de out de 2020

⁶⁹ ZILIO, Mirela Miró. A arte de exigir programas de integridade nas contratações públicas: ato de coragem ou loucura? In: ZENKNER, Marcelo; CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de (Coord.). **Compliance no setor público**. Belo Horizonte: Fórum, 2020.p.258.

⁷⁰ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. ACOCELLA, Jéssica. A exigência de compliance e programa de integridade nas contratações públicas: os Estados-membros na vanguarda. In: DAL POZZO, Augusto Neves; MARTINS, Ricardo Marcondes(org.). **Compliance no Direito Administrativo**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. P.15.

Sendo assim, identifica-se que as organizações em busca de benefícios, como o afastamento de riscos e a possibilidade de firmar contratos de maior expressão com o poder público, devem gradativamente adotar uma cultura de integridade, respeito aos regulamentos trazidos com as bases principiológicas e normativas do ordenamento jurídico brasileiro, as quais devem estar baseadas na ética e moral, para que, assim, haja um programa adequado de controle em âmbito nacional, capaz de afastar a realidade nefasta da corrupção.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Isto posto, denota-se que, a partir de experiências exitosas ao redor do globo, o Brasil passou a aplicar e prever em sua legislação tanto federal quanto estadual, preceitos e regulamentações em relação aos programas de integridade em relação obrigatórios para empresas que contratam com o poder público.

Por sua vez, ao adotar programas de *compliance* tais empresas poderão elevar o status de confiabilidade perante a sociedade e o poder público, o que poderá ser uma importante ferramenta de marketing positivo. Afinal, trazer estratégias que busquem dar maior credibilidade às empresas brasileiras poderá angariar frutos e ter como resultado o seu desenvolvimento e fortalecimento perante o mercado interno e externo, sobretudo em um período pós-crise da Covid-19, onde delimitar um planejamento estratégico torna-se um diferencial na imagem da empresa perante o mercado globalizado, principalmente quando se trata de visibilidade positiva.

Entretanto, implementar programas de *compliance* dentro de empresas que contratam com o setor público, assim como nas próprias instituições públicas, deve ser considerado apenas o prólogo de um longo processo de implementação de uma cultura de conformidade nas contratações públicas. Assim, para que os regramentos legais possam ser efetivos na realidade brasileira também será necessário desenvolver políticas públicas de educação para a coisa pública, afastando a cultura do “jeitinho” para assumir uma cultura pautada em valores éticos e morais.

Da mesma forma, acompanha este caminho a necessidade de adoção de profundas mudanças na política brasileira, a fim de diminuir a curva da corrupção e da malversação da coisa pública tanto pelas empresas contratantes quanto pelos gestores públicos.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ABDULLAH, Norris Syed; SADIQ, Shazia., INDULSKA, Marta. A Compliance Management Ontology: Developing Shared Understanding through Models. In: RALYTÉ, J. et al. (coord.) **CAiSE 2012**. LNCS, vol. 7328, pp. 429–444. Springer, Heidelberg. Disponível em: https://link.springer.com/chapter/10.1007/978-3-642-31095-9_28 Acesso em: 20 out. 2020.

ALMEIDA, Luiz Eduardo. Governança Corporativa. in CARVALHO, André de Castro et al(org.). **Manual de Compliance.** 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

BARROS, Renata Campos Bernardes. COELHO, Saulo de Oliveira Pinto. *Compliance e programas de integridade e prevenção à corrupção nas organizações sociais: crítica dos marcos regulatórios e diagnóstico preliminar da situação no estado de Goiás.* In: SILVA, Rogério Luiz Nery da. **Direitos sociais e políticas públicas I.** Florianópolis: CONPEDI, 2019.

BERTOCCELLI, Rodrigo de Pinho. Governança Corporativa in CARVALHO, André de Castro et al. **Manual de Compliance.** 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

BLOK, Marcella. A nova lei anticorrupção e o *compliance*. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**, vol. 65, 2014, p. 263. Disponível em: <https://emd-public.nyc3.digitaloceanspaces.com/eusouempreendedor-uploads/RT-Marcella-Blok-Nova-lei-anticorrupt%C3%A7%C3%A3o-e-compliance-.pdf> Acesso em: 10 nov. 2020.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política.** trad. Carmen C, Varriale et al.; coord. trad. João Ferreira; rev. geral João Ferreira e Luis Guerreiro Pinto Cacaís. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998.

BRASIL. **Lei** **nº 13.303.** 2016. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/113303.htm Acesso em: 30 de out de 2020.

BRASIL. **Lei** **nº 12.846.** 2013. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112846.htm Acesso em: 30 de out de 2020.

BRASIL **Manual para Implementação de Programas de Integridade.** 2017. Disponível em: https://www.gov.br/cgu/pt-br/centrais-de-conteudo/publicacoes/integridade/arquivos/manual_profip.pdf Acesso em: 30 de out. 2020.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. **Guia Programas de Compliance:** Orientações e benefícios da adoção dos programas de *compliance* concorrencial. Disponível em: www.cade.gov.br Acesso em: 30 de out 2020.

CAMARÃO, Tatiana. A contratação pública como instrumento de fomento à integridade e não à corrupção. In ZENKNER, Marcelo; CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de(coord.). **Compliance no setor público.** Belo Horizonte: Fórum, 2020.

CANDELORO, Ana Paula P.; RIZZO, Maria Balbina Martins de; PINHO, Vinícius. **Compliance 360°**: riscos, estratégias, conflitos e vaidades no mundo corporativo. São Paulo: Trevisan, 2012.

CARVALHO, Itamar; ABREU, Bruno Cesar Almeida. Programas de compliance: o programa de integridade in CARVALHO, André de Castro et al(org). **Manual de Compliance**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 32 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

DWORKIN, Ronald. **Império do Direito**. (Tradução de Jefferson Ruiz Camargo. 2ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FORTINI, Cristiana; SHERMAN, Ariane. Governança corporativa e medidas preventivas contra a corrupção na Administração Pública: um enfoque à luz da lei nº 13.303/2016. **Revista de Direito da Administração Pública**, Universidade Federal Fluminense, ISSN 24472042, a. 2, v. 2, n. 1, p. 176-187, jan/jun 2016.

GABARDO, Emerson; CASTELLA, Gabriel Morettini e. A nova Lei anticorrupção e a importância do *compliance* para as empresas que se relacionam com a administração pública. **R. de Dir. Administrativo e Constitucional**. Belo Horizonte, ano 15, n. 60, p. 129-147, abr-jun.2015. Disponível em: [http://www.revistaec.com/index.php/revistaec/article/view/55](http://www.revistaaec.com/index.php/revistaec/article/view/55) Acesso em: 10 out. 2020.

GIAMUNDO NETO, Giuseppe; DOURADO, Guilherme Afonso; MIGUEL, Luiz Felipe Hadlich. *Compliance* na Administração Pública. In: CARVALHO, André de Castro et al. **Manual de Compliance**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

GUIMARÃES, Fernando Vernalha; REQUI, Érica Miranda dos Santos. Exigência de Programa de Integridade Nas Licitações. In: PAULA, Marco Aurélio Borges de; CASTRO, Rodrigo Pitonti Aguirre de (Org.). **Compliance, Gestão de Riscos e Combate à Corrupção**. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

HOLANDA, Sérgio Buarque. **Raízes do Brasil**. 26^a ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

INSTITUTO ETHOS. **Código de conduta do Instituto Ethos**. 2016. Disponível em: https://www.ethos.org.br/wp-content/uploads/2016/12/C%C3%B3digo-de-Conduta_final.pdf Acesso em: 30 out 2020.

KRUEGER, Anne O. The Political Economy of the Rent Seeking Society. **American Economic Association**, vol 64, n.3, pp. 291-303, 1974. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/1808883> Acesso em: 10 out. 2020.

LIMA, Guilherme Corona Rodrigues. Os programas de *compliance* enquanto atenuantes na aplicação das sanções na Lei Federal nº 12.846/2013. In: DAL POZZO, Augusto Neves; MARTINS, Ricardo Marcondes(org.). **Compliance no Direito Administrativo**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

MAAK, Thomas; ULRICH, Peter. **Integre Unternehmensführung: ethisches Orientierungswissen für die Wirtschaftspraxis**, Stuttgart: Schäffer-Poeschel, 2007.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

NOHARA, Irene Patrícia. Lei Anticorrupção Empresarial e *compliance*: programa de *compliance* efetivo e cultura de integridade. In NOHARA, Irene Patrícia; BASTOS, Flávio de Leão. **Governança, Compliance e Cidadania**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

NOHARA, Irene Patrícia. O princípio da realidade da LINDB aplicado à exigência de compliance nos municípios brasileiros. In ZENKNER, Marcelo; CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de(coord.). **Compliance no setor público**. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. ACOCELLA, Jéssica. A exigência de compliance e programa de integridade nas contratações públicas: os Estados-membros na vanguarda. In: DAL POZZO, Augusto Neves; MARTINS, Ricardo Marcondes(org.). **Compliance no Direito Administrativo**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

OLIVEIRA, Régis Fernandes de. Compliance e direito administrativo: aspectos gerais. In: DAL POZZO, Augusto Neves; MARTINS, Ricardo Marcondes(org.). **Compliance no Direito Administrativo**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

PARKER, Christine; NIELSEN, Viebeke Lehmann. Compliance: 14 questions. In: PETER, Drahos(org.). **Foundations and applications**. Camberra: ANU Press, 2017.

RIO GRANDE DO SUL. **Lei nº 15.228.2018**. Disponível em: Acesso em: http://www.al.rs.gov.br/legis/M010/M0100099.ASP?Hid_Tipo=TEXT0&Hid_TodasNormas=64904&hTexto=&Hid_IDNorma=64904 Acesso em: 30 de out de 2020

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **A origem da desigualdade entre os homens**. Tradução de Eduardo Brandão. 1ed. São Paulo: Penguin, 2017.

SAAD-DINIZ, Eduardo. **Ética negocial e compliance: entre a educação executiva e a interpretação judicial**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

SAADI, Mário; VIEIRA, Gustavo Cardamoni. Em busca do “*compliance*” com a justificativa da criação: análise sobre a prática atual de empresas estatais federais. In: DAL POZZO, Augusto Neves; MARTINS, Ricardo Marcondes. **Compliance no Direito Administrativo**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

SAAVEDRA, Giovani Agostini. Panorama do Compliance no Brasil: Avanços e Novidades. In NOHARA, Irene Patrícia; BASTOS, Flávio de Leão. **Governança, Compliance e Cidadania**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

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; NASCIMENTO, Anna Gabert. Patrimonialismo na gestão pública: o caso do Brasil. **RJLB**, Ano 5(2019), nº6. p.1157-1178. Disponível em: https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2019/6/2019_06_1157_1178.pdf Acesso em: 10 out. 2020.

SAVAGE, G. T et al. Strategies for assessing and managing organizational stakeholders. **Academy of Management Executive**, 1991, v.5, n.2, 61-75. Doi: <https://doi.org/10.5465/ame.1991.4274682> Disponível em: <https://journals.aom.org/doi/abs/10.5465/ame.1991.4274682> Acesso em: 07 out. 2020.

SCHILDER, Arnold. **Banks and the compliance challenge**. BCBS: Bangkok, 2006

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. Atualizadores: Nagib Slaibi Filho e Priscila Pereira Vasques Gomes. 31 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

SOLTES, Eugene. Evaluating the effectiveness of corporate compliance programs: establishing a model for prosecutors, courts, and firms. **NYU Journal of Law Business**, v. 14, n. 3, pp 265-1011, 2018. Disponível em: <https://www.hbs.edu/faculty/Pages/item.aspx?num=55233> Acesso em: 07 out. 2020.

TONIN, Alexandre Beraldi. *Compliance*: uma visão do compliance como forma de mitigação de responsabilidade. **Revista dos Tribunais**, vol. 983, p. 265 – 288, Set, 2017. Disponível em: <https://dspace.almg.gov.br/handle/11037/25204> Acesso em: 10 out. 2020.

TREVIÑO, Linda Klebe; WEAVER, Gary Richard. **Managing Ethics in business organizations**: social scientific perspectives. California: Stanford University Press, 2003.

ZENKNER, Marcelo. Sistemas públicos de integridade: evolução e modernização da Administração Pública brasileira. In: ZENKNER, Marcelo; CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de (Coord.). **Compliance no setor público**. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

ZILIOTO, Mirela Miró. A arte de exigir programas de integridade nas contratações públicas: ato de coragem ou loucura? In: ZENKNER, Marcelo; CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de (Coord.). **Compliance no setor público**. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

GT 2 - Tendências e Perspectivas do Novo Constitucionalismo Latino- americano

Objetivos: Refletir os marcos do Novo Constitucionalismo Latino-Americano no ideal do pluralismo étnico-cultural e jurídico. Verificar a situação dos Estados plurinacionais resgatando os saberes do *buenvivir* e da *pachamama*. Verificar as contribuições das Constituições Latino-americanas, sobretudo da Bolívia e do Equador, na evolução socioambiental.

GT 3 - Direitos Humanos: eficácia no plano internacional

Objetivos: Refletir acerca da evolução e das dimensões dos Direitos Humanos, bem como sua efetividade na sociedade global. Articular os Direitos Humanos nos sistemas regionais e internacional de proteção. Investigar a eficácia dos Direitos Humanos em um cenário multicultural. Abordar os efeitos dos Direitos Humanos na dinâmica transnacional decorrente da globalização.

O EMBATE ENTRE CONVICÇÃO FILOSÓFICA E EXIGÊNCIA DE VACINAÇÃO: UM OLHAR DA FILOSOFIA SOBRE O DIREITO À LIBERDADE

*THE CLASH BETWEEN PHILOSOPHICAL CONVICTION AND VACCINATION
REQUIREMENT: A PHILOSOPHY VIEW ON THE RIGHT TO FREEDOM*

Beatriz John Kettermann¹

Resumo

Paralelo ao avanço da vacinação contra a COVID-19, convicções filosóficas que negam a eficácia da vacina se manifestam travestidas de liberalismo. Os negacionistas defendem uma suposta liberdade de não se vacinar e não poder sofrer qualquer consequência restritiva de direitos por essa conduta. O objetivo deste trabalho é discorrer acerca do conflito existente entre as crenças filosóficas e a obrigatoriedade de vacinação, trazendo o ponto de vista da filosofia sobre o direito à liberdade envolvido na escolha de se recusar a tomar a vacina. A colisão de direitos fundamentais, como a liberdade e a saúde, deve ser resolvida mediante a aplicação do princípio da proporcionalidade, por meio dele se conclui que as vantagens das medidas restritivas superam as suas desvantagens, prevalecendo a proteção à saúde e à vida. O método utilizado na pesquisa foi o hipotético-dedutivo. A partir deste, utilizou-se como fonte bibliográfica de pesquisa doutrinas e outros documentos legais.

¹ Mestranda em Direito da Universidade de Passo Fundo/RS. Endereço de e-mail: 189331@upf.br

Palavras-chave: Crença; Pandemia; Vacina.

Abstract

Parallel to the advance of vaccination against COVID-19, philosophical convictions that deny the vaccine's efficacy manifest themselves in the guise of liberalism. Deniers defend a supposed freedom not to be vaccinated and not to be able to suffer any consequences restricting their rights for this conduct. The objective of this work is to discuss the existing conflict between philosophical beliefs and mandatory vaccination, bringing the philosophical point of view about the right to freedom involved in the choice to refuse to take the vaccine. The collision of fundamental rights, such as freedom and health, must be resolved by applying the principle of proportionality, through which it is concluded that the advantages of restrictive measures outweigh their disadvantages, with the protection of health and life prevailing. The method used in the research was the hypothetical-deductive method. From this point onwards, doctrines and other legal documents were used as a bibliographic source for research.

Keywords: Belief; Pandemic; Vaccine.

INTRODUÇÃO

Direitos humanos são um conjunto mínimo de direitos aplicados de forma universal e que garantem a todos os seres humanos direitos fundamentais, como a vida, a igualdade, a liberdade e a saúde. Nessa seara estão os direitos de natureza civil e política que garantem ao indivíduo segurança, justiça, liberdade de pensamento e expressão, crença etc., bem como direitos sociais, culturais e econômicos, que se referem às obrigações do Estado de assegurar um mínimo de bem-estar social, como educação, assistência social, trabalho, entre outros.

A Constituição Federal prevê em seu artigo 6º que a saúde é um dos direitos sociais e o artigo 196 dispõe ainda que a saúde é direito de todos e dever do Estado, com prioridade das atividades preventivas (art. 198 da CF). Já o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90), traz expressamente em seu artigo 14, § 1º, que é obrigatória a vacinação das crianças. Deste modo nenhum responsável poderia se recusar a vacinar os filhos.

No entanto, recentemente, com a chegada da (por muitos ansiosamente aguardada) vacina contra a Covid-19, muitos pais têm se negado a tomar a vacina e impedido a realização da mesma pelos seus dependentes. A Lei nº 13.979/2020 (que dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019) foi objeto de Ações Diretas de Inconstitucionalidade 6586 e 6587 em relação à vacinação compulsória, e do Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) 1267879, no qual se discutiu o direito à recusa à vacinação por convicções filosóficas ou religiosas.

No Julgamento do ARE 1267879, de repercussão geral, o Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu que é constitucional a obrigatoriedade de imunização por meio de vacina registrada em órgão de vigilância sanitária. Porém, a vacinação obrigatória não significa vacinação forçada. Na realidade, mecanismos coercitivos podem ser criados de forma a prever a restrição de direitos pela falta de apresentação de comprovante de vacinação, como limite de acesso a benefícios, proibição de entrada em eventos ou ser impedido de realizar matrícula escolar na rede pública de ensino, por exemplo.

O ministro do STF, Luís Roberto Barroso, relator do ARE 1267879, proferiu decisão favorável à vacinação obrigatória. Em seu voto o ministro destacou que, embora a Constituição Federal proteja o direito de cada cidadão de manter suas convicções filosóficas, religiosas, morais e existenciais, os direitos da sociedade devem prevalecer sobre os direitos individuais.

Assim, alguns doutrinadores entendem ser possível a obrigatoriedade de vacina e justificam seu posicionamento no fato do bem comum prevalecer ao bem individual. Contrariamente há outros que entendem que o cidadão não pode ser forçado a vacinar-se sob pena de afronta aos direitos constitucionais individuais de intimidade, privacidade, e, convicções religiosas e filosóficas.

Nesse sentido, este trabalho tem como objetivo levantar teses filosóficas que defendam o direito à liberdade de escolha em contraposição a regulamentações sociais propostas, e confrontar esse posicionamento com antíteses que demonstram que regras de convívio social devem respeitar a autonomia do indivíduo pois aí estaria a expressão de sua liberdade.

1. FILOSOFIA E O DIREITO À LIBERDADE

Filósofos, no geral, lecionam que a liberdade é definida como a ausência de restrições impostas pelo governo ao que um homem poderia fazer e que um homem livre é aquele que não está impedido de fazer o que tem vontade de fazer.

Kant traz a ideia de que só somos efetivamente livres quando não podemos meramente recusar demandas previamente feitas com base em motivos universalmente entendidos, mas sim quando podemos orientar nosso próprio agir de dentro, por tais motivos universalizáveis.

Para Hegel² “a liberdade da vontade é o livre-arbítrio onde se reúnem os dois aspectos seguintes: a reflexão livre, que vai se separando de tudo e a subordinação ao conteúdo e à matéria dados interior e exteriormente”.

Rawls, por sua vez, define liberdade como sendo o mínimo possível de restrições globais, impostas pelo governo ou por outros homens, àquilo que um homem possa querer fazer. Por conseguinte, liberdade seria a ausência de restrições a atos particulares considerados especialmente importantes.

E então Dworkin³ nos traz a seguinte reflexão: "embora os cidadãos tenham direito à liberdade de expressão, o governo pode ignorar esse direito quando necessário para proteger os direitos de outros, ou para evitar uma catástrofe, ou mesmo para obter um benefício público mais evidente e importante".

De acordo com essa afirmação, o conceito de autolegislação é aqui entendido de modo que “um sujeito, pela verificação reflexiva de suas intenções de agir, não pode agir de outro modo senão atendo-se às leis gerais, por meio das quais todo e qualquer sujeito é reconhecido como um fim em si e, por isso, como pessoa moral”⁴.

Logo, a lei, como entendia Rousseau, deve expressar a vontade geral e é estatuída por todo o povo para todo o povo, que é, portanto, seu sujeito universal e seu objeto universal. De tal maneira que homens e mulheres colocam a segurança da vida lexicalmente acima de quaisquer outras metas individuais.

Assim fica claro que é na família e na sociedade civil que o indivíduo realiza sua liberdade. São elas as bases éticas do Estado. É nelas e por meio delas que ele (o Estado) assegura os direitos e deveres dos cidadãos. É também nelas que o exercício da mediação social da vontade livre se efetiva. “O reconhecimento do direito das individualidades pessoais, no entanto, está vinculado ao reconhecimento do interesse dos outros. Somente interesses pessoais mediados e reconhecidos se universalizam”⁵.

Não obstante, na família a criança mantém ainda uma relação de dependência e não de individualização. Ainda, os direitos dos filhos não têm o mesmo conteúdo que seus deveres para com os pais. Assim, as chances de realização de seus direitos se ampliam com a sua participação nas corporações da sociedade civil.

Os pais por óbvio têm o direito de levar uma vida de acordo com uma concepção particular do que seja o bem, mas não podem impor suas concepções aos filhos/dependentes. Por conseguinte, "constitui-se numa razão para se rejeitar até

² HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Princípios da filosofia do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p.22.

³ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2011. p. 294.

⁴ HONNETH, Axel. **O direito da liberdade**. Tradução de Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2015. p.184.

⁵ WEBER, Thadeu. Liberdade, direito e reconhecimento na filosofia do direito de Hegel. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**, São Leopoldo, v.3, set/dez 2015. p. 305.

mesmo uma poderosa convicção o fato de que não é possível reconciliá-la com outras convicções através de um conjunto de princípios plausível e coerente"⁶.

Em decorrência disso, os pais não podem considerar seus filhos como sendo sua propriedade, uma coisa da qual podem livremente deliberar conforme suas faculdades ou disposições pessoais.

A realização da liberdade requer escolhas e estas impõem limites. Necessidade e liberdade estão, pois, em constante conflito. Deste modo a realização das necessidades e interesses de cada cidadão está fundamentalmente vinculada ao reconhecimento dos direitos dos outros.

De acordo com Joaquim Salgado⁷ a “vontade individual se curva perante a vontade geral, que não é apenas soma das vontades particulares, mas expressão do bem comum, enquanto liberdade de todos, tornada possível pela lei”. Portanto deve-se sujeitar a liberdade natural à liberdade civil que se traduz na submissão da vontade particular à vontade universal.

2. CONFRONTO ENTRE DIREITOS E PRINCÍPIOS

Seria tarefa da filosofia moral, tendo em vista dois objetivos distintos, fornecer uma estrutura de princípios que sustente essas convicções? Ronald Dworkin⁸ afirma que a filosofia deve, em primeiro lugar, "explicar as convicções mostrando os pressupostos subjacentes que elas refletem; em segundo, deve fornecer orientação naqueles casos sobre os quais não temos convicção alguma, ou apenas convicções fracas ou contraditórias".

Porém, segundo o autor, o processo não "se resume a encontrar princípios que acomodem nossos juízos mais ou menos assentados. Esses princípios devem fundamentar nossos juízos, e não simplesmente explicá-los, e isso significa que os princípios devem ter um apelo independente ao nosso senso moral".

No entanto, "pode-se mostrar impossível encontrar um conjunto coerente de princípios que tenha um apelo independente e sustente todo o conjunto de nossas convicções"⁹.

Na presente discussão poderíamos fazer uma analogia da escolha de não se vacinar como a opção pela não interferência na propriedade privada, tendo como

⁶ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. p. 260.

⁷ SALGADO, Joaquim. **A ideia de Justiça em Kant**. Seu fundamento na liberdade e na igualdade. Belo Horizonte: UFMG, 1986. p. 240.

⁸ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. p. 243.

⁹ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. p. 243.

propriedade o próprio corpo. Nesse condão Marcos L. Müller¹⁰ concebe a propriedade privada como uma emanção e um prolongamento direto da liberdade pessoal e da tomada de posse de si mesmo pelo cultivo do próprio corpo e do espírito.

Essa concepção liberal de propriedade não aceita a desautorização e a deslegitimação, em princípio, da intervenção do Estado na esfera da propriedade privada. Vendo por este lado, teríamos aqui um argumento para embasar a proibição do governo em limitar a autonomia do indivíduo em razão do coletivo, pois assim já o não faz com relação à propriedade.

Contudo, se nos recordarmos das aulas de Direito Administrativo certamente lembraremos de que existem casos em que pode o Estado interferir na propriedade privada levando em consideração o interesse público. Logo, se tratando de vacinação o princípio da supremacia do interesse público também impera.

Thadeu Weber¹¹ nos explica que o Estado é a mediação do universal e do particular, dos indivíduos e do social, os quais não mais estão em oposição e mútua exclusão como na sociedade civil. Assim, temos o princípio que deve orientar um Estado ético: assegurar as liberdades individuais dentro de um “interesse geral”; administrar conflitos sem eliminar direitos, mediando-os e guardando-os num nível superior.

Isso requer, obviamente, reconhecimento mútuo. “O reconhecimento de meu querer e saber inclui, ao mesmo tempo, a subjetividade exterior, que é a vontade dos demais”. “Dessa forma, a concretização e a afirmação da liberdade comportam em si necessariamente momentos de reconhecimento recíproco”¹².

Segundo Dworkin¹³ a atuação do Estado exige que suas decisões sejam tomadas com base em princípios, e não por fé. “Seu motor é uma doutrina da responsabilidade que requer que os homens integrem suas intuições e subordinem algumas delas, quando necessário, a essa responsabilidade”.

Trata-se, todavia, de uma condição não suficiente da efetivação da liberdade nas relações mais complexas da vida ética, e que, portanto, só é verdadeira se esta subjetividade moral, em que ela se enraíza, for “suspensa” na universalidade concreta da cidadania, que se realiza no espaço público-político do Estado¹⁴.

¹⁰ MÜLLER, Marcos Lutz. **O direito abstrato de Hegel**: um estudo introdutório (1ª Parte). Analytica, Rio de Janeiro, v.9, n.º.1, 2005. p. 181.

¹¹ WEBER, Thadeu. **Liberdade, direito e reconhecimento na filosofia do direito de Hegel**. p. 305.

¹² WEBER, Thadeu. **Liberdade, direito e reconhecimento na filosofia do direito de Hegel**. p. 301 e 307.

¹³ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. p. 211.

¹⁴ MÜLLER, Marcos Lutz. **O direito abstrato de Hegel**: um estudo introdutório (1ª Parte). p. 167.

Esta suspensão tem a sua contrapartida, por sua vez, na garantia que o Estado constitucional moderno dá ao imperativo do respeito dos direitos personalíssimos de todos os indivíduos singulares, como condição da sua própria constitucionalidade.

Embora o Estado leve em conta os impactos das decisões políticas sobre os indivíduos, e que desse modo digam respeito ao bem-estar individual, ele mistura esses impactos de modo que os tornam totalidades gerais ou médias, e considera desejável a melhora dessas totalidades e médias, e acabam com isso desconsiderando por completo a decisão de qualquer indivíduo.¹⁵

Conforme o filósofo, “na prática, o governo terá a última palavra sobre quais são os direitos individuais, [...], mas isto não significa que o ponto de vista governamental seja necessariamente correto”¹⁶.

Para Axel Honneth¹⁷ “é preciso que se veja toda instituição e regulamentação externa de comportamento como algo que não prepara o caminho para a liberdade individual, mas se lhe opõe fundamentalmente”.

Com isso, Dworkin¹⁸ afirma que “o fato de que outros discordam pode ser uma oportunidade para consultar novamente minhas intuições, mas se minhas convicções permanecerem as mesmas, o fato de que outros possam explicá-las de um modo diferente não pode constituir razão suficiente para que eu as abandone”.

Igualmente, segundo Hegel, o interesse particular não deve ser deixado de lado nem reprimido, senão que deve ser posto em concordância com o universal. “Porque mediados e reconhecidos, os direitos e deveres se universalizaram. O universal é uma construção de mediações”¹⁹.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conclui-se que o direito à saúde coletiva, particularmente de crianças e adolescentes, deve prevalecer sobre objeções morais, religiosas ou filosóficas. A obrigatoriedade de vacinação não se caracteriza violação à liberdade de consciência e de convicção filosófica dos pais ou responsáveis, pois a crença filosófica e religiosa dos pais não pode ser imposta às crianças. O poder da família não existe como direito ilimitado para dirigir o direito dos filhos, mas sim para proteger as crianças contra

¹⁵ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. p. 267.

¹⁶ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. p. 284.

¹⁷ HONNETH, Axel. O direito da liberdade. p. 99.

¹⁸ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. p. 257.

¹⁹ WEBER, Thadeu. **Liberdade, direito e reconhecimento na filosofia do direito de Hegel**.

riscos decorrentes da vulnerabilidade em que se encontram durante a infância e a adolescência.

Os cidadãos devem ter consciência e se responsabilizar pela sua escolha, pois ela tem consequências que vão além da própria vida e sua liberdade encontra limite na liberdade do outro. Claro que na condição de observadores, não nos compete julgar sobre o que o sujeito deve querer, mas sim apenas garantir o direito da sociedade de proteger a si mesma.

Nesse sentido Hegel foi um defensor da superioridade do direito público. Superioridade da eticidade absoluta da vida pública sobre a eticidade relativa da vida civil burguesa. Dessa forma se conclui que a realização da vontade livre individual inclui necessariamente o reconhecimento dos outros e das instituições sociais.

O que ocorre na atualidade é que muitas pessoas se encontram em um estado de ignorância que as impede de buscar conhecimento. A solução para esse problema seria tentar buscar um equilíbrio reflexivo entre nossas crenças morais comuns, irrefletidas, e alguma estrutura teórica que poderia unificar e justificar essas crenças comuns.

Porém assim os antivacina não teriam argumentos, pois a ciência e a tecnologia demonstram claramente que os cientistas estão certos e que a vacina possui mais vantagens do que desvantagens. A própria história comprova isso.

No entanto não são todos que deixam o véu da ignorância cair e se veem coagidos, forçados, a abrir mão de sua liberdade de escolha/crença filosófica para poder livremente circular no ambiente pós-pandemia.

Hegel foi insistente ao afirmar que a individualidade deve conservar seu direito e com isso conclui-se, por fim, que o indivíduo deve preservar as suas ideias, mas ao contrapor com as ideias de outros indivíduos deve ponderá-las e saber ceder em casos como esse, de notório dessaber científico quanto a eficácia da vacina contra o coronavírus.

Dados científicos apontam que a erradicação da pandemia depende da imunização completa de mais de 4/5 da população. É dever do Estado garantir que essa imunização alcance esse patamar.

Nesse sentido, o próprio complexo constitucional de direitos assegura o emprego dos meios necessários, adequados e proporcionais para a preservação da vida humana.

Assim, eventuais restrições às liberdades individuais decorrentes da aplicação das medidas legais aos que recusarem a vacina são medidas que necessitam serem tomadas para a proteção à saúde e à vida.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988.

BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Lei 8.069/90. São Paulo, Atlas, 1991.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Princípios da filosofia do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

HONNETH, Axel. **O direito da liberdade**. Tradução de Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2015.

MÜLLER, Marcos Lutz. **O direito abstrato de Hegel**: um estudo introdutório (1ª Parte). *Analytica*, Rio de Janeiro, v.9, n°.1, 2005.

SALGADO, Joaquim. **A ideia de Justiça em Kant**. Seu fundamento na liberdade e na igualdade. Belo Horizonte: UFMG, 1986.

WEBER, Thadeu. Liberdade, direito e reconhecimento na filosofia do direito de Hegel. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**, São Leopoldo, v.3, set/dez 2015.

O DIREITO HUMANO À EDUCAÇÃO E OS OBJETIVOS DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

THE HUMAN RIGHT TO EDUCATION AND THE GOALS OF SUSTAINABLE DEVELOPMENT

Alessandra Vanessa Teixeira¹

Cláudia Cezne²

Wedner Costódio Lima³

Resumo

O objetivo deste estudo é analisar o direito humano à educação no âmbito dos objetivos do desenvolvimento sustentável da Agenda 2030. Para isso, inicialmente são feitas algumas considerações acerca dos direitos humanos, após são tecidos comentários sobre o direito à educação nos planos internacional e nacional e, ao final, faz-se uma análise do ODS 4 que trata sobre a educação na perspectiva da Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável, verificando-se, a partir das metas traçadas, sua importância na efetivação do direito humano à educação a nível mundial. A metodologia empregada compreende o método indutivo e a pesquisa bibliográfica.

Palavras-chave: Agenda 2030; Direito à educação; Direitos humanos; Objetivos do Desenvolvimento Sustentável.

Abstract

The objective of this study is to analyze the human right to education within the scope of the sustainable development goals of the 2030 Agenda. For this, some considerations are initially made about human rights, after which comments are made on the right to education at the international and national levels and , at the end, there is an analysis of the SDG 4 which deals with education from the perspective of the 2030 Agenda for Sustainable Development, verifying, based on the outlined goals, its importance in the realization of the human right to education worldwide. The methodology used comprises the inductive method and bibliographic research.

Keywords: 2030 Agenda; Right to education; Human rights; Sustainable Development Goals.

¹ Doutora em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI). Mestre em Direito pela Universidade de Passo Fundo (UPF). Especialista em Direito Público pela IMED. Bacharel em Direito pela Universidade de Passo Fundo (UPF). Advogada. Professora na Faculdade de Ciências Jurídicas de Santa Maria – UNISM. E-mail: alessandra.sp@hotmail.com

² Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC). Especialista em Direito Público, Práticas Jurídicas e Cidadania pela Universidade de Cruz Alta (UNICRUZ). Professora licenciada da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI -Campus Santiago). Advogada. Exerce a advocacia principalmente nas seguintes áreas: Direito Civil, Direito Empresarial, Direito Bancário, Direito de Família e Sucessões, Direito Ambiental e Direito Processual Civil. Professora na Faculdade de Ciências Jurídicas de Santa Maria – UNISM. E-mail: profa.claudiacezne@fcjsm.com.br

³ Mestre em Direito, UNISC. (2017) Pós-graduado em Direito Penal e Processo Penal pela Faculdade de Direito Damásio de Jesus (2014). Graduado em Direito pela Universidade Luterana do Brasil (2011). Advogado Criminalista. Membro da comissão da advocacia criminal da OAB/SMA. Atualmente desenvolve estudos na seara do Direito internacional dos Direitos Humanos e Ativismo Judicial. Professor na Faculdade de Ciências Jurídicas de Santa Maria – UNISM. E-mail: advwednerlima@hotmail.com

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo analisar o direito humano à educação na perspectiva dos Objetivos do Desenvolvimento Sustentável da Agenda 2030, dando especial ênfase ao ODS 4, que busca “Assegurar a educação inclusiva e equitativa e de qualidade, e promover oportunidades de aprendizagem ao longo da vida para todos”.

A educação é um instrumento que emancipa, empodera e melhora a qualidade de vida das pessoas. Dessa forma, pode-se compreendê-la como peça-chave para que diversos direitos humanos sejam contemplados. E mais do que isso: educação é, em si, um direito humano.

O art. 26 da Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) preceitua: “todo ser humano tem direito à instrução”. Gratuita, nos graus elementares e fundamentais. Acessível a todos e todas, no nível técnico-profissional e superior. E, conforme o inciso 2 do artigo: “A instrução será orientada no sentido do pleno desenvolvimento da personalidade humana e do fortalecimento do respeito pelos direitos humanos e pelas liberdades fundamentais”. Ficam evidentes as semelhanças entre o que está na DUDH e o próprio ODS 4. Inclusive, uma das metas deste ODS fala justamente sobre uma educação inclusiva, igualitária e que contemple os direitos humanos e uma cultura de paz.

Diante desta problemática, necessário se faz uma abordagem geral sobre o sistema internacional dos direitos humanos, assim como uma análise do direito à educação como um direito humano e fundamental e, também, deste direito no contexto dos objetivos do desenvolvimento sustentável da Agenda 2030.

A metodologia a ser empregada compreende o método indutivo, sendo acionadas as técnicas do referente, da categoria, dos conceitos operacionais e da pesquisa bibliográfica. As referidas fontes serão o sustentáculo teórico do trabalho, bem como instruirão a abordagem adotada, permitindo a concretização dos objetivos propostos. De tal modo, como marco, parte-se dos direitos humanos.

1. DIREITOS HUMANOS: ALGUMAS CONSIDERAÇÕES

A consciência histórica dos Direitos Humanos é ação que remonta há muitos anos, a partir da necessidade de se adequar medidas em prol da dignidade humana, até então, desprezada, como expõe Comparato em seu livro *A afirmação histórica dos Direitos Humanos*:

A eclosão da consciência histórica dos Direitos Humanos só se deu após um longo trabalho preparatório, centrado em torno da limitação do poder político. O reconhecimento de que as instituições de governo devem ser utilizadas para o serviço dos governados e não para o benefício pessoal dos governantes foi um primeiro passo decisivo na admissão da existência de direitos que, inerentes a própria condição humana, devem ser reconhecidos a todos e não podem ser havidos como mera concessão dos que exercem o poder⁴.

Nesse sentido, a concepção da natureza jurídica dos Direitos Humanos, como instrumento limitador do poder do Estado, surgiu remotamente, ainda na antiguidade, ganhando, com o passar dos tempos robustez e significado. Percebe-se que, a primeira tentativa de proteção dos Direitos Humanos de que se têm notícias, pelo menos, de forma referencial, é o Código de Hamurabi.

Seguindo o curso da história, chega-se, então aos movimentos revolucionários do Século XVIII: a Independência dos Estados Unidos, que redundou na promulgação da Constituição Americana de 1787, e a Revolução Francesa que culminou com a Declaração do Homem e do Cidadão de 1789. Representando uma ruptura radical e substancial com o sistema político e social da época, com influência em praticamente todos os Estados. Tais movimentos fulminaram, de vez, o Estado Absolutista e implantaram, em seu lugar, o Estado Liberal.⁵

Assim, a garantia de essencialidade dos Direitos Humanos nasceu da exigibilidade de instrumentos indispensáveis para sua efetivação, a qual se deu, pelo Princípio Democrático, reconhecido na Declaração Universal de 1948. O poder ao emanar do povo livre para a escolha de sua representação, garantiu que nenhum ato governamental poderia frustrar ou impedir que os objetivos do Estado, assim como, a violação a Direitos Humanos.

E aqui vale dissertar sobre este ponto principal, a terminologia “Direitos Humanos” afigura-se como uma nova nomenclatura para o que anteriormente era conhecido como *The Rights of Man*⁶, sendo que a primeira pessoa a promover o uso da referenciada expressão foi Eleanor Roosevelt, quando descobriu, por meio de sua atividade política, que os direitos do homem não incluíam os direitos das mulheres.⁷

Idealiza-se a definição em três balizadores que aduzem a origem do fundamento de conceituar Direitos Humanos. Em primeira análise, no sentido que os direitos estão

⁴ COMPARATO, Fabio Konder. **A afirmação histórica dos Direitos Humanos**. 7.ed, São Paulo: Saraiva, 2010, p. 53.

⁵ COELHO, Helena Beatriz Cesarino Mendes. **Políticas públicas e controle de juridicidade**. Vinculação às normas constitucionais. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2010.

⁶ Tradução livre: direitos do homem.

⁷ GORCZEWSKI, Clovis. **Direitos Humanos, educação e cidadania**: Conhecer, educar, praticar. 1. ed. 2009. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2009. p.20.

garantidos por normas superiores. Em segundo momento, que não são concessões da sociedade política, mas nascem com o homem, e por fim, sua natureza fundamental diante sua universalidade. Gorczewski destaca que:

Segundo Cranston foi na década de 1940 que Eleanor Roosevelt promoveu o uso da expressão *human rights* (Direitos Humanos) quando descobriu, através de sua atividade política, que os direitos dos homens não incluíam os direitos das mulheres. Trata-se de uma forma abreviada e genérica de se referir a um conjunto de exigências e enunciados jurídicos que são superiores aos demais direitos, quer por entendermos que estão garantidos por normas jurídicas superiores, quer por entendermos que 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 lugar.⁸

Percebe-se que representam uma ideia de condição mínima de sobrevivência digna, na medida em que expressam as necessidades do ser humano, identificadas através da historicidade dos povos, leis e costumes. Consideram-se postulados primários da ordem moral, não havendo limites delineados por poder político, assim como não são frutos de uma invenção geniosa ou caso fortuito da história humana. Esta dificuldade de descrição necessita de uma identificação de sua própria história, na medida em que Antonio Enrique Perez Luño aduz:

Conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento historico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos juridicos a nivel nacional e internacional.⁹

Desta forma, em que pese a dificuldade de identificação de um conceito uniforme de Direitos Humanos, justificado pela variação dos direitos considerados fundamentais na organização da vida em sociedade, o conceito de Direitos Humanos é uma abstração intelectual sobre um conteúdo cultural concreto e limitado a um momento histórico. Fernando Barcellos de Almeida expressa que:

Direitos Humanos são ressalvas e restrições ao poder público ou as imposições a este, expressas em declarações, dispositivos legais e mecanismos provados e públicos, destinados a fazer respeitar e concretizar as condições de vida que

⁸ GORCZEWSKI, Clovis. **Direitos Humanos, educação e cidadania**: Conhecer, educar, praticar. 1. ed. 2009. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2009. p.20.

⁹ Conjunto de facultades e instituições que, em cada momento histórico concretizam as exigências da dignidade, a liberdade e igualdade humana, as quais devem ser reconhecidas positivamente pelos ordenamentos jurídicos a nível nacional e internacional. (Tradução livre). PEREZ-LUÑO, Antonio Enrique. **Derechos humanos, estado de derecho y constitucion**. 6.ed. Madrid: Tecnos, 1999.

possibilitem a todo ser humano manter e desenvolver suas qualidades peculiares de inteligência, dignidade e consciência, e permitir a satisfação de suas necessidades materiais e espirituais.¹⁰

Nota-se que a busca por um conceito unificado, absoluto, e inquestionável, é medida resistida entre os doutrinadores, de forma que, as manifestações conceituais são divergentes, mas necessita-se buscar um objetivo final, ou seja, uma *ratio iuris*¹¹.

Norberto Bobbio argumenta que a problemática dos Direitos Humanos não é filosófica, mas jurídica, e em sentido amplo, política. Aduz que não se trata de saber quais e quantos são os Direitos Humanos, nem qual sua natureza ou fundamento, ou se são direitos naturais ou históricos, absolutos ou relativos, mas qual é o modo mais seguro de garanti-los e para impedir que, apesar de tantas declarações solenes, sejam continuamente violados¹². Em contrapartida ao pensamento de Bobbio, Gorczevski sustenta que:

Evidentemente que a intenção de Bobbio foi a de dizer que o problema prático dos Direitos Humanos não é sua fundamentação, mas a sua concretização. Entretanto, o problema teórico dos Direitos Humanos não reside em sua concretização, mas em sua fundamentação. Jamais concretizaremos o que, sem claramente definir o porque. Então renunciar a fundamentação dos Direitos Humanos é uma maneira de negar-lhes exigibilidade, pois não há direito duradouro se somente se funda na arbitrariedade do poder.¹³

De acordo com essa perspectiva, Flavia Piovesan¹⁴ destaca que os Direitos Humanos nascem na medida das necessidades humanas. Eles não vêm ao mundo de uma hora para a outra, pois seu processo de composição demanda inúmeras reflexões acerca da filosofia dos valores – mais precisamente dos valores morais –, de modo que são concretizados por meio de muitas lutas e ações sociais. Assim, os Direitos Humanos podem ser compreendidos como o resultado de uma construção consciente que tem por escopo garantir a dignidade humana e evitar sofrimentos.

Com efeito, percebe-se que os referenciados direitos representam uma ideia de condição mínima de sobrevivência digna, especialmente por estarem estreitamente vinculados com as necessidades do ser humano, as quais são identificadas por meio da historicidade dos povos e de suas leis e costumes. Ademais, não se caracterizam

¹⁰ ALMEIDA, Fernando Barcellos de. **Teoria geral dos Direitos Humanos**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1996. p. 22

¹¹ GORCZEVSKI, Clovis. **Direitos Humanos, educação e cidadania**: Conhecer, educar, praticar. 1. ed. 2009. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2009.

¹² BOBBIO, Norberto. Presente y porvenir de los derechos humanos. In: **Anuário de Derechos Humanos**. n.1. Madrid: Universidad Complutense, 1992.

¹³ GORCZEVSKI, Clovis. **Direitos Humanos, educação e cidadania**: Conhecer, educar, praticar. 1. ed. 2009. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2009. p.49

¹⁴ PIOVESAN, Flavia. **Direitos Humanos e justiça internacional**. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

como uma invenção pontual, tampouco como a construção definitiva de um gênio do Direito.¹⁵

Em verdade, ainda que a definição dos Direitos Humanos constitua um grandioso desafio, em linhas mais amplas, os mesmos podem ser traduzidos em garantias que uma determinada sociedade convencionou como sendo essenciais para que todos os cidadãos possam viver de forma digna, sendo que, por esta razão, acabam contraindo uma superioridade em relação aos demais direitos. Indubitavelmente, não existem dúvidas de que a expressão em estudo é de amplo conhecimento, sendo que o que se tem por trás dela – o que, de fato, ela representa para a sociedade – são direitos de todo e qualquer indivíduo.

Em síntese, pode-se afirmar que os Direitos Humanos se tratam de bens valiosos na sociedade. Ainda que se reconheça a existência de certo abismo entre o que se diz e o que se faz neste campo, os referidos direitos devem ser respeitados e assegurados não somente por parte do Estado, mas por parte dos próprios cidadãos, que devem voltar a sua atuação para a observância de tais direitos, não permitindo que os mesmos sejam violados.

No que se refere à respeitabilidade e exequibilidade pelos Estados dos Direitos Humanos, importante acentuar que, a divergência cultural não pode servir como barreira a e efetivação da proteção internacional dos Direitos Humanos, uma vez que, parâmetro universal é a dignidade humana, conceito universal e extrema valia tornar absoluta a proteção.

Obviamente que, isso não significa que seja necessário uniformizar ideias e criar pensamento único, diante a diversidade cultural e o pensamento humano ser heterogêneo. Como forma de consenso, percebe-se que a Declaração de Viena, adotada em 25 de junho de 1993 busca acomodar a questão estabelecendo, em seu parágrafo 5º, que:

[...] todos os Direitos Humanos são universais, indivisíveis, interdependentes e inter-relacionados. A comunidade internacional deve tratar os Direitos Humanos globalmente, de maneira justa e equânime, com os mesmos parâmetros e com a mesma ênfase. As particularidades nacionais e regionais e bases históricas, culturais e religiosas devem ser consideradas, mas é obrigação dos Estados, independentemente de seu sistema político, econômico e cultural, promover e proteger todos os Direitos Humanos e liberdade fundamentais.

¹⁵ ALMEIDA, Fernando Barcellos de. **Teoria geral dos Direitos Humanos**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1996. p.27.

Percebe-se que a idealização de um combate à violação aos Direitos Humanos é uma concepção universal, em que pese à diversidade cultural, mas a convivência humana não aceita mais ações que afrontem a dignidade humana. Comparato¹⁶ lembra que os Direitos Humanos foram identificados como valores mais importantes da convivência humana, aqueles sem os quais as sociedades acabam perecendo, fatalmente por um processo irreversível de desagregação.

Em suma, nota-se que o relativismo cultural não contraria a necessária universalidade dos Direitos Humanos, mas pelo contrário, especifica a possibilidade de impedir uma *standardização* diante o consenso internacional de adotar parâmetros éticos mínimos comuns.

Efetuada breves considerações sobre os Direitos Humanos, passa-se para o próximo tópico, no qual será analisado mais detidamente o Direito Humano à Educação.

2. O DIREITO HUMANO À EDUCAÇÃO

Na segunda metade do século XVIII, os movimentos visando a valorização do ser humano se exponencializaram alcançando seu ápice com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, ratificada em 26 de agosto de 1789.

Na luta contra o absolutismo, o referido diploma positivou em seu art. 4º que:

A liberdade consiste em poder fazer tudo que não prejudique o próximo: assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem por limites senão aqueles que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos. Estes limites apenas podem ser determinados pela lei.¹⁷

Os aspectos culturais de uma sociedade delimitam a extensão e o alcance de suas perspectivas. Assim, sem a cultura, a educação e o conhecimento necessário, a sociedade não teria êxito em alcançar o exercício da conquista estabelecida pelo artigo 4º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão.

Sendo a vida o bem mais precioso do ser humano, a liberdade vem logo após como principal patrimônio de cidadania e, neste diapasão, tal direito restou instrumentalizado pela Declaração Universal dos Direitos Humanos.

¹⁶ COMPARATO, Fabio Konder. **A afirmação histórica dos Direitos Humanos**. 3.ed, São Paulo: Saraiva, 2005.

¹⁷ DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO DE 1789. Disponível em: <https://www.ufsm.br/app/uploads/sites/414/2018/10/1789.pdf> Acesso em: 15 dez. 2021.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), anunciada em 10 de dezembro de 1948, por ocasião da Assembleia Geral das Nações Unidas, realizada em Paris – França, demonstrou extremo cuidado em assegurar o direito a Educação como premissa fundamental:

Art. 26: Todo ser humano 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, está baseada no mérito.¹⁸

A educação passa, então, a ocupar um lugar de destaque na vida em sociedade, no cenário mundial, através do art. 26 da DUDH. No cenário nacional, a Constituição Federal de 1988 traz importantes inovações, iniciando com o enunciado do art. 6º da Constituição Federal de 1988, onde inclui a educação como um direito fundamental social.

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.¹⁹

Essa preocupação em garantir o acesso à educação decorre da busca pela igualdade, que também é contemplada pela nossa Constituição Federal. Buscando garantir o direito a educação que, de imediato, passou a fazer parte do conglomerado dos direitos sociais e por entender que é primordial para evolução da vida em sociedade, o artigo 205 da Constituição Federal de 1988, estabeleceu as obrigações do Estado Brasileiro a partir de então:

Art. 205. 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.²⁰

Além das obrigações atribuídas ao Estado, constam obrigações atribuídas à família, tendo em vista que se trata da primeira forma de sociedade de qualquer ser humano.

¹⁸ NAÇÕES UNIDAS BRASIL. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/91601-declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 20 out. 2021.

¹⁹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 20 out. 2021.

²⁰ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 20 out. 2021.

Cumpra mencionar ainda que a inserção de ambos como sujeitos de obrigações tem por escopo facilitar o acesso e a permanência do estudante na escola.

Por um lado, famílias com poucos recursos que ora exploravam o trabalho infantil, e retiravam as crianças da escola, pelos mais variados motivos passaram a incentivar sua permanência no ambiente escolar. Enquanto, isso o Estado passou a alcançar um incentivo financeiro às famílias de baixa renda para que mantivessem as crianças na escola.

Os avanços com relação ao acesso a educação já são observados, ainda que distantes do ideal. Necessário se faz uma conscientização coletiva para que as famílias, ainda que com muitas dificuldades, compreendam a importância da educação como direito de todos e entendam que a busca por uma vida melhor decorre da dela.

Há que se mostrar que a verdadeira transformação ocorre a partir da educação conjugada com a vontade e o esforço de cada cidadão. Por certo, a conscientização é fator decisivo para que cada cidadão compreenda o seu lugar, a sua importância e principalmente o seu valor na sociedade.

A inclusão de tais obrigações no referido texto legal, ratifica o processo de internacionalização dos Direitos Humanos e assim fortalece a condição do ser humano enquanto cidadão. Com certeza o referido artigo contempla premissas indispensáveis ao Estado Democrático de Direito: educação, direito, dever, sociedade, cidadania e trabalho, todos ressaltam a importância da dignidade da pessoa humana.

Esses pressupostos demonstram que garantir o acesso a educação é indispensável a liberdade, logo é indispensável ao exercício da cidadania que, por sua, vez é garantia de democracia, de respeito a diversidade e a dignidade da pessoa humana. Na medida que o conhecimento torna a vida em sociedade mais interessante, garante ao cidadão direitos e deveres que permitem o exercício das suas liberdades.

Cumpra ressaltar que o trabalho é fator preponderante para o exercício da cidadania e a preparação para toda e qualquer atividade laboral depende da educação.

Através dela o cidadão toma conhecimento dos seus direitos e deveres. Em verdade a educação permite que o cidadão conheça e exerça sua liberdade de forma ampla e com igualdade de condições. A concretização da liberdade e da igualdade dependem diretamente da educação, isso significa que nenhum ser humano é realmente livre sem educação, bem como não há que se falar em igualdade sem que haja um conhecimento.

Considerando as alterações constantes na vida em sociedade, no próximo tópico passamos a examinar o direito humano à educação na Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável.

3. A EDUCAÇÃO NA AGENDA 2030 PARA O DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

No ano de 2015, a ONU (Organização das Nações Unidas) reuniu países e a população global, com o fim de decidir sobre os novos caminhos em busca de melhores condições de vida para toda a humanidade. Impulsionados pelos Objetivos do Desenvolvimento do Milênio (ODM), as ações tomadas em 2015 resultaram nos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS). Então, as Nações Unidas, tendo como referência os Objetivos do Desenvolvimento do Milênio, os quais mostraram que metas funcionam e ajudaram, em parte, a acabar com a pobreza, definiram esses Objetivos de Desenvolvimento Sustentável, como parte de uma nova Agenda de Desenvolvimento Sustentável, que tem a pretensão de finalizar o trabalho dos Objetivos de Desenvolvimento do Milênio.²¹

A Agenda foi lançada durante a Cúpula de Desenvolvimento Sustentável, em setembro de 2015, na sede das Nações Unidas em Nova York, contando com a contribuição dos Estados-membros e da sociedade civil. Esta agenda está ligada ao resultado da Rio+20, realizada em 2012 no Rio de Janeiro, e reflete os novos desafios de desenvolvimento.²²

O documento final da Agenda pós-2015 ficou intitulado como: “Transformando Nosso Mundo: A Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável”. Como o próprio preâmbulo da Agenda refere, trata-se de um plano de ação para as pessoas, para o planeta e para a prosperidade, composto por 17 objetivos de desenvolvimento sustentável e 169 metas, os quais devem estimular a ação para os próximos 15 anos em áreas de importância crucial para o planeta e para a humanidade, buscando concretizar os direitos humanos de todos e equilibrando as três dimensões do desenvolvimento sustentável: a econômica, a social e a ambiental.²³

Fica evidente a importância dessa Agenda 2030, principalmente quanto à preocupação com a qualidade de vida humana, em todos os seus aspectos. Nesse sentido, Zamban afirma que:

²¹ NAÇÕES UNIDAS NO BRASIL (ONUBR). Disponível em: <https://nacoesunidas.org/pos2015/> Acesso em: 06 dez. 2021.

²² NAÇÕES UNIDAS NO BRASIL (ONUBR). Disponível em: <https://nacoesunidas.org/pos2015/> Acesso em: 06 dez. 2021.

²³ NAÇÕES UNIDAS NO BRASIL (ONUBR). **Agenda 2030**. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/pos2015/agenda2030/> Acesso em: 06 dez. 2021.

A importância da qualidade da vida humana é central para o processo de desenvolvimento sustentável, tanto pela sua razão instrumental, que tem como objetivo a transformação do modelo vigente, quanto pelo valor intrínseco da pessoa. Uma sociedade que se preocupa em efetivar, pela prioridade de investimentos, a promoção das condições de vida de seus habitantes, melhorando a qualidade e o acesso ao sistema educacional, o aprimoramento das condições dos programas de saúde e a implementação de outros programas de promoção humana, como, por exemplo, o incentivo à geração de emprego e renda, tem clareza sobre a importância do capital humano para o processo de desenvolvimento como um todo.²⁴

Verifica-se, então, que o desenvolvimento sustentável passou a incorporar os direitos humanos que vão além do meio ambiente sustentável, havendo, portanto, uma ampliação do seu conceito. Vislumbra-se, portanto, a importância dos novos objetivos trazidos pela Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável, destacando-se o direito humano à educação, que pode ser encontrado no ODS 4.

O Objetivo 4 trata de “Assegurar a educação inclusiva e equitativa e de qualidade, e promover oportunidades de aprendizagem ao longo da vida para todos”. Sobre a importância da educação, Morin ensina que a educação para a vida deve fomentar e estimular uma das missões básicas de toda a educação: a autonomia e a liberdade mental. O autor diz que não há autonomia mental que não dependa daquilo que a nutre, ou seja, a cultura. Ainda, ele diz que a educação para a liberdade mental não consiste somente na leitura de escritores, pensadores e filósofos, mas também na essência do que é a liberdade: a liberdade de pensar é a liberdade de escolher, entre as diversas opiniões, teorias e filosofias.²⁵ Uma educação de qualidade desde a primeira infância, com oportunidades para todos, pode fazer com que se chegue a essa autonomia e liberdade mental, tão importante para o desenvolvimento humano e cultural.

Um ODS nunca está sozinho. Cada um dos 17 objetivos propostos na Agenda 2030 vem acompanhado de diversas metas. E é assim com o ODS 4, que entre suas metas, a serem cumpridas até 2030, estão: a garantia de um **ensino primário e secundário de qualidade** para todas as meninas e meninos; o acesso a um **desenvolvimento de qualidade na primeira infância**, que envolve cuidados e educação pré-escolar; a **igualdade no acesso à educação técnica, profissional e superior de qualidade**, para todos os homens e as mulheres; o aumento do número de **jovens e adultos com habilidades e competências** para trabalho decente e

²⁴ ZAMBAN, Neuro José. **Amartya Sen**: liberdade, justiça e desenvolvimento sustentável. Passo Fundo: IMED, 2012. p. 149.

²⁵ MORIN, Edgar. **Enseñar a vivir**: manifiesto para cambiar la educación. Traducción de Núria Petit Fontserè. Barcelona: Paidós, 2016. p. 48.

empreendedorismo; a **eliminação das disparidades** de gênero na educação e também igualdade neste acesso para as pessoas mais vulneráveis; a garantia de que todos os jovens e o maior número possível de adultos esteja **alfabetizado** e tenha **conhecimento básico de matemática**; a educação para o **desenvolvimento sustentável** e estilos de vida sustentáveis, direitos humanos, igualdade de gênero, promoção de uma cultura de paz e não-violência, cidadania global, e valorização da diversidade cultural; a construção e melhora de instalações físicas para educação, proporcionando **espaços de aprendizagem seguros, inclusivos e não violentos**; a ampliação do número de **bolsas de estudo** para países em desenvolvimento; o aumento do número de **professores qualificados**, principalmente nos países em desenvolvimento.²⁶

Diante destas metas, pode-se observar que o ODS 4 não está concentrado apenas em indicadores quantitativos, e que leva em consideração, também, indicadores qualitativos, em busca de uma educação que contempla o desenvolvimento humano.

Entretanto, isso não significa que o acesso à educação – um indicador quantitativo – não seja central a este objetivo. Afinal, ao entender para quem a educação está longe de ser uma realidade, entende-se também as interseccionalidades entre os ODS e a importância da indivisibilidade da Agenda 2030.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, também denominada Constituição Cidadã, trata-se de uma Carta democrática, preocupada com a concretização dos Direitos Humanos e Direitos Fundamentais e, além disso, alicerçada na defesa e efetivação da dignidade da pessoa humana. Contudo, muito embora o referido diploma sirva de referência para diversos Estados contemporâneos, o Brasil tem enfrentado múltiplas dificuldades no que diz respeito à compreensão dos valores humanos e à concretização de políticas públicas de proteção e efetivação dos direitos em tela.

As constantes batalhas travadas pela sociedade brasileira nos últimos anos colaboraram de forma significativa para a diminuição das violações a Direitos Humanos no país. Contudo, basta uma visita aos locais periféricos das cidades para

²⁶ NAÇÕES UNIDAS NO BRASIL (ONUBR). **Objetivos de Desenvolvimento Sustentável**. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/sdgs/4> Acesso em: 06 dez. 2021.

perceber que a erradicação deste mal, infelizmente, ainda está longe de ser atingida. Na trajetória histórica do homem e seu desenvolvimento posterior, os Direitos Humanos sempre foram, em primeiro lugar, produto da rebeldia individual, aferido pelo reconhecimento de sua existência e de seus direitos enquanto indivíduo. Após, o surgimento de demandas coletivas, reivindicações, conquistas foram surgindo ao longo da história, recheada de violência, perseguições, revoltas, lutas, e sangue. E trata-se de um processo ainda em desenvolvimento, pois Direitos Humanos não são estáticos, meros favores simplesmente outorgados, são frutos que se sedimentam na evolução e nas contradições da sociedade, pois não se pode esquecer de que em muitos lugares se vive hoje situações semelhantes as primeiras fases da evolução.

No tocante ao direito humano à educação, apesar da evolução mundial no acesso à educação, ainda há muito que precisa ser feito para que a educação de fato contemple todas as pessoas. Afinal, existem grupos que continuam sendo deixados para trás.

A civilização humana perpassou por inúmeras fases, carregando consigo diversas peculiaridades e um histórico marcado por muitas evoluções, tais como científicas, tecnológicas, políticas, sociais e jurídicas – as quais ocorreram de forma lenta e gradual –. Com relação aos direitos humanos não é diferente. Tais direitos evoluem conforme a experiência de vida do homem na sociedade, de modo que não são reconhecidos ou construídos em um único momento. A evolução histórica dos direitos humanos sempre serviu de pauta para discussões nos mais diversos ramos do conhecimento e, inegavelmente, sua concretização é fruto de inúmeras batalhas travadas ao longo da história mundial.

Contudo, muito embora sua existência seja antiga, a preocupação relativa à garantia dos Direitos Humanos no campo internacional é bastante recente, sendo que seu surgimento está atrelado à necessidade de uma resposta para as barbáries cometidas durante as Guerras Mundiais – notadamente a Segunda Guerra Mundial.

Nesse contexto, o direito à educação enquanto direito humano tem sido tematizado, ao longo da história, por inúmeros documentos, movimentos e campanhas de afirmação e legitimação dos direitos da pessoa humana.

Por fim, a educação também é objeto de preocupação da Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável. Cada um dos 17 objetivos propostos na Agenda 2030 vem acompanhado de diversas metas. Criados em 2015, os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável da ONU são um pacto global em busca da erradicação da pobreza e de uma vida digna para todas as pessoas. Muito se tem ainda a fazer pela

educação a nível mundial e nacional, mas pode-se verificar que as metas constantes da Agenda 2030 auxiliam na evolução desse importante direito humano, sendo primordial a cooperação mundial na busca da sua efetivação.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ALMEIDA, Fernando Barcellos de. **Teoria geral dos Direitos Humanos**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1996.

BOBBIO, Norberto. Presente y porvenir de los derechos humanos. In: **Anuário de Derechos Humanos**. n.1. Madrid: Universidad Complutense, 1992.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 20 out. 2021.

COELHO, Helena Beatriz Cesarino Mendes. **Políticas públicas e controle de juricidade**. Vinculação às normas constitucionais. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2010.

COMPARATO, Fabio Konder. **A afirmação histórica dos Direitos Humanos**. 3.ed, São Paulo: Saraiva, 2005.

COMPARATO, Fabio Konder. **A afirmação histórica dos Direitos Humanos**. 7.ed, São Paulo: Saraiva, 2010.

DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO DE 1789. Disponível em: <https://www.ufsm.br/app/uploads/sites/414/2018/10/1789.pdf> Acesso em: 15 dez. 2021.

GORCZEWSKI, Clovis. **Direitos Humanos, educação e cidadania**: Conhecer, educar, praticar. 1. ed. 2009. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2009.

MORIN, Edgar. **Enseñar a vivir**: manifiesto para cambiar la educación. Traducción de Núria Petit Fontserè. Barcelona: Paidós, 2016.

NAÇÕES UNIDAS NO BRASIL (ONUBR). Disponível em: <https://nacoesunidas.org/pos2015/> Acesso em: 06 dez. 2021.

NAÇÕES UNIDAS NO BRASIL (ONUBR). **Agenda 2030**. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/pos2015/agenda2030/> Acesso em: 06 dez. 2021.

NAÇÕES UNIDAS NO BRASIL (ONUBR). **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/91601-declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 20 out. 2021.

NAÇÕES UNIDAS NO BRASIL (ONUBR). **Objetivos de Desenvolvimento Sustentável**. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/sdgs/4> Acesso em: 06 dez. 2021.

PEREZ-LUÑO, Antonio Enrique. **Derechos humanos, estado de derecho y constitucion**. 6.ed. Madrid: Tecnos, 1999.

PIOVESAN, Flavia. **Direitos Humanos e justiça internacional**. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

ZAMBAN, Neuro José. **Amartya Sen**: liberdade, justiça e desenvolvimento sustentável. Passo Fundo: IMED, 2012.

MOBILIDADE HUMANA E GLOBALIZAÇÃO: CRISE HUMANITÁRIA

HUMAN MOBILITY AND GLOBALIZATION: HUMANITARIAN CRISIS

Aline de Fátima Ardenghy Chiuza¹

Maira Angélica Dal Conte Tonial²

Resumo

O estudo em tela, terá o objetivo de analisar a tutela de direitos fundamentais e sociais de migrantes e refugiados, bem como a responsabilidade social internacional, em face do fenômeno da mobilidade humana e a crise humanitária. Para tanto pautou-se através da pesquisa descritiva, exploratória, com abordagem qualitativa e método hipotético-dedutivo, através do procedimento de pesquisa bibliográfica, documental e jurisprudencial. Neste sentido, questiona-se a efetividade dos direitos sociais e fundamentais de forma transnacional. Para tanto, será analisado o instituto do refúgio, em particular no Brasil, de que forma se dá e quais instrumentos de diplomas legais viabilizam sua aplicação, sendo necessário uma breve análise acerca dos deslocamentos forçados e voluntários. De igual maneira discutir a cooperação internacional, com fundamento na solidariedade e a preservação de direitos fundamentais e sociais, sob a luz do princípio da dignidade humana, em face a globalização econômica e transnacionalidade.

Palavras chaves: Transnacionalidade e Globalização. Mobilidade humana e Crise humanitária. Colaboração Internacional. Direitos fundamentais e sociais.

Abstract

The study on screen will have the objective of analyzing the protection of fundamental and social rights of migrants and refugees, as well as the international social responsibility, in the face of the phenomenon of human mobility and the humanitarian crisis. Therefore, it was based on descriptive, exploratory research, with a qualitative approach and a hypothetical-deductive method, through the procedure of bibliographical, documental and jurisprudential research. In this sense, the effectiveness of social and fundamental rights in a transnational way is questioned. For that, the refuge institute will be analyzed, particularly in Brazil, in what form it takes place and which instruments of legal diplomas make its application viable, being necessary a brief analysis about forced and voluntary displacements. Likewise, to discuss international cooperation, based on solidarity and the preservation of fundamental and social rights, under the light of the principle of human dignity, in the face of economic globalization and transnationality.

Keywords: Transnationality and Globalization. Human mobility and humanitarian crisis. International Collaboration. Fundamental and social rights.

¹ Graduada em Direito pela UPF, email 149070@upf.br

² Doutoranda em Direito pela Univali, Mestre em Direito pela Unissinos, Especialista e graduada pela UPF, email mairatonial@upf.br

INTRODUÇÃO

A partir do momento em que se reconhece a inalienabilidade e irrenunciabilidade dos direitos humanos a nível internacional, se reconhecem os direitos fundamentais, onde os indivíduos que são credores em face ao Estado de tais direitos, na ausência da proteção estatal a estes direitos, encontram-se desprotegidos, havendo responsabilidade social internacional de proteção a estes direitos, com o escopo de garantir-lhes assim o mínimo de dignidade humana e segurança, para si e suas famílias. Transformações sociais e políticas são constantes, bem como o fenômeno da mobilidade humana, que decorre de motivos econômicos, políticos, religiosos, étnicos, mudanças climáticas, extrema pobreza, e violência generalizada, que crescentemente tem forçado muitas pessoas a sair de seu país de origem, perdendo a proteção do Estatal, sendo obrigados a buscar abrigo e refúgio em outros países. Por vezes, esse fenômeno, acaba por colocar o migrante em situações de vulnerabilidade, estando sujeitos a abusos, discriminações e violações de seus direitos sociais e fundamentais, privados de sua cultura, família e bens. Percebesse então a importância da proteção de tais direitos através do direito internacional, assim como a imperiosidade de debater esse tema, em busca de soluções permanentes as diversas situações, para realocar estas pessoas garantindo-lhes um auxílio o mais humanitário.

1. A TUTELA DOS DIREITOS INTERNACIONAIS DOS REFUGIADOS POR MEIO DE DOCUMENTOS CONVENÇÕES E ORGANIZAÇÕES INTERNACIONAIS

A ajuda humanitária e tutela dos Direitos Internacional dos Refugiados, conta com documentos reconhecidos internacionalmente, que uma vez recepcionados e ratificados tem força de lei nos Estados membros, e em todo seu território, entre eles, acordos, convenções e pactos globais, pautados na cooperação internacional e na solidariedade. Os direitos dos refugiados, são operacionalizados por meio de instituições, órgãos e Organizações Internacionais, Estados membros e Estados terceiros, que são os sujeitos de direito internacional. Após a Segunda Guerra Mundial, durante a Convenção de 1951 da ONU, sobre Refugiados, devido aos inúmeros refugiados gerados pela guerra, e em função das constantes lesões a direitos fundamentais e sociais, uma vez que se encontravam fora da proteção Estatal, se instituiu o Alto Comissariado das Nações Unidas para os refugiados (ACNUR), entre tanto, o status de refugiados era restrito aos refugiados anteriores a 1º de janeiro do

mesmo ano e a região eurocêntrica, e contava com limite temporal de atuação, com o passar do tempo, diante de novas situações e acontecimentos, bem como novas necessidades, afastaram-se as reservas temporais e territoriais, estendendo-se a mais pessoas a condição de refugiados, por meio do Protocolo Adicional de 1967.³

Em 2016 através da Declaração de Nova York, se assumiu um compromisso de debater a respeito do Pacto Global em resposta a situação dos refugiados no mundo, onde se torna mais abrangente a caracterização de refugiados, que se encontram desprotegidos fora de seu país de origem em função de inúmeras situações, necessitando de acolhida.⁴

Diante das inúmeras situações, geradas por deslocamentos voluntários e forçados, abre-se um leque de novas possibilidades, as quais o Direito Internacional dos Refugiados, bem como as Organizações Internacionais devem se adequar, no intuito de tutelar direitos sociais e fundamentais, objeto do presente estudo, para dar uma resposta efetiva, planejada e sustentável, como proposta no compromisso assumido pela comunidade internacional a respeito dos refugiados, em face à crescente demanda e a crise humanitária gerada. Outro importante instrumento instituído é o Marco Integral de Resposta aos refugiados (CRRF), que tem por finalidade diminuir a pressão em países de acolhimento, aumentar a autossuficiência dos refugiados, expandir o acesso às soluções de países terceiros, apoiar ações nos países de origem para retorno com segurança e dignidade.⁵ O direito Internacional dos Refugiados está relacionado diretamente ao Direitos Internacional dos Direitos Humanos, com a finalidade de preservar os direitos fundamentais e sociais, sendo um complementar ao outro. Para Liliana Lyra Jubilut “o Direito Internacional dos Refugiados, conta com todos os instrumentos legais, bem como seus mecanismos de implementação, uma vez que de acordo com a Declaração e Programa de Ação de Viena (1993), os direitos humanos são universais indivisíveis, interdependentes e inter-relacionados”.⁶

A Organização das Nações Unidas (ONU), tem como escopo a promoção da paz mundial, tendo como base o princípio da não intervenção, mas no caso de omissão ou

³Jubilut, Liliana Lyra O Direito internacional dos refugiados e sua aplicação no orçamento jurídico brasileiro / Liliana Lyra Jubilut. - São Paulo : Método, 2007. 240p.: Apêndice. Disponível em:<<https://ead.upf.br/mod/resource/view.php?id=168628>> acesso em: 06/02/2021.págs. 84-88.

⁴ **Unhcr Acnur Agência da Onu para refugiados.** Rumo a um pacto Global sobre Refugiados. Disponível em:<<https://www.acnur.org/portugues/rumo-a-um-pacto-global-sobre-refugiados/>> acesso em:09/06/2021.

⁵ **Unhcr Acnur Agência da Onu para refugiados.** Rumo a um pacto Global sobre Refugiados. Disponível em:<<https://www.acnur.org/portugues/rumo-a-um-pacto-global-sobre-refugiados/>> acesso em:09/10/2021.

⁶ Jubilut, Liliana Lyra O Direito internacional dos refugiados e sua aplicação no orçamento jurídico brasileiro / Liliana Lyra Jubilut. - São Paulo : Método, 2007. 240p. : Apêndice.Disponível em:<<https://ead.upf.br/mod/resource/view.php?id=168628>> acesso em: 06/02/2021 Pág. 60,61.

ação do poder Estatal, que levem a graves ameaças ou lesões e privações aos direitos humanos, ensejando intervenção internacional, ela poderá de forma coercitiva interferir de modo a salvar a vida dos nacionais deste país, levando ajuda humanitária, havendo um compromisso internacional de proteção.

Recentemente no ano de 2015, a ONU e a comunidade internacional, oficializaram uma agenda de compromissos a serem atingidos até 2030, com objetivos específicos, entre eles, o desenvolvimento sustentável com a preservação do meio ambiente e a erradicação da pobreza, trabalho análogo a escravo, trabalho infantil, desigualdades de gênero.⁷ Para tanto, os países signatários devem se voltar a implementação de políticas que visem a justiça social, e sua efetivação, preservando os direitos sociais e fundamentais.

2. DA COOPERAÇÃO INTERNACIONAL E A AJUDA HUMANITÁRIA

A cooperação internacional e a reciprocidade, pautadas no princípio da solidariedade, por meio de compromissos assumidos entre Estados, Organizações Internacionais, Estados membros e Estados terceiros, é o que garante a preservação e efetividade dos direitos sociais e fundamentais. É relevante ressaltar o impacto social gerado ao país que acolhe estes refugiados e migrantes, considerando a crescente demanda gerada, o fenômeno da globalização e transnacionalidade, verifica-se que na sua grande maioria quem tem dado acolhida, são países menos desenvolvidos.⁸ Portanto carentes de políticas públicas e sociais, e em condições econômicas precárias, com dificuldade de garantir o mínimo até mesmo para os seus nacionais. De modo que, destaca-se a importância do reconhecimento da responsabilidade social internacional sobre estes refugiados e migrantes, sendo essencial o auxílio de Organizações Internacionais, entidades interessadas, particulares, e instituições financeiras, para que se possa da melhor forma possível realocar os mesmos, abrigá-los sem causar danos sociais ao país que os recebem, minimizando estes impactos e possibilitando um suporte adequado para que isso ocorra, da forma mais humanitária possível.⁹

⁷Pacto Global Rede Brasil. Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS). Disponível em: <https://www.pactoglobal.org.br/ods> acesso em: 18/11/2021.

⁸ Unhcr Acnur Agência da Onu para refugiados. Rumo a um pacto Global sobre Refugiados. Disponível em: <<https://www.acnur.org/portugues/rumo-a-um-pacto-global-sobre-refugiados/>> acesso em: 09/06/2021.

⁹ Unhcr Acnur Agência da Onu para refugiados. Rumo a um pacto Global sobre Refugiados. Disponível em: <<https://www.acnur.org/portugues/rumo-a-um-pacto-global-sobre-refugiados/>> acesso em: 09/06/2021.

Diante deste cenário, no deslocamento forçado, temos então a figura do refugiado, que para fins legais, nos moldes da Lei 9.474 de 22 de julho de 1997, são todos os indivíduos que são reconhecidos legalmente como aqueles que, por perseguições e graves violações de direitos humanos devido a fundados temores de perseguição por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas encontre-se fora de seu país de nacionalidade.¹⁰

O país que tem chocado o mundo em função das inúmeras violações dos direitos humanos e que pode-se citar como exemplo é a Síria, o qual tem gerado um grande número de refugiados e deslocamentos forçados em torno de 6,6 milhões conforme relatório Alto Comissariado da das Nações Unidas Para Refugiados (ACNUR), e seu principal destino é a Turquia.¹¹ Frequentemente tem-se acesso a imagens dos milhares de famílias que buscam desesperadamente atravessar a fronteira e sair, imagens chocantes de crianças e famílias inteiras que morrem afogadas ao tentar fazer a travessia, fugindo da guerra civil, que assola o país, que perdura há anos. Vários grupos armados disputam o poder no país, a população civil tem sofrido ultrajes, sendo-lhes privados o mínimo de subsistência, como alimentos e água potável, num cenário de destruição e morte.¹²

Estes fatos preocupam da comunidade internacional e Órgãos responsáveis pela proteção de direitos humanos, como a ONU. Mas mesmo diante de tanto sofrimento e privações que os civis sofrem, as organizações internacionais têm dificuldade de acesso, e são barradas de entrar nas zonas de conflito, para levar ajuda humanitária.¹³ O cenário e relatos são de várias infrações aos direitos humanos. Por outro viés, depois de passar pelas o sofrimento de deixar seus lares família, cultura, e estrutura financeira, estas pessoas ainda passam pela rejeição em muitos países que negam a acolhida.

De igual maneira, deve se ater a questão dos migrantes, os quais se diferem dos refugiados, em alguns aspectos, o primeiro porque decidem sair de seu país de origem voluntariamente, por motivos econômicos e sociais, buscando uma melhora na sua qualidade de vida, para si e suas famílias, e não de maneira forçada, diferentemente

¹⁰ Lei 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 29/01/2021.

¹¹ **Toda matéria.** Bezerra, Juliana. Guerra na Síria. Disponível em: <<https://www.todamateria.com.br/guerra-na-siria/>> acesso em 10/02/2021.

¹² **Toda matéria.** Bezerra, Juliana. Guerra na Síria. Disponível em: <<https://www.todamateria.com.br/guerra-na-siria/>> acesso em 10/02/2021.

¹³ **Toda matéria.** Bezerra, Juliana. Guerra na Síria. Disponível em: <<https://www.todamateria.com.br/guerra-na-siria/>> acesso em 10/02/2021.

do deslocamento forçado como no caso dos indivíduos que tem reconhecido o status de refugiados, cabendo dizer que, outro aspecto seria o de que geralmente escolhem seu destino, por último, se referindo ao refugiado, o motivo geralmente se dá por intolerância e perseguições, sejam elas políticas ou religiosas, ou mesmo por raça ou etnia.

Entretanto, tanto no deslocamento forçado como no voluntário, ambos se encontram fora da proteção de seu Estado de origem, havendo uma carência da proteção estatal em relação aos seus direitos fundamentais e sociais, reafirmando-se cada vez mais a importância de mecanismos e ações interligadas a nível transnacionais, e da cooperação internacional para realocar a crescente demanda, observando os impactos econômicos e transformações sociais ocasionadas por tais deslocamentos, uma vez que, há uma forte resistência por parte de alguns países em receber o migrante econômico e lhe dar acolhida, por temer desestabilização da economia interna.

Uma terceiro grupo são os refugiados climáticos, gerados pelas mudanças climáticas, tema que eminentemente demanda discussão, e que tem previsão de cada vez mais acelerar fenômenos como o da migração e refúgio, é uma realidade recente que o mundo todo deve se ater e discutir buscando soluções, para a crise humanitária instalada em face de desastres ambientais, mudanças climáticas e catástrofes.¹⁴ É uma realidade imperiosa, ao passo que se sabe que o modo de produção e consumo não é mais sustentável da maneira como que ocorre, e que futuramente colocará cada vez mais pessoas fora da proteção de seu país de origem, tendo que se deslocar para buscar sobreviver em outros países ou territórios, trazendo conflitos sociais entre nacionais, migrantes e refugiados.

Entretanto, é desafiador, chegar a um consenso internacionalmente, com intuito de se pensar de maneira racionalizada e globalizada nesta eminente realidade, que nos é imposta, pelo próprio comportamento humano, quando não se observam as normas de produção e consumo sustentável, de preservação ambiental, tão pouco a responsabilidade social de todos indivíduos envolvidos, perante os direitos fundamentais individuais, coletivos e difusos, em face a políticas neoliberais e a globalização econômica.

¹⁴Weber, Anderson; Piucco, Micheli; Grazziotin, Patrícia Noschang. REFUGIADOS CLIMÁTICOS: O DESAPARECIMENTO DE ESTADOS PELO AUMENTO DO NÍVEL DO MAR E A EXISTÊNCIA DE UMA NOVA CATEGORIA DE REFÚGIO. 2020. p.194-201. Disponível em: <<https://ead.upf.br/mod/url/view.php?id=168799>> acesso em: 09/02/2021. P.194-201

3. O INSTITUTO DO REFÚGIO NO BRASIL

É de suma relevância para o presente estudo, destacar que, toda matéria de acordos internacionais, relacionada a direitos humanos recepcionada e ratificadas pelo Estado Brasileiro, tem força de emenda constitucional, tendo por tanto, status supralegal, com eficácia em todo território Brasileiro. Neste sentido, o Brasil pós período ditadura militar, e de uma visão menos politizada do acolhimento aos refugiados, e também após a promulgação Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/1988), com a criação da Lei 9.474 de 1997 que por sua vez, recepciona a Declaração de Cartagena entre outras, com a criação do Comitê Nacional para os Refugiados (CONARE), bem como o auxílio da Caritas Diocesana e do ACNUR no Brasil, tem conseguido um avanço em dar um atendimento mais humanitário aos que aqui chegam em busca de refúgio, mesmo porque está previsto no texto constitucional a supremacia da observância e garantia dos direitos humanos em detrimento a outros. Entre tanto, toda via, o Brasil também recepcionou e ratificou a Convenção de 1951 sobre o Estatuto do Refugiado, bem como o protocolo de 1967, podendo ser responsabilizado internacionalmente perante a Corte Internacional de Justiça, em caso de decisão adversa internamente, acarretando-lhe sanções.¹⁵

O Direito Internacional tem como pilar principal, o princípio da proteção. A Convenção de Viena de 1969 dispõem sobre a interpretação dos tratados, em relação a seu caráter protetor e humanista. Segundo Liliana Lyra Jubilut “ a Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, de 1969, que aponta como uma das fontes de interpretação de um tratado o sentido comum de seus termos e a interpretação literal dos artigos, bem como o recurso ao seu preâmbulo, o qual nos documentos que tratam de refugiados apresentam caráter humanista e, portanto, o mais protetor possível, sem restringir, por meio de qualificação, o termo perseguição”.¹⁶

O Direito Humanitário Internacional está primordialmente pautado no princípio da dignidade humana, tendo como bem maior tutelado a vida, colocando todos os indivíduos igualitariamente na condição pessoa humana, sendo todos pessoas de direitos, devendo terem preservados os mesmos. Derivam deste os princípios que fundamentam o Direito Internacional dos Refugiados, sendo o mais importante o

¹⁵ Jubilut, Liliana Lyra O Direito internacional dos refugiados e sua aplicação no orçamento jurídico brasileiro / Liliana Lyra Jubilut. - São Paulo : Método, 2007. 240p. : Apêndice. Disponível em: <<https://ead.upf.br/mod/resource/view.php?id=168628>> acesso em: 06/02/2021 Pág. 171-177.

¹⁶ Jubilut, Liliana Lyra O Direito internacional dos refugiados e sua aplicação no orçamento jurídico brasileiro / Liliana Lyra Jubilut. - São Paulo : Método, 2007. 240p. : Apêndice. Disponível em: <<https://ead.upf.br/mod/resource/view.php?id=168628>> acesso em: 06/02/2021 Pág. 46,47.

princípio do *non-refoulement*, ou princípio da não devolução, pautado no princípio básico da solidariedade humana, de acolhida com a valoração da vida e da dignidade humana.¹⁷

Em que pese, o Brasil tenha demonstrado até o momento uma evolução em dar acolhida aos refugiados, nota-se que há uma resistência, em tornar mais abrangente o instituto do refúgio, restringindo esta condição a pessoas que sofrem perseguições por parte do Estado de origem ou mesmo que sofrem grave e eminente ameaça aos direitos humanos, não abrangendo aos que a causa do deslocamento se dá por catástrofes naturais e vulnerabilidade econômica. Para tanto, no Brasil, instituiu-se o visto humanitário, sendo este precário, com prazo de cinco anos, ou até que persistam as causas do refúgio, destinado aos Haitianos em função do terremoto de 2012, não sendo uma acolhida eficaz, tendo como pressuposto para renovação, a comprovação laboral, de forma que a aceitação do migrante está sujeita ao interesse Estatal, por motivos econômicos.¹⁸ A viabilização do trabalho do refugiado e migrante, se demonstra essencial para resgatar a dignidade e direitos sociais, sendo um importante instrumento para reinserção destes indivíduos a meio social, através da viabilização de capacitação profissional, dando-lhes a oportunidade de recomeçar através do trabalho, garantindo-lhes a retomada de suas vidas e o mínimo de subsistência para si e para os seus.

Após sua chegada no Brasil, o refugiado é encaminhado a autoridade competente, que seria a Polícia Federal, com a qual faz uma entrevista, havendo uma presunção de veracidade em seu relato, uma vez que em sua maioria chegam ao país com o pouco que possuem e sem nenhuma documentação, baseado neste é feito um Termo de Declaração, que permite a circulação do migrante, em um segundo momento, será expedido um número de protocolo para dar entrada no pedido de reconhecimento do status de refugiado, sendo possível a confecção da Carteira de Trabalho (CTPS) do refugiado com base neste número de protocolo.¹⁹

Por vezes, o fenômeno da mobilidade humana acaba por colocar o migrante em situações desfavoráveis de vulnerabilidade, ainda que se encontrem em melhores

¹⁷ Jubilut, Liliana Lyra O Direito internacional dos refugiados e sua aplicação no orçamento jurídico brasileiro / Liliana Lyra Jubilut. - São Paulo : Método, 2007. 240p. : Apêndice.Disponível em:< <https://ead.upf.br/mod/resource/view.php?id=168628>> acesso em: 06/02/2021 Pág. 171-177.

¹⁸Redin, Giuliana; Barbosa, Juliana Graffunder. Boletim Meridiano 47 Vol. 15, nº141, jan-fev 2014. Disponível em:<file:///C:/Users/aline/Desktop/PE%C3%87AS%20ESTAG.%20ESTAGIO/Est%C3%A1gio%20III/Da%20Seguran%C3%A7a%20Internacional%20%C3%A0%20Seguran%C3%A7a%20Humana%20(3).pdf> acesso em: 06/04/2021 Pág. 14

¹⁹Jubilut, Liliana Lyra O Direito internacional dos refugiados e sua aplicação no orçamento jurídico brasileiro / Liliana Lyra Jubilut. - São Paulo : Método, 2007. 240p. : Apêndice.Disponível em:< <https://ead.upf.br/mod/resource/view.php?id=168628>> acesso em: 06/02/2021 Pág. 197.

condições das quais fugiram em seu país de origem, estando sujeitos a abusos, discriminações e violações de seus direitos sociais, como trabalho, saúde, cultura e religião. No Brasil a Lei 13.445 de 24 maio de 2017 regulamenta a entrada e permanência de migrantes, bem como a dos emigrantes brasileiros fora do país, seus direitos e deveres, com o escopo de incentivar a igualdade de direitos sociais entre migrantes e nacionais, coibindo a criminalização do migrante, a xenofobia, racismo ou qualquer ação discriminatória, viabilizando a regulamentação documental, através da acolhida, seguindo os preceitos humanitários, possibilitando a inclusão laboral e social dos mesmos, sendo vedadas as expulsões ou deportações coletivas.²⁰

Com a pandemia de Covid-19 a situação dos refugiados e migrantes ficou mais vulnerável. Durante a crise pandêmica de Covid-19, em face a precariedade no sistema de saúde, a Agência do ACNUR no Brasil tem realizado ações de apoio no sentido de garantir um aporte a saúde, a fins de garantir a assistência à saúde dos refugiados e migrantes no Brasil.²¹ Sendo fundamental destacar que a ajuda humanitária de organizações internacionais, entidades e particulares são de suma importância para manutenção da acolhida no país.

Com tudo, se verifica que os direitos dos migrantes econômico ainda carecem de uma urgente discussão, uma vez que o Direito Internacional observa a tutela dos direitos dos refugiados, deixando de fora quem não tem reconhecida esta condição, restringindo a proteção às pessoas que sofrem deslocamentos forçados, excluindo os que voluntariamente deixam seus países de origem, por motivação de extrema pobreza, violência generalizada ou mudanças climáticas. “O que se percebe, então, é que a lacuna deixada pelo Direito Internacional dos Refugiados condiciona a proteção daqueles enquadrados juridicamente em seu conceito à vontade política dos Estados.”²²

Em virtude da demanda exponencial de pedidos de entrada e permanência, por questões econômicas e políticas os Estado que recebem estes migrantes e refugiados, relutam em lhe dar acolhida, ficando a critério de cada país recebe-los ou não, mesmo porque há uma temeridade de que estes migrantes definidos como não nacionais,

²⁰PLANALTO. **Lei nº 13445 de 24 de maio de 2017. Institui a Lei da Migração.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13445.htm >acesso em 26/05/2021.

²¹ UNHCR ACNUR. **Urgente: O Acnur Brasil está na linha de frente na luta contra Covid-19** **doeagora.** Disponível em: <https://doar.acnur.org/acnur/coronavirus.html?utm_source=google&utm_medium=cpc&utm_campaign=BR_PS_PT_cea_UNHCR&utm_campaign=BR_PS_PT_general_UNHCR_CoreBrand&gclid=CjwKCAjw9rDBhBxEiwA9qYUpTAvZSGxNSTxZ8gCbXMn9ZhrLDF7HofpDN6UMuEvEizFpargwAuIexoCIhAQAvD_BwE&gclid=aw.ds >acesso em 08/04/2021.

²² Giuliana Redin | Luís Augusto Bittencourt Minchola, Monções: **Revista de Relações Internacionais da UFGD**, Dourados, v.4. n. 8, jul./dez., Pag. 22, 2015. Disponível em: < <http://www.periodicos.ufgd.edu.br/index.php/moncoes> >acesso em 01/04/2021.

retirem os subempregos dos nacionais, não agregando valor econômico para o país, verifica-se uma tendência de instituir políticas públicas que visam tão somente limitar a entrada e permanência dos não nacionais no país, indo de encontro aos princípios de solidariedade, cooperação internacional e da acolhida.

4. FLUXO MIGRATÓRIO NO BRASIL, PRECARIZAÇÃO DO TRABALHO E AMBIENTE LABORAL

Para o presente estudo é relevante analisar acerca do fluxo migratório, em especial no Brasil, e em que condições recebemos estes refugiados e migrantes, e analisar sobre essa realidade que é enfrentada por 1% por cento da população mundial, que é obrigada a se deslocar interna ou externamente, na busca de salvaguardar sua vida e dos seus e resgatar o mínimo de dignidade.

Entre o ano de 2011 e o ano de 2019, 239.706 migrantes solicitaram refúgio no Brasil, a maior parte destes venezuelanos, seguidos de sírios e congoleses, sendo que os maiores números de solicitações foram no ano de 2019, 82.520, sendo que destes foram reconhecidos 89,8% do total, sendo deste total de reconhecidos, 97,2% foram venezuelanos.²³

A região sul do país tem concentrado cerca de 70% do fluxo migratório, devido a disposição de postos de empregos que oferecem, sendo que deste total 42% aproximadamente são haitianos, entre outros, havendo uma predominância de 70% aproximadamente de imigrantes homens trabalhando, sendo divididos em esses postos de trabalho na maior parte no setor da agroindústria, agropecuária, indústria de transformação e em menor número no setor de serviços e comércio.²⁴

À nível global, um paradigma que chama atenção no fluxo migratório, se dá a acerca da figura da mulher no mercado de trabalho, como sendo a mais atingida pela vulnerabilidade econômica, que está mais exposta a uma precarização nas relações laborais, que por força da necessidade há de submeter a subempregos, ocorrendo um empobrecimento da mulher em relação aos homens migrantes, o que obsta ainda mais a busca pela igualdade de gênero, bem como, retomando os preceitos econômicos

²³ResumoExecutivo. **Refugio em números.** 5ª edição. Disponível em:<https://ead.upf.br/pluginfile.php/398428/mod_resource/content/1/RESUMOEXECUTIVO_REFUGIOEMNMEROS.pdf> acesso em 12/02/2021.

²⁴ Rosmari, Terezinha Cazarott; Fernanda, Cristina Wiebusch Sindelar; Rogério, Leandro Lima da Silveira. GRIGs. Imigração Internacional no Rio Grande do Sul: Análise da Dinâmica Laboral e o Perfil dos Trabalhadores em Quatro Regiões Seleccionadas. **Revista Limiares I** Porto Alegre I v. 3, n. esp., p. 45-49, 2020. Disponível em:<<https://www.ufrgs.br/grigs/imigracao-internacional-no-rio-grande-do-sul-analise-da-dinamica-laboral-e-o-perfil-dos-trabalhadores-em-quatro-regioes-seleccionadas>> Acesso em:04/04/2021.

neoliberais de exploração de mão de obra barata, assim remetendo o presente estudo ao patriarcado. Para Jaqueline Bertolo “toda essa dinâmica revela a maneira perversa de como a mulher tem sido inserida na articulação da economia global, estando intimamente associada aos fenômenos da feminização da pobreza e por outro lado, a forma utilitária como o mercado se apropria dessa mão de obra. De um lado, agências que lucram bilhões a partir do comércio do trabalho feminino, tanto em redes de prostituição como no tráfico de migrantes para trabalhos ligados ao ambiente doméstico”.²⁵

O Brasil enfrenta desafios internos, em combater a discriminação de gênero, e tem feito muitos esforços neste sentido. Entre tanto, toda via, sabe-se que a realidade ainda está muito aquém para a mulher no mercado de trabalho, tanto por uma questão cultural como estrutural. O que faz com que o cenário para os migrantes, em particular as mulheres, seja mais vulnerável. Uma vez que se sabe que ainda muitas sofrem uma discriminação velada de gênero, mesmo havendo previsões legal que tem o escopo de proteger os direitos das mulheres no mercado de trabalho e no ambiente laboral. Em que pese haja um empoderamento feminino, mudando as perspectivas das mulheres, e com isso muito se conquistou, essa é uma realidade reservadas a poucas, em sua maioria, as mulheres são exploradas recebendo salários inferiores ao dos homens, tendo que se dividir entre trabalho doméstico, trabalho fora de casa, e dar atenção aos filhos e esposo, quando este faz parte do grupo familiar, o que na maioria das vezes não ocorre, sendo atribuída a mulher a figura materna e paterna na família, a sobrecarregando ainda mais. E é neste cenário que o Brasil recebe as migrantes e refugiadas.

A Organização Internacional do Trabalho (OIT)²⁶, já prevê uma maior precarização da mão de obra feminina, do migrante e dos mais jovens, e um empobrecimento dessa parcela da população mundial, atentando para a importância do investimento de políticas públicas voltadas a diminuir estas diferenças.

O poder econômico das transnacionais tem influenciado de forma negativa nas políticas sociais e econômicas internas dos países, e consequentemente em relação a preservação dos direitos sociais e fundamentais no ambiente laboral, uma vez que buscam a flexibilização dos mesmos, com a promessa de novos postos de emprego,

²⁵Bertolo, Jaqueline. **Migração com rosto feminino: múltiplas vulnerabilidades, trabalho doméstico e desafios de políticas e direitos**. R. Katál, Florianópolis, v. 21, n. 2, p. 313-323, maio/ago. 2018 ISSN 1982-0259 / Disponível em: <file:///C:/Users/aline/Downloads/Migra%C3%A7%C3%A3o%20com%20rosto%20feminino%20(1).pdf> acesso em: 06/04/2021 p. 315.

²⁶OIT. **OIT: Mais de um em cada seis jovens está sem trabalho devido à COVID-19**. Notícias, 27 de maio de 2020. Disponível em: <https://www.ilo.org/brasilia/noticias/WCMS_746072/lang-pt/index.htm> acesso em: 08/02/2021.

visam apenas lucro, barganhando com a mão de obra barata, e isenção de responsabilidades sociais e ambientais, impondo isso aos Estados, que sucumbem a pressão econômica, trazendo impactos sociais negativos.

Recentemente, com a reforma trabalhista de 2017, houve uma flexibilização de direitos trabalhista, sobrepondo-se o acordado sobre o legislado, afastando do judiciário um controle constitucional das matérias discutidas em tais acordos, havendo uma supressão de direitos fundamentais, relacionados a saúde e segurança no ambiente laboral e nas relações trabalhistas, tanto no direito processual criando pressupostos processuais, como no direito material, alterando dispositivos relacionados a insalubridade e jornada de trabalho, formas contratuais, com justificativa na economia processual, e diminuição de ajuizamentos de reclamações diminuição de demandas no judiciário, mas que no entanto, atendem interesses econômicos. Isso torna ainda mais vulnerável a situação dos refugiados na disputa por postos de trabalho, uma vez que os nacionais se submeteram a condições menos favoráveis de trabalho, em face a sua submissão econômica diante do empregador, dentro de uma política neoliberalista, para se conseguir um baixo custo de produção e mão de obra mais barata.

O Estado brasileiro como receptor e signatário de acordos internacionais, não pode e eximir da cooperação internacional bem como da responsabilidade, entre tanto, devido a sua insuficiência em prover para os próprios nacionais o mínimo básico de direitos sociais e fundamentais, necessita obter apoio econômico de Organizações e Instituições Internacionais, e particulares objetivando o incentivo ao desenvolvimento econômico, através da viabilização de políticas públicas e sociais, direcionadas para o tema em questão, uma vez que essa responsabilidade é internacional e países como Brasil não tem aporte financeiro para administrar uma crise migratória e humanitária a qual se vislumbra, entre tanto, toda via, cabe ressaltar que o Brasil tem muito mais brasileiros fora do país nestas condições, do que tem recebe migrantes e refugiados.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao passo que acontecimentos de dimensões globais são cada vez mais comuns, constata-se a relevância de que se debatam temas como de refugiados e migrantes, pois cada vez mais se evidencia que estamos interligados, e os acontecimentos internos ou externos de países são de responsabilidade internacional. Uma vez, que cenas cruéis como crianças e famílias inteiras que morrem na tentativa desesperada de fugir

de guerras, extrema pobreza e violência generalizada, ainda são comuns nos dias atuais, não se pode considerar esses fatos como sendo problemas internos de um Estado e sim um desafio humanitário de todos.

Extraí-se da presente pesquisa, que há uma imensa resistência de tornar mais abrangente o instituto do refúgio, e reconhecer os direitos dos migrantes, em face de motivações políticas e econômicas, beneficiando empresas transnacionais que visam tão somente explorar a mão de obra barata e custo de produção menor possível, burlando sistemas jurídicos internos dos Estados, atacando os direitos sociais e fundamentais, sendo as lacunas do ordenamento jurídico cruciais a ineficácia dos direitos sociais e fundamentais, tornando-os apenas expectativas de direitos.

Por fim, verifica-se que os acordos e compromissos assumidos internacionalmente entre Estados, e que tem o escopo obrigar os Estados entre si, permanecem no campo da moral, havendo margens para interpretações, retirando-lhes a eficácia, de maneira que se torna uma necessidade a adequação de leis transnacionais, que tutelem de forma mais abrangente as inúmeras situações apresentadas no presente trabalho, com escopo de amenizar os impactos sociais e econômicos, pautando-se em preceitos com caráter protetor e humanista, viabilizando políticas públicas voltadas a garantir o bem-estar social e promover a paz, entre nacionais migrantes e refugiados, reconhecendo todos como detentores de direitos, pelo simples fato de serem humanos, para sustentabilidade da própria existência humana.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

Bertolo, Jaqueline. **Migração com rosto feminino: múltiplas vulnerabilidades, trabalho doméstico e desafios de políticas e direitos**. R. Katál, Florianópolis, v. 21, n. 2, p. 313-323, maio/ago. 2018 ISSN 1982-0259 / Disponível em: <file:///C:/Users/aline/Downloads/Migra%C3%A7%C3%A3o%20com%20rosto%20feminino%20(1).pdf> acesso em: 06/04/2021 p. 315.

Jubilut, Liliana Lyra. **O Direito internacional dos refugiados e sua aplicação no orçamento jurídico brasileiro** - São Paulo: Método, 2007. 240p.: Apêndice. Disponível em: < <https://ead.upf.br/mod/resource/view.php?id=168628> > acesso em: 06/02/2021. p. 23-72, 73-112, 151-160.

Lei 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/19474.htm > Acesso em 29/01/2021.
Lei nº 13.445 de 24 de maio de 2017. **Institui a Lei da Migração**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/113445.htm > acesso em 26/05/2021.

OIT. **OIT: Mais de um em cada seis jovens está sem trabalho devido à COVID-19.** Notícias, 27 de maio de 2020. Disponível em: <https://www.ilo.org/brasilia/noticias/WCMS_746072/lang-pt/index.htm> acesso em: 08/02/2021.

Weber, Anderson; Piucco, Micheli; Grazziotin, Patricia Noschang. **REFUGIADOS CLIMÁTICOS: O DESAPARECIMENTO DE ESTADOS PELO AUMENTO DO NÍVEL DO MAR E A EXISTÊNCIA DE UMA NOVA CATEGORIA DE REFÚGIO.** 2020.-p.194-201. <<https://ead.upf.br/mod/url/view.php?id=168799>> acesso em: 09/02/2021. P.194-201.

Redin, Giuliana; Barbosa, Juliana Graffunder. Boletim Meridiano 47 Vol. 15, nº141, jan-fev 2014. Disponível em: <[file:///C:/Users/aline/Desktop/PE%C3%87AS%20ESTAG.%20ESTAGIO/Est%C3%A1gio%20III/Da%20Seguran%C3%A7a%20Internacional%20%C3%A0%20Seguran%C3%A7a%20Humana%20\(3\).pdf](file:///C:/Users/aline/Desktop/PE%C3%87AS%20ESTAG.%20ESTAGIO/Est%C3%A1gio%20III/Da%20Seguran%C3%A7a%20Internacional%20%C3%A0%20Seguran%C3%A7a%20Humana%20(3).pdf)> acesso em: 06/04/2021 Pág. 14.

Resumo Executivo. **Refúgio em números.** 5ª edição. Disponível em: <https://ead.upf.br/pluginfile.php/398428/mod_resource/content/1/RESUMOEEXECUTIVO_REFGIOEMNMEROS.pdf> acesso em 12/02/2021.

Rosmari, Terezinha Cazarott; Fernanda, Cristina Wiebusch Sindelar; Rogério, Leandro Lima da Silveira. GRIGs. **Imigração Internacional no Rio Grande do Sul: Análise da Dinâmica Laboral e o Perfil dos Trabalhadores em Quatro Regiões Seleccionadas.** Revista Limiares I Porto Alegre I v. 3, n. esp., p. 45-49, 2020. Disponível em: <<https://www.ufrgs.br/grigs/imigracao-internacional-no-rio-grande-do-sul-analise-da-dinamica-laboral-e-o-perfil-dos-trabalhadores-em-quatro-regioes-seleccionadas>> Acesso em: 04/04/2021.

Pacto Global Rede Brasil. **Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS).** Disponível em: <https://www.pactoglobal.org.br/ods> acesso em: 18/11/2021.

Bezerra, Juliana. Toda matéria. **Guerra na Síria.** Disponível em: <<https://www.todamateria.com.br/guerra-na-siria/>> acesso em 10/02/2021.

Unhcr Acnur Agência da Onu para refugiados. **Dados Sobre o Refúgio.** 18 de junho de 2020. Disponível em: <<https://www.acnur.org/portugues/dados-sobre-refugio/>> acesso em 09/02/2021.

Unhcr Acnur Agência da Onu para refugiados. **Rumo a um pacto Global sobre Refugiados.** Disponível em: <<https://www.acnur.org/portugues/rumo-a-um-pacto-global-sobre-refugiados/>> acesso em: 09/10/2021.

UNHCR ACNUR. **Urgente: O Acnur Brasil está na linha de frente na luta contra Covid19** **doe** **agora.** Disponível em: <https://doar.acnur.org/acnur/coronavirus.html?utm_source=google&utm_medium=cpc&utm_campaign=BR_PS_PT_cea_UNHCR&utm_campaign=BR_PS_PT_general_UNHCR_CoreBrand&gclid=CjwKCAjw9rDBhBxEiwA9qYUpTAvZSGxNSTxZ8gCbXMn9ZhrLDF7HofpDN6UMuEvEizFpargwAulexoCIhAQAvD_BwE&gclidsrc=aw.ds> acesso em 08/04/2021.

GT 4 - PODER, GÊNERO E POLÍTICAS PÚBLICAS

Objetivos: Refletir sobre a diversidade de gênero e poder, bem como símbolos que marcam a condição feminina e masculina no século XXI. Articular sobre a desigualdade de gênero e a subordinação feminina. Considerar o empoderamento das mulheres, identidades de gênero, questões referentes à sexualidade, violência contra a mulher e seus reflexos nas políticas públicas.

O ABORTO LEGAL E SUA (DES)VINCULAÇÃO A MORAL E A RELIGIÃO NO BRASIL¹

LEGAL ABORTION AND ITS (DIS)LINK TO MORALS AND RELIGION IN BRAZIL

Ana Laura Toldo Sagioratto²

Karen Beltrame Becker Fritz³

Resumo

O presente artigo aborda a questão do aborto legal frente à possibilidade da sua desvinculação moral e religiosa, com base em uma análise da Constituição Federal de 1988. Atentando-se para a possibilidade de pautar o aborto como norma de saúde pública, como instrumento de efetivação de um Estado laico. Ainda, considerando a tendenciosidade religiosa expressa no legislativo, com base no método hipotético dedutivo, foi realizada uma reflexão sobre como a religião tem impedido o avanço da legislação sobre o aborto, bem como, o papel exercido pelo judiciário, frente à omissão legislativa. Por fim, o estudo objetivou uma análise das hipóteses de aborto legal no Brasil, verificando precedentes em torno do tema bem como o impacto da laicidade no contexto das decisões emitidas pelo judiciário e sua influência em torno do avanço de paradigmas para as liberdades individuais.

Palavras-chave: Aborto legal. Desvinculação Moral. Estado laico. Religião. Tendenciosidade.

Abstract

This article addresses the issue of legal abortion in view of the possibility of its moral and religious disengagement, based on an analysis of the 1988 Federal Constitution. of a secular state. Still, considering the religious bias expressed in the legislature, based on the hypothetical deductive method, a reflection was carried out on how religion has impeded the advancement of legislation on abortion, as well as the role played by the judiciary, in the face of legislative omission. Finally, the study aimed to analyze the hypotheses of legal abortion in Brazil, verifying precedents around the topic as well as the impact of secularism in the context of decisions issued by the judiciary and its influence on the advancement of paradigms for individual freedoms.

Keywords: Legal abortion. Moral Disengagement. Laic State. Religion. Bias.

INTRODUÇÃO

¹ Artigo científico produzido como Trabalho de Conclusão de Curso, na Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo/RS, no ano de 2021.

² Graduanda em Direito pela Universidade de Passo Fundo. Link lattes: <http://lattes.cnpq.br/4556807302883506> E-mail: 168125@upf.br.

³ Pós-Doutora em Direito pela Universidad de Sevilla, Espanha. Graduada em Ciências Econômicas pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS) e mestre em Economia Rural pela UFRGS. Professora Titular I da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo. Integrante do CPG - Conselho da Pós-Graduação do Programa de Pós-Graduação Mestrado em Direito (PPGD), a partir de 2019. Editora associada da revista Justiça do Direito (A1) desde 2017. E-mail: karenfritz@upf.br. Link lattes: <http://lattes.cnpq.br/3756677940179047>

Com o desenvolvimento da sociedade, as mulheres vêm conquistando, com muita luta, papéis de destaque, no que concerne ao mercado de trabalho, à política, à ciência e em diversos ramos que compõem a estrutura social brasileira. Frente ao posicionamento e ao aumento da representatividade da classe feminina, os debates sobre a autonomia e a liberdade individual também se tornaram fundamentais para o progresso dos direitos sociais das mulheres. Um tema que gera diversos entraves e custa a ascender nos debates é o aborto. Isso, porque, ainda está vinculado, de certa forma, à moralidade ou à falta dela, para muitos que ainda entendem que a mulher deve se submeter a uma opinião alheia sobre o destino do seu corpo.

No Brasil, existe a tipificação da prática do aborto, como crime, definido no Código Penal de 1940. Ainda, como muitos temas jurídicos, a sua prática comporta exceções, algumas recepcionadas pelo Código e outras recepcionadas pelo Supremo Tribunal Federal, considerando as necessidades sociais da população. Nesse passo, a partir das decisões da mais alta corte jurídica do Brasil, é possível observar o avanço da percepção sobre o tema.

A Constituição da República Federativa de 1988 mostrou-se atenta aos direitos humanos quando garantiu a todos, por seus fundamentos, a dignidade da pessoa humana, inteligência do artigo 1, inciso III. Como também, visou à observância das liberdades individuais no artigo 5, eis que, o legislador compreendeu a importância do poder de escolha e acima de tudo, de uma vida digna.

A partir da previsão da laicidade do Estado no artigo 5º da Constituição Federal de 1988, poderia haver o direito da mulher ao abortamento, por ser uma questão afeta à saúde pública que sucede muitas mortes. Todavia, somente será possível, se tal previsão principiológica sair da teoria e se efetivar na prática. Desse modo, o presente trabalho, tomando por base o método hipotético-dedutivo objetiva aprofundar a pesquisa sobre o aborto legal no Brasil analisando a possibilidade de pautar a questão do aborto legal como norma de saúde pública como meio de efetivação de um Estado laico, tendo em vista a tendenciosidade da religião expressa no legislativo e, até mesmo na Constituição Federal de 1988.

1. O ABORTO E A REPRESSÃO

Tendo em vista a ótica binária que a sociedade brasileira detém sobre alguns conceitos, dentre eles, o de reprimir o arbítrio da mulher, com fundamento na posição

majoritária que o homem exerceu historicamente, com poder de voz e vontade sobre a autonomia da mulher, o aborto legal é tratado de modo não aceitável pela população por consequência dos costumes. Nesse desiderato, o sistema vigente no Brasil, denota-se repressivo demasiadamente, o que resulta em grande número de práticas abortivas clandestinas, que colocam a gestante num cenário de risco. Com isso, a racionalidade faz crer que a lei precisa ser reformada, para propiciar à população um Estado mais condizente com a laicidade e o pluralismo previstos na constituição, para ainda, não negligenciar o direito das mulheres em prol do nascituro, afinal todos devem ser assistidos pelos direitos humanos, questão que merece urgência no tratamento para evitar sofrimentos e óbitos prescindíveis⁴.

Outrossim, o direito ao abortamento, se não fosse marginalizado e vinculado à imoralidade, seria receptível como poder de escolha, dentro da faculdade individual da mulher pelo ordenamento jurídico atual. Entretanto, há um colossal óbice para o alcance desse direito pelas mulheres do Brasil.

Em primeiro lugar, destaca-se a influência da igreja e da religião, que não percebe essa prática como direito e, sim, como afronte e desrespeito à vida humana. Em um segundo lugar, pode-se apontar a casa legislativa atual que possui uma vultosa representatividade religiosa e, com isso, vai de encontro ao progresso do debate. Em um terceiro lugar, coloca-se no mesmo patamar, considerando como entrave, a tipificação atual, pois já é consolidada no tempo e, dessa maneira, torna mais árduo o empreendimento de mudanças. Nessa senda, a cultura brasileira mostra-se insensível ao simples direito de escolha das mulheres, o que deriva de anos de submissão e opressão.

O impacto das restrições impostas em lei, que derivam de um catolicismo exacerbado em conjunto com um legislativo omissivo às necessidades da saúde da mulher, somente resultam no crescimento de mortes. Essas, nas quais, deveriam ser evitadas com políticas públicas, fornecendo uma faculdade à mulher que deseja realizar a prática do aborto, de forma segura, e não se utilizar de políticas criminais, que precisariam ser a *ultima ratio* na sociedade.

Ao cabo dos anos 1960 e na aurora dos 1970, houve uma manifestação mais enérgica da igreja católica a respeito da interrupção voluntária da gravidez da mulher, arguindo que “nada justifica o assassinato de um inocente”, dando ênfase naqueles deveres tradicionais do matrimônio de garantir a reprodução. Dado esse fato,

⁴ SERMENTO, Daniel. Legalização do aborto e Constituição. **Revista de Direito Administrativo**, v. 240, p. 43–82, 2005. DOI: 10.12660/rda.v240.2005.43619. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43619>. Acesso em: 26 out. 2021

condenou-se inclusive o “aborto terapêutico”⁵. Nesse desiderato, há de se destacar que a pauta da defesa plena da vida do feto é contemporânea aos ideais cristãos. Isso, porque, por volta dos seis primeiros séculos, o núcleo regente defendido pela igreja era a honra e não a vida. Nesse cenário, a ordem religiosa detinha sua atenção no aspecto de preservação do casamento entre o homem e a mulher, para que fosse o modelo ideal de relacionamento e gerassem herdeiros sanguíneos advindos desse matrimônio.

Não obstante, a época o aborto era julgado como um pecado menos gravoso, resultado do pecado maior, o adultério. Avançando na história, foi a partir do século XIX com a desagregação do Estado e da religião que a vida começou a ser o ápice do argumento religioso contra o aborto⁶. Dessa forma, percebe-se que os argumentos da Igreja contra a prática do aborto foram variáveis ao longo da história, nem sempre se pautando na salvaguarda da vida.

Nesse ponto, a religião, que, por vezes, infla a moralidade ao extremo, no mês de setembro de 2015, tomou um rumo diferente, quando o Papa Francisco se mostrou favorável a perdoar as mulheres que praticaram o aborto e que pedirem remissão pelo ato. Com isso, é possível afirmar que ocorreu um passo positivo, para desconstruir o dogma secular do aborto como homicídio injustificável, avançando para uma visão mais humana⁷. Esse acontecimento não quer dizer que a igreja tenha alterado seu posicionamento sobre a interrupção voluntária da gravidez, mas somente demonstrou que a história tem condições de evoluir para compreender os avanços conquistados por uma classe, que, por anos, foi subordinada à vontade dos homens.

Sobre a temática Meira e Ferraz 1989, p. 468⁸ destacam que:

As mudanças na legislação não estão, é verdade, condicionadas somente a avanços científicos, sendo elas resultado de um complexo emaranhado de conjunções sociais, econômicas e políticas, ao lado, também, das científicas. Uma outra variante que se relaciona com este processo é a chamada opinião pública.

⁵ ROSENDO, Daniela., GONÇALVES, Tamara Amoroso. Direito à vida e à personalidade do feto, aborto e religião. **ethic@**, Florianópolis, v.14, n.2, p.300 - 319, Dez. 2015. Disponível em: <<https://pt.booksc.org/book/74068833/09dfbc>>. Acesso em: 12 de jun. 2021.

⁶ GONÇALVES, Tamara Amoroso (coord.); LAPA, Thaís de Souza. **Aborto e religião nos tribunais brasileiros**. São Paulo: Instituto para a Promoção da Equidade, 2008. Disponível em: <http://www.clam.org.br/uploads/conteudo/DocumentoAborto_religiao.pdf> Acesso em: 28 jun. 2021.

⁷ RABAÇA, Carlos Alberto. O perdão do Papa a mulheres que fizeram aborto: É importante acolher: O respeito à vida. **O globo**, n. 29995, 2015, p. 14. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/515664/noticia.html?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 11 jun. 2021.

⁸ MEIRA, Affonso Renato; FERRAZ, Flávio Roberto Carvalho. Liberação do aborto: opinião de estudantes de Medicina e de Direito, São Paulo, Brasil. **Rev. Saúde Pública**, São Paulo, v. 23, n. 6, p. 465-472, Dec. 1989. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-89101989000600004&lng=en&nrm=iss>. Acesso em: 07 Nov. 2020.

É um ponto chave, que a comoção da sociedade infere nas relações jurídicas, tanto é que os costumes são utilizados como fonte de analogia ao direito. Salienta-se, nesse ponto que a fé deve ser questão particular em um Estado laico, não devendo influir na ordenação das regras que estruturam e punem a sociedade⁹. E sendo assim, torna-se importante a mudança do reflexo cultural brasileiro enraizado na religiosidade, para promover avanços no debate e a distinção de dogmas.

De forma lúcida, ainda, Meira e Ferraz¹⁰ acentuam que:

Durante todo o Império Romano, a questão do aborto também foi tratada, tanto no âmbito social como no âmbito jurídico. Não era considerado crime no início, pois o feto era tido como parte integrante do corpo materno (*portio viscerum matris*), sendo pouco a pouco considerado prática imoral, até que, com o advento do cristianismo, foi definitivamente proibido. O que mostra a história, de toda forma, é que, liberado ou proibido, o aborto foi uma prática social constante, aparecendo hoje em dia como um dos mais sérios problemas de saúde pública.

Se for considerado o ano da publicação, pode-se verificar que em 1989 já se mencionava o aborto como sendo “um dos mais sérios problemas de saúde pública”, e isso é enfatizado porque as consequências da prática repercutiam de forma negativa na sociedade. Sabe-se, que “há poucos estudos empíricos sobre o fenômeno do aborto no Brasil. Uma explicação possível para essa ausência é o contexto de ilegalidade e imoralidade em que o tema do aborto se encontra imerso”¹¹.

Para essa questão, é importante distinguir que, erroneamente, a sociedade enquadra o aborto como algo imoral, o que torna o debate acerca da questão precário, que em nada tem a ver com imoralidade e tudo tem a ver com saúde e políticas públicas efetivas. Essa associação instantânea encurta o debate e polariza os ânimos, dificultando o surgimento de argumentos plausíveis. É, pois, fundamental o diálogo desvinculado de questões pessoais religiosas que resultam na vedação do tema.

De forma lúcida, pondera-se que “por último, a necessidade de autonomia também não é atendida, na medida em que todo o maltrato e recriminação parte do princípio de que a mulher não tem autonomia para decidir o que é melhor para ela, e

⁹ SERMENTO, Daniel. Legalização do aborto e Constituição. **Revista de Direito Administrativo**, v. 240, p. 43–82, 2005. DOI: 10.12660/rda.v240.2005.43619. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43619>. Acesso em: 26 out. 2021.

¹⁰ MEIRA, Affonso Renato; FERRAZ, Flávio Roberto Carvalho. Liberação do aborto: opinião de estudantes de Medicina e de Direito, São Paulo, Brasil. **Rev. Saúde Pública**, São Paulo, v. 23, n. 6, p. 465-472, Dec. 1989. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-89101989000600004&lng=en&nrm=iss>. Acesso em: 07 Nov. 2020.

¹¹ DINIZ, Debora. Aborto e saúde pública no Brasil. **Cad. Saúde Pública**, Rio de Janeiro, n. 23, v.9, 1992-1993, set, 2007. Scielo. Disponível em:< <https://www.scielo.org/article/csp/2007.v23n9/1992-1993/#ModalArticles>>. Acesso em: 29 nov. 2020.

que o exercício do livre-arbítrio, pelas mulheres, é crime ou pecado”¹². O trato nesse sentido confere aspecto discriminatório a mulheres que escolhem o destino de seu próprio corpo, tudo isso, resultado da confusão entre a moral e a religião que afigura a sociedade.

A discussão, de forma pertinente e sensível que o tema carece, deve ser abrangida de maneira desvinculada da religião e da moral, mas considerando o papel e a influência do Estado, que detém o *múnus*, representado pelo poder legislativo e pelo poder judiciário. Visando ao acontecimento de mudanças significativas, sobretudo, positivas acerca do direito de autonomia das mulheres, não devendo o Estado criminalizar esse direito, ou seja, dar um passo à frente no desenvolvimento do país conferindo a cada mulher autoridade sobre o porvir.

1.1 O ABORTO, AS MULHERES E O ESTADO

Dada à associação, entre a emancipação da vontade da mulher estar submetida a contornos de indignidade, o que ocorre é o aceite tácito, sem o genuíno querer, de situações, muitas vezes, involuntárias, para não haver a simples rotulação e subjugação da sociedade. À vista disso, “reações negativas são referidas exclusivamente por mulheres que precisam iniciar o abortamento de um modo amador e inseguro, e completá-lo em algum serviço de saúde, onde, em geral, são julgadas, recriminadas e maltratadas”¹³. Esse é o cenário que se estabiliza no Brasil, pela criminalização da escolha e a consequência de quem adere a esse caminho.

Eis que os fatores crença, cultura e mentalidade são condições que traçam o percurso do avanço ou da cristalização do tópico. Porquanto, sabe-se que, ainda assim, a dialética de mais de 100 anos figura a conduta reprodutiva feminina ligada à honra de gerar uma vida, e toda aquela que ousar refutar essa ideia à simples liberdade, será vista como fora da ordem divina e sob a égide do pecado. Tais conceitos foram eivados de bases cristãs, que reputam o diferente, como aquilo que foge à heterossexualidade, a diferentes atribuições a homens e mulheres e o estreitamento das classes sociais, como sendo uma transgressão religiosa na sociedade¹⁴.

¹² VILLELA, Wilza. OLIVEIRA, Eleonora Menicucci de. SILVA, Rosalina Carvalho da. Aborto e Saúde Mental. In: BARA, Monica Maia (org). **Direito de decidir**: Múltiplos olhares sobre o ABORTO. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2008. p. 43-66.

¹³ VILLELA, Wilza. OLIVEIRA, Eleonora Menicucci de. SILVA, Rosalina Carvalho da. Aborto e Saúde Mental. In: BARA, Monica Maia (org). **Direito de decidir**: Múltiplos olhares sobre o ABORTO. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2008. p. 43-66.

¹⁴ MACHADO, Lia Zanotta. O aborto como direito e o aborto como crime: o retrocesso neoconservador. **Cad. Pagu**, Campinas, n. 50, e17504, 2017. Disponível em: < http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-83332017000200305&lng=en&nrm=iso >. Acesso em: 6 dez. 2020.

Nesse norte, surgem os rudimentos do Estado, ligado, *prima facie* aos deveres religiosos. Logo em seguida, se desenvolveu a desvinculação teórica do Estado e religião, no entanto, nem tudo aquilo que está previsto, de fato ocorre. Com esse fundamento da concepção do estado laico, é cognoscível que haja relutância de ultrapassar essas bases postas, e compreender que a autonomia do indivíduo, especialmente a autonomia da mulher, é elementar num estado democrático sob o prisma da equidade dos sexos.

A teor da tipificação presente atualmente, percebe-se que “o debate sobre o aborto no Brasil se concentra, basicamente, no âmbito do Direito Penal, tendo em vista ser a interrupção voluntária da gravidez tipificada como crime contra a vida, previsto no Código Penal Brasileiro”¹⁵. Nesse passo, o aborto legal possui enquadramento na parte especial do Código Penal¹⁶, sob o título I “Dos crimes contra a pessoa”, que engloba o capítulo I, “dos crimes contra a vida”, situado no art.128¹⁷, inciso I o qual refere à possibilidade do aborto, não havendo punição, se, praticado por médico caso não haja outro meio de salvar a vida da gestante e, o inciso II, por sua vez, compreende a hipótese de gravidez resultante de estupro, desde que o procedimento seja consentido por ela ou pelo seu representante legal.

Por seu turno, os arts.124¹⁸,125¹⁹ e 126²⁰ tratam da punição do aborto quando ocorrer fora das hipóteses do estupro, ou quando não resulte risco de vida da gestante. De fato, “essa proibição foi acolhida pelo texto penal de 1940, permanecendo em vigência até os dias atuais, independentemente das profundas transformações sociais ocorridas no País durante o século XX”²¹. Outrossim, o texto normativo sobre o ponto permanece inalterado até o presente ano.

É aguda a consequência que denota a realidade, eis que “os efeitos dissuasórios da legislação repressiva são mínimos: quase nenhuma mulher deixa de praticar o

¹⁵ DOMINGUES, Roberto Chateaubriand. Entre normas e fatos, o direito de decidir: o debate sobre aborto à luz dos princípios constitucionais. In: BARA, Monica Maia (org). **Direito de decidir**: Múltiplos olhares sobre o ABORTO. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2008. p. 67-104.

¹⁶ Código Penal Brasileiro, Decreto Lei nº 2.848 de dezembro de 1940.

¹⁷ Art. 128 - Não se pune o aborto praticado por médico: (Vide ADPF 54) Aborto necessário I - se não há outro meio de salvar a vida da gestante; Aborto no caso de gravidez resultante de estupro II - se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.

¹⁸ Art. 124 - Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque: (Vide ADPF 54) Pena - detenção, de um a três anos. Aborto provocado por terceiro

¹⁹ Art. 125 - Provocar aborto, sem o consentimento da gestante Pena - reclusão, de três a dez anos.

²⁰ Art. 126 - Provocar aborto com o consentimento da gestante: Pena - reclusão, de um a quatro anos. Parágrafo único. Aplica-se a pena do artigo anterior, se a gestante não é maior de quatorze anos, ou é alienada ou débil mental, ou se o consentimento é obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência.

²¹ DOMINGUES, Roberto Chateaubriand. Entre normas e fatos, o direito de decidir: o debate sobre aborto à luz dos princípios constitucionais. In: BARA, Monica Maia (org). **Direito de decidir**: Múltiplos olhares sobre o ABORTO. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2008. p. 67-104.

aborto voluntário em razão da proibição legal”²². Não é à toa que o marco temporal do Código Penal retroage sessenta anos, carecendo de estímulos legislativos para manter-se atualizado às situações que precisam (ou não) de sua tipificação.

No ensejo, ressalta-se que a tarefa direta do Código Penal tem substância extremadamente jurídica, com uma repercussão que busca tutelar bens jurídicos. Essa pauta é abrangida por todo livro penal, revelando um caráter subsidiário, eis que se não houver o tratamento adequado à importância dos reflexos de tal fato nas demais legislações, cabe, por último, à tutela do direito penal para conferir uma intervenção no fato jurídico²³.

Assim, denota-se que o bem jurídico que o direito buscou resguardar quando reprimiu o aborto como fato criminoso, foi a vida humana ainda intrauterina seja qual for o grau de desenvolvimento do feto, considerando a concepção até pouco antes do nascimento²⁴. Acrescenta-se que o contexto de modificações ocorridas e com a equalização de normas acerca de direitos em outros países pressiona uma reflexão no sentido de, se a manutenção da norma proibitiva se explica a partir da concepção do Código Penal ou se simboliza o reflexo de ideias moralistas que se coadunam com uma crença religiosa que serviu de dogma para a criação do Código em 1940²⁵.

Noutro norte, essa asserção se trata de um estigma social muito discutido por feministas e pesquisadoras interessadas sobre o tema, o abortamento ainda precisa ser alvo de debates com mais frequência, uma vez que, como problema de saúde pública, tem se responsabilizado, de fato, pela morte de um grande número de mulheres. E com isso, é necessário situar o assunto como um óbice a ser superado/avançado, se for considerado o direito de escolha da mulher.

Nesse fito, cabe destacar que:

Assim, surgem, por vezes, situações inusitadas e que reclamam aplicação das normas penais de outrora. Nessas horas, não é permitido à ciência e ao cientista ignorarem os avanços culturais, técnicos, científicos e tecnológicos da sociedade em geral e, no caso, da medicina em particular, mesmo diante das mais profundas transformações que tantas décadas possam ter produzido. É nessa sociedade que, através da hermenêutica, deve-se encontrar o verdadeiro sentido de normas que ganharam vida através do legislador, mesmo em

²² SERMENTO, Daniel. Legalização do aborto e Constituição. **Revista de Direito Administrativo**, v. 240, p. 43–82, 2005. DOI: 10.12660/rda.v240.2005.43619. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43619>. Acesso em: 26 out. 2021.

²³ TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos do direito penal**. 5.ed. 18ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 1994.

²⁴ PINHO, Ana Claudia Bastos de; BRITO, Michelle Barbosa de. Relatório da Conferência Internacional sobre população e Desenvolvimento - Plataforma de Cairo, 1994. In: QUEIROZ, Paulo (coordenador). **Direito Penal parte especial**. 2ª edição. Salvador: Jus Podivm. Disponível em: < <http://unfpa.org.br/Arquivos/relatorio-cairo.pdf> >. Acesso em: 4 jun. 2021.

²⁵ LOBO, Marcela Santana. O aborto e a autonomia da mulher: uma manifestação dos direitos reprodutivos como direitos humanos. **Revista da ESMAM**, São Luís, v.12, n.14, jul./dez. 2018. Disponível em: <<https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:L89jmhifSOYJ:https://revistaesmam.tjma.jus.br/index.php/esmam/article/download/1/1/+&cd=2&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>> Acesso em: 2 nov. 2021.

outro século, objetivando normatizar uma sociedade que se pautava por outro padrão de comportamento²⁶.

O que se evidencia crucial, para o diálogo relativo aos fundamentos e preceitos concernentes ao aborto, além de pontos principiológicos, tais como, salvaguarda da vida, da liberdade, e da dignidade humana, como também a laicidade do governo, aspirando promover um novo balizamento teórico sobre o ponto. Percebe-se ainda, que grupos opostos sobre a temática do aborto, se utilizam dos mesmos princípios para argumentar sua posição DOMINGUES, 2008, p. 67-68²⁷.

E num compasso de informação, o que ocorre no Brasil é uma inferioridade de casos noticiados ao poder Estatal comparados às ocorrências de fato, de abortos voluntários ilegais, para que aconteça o aferimento da situação e o consequente julgamento, o que evidencia um desarranjo entre a lei prevista no Código Penal que rege as relações ilícitas e a realidade da conjuntura brasileira DOMINGUES, 2008, p. 69²⁸. Assim, infere-se que a criminalização posta pelo poder legislativo não abarca a realidade do Brasil, merecendo a temática, nova análise, a qual não envolva por si só o Direito Penal, e, sim, se considere aspectos de cunho social, importantes para evolução do tema. Sintetizando o trâmite na casa legislativa, pode-se perceber “pressões de ordem religiosa e moral permitem que este tipo de assunto só tramite no Legislativo sob um viés de retrocesso e repressão, em dissonância com o que acontece nas democracias mais avançadas”²⁹.

De modo assertivo, pontua Diniz³⁰, que a saúde pública traz dados importantes, que destacam o fenótipo das mulheres que realizam o aborto no Brasil, como sendo a maior parte, católicas, jovens, de baixa classe social e com mais filhos. Dessa categoria, o que se revela interessante é que ela representa a classe feminina brasileira que aborta.

E o ponto que converge quando se menciona o Estado laico e plural é o de respeito à escolha da mulher para com seu corpo, reputando como única solução a

²⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: parte especial 2: crimes contra a pessoa. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

²⁷ DOMINGUES, Roberto Chateaubriand. Entre normas e fatos, o direito de decidir: o debate sobre aborto à luz dos princípios constitucionais. In: BARA, Monica Maia (org). **Direito de decidir**: Múltiplos olhares sobre o ABORTO. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2008. p. 67-104.

²⁸ DOMINGUES, Roberto Chateaubriand. Entre normas e fatos, o direito de decidir: o debate sobre aborto à luz dos princípios constitucionais. In: BARA, Monica Maia (org). **Direito de decidir**: Múltiplos olhares sobre o ABORTO. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2008. p. 67-104.

²⁹ BOITEUX, L. et al. **A ADPF 442**: ousadia necessária para descriminalizar o aborto. 2017. Disponível em: < <https://www.justificando.com/2017/03/15/adpf-442-ousadia-necessaria-para-descriminalizar-o-aborto/> >. Acesso em: 27 jun. 2021.

³⁰ DINIZ, Debora. Aborto e saúde pública no Brasil. **Cad. Saúde Pública**, Rio de Janeiro, n. 23, v.9, 1992-1993, set, 2007. Scielo. Disponível em:< <https://www.scielo.org/article/csp/2007.v23n9/1992-1993/#ModalArticles>>. Acesso em: 29 nov. 2020.

descriminalização do aborto (quando essa for a vontade da mulher) e o devido avanço legislativo, que não ocorre desde o Código Penal de 1940. A guisa da política que estrutura o parlamento brasileiro, afirma-se que em todas as esferas políticas na sociedade, tem havido uma disposição imponente de uma investida conservadora, com discursos retrógrados que caminham para anular os avanços alcançados com a legislação e com o aparato de políticas públicas³¹.

Algumas razões para a não desvinculação do aborto ao crime são elucidadas por Machado³²:

As razões para a laicidade dos séculos XVIII e XIX não ter tido como resultado a descriminalização do aborto, nem o reconhecimento de que a condenação do aborto estava baseada em fundamentos religiosos, no meu entender, deve ser interpretada à luz da absorção pelos Estados Nações do entendimento cristão de longa duração dos valores familiares e conjugais que se centram na autoridade e no poder desigual de homens e mulheres, e da sexualidade (heterossexualidade e procriação obrigatória porque sagradas).

E com isso, o costume posto há séculos torna a evolução de conceitos, como o de aborto, tema de difícil debate, com intensos ruídos e grande carga histórica, pois, carrega um arrojo de muitos anos em que a igreja possuía veemência e, com isso, subjugava a condição das mulheres pelo próprio sexo, no tocante à tomada de decisão singular, resultando em aversão e estranheza por parte dos costumes, a mulher que escolhia ir contra padrões impostos.

Dessarte, com a ressignificação e com a relevância da pauta, o Estado precisou se ocupar de uma forma mais ativa e suprir as urgências da sociedade. Nesse norte, entra em cena o Poder Judiciário, que se ateve a solucionar os impasses travados pela legislação criminalizadora que culmina em um estímulo à segregação da mulher no século XXI.

2. O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Tem-se, segundo Sermento³³, como importantes balizadores, que a vida do nascituro, o direito indispensável à saúde, a intimidade, a autonomia reprodutiva, e a

³¹ MIGUEL, Luis Felipe. BIROLI, Flávia. MARIANO, Rayani. O direito ao aborto no debate legislativo brasileiro: a ofensiva conservadora na Câmara dos Deputados. **Opinião Pública**. Campinas, vol. 23, nº 1, jan. - abr., 2017. Disponível em: < <https://pt.booksc.org/book/74076062/b246da>>. Acesso em: 10 jun. 2021.

³² MACHADO, Lia Zanotta. **O aborto como direito e o aborto como crime: o retrocesso neoconservador**. Cad. Pagu, Campinas, n. 50, e17504, 2017. Disponível em: < http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-83332017000200305&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 6 dez. 2020.

³³ SERMENTO, Daniel. Legalização do aborto e Constituição. **Revista de Direito Administrativo**, v. 240, p. 43–82, 2005. DOI: 10.12660/rda.v240.2005.43619. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43619>. Acesso em: 26 out. 2021.

igualdade da mulher são fatores de alto relevo, que requerem proteção. Contudo, a maneira como conduziu o Código Penal de 1940, deixou de considerar apropriadamente esses princípios quando reprimiu a faculdade da mulher. Ocorre que, em 2012, houve uma ampliação para a autorização do aborto no Brasil quando o STF garantiu o direito ao procedimento em casos de fetos anencéfalos, com a ADPF 54³⁴. Inteligente redação aquela contida no voto do Ministro relator, pois contempla farta fundamentação adequada à realidade.

Para contextualizar, é importante destacar o que Luna 2018, p. 169³⁵ reporta, pois foi em meados do ano de 2004, mais precisamente em 17 de junho, que a ADPF 54 foi protocolada pela Confederação Nacional de Trabalhadores da Saúde, requerendo o direito a gestantes de fetos que possuem anencefalia cerebral, adiantarem o parto terapêutico, se, assim, fosse constatado por médico apto.

Em referência ao voto do Ministro Marco Aurélio, relator do caso da ADPF 54 / DF ³⁶, dá início ao seu voto com um sermão do Padre Antônio Vieira, aludindo sobre a constância do tempo, o qual cito, “E como o tempo não tem, nem pode ter consistência alguma, e todas as coisas desde o seu princípio nasceram juntas com o tempo, por isso nem ele, nem elas podem parar um momento, mas com perpétuo moto, e resolução insuperável passar, e ir passando sempre”³⁷. O voto foi sobre uma das questões mais importantes daquelas já decididas pelo Supremo Tribunal Federal. Urge comentar a passagem posta pelo relator, que muito infere sobre a necessidade de não parar no tempo, e sim acompanhar sua direção. O que o Ministro Relator Marco Aurélio utilizou como parâmetro em seu voto foi a observância dos artigos que tratam sobre aborto no Código Penal, a luz dos princípios da Constituição de 1988. Evidenciou-se a importância da interpretação das normas infraconstitucionais em congruência com os princípios, que foram indubitavelmente utilizados, nesse caso, como mandados de otimização. Assim foi, pois, ao fim, o Ministro julgou procedente o pedido para interrupção da gestação de feto anencéfalo.

³⁴ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54 que tratou sobre a interrupção da gravidez de fetos anencéfalos, por maioria procedente.

³⁵ LUNA, Naara. O julgamento no Supremo do aborto de anencéfalo – ADPF 54: uma etnografia da religião no espaço público. **Horizontes Antropológicos** [online]. 2018, v. 24, n. 52, pp. 165-197. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/S0104-71832018000300007>>. ISSN 1806-9983. Acesso em: 26 jun. 2021.

³⁶ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54 Distrito Federal

³⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 54**. Relator: MELLO, M. A. de. Publicado no DJ de 12/04/2012, p.433. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334> Acesso em: 27 out. 2021.

O que traçou a linha de chegada à decisão favorável do STF, no caso da ADPF54, não foi exatamente a argumentação pró aborto, pelo contrário, Ruibal³⁸, expõe:

Deste modo, o argumento central da ADPF 54 foi o de que a interrupção da gravidez de um feto anencefálico não se enquadra na definição penal de aborto, porque a anencefalia é uma malformação incompatível com a vida fora do útero e, portanto, nesses casos, a base factual exigida pela lei para criminalizar o aborto (a potencialidade da vida) estava ausente. De fato, a demanda constitucional apresentada no STF tratava de uma condição que permitia aos petiçãoários contornar a questão do início da vida. Eles até enquadraram a demanda como um caso que não se referia ao aborto. Em realidade, o litígio estratégico e o processo judicial de oito anos perante o STF inevitavelmente formaram um amplo espaço discursivo sobre aborto e suscitaram uma discussão pública que foi muito além do caso específico da anencefalia e incluiu argumentos mais amplos sobre as liberdades reprodutivas das mulheres.

Assim, um caminho dentro dos conceitos já concebidos e do histórico de decisões dos ministros, conseguiu-se viabilizar o alcance do tema e a decisão de possibilidade de interrupção da gravidez de fetos anencéfalos. Eis que “o julgamento se aproximou das teses liberais do movimento pró escolha”³⁹. Não raras vezes, verifica-se, nos votos dos ministros que “a laicidade do Estado brasileiro é afirmada em relação à enorme força simbólica que as religiões, especialmente as de viés cristão, ainda detêm sobre nossa sociedade e suas instituições”⁴⁰. A força emblemática dessa instituição se trata, em verdade, de um fio condutor histórico, que determinou o destino de muitos indivíduos, baseando-se em dogmas.

Como bem pontua Freitas⁴¹, a base para o voto do Relator, foi justificada com a passagem de um religioso, pactuando mais uma vez a relação do Estado e da religião, essa aproximação tornou a decisão um molde a servir de direção para a maioria dos ministros. Por conseguinte, a base da fundamentação do voto poderia se revestir de outra premissa, como exemplo argumentativo, poderia se dar em torno do Estado liberal, calcado em liberdade de escolha, ainda, que cada indivíduo detém propriedade e autonomia do seu corpo, mas não foi assim a escolha do ministro, antepôs por

³⁸ RUIBAL, Alba. A controvérsia constitucional do aborto no Brasil: Inovação na interação entre movimento social e Supremo Tribunal Federal. **Revista Direito e Práxis** [online]. 2020, v. 11, n. 02, pp. 1166-1187. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/2179-8966/2020/50431>>. Epub 08 Jun 2020. ISSN 2179-8966. Acesso em: 26 jun. 2021.

³⁹ LUNA, Naara. O julgamento no Supremo do aborto de anencéfalo – ADPF 54: uma etnografia da religião no espaço público. **Horizontes Antropológicos** [online]. 2018, v. 24, n. 52, pp. 165-197. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/S0104-71832018000300007>>. ISSN 1806-9983. Acesso em: 26 jun. 2021.

⁴⁰ FREITAS, Lúcia Gonçalves de. A decisão do STF sobre aborto de fetos Anencéfalos: uma análise feminista de discurso. **Alfa, rev. linguíst.**, São Paulo, v. 62, n. 1, p. 11-34, Mar. 2018. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1981-57942018000100011&lng=en&nrm=iso> Acesso em: 6 dez. 2020.

⁴¹ FREITAS, Lúcia Gonçalves de. A decisão do STF sobre aborto de fetos Anencéfalos: uma análise feminista de discurso. **Alfa, rev. linguíst.**, São Paulo, v. 62, n. 1, p. 11-34, Mar. 2018. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1981-57942018000100011&lng=en&nrm=iso> Acesso em: 6 dez. 2020.

condicionar suas palavras com a própria religião, e assim evidenciou que a religião se faz presente nas decisões do poder judiciário brasileiro, aliás, do maior Tribunal do Brasil, em termos de hierarquia.

Não desviando dessa linha cognitiva, é válido ressaltar que a religião cristã foi aderida pela esfera pública como um padrão para, examinar, dominar e doutrinar toda prática da sociedade e da organização do Estado⁴². Com isso, há um respaldo histórico na complexa linha utilizada pelos ministros, e muito bem traçada para um espelhamento e repercussão na sociedade, pois a disposição das palavras conduziu o binômio laicidade e religião de forma a cativar o leitor implicitamente, não desafiando a supremacia e a repressão, mas coadunando-se a essa narrativa⁴³.

Não obstante a conquista alcançada com o parecer favorável do STF, a carga de ideais políticas que está em voga denota um caminho mais tortuoso para a conquista do direito ao aborto legal. Tem-se em vista, a proporção distribuída das cadeiras políticas ocupadas, como as notáveis alas, que inquietam a democracia e os direitos coletivos: o domínio militar e o fundamentalismo religioso que amparam a sola robusta que não se desmembra do passado e refreia a consubstanciação de direitos sociais, dentre os quais, àqueles reprodutivos e sexuais, porque o Estado lhe outorga essa legitimidade⁴⁴.

Decorrente daí, cresce o estímulo que rompe a separação de poderes, legitimando o judiciário a emitir decisões que deveriam emergir da casa legislativa. Há que se enfatizar, que por vezes o reconhecimento de certos direitos pela justiça estatal, como o de abortar em casos de fetos anencéfalos ou decorrente de um estupro, fogem a compreensão da sociedade, resultando em desprezo e oposição. E para essa passagem, Beauvoir 2016, p. 19⁴⁵ é certa, quando aponta que “mesmo quando os direitos lhe são abstratamente reconhecidos, um longo hábito impede que encontrem nos costumes sua expressão concreta”. Pois, de fato, tem-se inegável antagonismo na mentalidade da sociedade. A consideração feita por Wolkmer e Correias⁴⁶ sobre a judicialização de demandas que deviam se ater ao campo legislativo, é precisa:

⁴² MONTERO, Paula. O campo religioso, secularismo e a esfera pública no Brasil. **Boletim CEDES**, PUC-RJ, 2011. Disponível em: < http://www.cis.puc-rio.br/cis/cedes/PDF/out_2011/campo.pdf > Acesso em: 28 out. 2021.

⁴³ FREITAS, Lúcia Gonçalves de. A decisão do STF sobre aborto de fetos Anencéfalos: uma análise feminista de discurso. **Alfa, rev. linguíst.**, São Paulo, v. 62, n. 1, p. 11-34, Mar. 2018. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1981-57942018000100011&lng=en&nrm=iso> Acesso em: 6 dez. 2020.

⁴⁴ MEDEIROS, Jayce Mayara Mendes. Desafios à política de saúde brasileira: impactos no direito ao aborto legal. **Revista Katálisis** [online]. 2021, v. 24, n., pp. 280-290. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/1982-0259.2021.e75661>>. ISSN 1982-0259. Acesso em: 25 jun. 2021.

⁴⁵ BEAUVOIR, Simone de. **O segundo sexo**. v. 1. 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2016.

⁴⁶ WOLKMER, Antonio Carlos; CORREAS, Oscar. **Crítica Jurídica na América Latina**. Aguascalientes: CENEJUS, 2013.

Sob a realidade de uma distribuição de renda altamente desigual e da má prestação dos serviços públicos essenciais, uma parcela da população recorre ao poder judiciário para ver suas demandas atendidas através da condenação do poder público a prestações positivas forçadas: medicamentos, moradia, saneamento básico. E não somente as demandas sociais são objeto de reclamo ao judiciário, também aquelas referentes aos chamados direitos “pós-materiais”, bandeira dos novos movimentos sociais, que reivindicam não apenas os elementos básicos para uma vida digna, mas a possibilidade de diferentes formas de vivê-la: direitos de gênero, de sexualidade, de um ambiente saudável, da escolha da mulher (aborto). Quando não constitucionalizados, a luta por estes direitos era direcionada exclusivamente ao político e, para alcançá-lo, utilizava-se a arena pública como lugar privilegiado de manifesto social. Com a constitucionalização e a consequente busca pelo judiciário, tanto por parte de movimentos sociais, como por parte de indivíduos, opera-se a institucionalização destas bandeiras, que caminham das ruas para os tribunais. Aos poucos, os agentes institucionais, como Ministério Público, ONGs e instituições de classe, como a OAB, vão se substituindo à sociedade civil, que cada vez mais se desorganiza, ao tempo em que o judiciário se imiscui na função dos poderes democraticamente eleitos.

Com essa contribuição percebe-se a judicialização de alguns temas como o aborto, que chegaram nos tribunais porque o legislador se desonera ao debater essa questão, não demonstrando estar atento às necessidades das mazelas sociais. Mesmo assim, a casa legislativa atual confere o tema como tabu, de tal forma, que desprezam ou deixam de lado projetos de leis que visam discutir a viabilidade de escolha da mulher sobre a continuação ou não da gestação. Conquanto, o que pode se verificar é a estagnação dos representantes, o que acarreta uma dupla função ao judiciário a de legislar e julgar, que não é o ideal, mas é a realidade que se impõe.

Desse modo, nota-se o descompasso do legislativo aos princípios insculpidos pela Constituição de 1988, pois dentre os seus objetivos elencados no artigo 3º estão, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, o desenvolvimento nacional, a redução das desigualdades sociais, a promoção do bem, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

3. A CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988 E O DIREITO AO ABORTAMENTO SEGURO

É fundamental atentar-se para a questão dos direitos que estão previstos na Constituição, e quais deles militam a favor do aborto em contraponto aos que vão de encontro ao tema, podendo, facilmente, com o mesmo manual de leis, tecer comentários favoráveis ou desfavoráveis. A Constituição Federal não foi explícita sobre esse ponto, deu azo a tais possibilidades. Sabe-se, pois, que o direito à vida foi

resguardado, mas com especial atenção e pertinência daqueles que já existem, sobre aqueles que ainda não nasceram. Sem embargo, é de se acrescentar:

Portanto, é possível afirmar com segurança que a Constituição Federal vigente no Brasil não recepcionou a doutrina da proteção da vida desde a concepção, posto que deixou de fazê-lo expressamente, como seria necessário para que assim fosse interpretada, a exemplo do que ocorre em outros países. É dizer, os legisladores constituintes enfrentaram o tema e decidiram não adotar um texto constitucional que contemplasse a proteção jurídica da vida desde a concepção⁴⁷.

É o reflexo dos problemas sociais que causam o distanciamento da lei e do quadro social, pois “o aborto inseguro no Brasil está entre as principais causas evitáveis de morte materna”. O cenário de mortalidade materna por aborto inseguro no Brasil e as complicações de saúde derivadas dessa prática agravam a desigualdade social, econômica e étnico-racial entre as mulheres no acesso à saúde”⁴⁸. Em contraponto, é encargo do Estado garantir às mulheres o direito à não discriminação, à autodeterminação, ao direito de não serem objeto de ingerências arbitrárias em sua vida privada e familiar, tanto quanto o respeito pela liberdade de pensamento.

A chancela legal abre certas possibilidades de aborto às mulheres, mas são reservadas a situações excepcionais, o que reflete uma legislação restritiva, que desconcretiza os compromissos assumidos pelo Brasil com os direitos humanos sexuais e reprodutivos das mulheres. Nesse caminho, houve a implementação de diretrizes, como as Normas Técnicas do Ministério da Saúde sobre Atenção Humanizada ao Abortamento, de 2005 e sobre a Prevenção e tratamento dos agravos resultantes da violência sexual contra mulheres e adolescentes, de 1999, que foram criados com o intuito de atenuar as consequências de quem precisa ser amparado pelo sistema e praticar o abortamento.

Acontece que o refreamento sinalizado pela legislação e pela religião, que se opõe a prática do aborto, se refere a uma estratégia implícita de uma concepção tradicional de modelo familiar, que intenta obstruir a pluralidade dos contornos familiares que ao longo dos anos foram surgindo no Brasil e na sociedade moderna, e, com isso, bloquear o exercício de direitos reprodutivos. Pretende, principalmente determinar o controle e o arbítrio sobre a reprodução das mulheres, defendido sob o contexto de princípios

⁴⁷ LOREA, Roberto Arriada. Acesso ao aborto e liberdades laicas. **Horizontes Antropológicos** [online]. 2006, v. 12, n. 26, pp. 185-201. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/S0104-71832006000200008>>. Epub 09 Nov 2007. ISSN 1806-9983. Acesso em: 2 jul. 2021.

⁴⁸ GALLI, Maria Beatriz; MELLO, Maria Elvira Vieira de. A descriminalização do aborto como uma questão de igualdade de gênero e justiça social. **Universidade Livre Feminista**, 2010. Disponível em: <<https://feminismo.org.br/a-descriminalizacao-do-aborto-como-uma-questao-de-igualdade-de-genero-e-justica-social/17403/>>. Acesso em: 27 jun. 2021.

religiosos⁴⁹. Quando se parte de uma ideia estratégica, percebe-se que os argumentos que vão de encontro a prática do aborto seguro e voluntário, se tratam de legítimos cânones que não aceitam um direito de autonomia concedida à mulher, nem no campo da escolha nem no campo de perigo de vida. Pois, se não há uma compreensão de situações ensejadoras do aborto, chega-se numa fonte esgotada, travadas e autoritária no campo das ideias.

Revela-se de forma assertiva as palavras externadas por Ennio Candoti que é presidente da Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência – SBPC, quando afirma que “a Igreja Católica abandona a solidariedade humana em nome da ‘defesa da vida’, que identifica com a fertilização do óvulo pelo espermatozoide; busca na genética amparo para definir o antes e o depois, o bem e o mal, mas omite a incessante busca de compreensão do que é vida”⁵⁰. O que palavras tão exatas definem sobre o pensamento da igreja se não a retórica da cultura binária, que busca um vilão e um herói, um bom e um mau, quem culpar e quem saudar? O grande problema dessa mentalidade é que ela simplifica questões que não são puramente simples, é o que se aplica na questão do aborto, pois há de se compreender que a vida não é apenas o nascer. Existem múltiplos fatores. A autonomia de vontade da mulher deveria ser, por certo, o grande ponto chave na questão.

Com a divisão de classes, argumentos e posicionamentos, Carvalho⁵¹, analisa:

Percebe-se que a celeuma em relação ao aborto está polarizada entre as feministas ou liberais e os conservadores, capitaneados pelos religiosos, mas especificamente pela religião católica. Entretanto, é importante que se esclareça que nenhuma das concepções defende o aborto indiscriminadamente, isto é, sem estabelecimento de parâmetros e requisitos para que essa prática seja realizada.

A ponderação que se propõe é a de considerar-se questões além da biológica, pois para uma vida em sociedade é necessário a compreensão de múltiplos fatores, tais como:

A tentativa de equalização do direito à vida por parte de ambos, mãe e feto, por estar fundamentada numa concepção essencialista e meramente biológica de vida humana, ignora os aspectos subjetivos, culturais, sociais e políticos da mãe,

⁴⁹ MACHADO, Lia Zanotta. **O aborto como direito e o aborto como crime: o retrocesso neoconservador**. Cad. Pagu, Campinas, n. 50, e17504, 2017. Disponível em: < http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-83332017000200305&lng=en&nrm=iso >. Acesso em: 6 dez. 2020.

⁵⁰ CANDOTTI, Ennio. Na Terra como no céu. In: CAVALCANTE, Alcilene; XAVIER, Dulce (Org.). **Em defesa da vida: aborto e direitos humanos**. São Paulo: Católicas pelo Direito de Decidir, 2006.

⁵¹ CARVALHO, Joana de Moraes Sousa Machado; CARVALHO, Valéria de Sousa. Direitos Humanos e Autonomia da Vontade da Mulher: A liberdade sexual e reprodutiva e a problemática do aborto. **Revista Direito e Desenvolvimento**, n. 6, João Pessoa, a. 3, p. 82-110, jul./ dez. 2012. Disponível em: <<https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:npj8UZSb4z0J:https://periodicos.unipe.br/index.php/direitoeddesenvolvimento/article/download/211/193/+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>> Acesso em: 5 out. 2021.

ou seja, reconhece na vida humana apenas o aspecto da sobrevivência biológica, ignorando que ela tem uma dimensão subjetiva própria de cada ser humano, um modo peculiar de dar-lhe sentido cultural e socialmente. Cada indivíduo no seu grupo social desempenha papéis, criando uma "imagem" própria e sendo reconhecido por suas funções, pelo significado que tem para a comunidade. Politicamente, cada indivíduo está ligado a uma comunidade maior diante da qual tem direitos e deveres, e com o qual o Estado também assume tarefas por meio de políticas públicas, visando não só a sua sobrevivência, mas também a sua qualidade de vida. Ao falarmos em "qualidade de vida" e não só em sobrevivência, estamos introduzindo um critério importante e decisivo na avaliação das condições da vida humana, pois não se trata apenas de defender a vida a qualquer custo, mas que as pessoas, ou seja, os/as cidadãos/as tenham condições de usufruir de uma existência realmente "humana". Isso tudo pode e deve ter peso no momento de optar pela continuidade ou não de uma gravidez indesejada, tornando a escolha muito mais humana, moral e socializada. Daí por que não se pode simplesmente igualar o direito à vida na medida em que o peso de duas vidas depende também de todos os critérios acima apontados⁵².

É fato, que atualmente, a prática do aborto é crime. Com exceção, do risco de vida da gestante, aborto fruto de estupro e, como ressalva mais recente, pelo julgamento da ADPF54, é possível interromper a gravidez de feto anencéfalo. Nessas três hipóteses, é assegurado à mulher o procedimento gratuito pelo SUS. São essas, situações que garantem o poder de escolha, ou melhor, auto determinação da gestante sobre o seu corpo. E, mesmo assim, quando a mulher realiza seu direito, dentre as hipóteses legais, a sociedade insiste em subjugá-la. É o caso da criança de 11 anos, estuprada desde os 6 anos pelo tio, engravidou, a família da menina optou por realizar o abortamento do feto e interromper a gestação. Depois de ter, primeiramente, o procedimento negado em sua cidade, a família se deslocou para outra cidade e conseguiu concluir o aborto, contudo, ao lado de fora do hospital, havia protestos, chamando o médico de assassino e condenando a criança que optou por abortar⁵³.

Casos como esse evidenciam uma mentalidade muito restrita da sociedade brasileira. Pois, a partir desse exemplo, pode-se concluir que antes de haver uma mudança na legislação para descriminalizar a prática do aborto, é preciso haver o desenvolvimento na mentalidade, bem como maior evasão do tema nas escolas, sobretudo de um ensino que trate o direito da autodeterminação do próprio corpo como prioridade, para então, a lei evoluir. Fato esse, é tão necessário porque, se houver apenas a mudança no ordenamento jurídico, não observando a aceitação e a evolução da sociedade, a mulher será marginalizada, novamente.

⁵² ALDANA, Myriam. Vozes católicas no Congresso Nacional: aborto, defesa da vida. *Revista Estudos Feministas* [online]. 2008, v. 16, n. 2, pp. 639-646. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/S0104-026X2008000200018>>. ISSN 1806-9584. Acesso em: 13 jun. 2021.

⁵³ JIMÉNEZ, Carla. **Menina de 10 anos violentada faz aborto legal, sob alarde de conservadores à porta do hospital**. *Jornal El País*, 2020. Disponível em: <<https://brasil.elpais.com/brasil/2020-08-16/menina-de-10-anos-violentada-fara-aborto-legal-sob-alarde-de-conservadores-a-porta-do-hospital.html>>. Acesso em: 29 out. 2021.

No campo nacional, os mais variados argumentos, jurídicos, religiosos, políticos, ou culturais são aceitos para embasar posições contra o aborto. Carvalho⁵⁴ refere “vale ressaltar que, para a comunidade internacional, motivações de ordem religiosa, histórica ou cultural não podem ser utilizadas como pretexto para justificar violações aos direitos humanos da mulher, tais como os direitos à igualdade diante da lei”. Assim, a legislação que incrimina também tem como consequência o pesar na consciência de muitas mulheres e homens, que cerceiam sua liberdade e autonomia individual baseado na dicotomia de prisão ou inferno, sendo que a reflexão que seria natural, deveria ser a de consideração da informação, arbítrio e coerência. Desse modo, o ponto de interrupção voluntária da gestação, alicerçada na legislação, revelar-se-ia como um objeto da justiça social democrática⁵⁵.

Nessa senda, é questionável se as leis pátrias estão num consenso com a redação contida nas declarações internacionais sobre a prática do aborto, e ainda, pergunta-se se o Brasil não está fomentando as práticas arriscadas clandestinas, que ocasionam perigo à vida e ampliam a soma de óbitos? É uma dúvida que entristece, de fato, pois pensar que o próprio Estado caminha no sentido oposto ao avanço do aborto e não o relaciona como questão de saúde no âmbito público precisa ser salientado para que os rumos postos, atualmente, se alterem para evoluir.

Cumprir trazer a lume, a reflexão que denota como a autonomia e o direito de escolha da mulher é imprescindível, porquanto:

O valor da opinião em abstrato e genérica sobre o comportamento esperado como correto para toda uma coletividade pode ser a de que não se deve abortar. Contudo, em condições concretas, pode-se entender que sim, poderá abortar. Pesquisas feitas com mulheres que abortaram, algumas delas disseram: “não é o certo, mas foi o certo para mim!”. Quando pessoas privam de relações de quem ouvem a necessidade de abortar, tendem a entender e aprovar o ato, pois se colocam em seu lugar. À guisa de exemplo: “como é que você vai parar de trabalhar para ter mais um filho nessa idade, com 43 anos, pressão alta e dependendo do trabalho para sustentar os três filhos que já tem?”. A decisão ou avaliação sobre ato de abortar, ou não, depende da relação social entre quem fala e quem realiza o ato, e da relação de quem aborta face às condições sociais, afetivas, econômicas, psíquicas, de saúde, de todo umnexo relacional⁵⁶.

⁵⁴ CARVALHO, Joana de Moraes Sousa Machado; CARVALHO, Valéria de Sousa. Direitos Humanos e Autonomia da Vontade da Mulher: A liberdade sexual e reprodutiva e a problemática do aborto. **Revista Direito e Desenvolvimento**, n. 6, João Pessoa, a. 3, p. 82-110, jul./ dez. 2012. Disponível em: <<https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:npi8UZSb4z0J:https://periodicos.unipe.br/index.php/direitoeddesenvolvimento/article/download/211/193/+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>> Acesso em: 5 out. 2021.

⁵⁵ ROSADO-NUNES, Maria José. O tema do aborto na Igreja Católica: divergências silenciadas. *Cienc. Culto.* São Paulo, v. 64, n. 2, pág. 23 a 31 de junho de 2012. Disponível em <http://cienciaecultura.bvs.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0009-67252012000200012&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 13 nov. 2021.

⁵⁶ MACHADO, Lia Zanotta. **O aborto como direito e o aborto como crime: o retrocesso neoconservador.** Cad. Pagu, Campinas, n. 50, e17504, 2017. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-83332017000200305&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 6 dez. 2020.

Veja-se que a autonomia é o estopim, que em comunhão com a dignidade afigura premissas que podem garantir uma escolha às mulheres sob a ótica constitucional. Dessa forma, “tampouco a aparente antinomia entre direitos fundamentais se sustenta, pautada numa pretensa ponderação entre direitos constitucionais da mulher com os do nascituro”⁵⁷. Um princípio solene, como o da dignidade humana pode respaldar a escolha da mulher, mas antes, é importante alocar o seu alcance ou sua aplicação. O autor Sarlet⁵⁸ consegue dimensionar bem quando conceitua:

Temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em 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 corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

Referido princípio guarnece a toda estrutura jurídica atual o sentido da aplicação das normas, orienta, desde a Constituição da República de 1988, demonstrando o juízo de valor que o estadista optou. Entretanto, é razoável ter cautela quando do emprego desse princípio, porque sua abrangência não se limita somente ao que está escrito. Por isso, a indubitabilidade que se pode vislumbrar é de que a vida do homem está impelida a frequentes transformações, o que redundará na constante mudança do conceito de vida digna, mesmo que o indivíduo pertença a grupos, esses vão oscilar, podem ter características comuns, ou divergentes, ainda assim, buscar um ideal⁵⁹. O que se permite afirmar é que a dignidade é um fator subjetivo na sociedade brasileira e no que afeta às decisões do poder judiciário, espera-se que se siga evoluindo na compreensão da autonomia de vontade e efetivação de um Estado laico sob esse princípio.

Dessa maneira, pauta-se o elo constitucional como um importante argumento favorável à ampliação das decisões emanadas pelo poder judiciário que permitam a

⁵⁷ POLÍZIO JÚNIOR, Vladimir. Aborto como direito constitucional. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, v. 16, n. 2, p. 165-200, 20 dez. 2015. Disponível em: < <https://sisbib.emnuvens.com.br/direitosegarantias/article/view/681> > Acesso em: 2 jul. 2021.

⁵⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

⁵⁹ CARVALHO, Joana de Moraes Sousa Machado; CARVALHO, Valéria de Sousa. Direitos Humanos e Autonomia da Vontade da Mulher: A liberdade sexual e reprodutiva e a problemática do aborto. **Revista Direito e Desenvolvimento**, n. 6, João Pessoa, a. 3, p. 82-110, jul./ dez. 2012. Disponível em: <<https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:npj8UZSb4z0J:https://periodicos.unipe.br/index.php/direitoeddesenvolvimento/article/download/211/193/+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>> Acesso em: 5 out. 2021.

mulher a realizar o aborto, baseada na livre escolha e respeito à dignidade. Com a esteira trilhada pela ADPF54, abriu-se um precedente argumentativo que pode ser desenvolvido, de forma diferente daquela utilizada pelos ministros, com o fito de alcançar o direito à autonomia reprodutiva para as mulheres como o principal núcleo das razões expostas pelos julgadores.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Posto isso, revela-se que, a partir da história do desenvolvimento da sociedade, a religião foi um modelo de poder presente, que julgou a autodeterminação da mulher sobre o próprio corpo, uma característica vinculada à imoralidade e, com isso, a liberdade de escolha se submete até a contemporaneidade, a preceitos vinculados à religião, em todas as esferas da comunidade brasileira, desde o campo da justiça estatal até o corpo social dos mais diversos grupos que compõem a sociedade. Por conseguinte, esse aspecto encontra-se presente no poder legislativo, o que influi na camada que vincula o aborto a uma situação de moralidade.

Entretanto, a ordem constitucional presente permite a progressão dos argumentos relativos ao aborto, calcados no Estado laico, para construir o entendimento plausível que sua escolha urge de uma pauta respaldada na saúde pública. Assim, denota-se que a vinculação à moralidade não é adequada ao progresso de um Estado democrático de direito, que possui compromissos com os direitos humanos e uma legislação desde 1988 que previu o rompimento com o autoritarismo, com o fito de redemocratizar e desenvolver os padrões legais.

Ao cabo da análise do julgado do STF, a ADPF 54, constatou-se que decidir sobre questões como o aborto são, extremamente, complexas, e necessitam de estratégia, ponderação, razoabilidade e sobretudo percepção da realidade social. Ainda, a comunidade internacional faz diferentes distinções sobre os argumentos balizadores de normas que definem o tópico do aborto, sendo mais amplas e atentas à saúde pública.

Não obstante a isso, a base de alguns princípios pode viabilizar a escolha da mulher sobre o destino do próprio corpo, como mandado otimizador, é elementar o princípio da dignidade da pessoa humana. Contudo, o que se pôde perceber é que a mentalidade da sociedade brasileira ainda é um óbice para a evolução da legislação. A superação dessa mentalidade estabilizada, acompanhará um desenvolvimento gradual para só, então, haver a mudança no ordenamento jurídico, não podendo acontecer um,

sem o outro. Desse modo, há uma dependência entre esses dois fatores, que quando alcançados, haverá de fato, o teórico estado laico efetivamente.

Conclui-se que, se por um lado a Constituição Federal de 1988 mostra-se receptiva e principiológicamente preparada para garantir às mulheres o abortamento seguro, por outro a sociedade se mostra adversa à ideia. Nesse desiderato, demonstra-se necessário o aperfeiçoamento de um ato complexo, para que se concretize o direito individual de escolha da mulher e evolua-se a visão da sociedade sobre essa faculdade. Da mesma forma, como a história repetidamente mostrou que o caminho para o avanço e para a conquista de direitos não é imediata, acompanha essa senda a necessidade de acolhida de profundas mudanças na legislação repressiva ao aborto legal e seguro, para que haja um compasso de ideias com a Constituição.

Destarte, cumpre trazer à tona que a religião, embora desempenhe ações positivas dentro da sociedade, têm impedido o avanço da legislação sobre o aborto, sobretudo, mostrou-se como responsável por estabelecer uma relação à moralidade e o aborto legal, rompendo a ideia de laicidade do Estado, prevista na Constituição. Essa relação reverbera negativamente na sociedade brasileira, confundindo a mentalidade de distinção do aborto legal como norma de saúde pública, direcionando o tema a preceitos morais. Portanto, denota-se a possibilidade de pautar juridicamente o aborto como questão de saúde pública, teoricamente, considerando o campo principiológico que estrutura a Constituição de 1988, pois asseveraria o ditame de laicidade do Estado brasileiro, desvinculando a matéria da religião e da moralidade.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ALDANA, Myriam. Vozes católicas no Congresso Nacional: aborto, defesa da vida. **Revista Estudos Feministas** [online]. 2008, v. 16, n. 2, pp. 639-646. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/S0104-026X2008000200018>>. ISSN 1806-9584. Acesso em: 13 jun. 2021.

BEAUVOIR, Simone de. **O segundo sexo**. v. 1. 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2016.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: parte especial 2; crimes contra a pessoa. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

BOITEUX, L. et al. **A ADPF 442**: ousadia necessária para descriminalizar o aborto. 2017. Disponível em: < <https://www.justificando.com/2017/03/15/adpf-442-ousadia-necessaria-para-descriminalizar-o-aborto/> >. Acesso em: 27 jun. 2021.

BRASIL, **Código Penal**. 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 6 nov. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 54**. Relator: MELLO, M. A. de. Publicado no DJ de 12/04/2012, p.433. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334> Acesso em: 27 out. 2021.

CANDOTTI, Ennio. Na Terra como no céu. In: CAVALCANTE, Alcilene; XAVIER, Dulce (Org.). **Em defesa da vida: aborto e direitos humanos**. São Paulo: Católicas pelo Direito de Decidir, 2006.

CARVALHO, Joana de Moraes Sousa Machado; CARVALHO, Valéria de Sousa. Direitos Humanos e Autonomia da Vontade da Mulher: A liberdade sexual e reprodutiva e a problemática do aborto. **Revista Direito e Desenvolvimento**, n. 6, João Pessoa, a. 3, p. 82-110, jul./dez. 2012. Disponível em: <<https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:npj8UZSb4z0J:https://periodicos.unipe.br/index.php/direitoedesenvolvimento/article/download/211/193/+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>> Acesso em: 5 out. 2021.

DINIZ, Debora. Aborto e saúde pública no Brasil. **Cad. Saúde Pública**, Rio de Janeiro, n. 23, v.9, 1992-1993, set, 2007. Scielo. Disponível em: <<https://www.scielo.org/article/csp/2007.v23n9/1992-1993/#ModalArticles>>. Acesso em: 29 nov. 2020.

DOMINGUES, Roberto Chateaubriand. Entre normas e fatos, o direito de decidir: o debate sobre aborto à luz dos princípios constitucionais. In: BARA, Monica Maia (org). **Direito de decidir: Múltiplos olhares sobre o ABORTO**. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2008. p. 67-104.

FONSECA, Jamile Guerra. **Aborto Legal no Brasil: avanços e retrocessos**. Curitiba: Appris, 2018.

FREITAS, Lúcia Gonçalves de. A decisão do STF sobre aborto de fetos Anencéfalos: uma análise feminista de discurso. **Alfa, rev. linguíst.**, São Paulo, v. 62, n. 1, p. 11-34, Mar. 2018. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1981-57942018000100011&lng=en&nrm=iso> Acesso em: 6 dez. 2020.

GALLI, Maria Beatriz; MELLO, Maria Elvira Vieira de. A descriminalização do aborto como uma questão de igualdade de gênero e justiça social. **Universidade Livre Feminista**, 2010. Disponível em: <<https://feminismo.org.br/a-descriminalizacao-do-aborto-como-uma-questao-de-igualdade-de-genero-e-justica-social/17403/>>. Acesso em: 27 jun. 2021.

GONÇALVES, Tamara Amoroso (coord.); LAPA, Thaís de Souza. **Aborto e religião nos tribunais brasileiros**. São Paulo: Instituto para a Promoção da Equidade, 2008. Disponível em: <http://www.clam.org.br/uploads/conteudo/DocumentoAborto_religiao.pdf> Acesso em: 28 jun. 2021.

JIMÉNEZ, Carla. **Menina de 10 anos violentada faz aborto legal, sob alarde de conservadores à porta do hospital**. Jornal El País, 2020. Disponível em:

<<https://brasil.elpais.com/brasil/2020-08-16/menina-de-10-anos-violentada-fara-aborto-legal-sob-alarde-de-conservadores-a-porta-do-hospital.html>>. Acesso em: 29 out. 2021.

LOBO, Marcela Santana. O aborto e a autonomia da mulher: uma manifestação dos direitos reprodutivos como direitos humanos. **Revista da ESMAM**, São Luís, v.12, n.14, jul./dez. 2018. Disponível em: <<https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:L89jmhifSOYJ:https://revistaesmam.tjma.jus.br/index.php/esmam/article/download/1/1/+&cd=2&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>> Acesso em: 2 nov. 2021.

LOREA, Roberto Arriada. Acesso ao aborto e liberdades laicas. **Horizontes Antropológicos** [online]. 2006, v. 12, n. 26, pp. 185-201. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/S0104-71832006000200008>>. Epub 09 Nov 2007. ISSN 1806-9983. Acesso em: 2 jul. 2021.

LUNA, Naara. O julgamento no Supremo do aborto de anencéfalo – ADPF 54: uma etnografia da religião no espaço público. **Horizontes Antropológicos** [online]. 2018, v. 24, n. 52, pp. 165-197. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/S0104-71832018000300007>>. ISSN 1806-9983. Acesso em: 26 jun. 2021.

MACHADO, Lia Zanotta. **O aborto como direito e o aborto como crime: o retrocesso neoconservador**. Cad. Pagu, Campinas, n. 50, e17504, 2017. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-83332017000200305&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 6 dez. 2020.

MEDEIROS, Jayce Mayara Mendes. Desafios à política de saúde brasileira: impactos no direito ao aborto legal. **Revista Katálysis** [online]. 2021, v. 24, n., pp. 280-290. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/1982-0259.2021.e75661>>. ISSN 1982-0259. Acesso em: 25 jun. 2021.

MEIRA, Affonso Renato; FERRAZ, Flávio Roberto Carvalho. Liberação do aborto: opinião de estudantes de Medicina e de Direito, São Paulo, Brasil. **Rev. Saúde Pública**, São Paulo, v. 23, n. 6, p. 465-472, Dec. 1989. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-89101989000600004&lng=en&nrm=iss>. Acesso em: 07 Nov. 2020.

MIGUEL, Luis Felipe. BIROLI, Flávia. MARIANO, Rayani. O direito ao aborto no debate legislativo brasileiro: a ofensiva conservadora na Câmara dos Deputados. **Opinião Pública**. Campinas, vol. 23, nº 1, jan. - abr., 2017. Disponível em: <<https://pt.booksc.org/book/74076062/b246da>>. Acesso em: 10 jun. 2021.

MONTERO, Paula. O campo religioso, secularismo e a esfera pública no Brasil. **Boletim CEDES**, PUC-RJ, 2011. Disponível em: <http://www.cis.puc-rio.br/cis/cedes/PDF/out_2011/campo.pdf> Acesso em: 28 out. 2021.

POLÍZIO JÚNIOR, Vladimir. Aborto como direito constitucional. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, v. 16, n. 2, p. 165-200, 20 dez. 2015. Disponível em: <<https://sisbib.emnuvens.com.br/direitosegarantias/article/view/681>> Acesso em: 2 jul. 2021.

PINHO, Ana Claudia Bastos de; BRITO, Michelle Barbosa de. Relatório da Conferência Internacional sobre população e Desenvolvimento - Plataforma de Cairo, 1994. IN: QUEIROZ, Paulo (coordenador). **Direito Penal parte especial**. 2ª edição. Salvador: Jus Podivm. Disponível em: < <http://unfpa.org.br/Arquivos/relatorio-cairo.pdf> >. Acesso em: 4 jun. 2021.

RABAÇA, Carlos Alberto. O perdão do Papa a mulheres que fizeram aborto: É importante acolher: O respeito à vida. **O globo**, n. 29995, 2015, p. 14. Disponível em: < <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/515664/noticia.html?sequence=1&isAllowed=y> >. Acesso em: 11 jun. 2021.

ROSADO-NUNES, Maria José. O tema do aborto na Igreja Católica: divergências silenciadas. Cienc. Culto. São Paulo, v. 64, n. 2, pág. 23 a 31 de junho de 2012. Disponível em < http://cienciaecultura.bvs.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0009-67252012000200012&lng=en&nrm=iso >. Acesso em: 13 nov. 2021.

ROSENDO, Daniela., GONÇALVES, Tamara Amoroso. Direito à vida e à personalidade do feto, aborto e religião. **ethic@**, Florianópolis, v.14, n.2, p.300 - 319, Dez. 2015. Disponível em: <<https://pt.booksc.org/book/74068833/09dfbc>>. Acesso em: 12 de jun. 2021.

RUIBAL, Alba. A controvérsia constitucional do aborto no Brasil: Inovação na interação entre movimento social e Supremo Tribunal Federal. **Revista Direito e Práxis** [online]. 2020, v. 11, n. 02, pp. 1166-1187. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/2179-8966/2020/50431>>. Epub 08 Jun 2020. ISSN 2179-8966. Acesso em: 26 jun. 2021.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SERMENTO, Daniel. Legalização do aborto e Constituição. **Revista de Direito Administrativo**, v. 240, p. 43-82, 2005. DOI: 10.12660/rda.v240.2005.43619. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43619>. Acesso em: 26 out. 2021.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos do direito penal**. 5.ed. 18ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 1994.

VILLELA, Wilza. OLIVEIRA, Eleonora Menicucci de. SILVA, Rosalina Carvalho da. Aborto e Saúde Mental. In: BARA, Monica Maia (org). **Direito de decidir: Múltiplos olhares sobre o ABORTO**. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2008. p. 43-66.

WOLKMER, Antonio Carlos; CORREAS, Oscar. **Crítica Jurídica na América Latina**. Aguascalientes: CENEJUS, 2013.

O CONTROLE DO FEMININO: DO ESTIGMA DA BRUXA À SUBJETIVIDADE ATRAVÉS DA BIOPOLÍTICA

THE CONTROL OF THE FEMININE: FROM THE STIGMA OF THE WITCH TO SUBJECTIVITY THROUGH BIOPOLITICS

Bruna Zatt¹

Resumo

A presente pesquisa busca explorar as formas de controle do feminino através dos estigmas, de modo que, em um primeiro momento, toma-se como referência a figura da bruxa medieval. Para isso, serão analisados textos originais do Medievo: O Manual dos Inquisidores, O Martelo das Feiticeiras e *Cautio Criminalis*, pelos quais se verificará a construção do inimigo, sendo o herege e a feiticeira. Após, será demonstrado como somente troca-se as figuras etiquetadas do posto de inimiga, a depender do interesse das instâncias de poder. Ainda, objetiva-se analisar como o controle sofreu uma transição, passando do corpo à subjetividade, esta pela qual persiste até os dias atuais, quando observada pelas imposições da razão neoliberal.

Palavras-chave: biopolítica, bruxaria, controle, criminologia, estigma, subjetividade.

Abstract

This research seeks to explore ways of controlling the feminine through stigmas, so that, at first, the figure of the medieval witch is taken as a reference. For this, original texts from the Medieval period will be analyzed: The Inquisitors' Manual, The Hammer of the Witches and *Cautio Criminalis*, through which the construction of the enemy will be verified, being the heretic and the witch. Afterwards, it will be demonstrated how only the labeled figures of the enemy rank are exchanged, depending on the interest of the instances of power. Furthermore, the objective is to analyze how control underwent a transition, from the body to subjectivity, which is why it persists to this day, when observed by the impositions of neoliberal reason.

Keywords: biopolitics, witchcraft, control, criminology, stigma, subjectivity.

INTRODUÇÃO

A fim de investigar as bases da estigmatização da mulher, faz-se necessário remontar, pelo aspecto histórico, a cosmovisão presente no Medievo, pois, embora a submissão e repressão do feminino datem a milênios, a perseguição a partir de um estigma se deu no período medieval. À vista disso, considerando o Manual dos Inquisidores e o Martelo das Feiticeiras, serão analisados os estereótipos desenvolvidos

¹ Aluna do Curso de Direito da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo.

nesses textos para que, posteriormente, seja possível vislumbrar a real e oculta razão da caçada.

Além disso, será utilizada a obra de Friedrich Spee, *Cautio Criminalis*, como um contraponto ao Martelo, em razão dela ser uma das pioneiras da Criminologia Crítica. Assim, após examinados os estigmas, passa-se a analisar a sistemática do controle dos corpos, a partir dos aspectos relativos à sociedade disciplinar, e como tais estereótipos importaram para a manutenção desse controle.

Por fim, busca-se analisar como o controle modificou-se, conforme aspectos da biopolítica, à vista do surgimento do biopoder na transição do feudalismo ao capitalismo, de modo que o corpo da mulher fosse utilizado como fonte procriadora, baseando-se tal assertiva no controle da sexualidade, ditando que esta servia à procriação.

1. A TRINDADE LITERÁRIA DA CRIMINOLOGIA MEDIEVAL: CONSTRUÇÃO DOS ESTIGMAS

Pensa-se que a criminologia tenha surgido no momento pós-Revolução Francesa, sendo fruto dos pensamentos iluministas advindos da escola clássica italiana de direito penal. Contudo, a criminologia não registra o nome dos seus fundadores, visto que os nega como antepassados. Porém, ao ignorar o passado, não há como compreender os caminhos traçados e antever o porquê a sociedade chegou no ponto em que está.

Diante disso, resta importante analisar como ocorreu a implantação das inquisições, que nada mais são a representação do poder punitivo atuando de forma verticalizada, com o fim de eleger grupos ou parte da sociedade como inimiga a ser exterminada. Nota-se que tais inquisições possuíam cunho teológico religioso, com a finalidade de executar uma missão sagrada para livrar a Terra da perversão e do mal.

Calha que o cristianismo não conquistou a Europa de um dia para o outro, mas exigiu séculos desde o nascimento de Cristo até o seu estabelecimento. Foi somente no império de Teodósio que o Estado romano deixou de ser agnóstico e passou a ser confessional, estabelecendo o cristianismo, antes crença ilícita, como a religião oficial². Dessa forma, a inquisição medieval, ou primeira inquisição, possuía como objetivo fortalecer a autoridade papal contra tentativas de descentralização, de modo que a Igreja, passando de perseguida a perseguidora, ocupou-se inicialmente dos hereges,

² RUSSEL, Jeffrey B.; ALEXANDER, Brooks. **História da bruxaria**. 2. ed. São Paulo: Aleph, 2019, p. 52.

sendo a perseguição realizada pelos bispos locais, e posteriormente pelos inquisidores³.

Nesse contexto, surgiram alguns textos para sistematizar a perseguição. Dá-se que, embora o discurso contido no *Directorium Inquisitorum*, de Nicolau Eymerich, não tenha inaugurado a Inquisição, ele estruturou aquilo que já se encontrava na prática, isto é, um discurso que estabelecia uma etiologia do mal, determinando certo indivíduo ou grupo como ameaça a ser identificada, enfrentada e eliminada. Portanto, a prática precede à teoria.

O Manual dos Inquisidores apresenta na sua primeira parte a construção do herege e da heresia. Inicialmente, aponta para a etimologia da palavra, inferindo que se entende por herege aquele que entre uma doutrina verdadeira e falsa, escolhe a seita perversa, que acredita e ensina diretrizes contrárias à fé de Cristo e da Igreja⁴. Herética é toda a proposição que se oponha a tudo o que a Igreja tenha declarado como verdade. A verdade absoluta é ponto principal.

Sucintamente, explica-se essa questão da seguinte forma: a verdade advinha das Escrituras sagradas, essas que foram determinadas por Deus; precisava-se de representantes que interpretassem e transmitissem autenticamente tal verdade; assim, o Papa, bispos e padres ficaram incumbidos dessa tarefa. Poderia questionar-se, esses representantes, como humanos, eventualmente não errariam? A resposta é não, pois Deus se apiedou da humanidade e lhes concedeu o privilégio de jamais errar⁵.

Deste modo é possível vislumbrar a hierarquia que havia se formado na figura dos sacerdotes representantes da verdade, que transmitiam aos fiéis o modo como deveriam viver para alcançar a vida eterna. Isso posto, face à verdade absoluta, não cabem dúvidas ou indagações, pois tudo está respondido pela instância suprema e divina.

Por isso, quem pensasse a fé, e pensar a fé significava discutir questões teológicas, era suspeito de heresia e tornava-se objeto de repressão. Diversos são os fatos que poderiam ser considerados heresia, como consagrar água ou leite no cálice dentro do ritual da comunhão ao invés de vinho; duvidar do dogma da maternidade virginal de Maria; ou, ainda, praticar quiromancia⁶; porém, tem-se como relevante o ato de quem afirmava que Cristo e os apóstolos não possuíam nada em comum. Essa

³ TAVARES, Juarez. Prefácio. In: ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O nascimento da criminologia crítica**: Spee e a cautio criminalis. 1. ed. São Paulo: Tirat lo Blanch, 2020, p. 15.

⁴ EYMERICH, Nicolau. O manual dos inquisidores. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 1993, p. 30.

⁵ BOFF, Leonardo. Prefácio. In: EYMERICH, Nicolau. **O manual dos inquisidores**. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 1993, p. 10.

⁶ EYMERICH, Nicolau. **O manual dos inquisidores**. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 1993, p. 44, 50, 52.

premissa contida no *Directorium Inquisitorum* se dirigia aos *fraticelli*⁷, estes que criticavam insistentemente a riqueza da Igreja e pregavam a pobreza absoluta de Cristo e seus apóstolos, tal como era nas origens do cristianismo.

Sucede que a Igreja estava se tornando uma instituição poderosa, detentora de riquezas, a as quais muitas vezes eram frutos de confiscos de bens, portanto, não podia deixar que tais questionamentos influíssem negativamente na sua imagem. Deste modo, não só quem denunciava essa avareza era considerado herege, mas também aqueles que atraíam a atenção da instituição pelo poder e patrimônio que detinham.

No momento em que os hereges já estavam dominados em seus territórios e a autoridade papal se encontrava estabelecida, o núcleo da investigação em torno da competência entre bispos locais e inquisidores começou a sofrer tensões. Ocorre que os inquisidores buscavam poder e prestígio, algo que a perseguição aos hereges não mais possibilitava, pois exaurida, então era necessário um novo alvo, assim, o elemento simbólico unificador da punição passou às bruxas⁸.

No final do século XV, surgiu um discurso, em forma de texto, mais sistematizado e aprofundado do que o Manual dos Inquisidores, trata-se do *Malleus Maleficarum*. Tal texto “consagra a autonomia da criminologia perante o direito penal, expondo pela primeira vez, de forma orgânica, uma completa teoria sobre a etiologia criminal”⁹.

Verifica-se que a Bula Papal, *Summis desiderantis affectibus*, de Inocêncio VIII, que investiu como inquisidores os aludidos autores, mencionava a existência de bruxos e bruxas, entretanto, percebe-se que no decorrer do *Malleus*, que seu conteúdo é dirigido principalmente às bruxas. O texto é dividido em três partes, a primeira cria um contexto desabonador e pejorativo em relação à mulher, carregado de ódio e misoginia, o qual é utilizado na parte final como justificativa das terríveis práticas prescritas¹⁰.

Veja-se, a existência das bruxas, conforme o Martelo, dá-se pela complexa relação das três condições necessárias à bruxaria, quais sejam, o Diabo, a propensão de algumas mulheres e a permissão de Deus. Ocorre que o Diabo estava além dos inquisidores, pois invisível e impalpável, assim era preciso de alguém mais próximo, recaindo a culpabilidade às suas aliadas. Além disso, também eram considerados como

⁷ *Fraticelli* é a denominação para grupos católicos medievais de frades franciscanos italianos que consideravam a riqueza da Igreja escandalosa, bem como repudiavam a autoridade dos seus superiores e da hierarquia da Igreja.

⁸ TAVARES, Juarez. Prefácio. In: ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O nascimento da criminologia crítica**: Spee e a *cautio criminalis*. 1. ed. São Paulo: Tirat lo Blanch, 2020, p. 15.

⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **A questão criminal**. 1. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2013, p. 35.

¹⁰ BYINGTON, Carlos Amadeu. Prefácio. In: KRAMER, Heinrich; SPRENGER, James. **O martelo das feiticeiras**. Rio de Janeiro: BestBolso, 2021, p. 39.

hereges aqueles que desacreditavam na existência das bruxas, pois seria, mormente, negar o discurso dos inquisidores e da Igreja.

A construção da figura da mulher perversa inicia com a afirmação de que as mulheres se entregam mais às superstições diabólicas. Para sustentar isso, Kramer e Sprenger resgatam diversos autores, santos e passagens bíblicas, com o intuito de embasar e construir o estigma da mulher vil e maldosa. As razões oferecidas pelo *Malleus* para a propensão das mulheres à bruxaria são: a sua maior credulidade; que, por sua natureza, são mais impressionáveis; pois possuem uma língua traiçoeira, dado que não se abstêm de contar às suas amigas tudo o que aprenderam sobre as artes do mal, e que, precipuamente,

A razão natural está em que a mulher é mais carnal do que o homem, o que se evidencia pelas suas abominações carnis. E convém observar que houve uma falha na criação da primeira mulher, por ter sido ela criada a partir de uma costela recurva, ou seja, uma costela do peito, cuja curvatura é, por assim dizer, contrária à retidão do homem. E como, em virtude dessa falha, a mulher é animal imperfeito, sempre decepiona e mente¹¹.

No tocante à terceira razão apresentada, de que as mulheres possuem uma língua traiçoeira, tal imputação refletiu no sentido das palavras de modo profundo. Observa Silva Federici que “narrar a história das palavras que são frequentemente usadas para definir e degradar as mulheres é um passo necessário para compreender como a opressão de gênero funciona e se reproduz”¹².

À vista disso, há como exemplo o vocábulo *gossip*, tido atualmente como “fofoca”¹³. Dá-se que seu sentido original indicava amizade e solidariedade entre mulheres, ou partilha dos saberes adquiridos. Pois, nesses contextos de conversas entre mulheres, eram discutidos conhecimentos relativos às curas medicinais, aos problemas amorosos e ao comportamento humano.

O teatro medieval atesta isso. Há no Círculo de Chester (conjunto de dramas religiosos, especialmente sobre passagens bíblicas) uma cena sobre o dilúvio, na qual Noé vai até uma taverna onde se encontrava a sua esposa, com intuito de fazê-la embarcar na arca, pois a inundação começara¹⁴. Lá ela lhe diz que não abandonará

¹¹ KRAMER, Heinrich; SPRENGER, James. **O martelo das feiticeiras**. Rio de Janeiro: BestBolso, 2021, p. 122.

¹² FEDERICI, Silvia. **Mulheres e a caça às bruxas**. 1. ed. São Paulo: Boitempo, 2019, p. 75.

¹³ Disponível em: <https://languages.oup.com/google-dictionary-pt/>. Acesso em: 04 set. 2021.

¹⁴ Sim Senhor, hasteie sua vela. E avance sob a chuva malévola. Porque, sem erro; não sairei desta cidade. Tenho, porém, minhas *gossips*, todo mundo. Não darei um passo além. Elas não se afogarão, por São João. E posso salvar suas vidas! Elas me querem muito bem, por Cristo! Mas as deixe entrar no seu barco. Caso contrário, reme para onde quiser. E arranje uma nova mulher.

suas *gossips* à sua sorte, entrando em discussão com Noé para que elas fossem aceitas na arca. Ao final do poema, a mulher vence no embate¹⁵.

Assim, verifica-se que um termo que outrora tinha conotação de carinho, de amor fraternal entre mulheres, dissimulou-se no decurso do tempo. Percebe-se que quando a caça às bruxas se intensificou, essas redes de mulheres não eram mais bem-vistas, mas tidas como instrumento de disseminação do mal através das suas línguas traiçoeiras.

A ideia de pacto satânico era central e fundamental para a acusação das mulheres imputadas, dado que serviam ao Diabo de livre e espontânea vontade. Nessa teoria, era estabelecido um contrato de compra e venda proibido, que por sua natureza somente podia ser celebrado por seres humanos inferiores, ou seja, por mulheres¹⁶. Inferiores porque, conforme demonstrado acima, elas possuíam um defeito congênito por provir da costela curva do peito de um homem, deste modo eram menos inteligentes e possuíam menos fê.

Aliás, os inquisidores atestavam essa questão afirmando que o vocábulo *femina* derivava de *fe minus*, isto é, menos fê, sendo as mulheres mais fracas em se manterem e preservarem crentes a Deus e à Igreja¹⁷. No entanto, essa alegação é uma falácia, pois *femina* vem do sânscrito, do verbo que significa amamentar¹⁸.

Calha que nem sempre a obsessão pelo Diabo constituiu um traço essencial do cristianismo, dado que desde o Antigo Testamento existiam forças obscuras do mal, mas elas não tinham um laço necessário com Satã¹⁹. A ideia de pacto satânico emergiu subitamente no século XIII por duas razões, uma política e outra teológica. Nesse século, após o vasto movimento de expansão demográfica e concorrência conquistadora, sucedeu um período de confrontos e tensões entre as diversas formas de organização. Dá-se que o medo do complô e da conjuração se instalou entre os leigos, governantes e clérigos²⁰.

A ideia do pacto recaía como prática predominantemente feminina, pois, além da construção de que as mulheres eram biologicamente seres inferiores, o Diabo, tal como Deus, era quase universalmente percebido como masculino. Sendo Satã uma figura de grande poder, praticamente uma divindade, a tradição judaico-cristã era

¹⁵ WRIGHT, Thomas. *A history of domestic manners and sentiments in england during the middle ages*. London: Chapman & Hall, 1862, p. 420, 421.

¹⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *A questão criminal*. 1. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2013, p. 28.

¹⁷ KRAMER, Heinrich; SPRENGER, James. *O martelo das feiticeiras*. Rio de Janeiro: BestBolso, 2021, p. 124.

¹⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *A questão criminal*. 1. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2013, p. 29.

¹⁹ Como Asmodeus no livro de Tobias, Lilith em Jó e em Isaías, Azazel no Levítico, ou como nos sátiros em forma de bode em diversos livros bíblicos.

²⁰ BOREAU, Alain. *Satã herético: o nascimento da demonologia na Europa medieval*. Campinas: Editora da Unicamp, 2016, p. 20.

incapaz de atribuir-lhe uma imagem feminina. Portanto, diante das superstições religiosas de domínio do masculino sobre o feminino e por conta do papel sexual de homem que o Diabo exercia, afirmou-se que eram principalmente mulheres quem compunham o sabá²¹.

Assim, em que pese as variadas acusações de bruxaria imputadas às feiticeiras, tais como o desencadeamento da impotência masculina, da impossibilidade de livrar-se de paixões desordenadas, de privar um homem de seu membro viril, estrago de colheitas, doenças em animais, induzimento de intempéries, transformações de homens em bestas, etc.²², as mais significativas são as de aborto, orgias sexuais, sacrifício de seres humanos, especialmente crianças, e canibalismo (todas realizadas no sabá). Tais acusações são antigas, os sírios fizeram-nas contra os judeus, os romanos contra os cristãos e os cristãos contra os gnósticos. Agora eram feitas contra os heréticos medievais e às bruxas²³.

Além da relação Satã-bruxa, a figura da mulher também era posta como inferior em relação aos santos. O caso do milagre na tumba de santo Ivo Hérolý exemplifica bem isso. Certa noite Ivo (homônimo do santo) foi amaldiçoado pela sua mãe, pois, após abordá-la com deboche, ela desnudou o peito e lhe disse “eu te dou a minha maldição, e a desses seios que sugastes e a de minhas entranhas que te carregaram; e tudo o que tenho e possa ter direito sobre ti, tudo o que em ti engendrei, entrego e concedo inteiramente ao Diabo”²⁴.

Um tempo depois, demônios em forma de bode tentaram se apoderar de Ivo, afirmando que a palavra da mãe, entregando o produto da sua geração para um terceiro, era suficiente para a possessão. No meio da crise surgiu santo Ivo dizendo ao possuído “nada temas, pois viestes à minha tumba e chamastes pelo meu nome, vim para te salvar. Na verdade, tua mãe não pôde te dar ao Diabo, pois ela não tem mais direito sobre ti do que o saco sobre o trigo que contêm!”²⁵.

Diferente do *parte famílias* romano que dispunha da vida da esposa e filhos, a mulher medieval, juridicamente desamparada, não tem nada a ver com a salvação do seu filho, pois é somente a portadora, assim não poderia invocar seus direitos sobre a coisa dada, mesmo que fruto da sua natureza, visto que produziu e nutriu, pois ela

²¹ RUSSEL, Jeffrey B.; ALEXANDER, Brooks. **História da bruxaria**. 2. ed. São Paulo: Aleph, 2019, p. 88.

²² MURARO, Rose. Introdução. In: KRAMER, Heinrich; SPRENGER, James. **O martelo das feiticeiras**. Rio de Janeiro: BestBolso, 2021, p. 20.

²³ RUSSEL, Jeffrey B.; ALEXANDER, Brooks. **História da bruxaria**. 2. ed. São Paulo: Aleph, 2019, p. 88.

²⁴ BOREAU, Alain. **Satã herético: o nascimento da demonologia na Europa medieval**. Campinas: Editora da Unicamp, 2016, p. 143.

²⁵ BOREAU, Alain. **Satã herético: o nascimento da demonologia na Europa medieval**. Campinas: Editora da Unicamp, 2016, p. 144.

não tem mais direito sobre o filho (ou até sobre si mesma), como o saco sobre o trigo que ele contém.

Além da imputação da abortista, a mais infame e notória é a da realização do sabá. Nesse ritual, pusera-se o sol e as pessoas honestas estavam dormindo, bruxas e feiticeiros preparavam-se para a reunião. Caso vivessem perto do local (uma caverna, porão ou charneca deserta) para lá iam caminhando, se residissem longe, esfregavam um unguento em seus corpos que lhes permitia levitar, e voando iam, montados em cabos de vassouras, estacas ou animais²⁶.

As que vinham pela primeira vez deviam renunciar à fé cristã, profanar os sacramentos e render homenagens ao Diabo, este que estava presente na reunião na forma humana, mas, mais frequentemente, como um animal ou semianimal. Além disso, a iniciada era obrigada a guardar segredo do culto, sendo que ficaria mais unida ao grupo quando promettesse matar uma criança e apresentar seu corpo na próxima reunião²⁷.

Concluída a iniciação, um banquete era realizado. Era como uma paródia do festim eucarístico, em que corpos de crianças eram servidos, como uma Santa Ceia ao avesso, ou imolados em oferenda a Satanás. Após o banquete, os archotes que iluminavam o porão eram derrubados por um cão ou gato preto, apagando-os, para que se iniciasse a orgia. Ao encerrar, “antes de voltar para casa, bruxas e feiticeiros recebiam unguentos maléficos, produzidos com gordura de crianças e outros ingredientes”²⁸. A Missa Negra estava concluída.

Tal descrição era obtida mediante confissão nos interrogatórios realizados pelos inquisidores e carrascos, que possuíam em mão listas de perguntas padronizadas, as quais questionavam, não era se a pessoa tinha ou não cometido isto ou aquilo, mas quando e como o fizera. Tem-se como exemplo a lista dos juízes de Colmar, na Alsácia, que indagavam

Há quanto tempo você é bruxa? Por que se tornou bruxa? Como foi que se fez bruxa e o que aconteceu nessa ocasião? Onde se consumou a união com o incubo? Que demônio e outros humanos participaram no sabá? Como foi organizado o banquete do sabá? Que marca do diabo seu incubo deixou no seu corpo? Quem são os seus cúmplices na prática do mal? Quem são as crianças que você enfeitiçou? Qual é o unguento com que você esfrega o cabo de sua vassoura e como é preparado? Como faz para poder voar pelos ares?²⁹

²⁶ RUSSEL, Jeffrey B.; ALEXANDER, Brooks. **História da bruxaria**. 2. ed. São Paulo: Aleph, 2019, p. 50.

²⁷ GINZBURG, Carlo. **História noturna**: decifrando o sabá. São Paulo: Companhia das Letras, 1991, p. 09.

²⁸ GINZBURG, Carlo. **História noturna**: decifrando o sabá. São Paulo: Companhia das Letras, 1991, p. 09.

²⁹ RUSSEL, Jeffrey B.; ALEXANDER, Brooks. **História da bruxaria**. 2. ed. São Paulo: Aleph, 2019, p. 106.

À vista disso, em razão das perguntas pré-determinadas (e das respostas também), as confissões eram uniformes, formando um etiquetamento não só sobre quem eram as criminosas e o que faziam, mas também sobre a existência de um grupo maligno, um verdadeiro exército irregular e poderoso que devia ser combatido em nome do Bem, ultrapassando, deste modo, a percepção individual. Em suma, “era o estereótipo do sabá o que sugeria aos juízes a possibilidade de arrancar dos imputados, por meio de pressões físicas e psicológicas, denúncias em série, as quais, por sua vez, desencadeavam verdadeiras ondas de caça às bruxas”³⁰.

Como contraponto contemporâneo à época, há a obra *Cautio Criminalis*, de autoria de Frederick Spee, publicada, de forma anônima, em 1632. Spee foi um jesuíta, pensador, intelectual, teólogo e poeta. Ele exercia a função de confessor de bruxas, momento em que vivenciou a tremenda crueldade de acompanhar mulheres inocentes para serem queimadas na fogueira, apenas para o benefício de alguns corruptos depreciáveis e do poder dos príncipes³¹.

Na condição de criminólogo crítico, Spee não se limitou como um expoente da teoria do etiquetamento, pois sua crítica ia muito além, visto que responsabilizava teólogos, juízes, nobres e o próprio povo pela matança desmedida de mulheres inocentes. Ressalta-se que ele não limitou a crítica a uma classe ou aos funcionários inferiores, levando-a aos teólogos teóricos que jamais haviam entrado em uma câmara de tortura; aos juristas que transformavam a caça às bruxas em um negócio; e aos príncipes, que silentes eram coniventes³².

A obra de Spee explora diversos temas e os refuta no decorrer da narrativa. Dá-se enfoque à questão da tortura. No ponto, Spee³³ enumera as razões para atentar que é um método inadequado para extirpar a verdade. Ele indica que é da natureza humana evitar o sofrimento e lutar pela sobrevivência, de modo que a fim de livrar-se da agonia do cavalete³⁴ (ou ao menos interrompê-la), muitas mulheres poderiam confessar crimes que não cometeram ou mesmo inventar tais delitos, visto que sempre havia sugestões dos inquisidores.

Além disso, sustenta que a imensa maioria das pessoas que seriam levadas para a tortura iriam optar por pular direto para a morte, pois não há quem prefira manter-

³⁰ GINZBURG, Carlo. **História noturna**: decifrando o sabá. São Paulo: Companhia das Letras, 1991, p. 10.

³¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O nascimento da criminologia crítica**: Spee e a *cautio criminalis*. 1. ed. São Paulo: Tirat lo Blanch, 2020, p. 74.

³² ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O nascimento da criminologia crítica**: Spee e a *cautio criminalis*. 1. ed. São Paulo: Tirat lo Blanch, 2020, p. 141.

³³ SPEE, Friedrich von. *Cautio criminalis, or, a book on witch trials*. Charlottesville: University of Virginia Press, 2003, p. 73.

³⁴ Também denominado “potro”, é um instrumento de tortura semelhante a uma mesa em que os pulsos e calcanhares da vítima são amarrados, as cordas são esticadas até que as juntas, ligamentos e ossos são deslocados e separados.

se calado a ser dilacerado. Deste modo, a tortura é inconstante e perigosa, pois ilude a verdade, visto que em tais situações qualquer um faz o possível para sair dessa situação agonizante.

Ainda, delibera sobre o intolerável ato de raspar o corpo inteiro das mulheres acusadas de bruxaria, com a justificativa de procurar marcas do Diabo. Nesse capítulo Spee³⁵ apresenta um relato que vivenciou, expondo que antes de serem levadas às câmaras de tortura, as mulheres eram despidas e tinham os pelos do seu corpo inteiro raspados, sendo que nos pubianos ateavam fogo “no caso de ter um encanto mágico na região”. Ele afirma que tal ato é algo imundo para um cristão fazer, sendo que esses homens só realizavam isso sob o pretexto de suprir a sua luxúria.

Em suma, a obra perpassa sobre diversas questões, sendo o grande contraponto às suposições e estigmas que o *Malleus Maleficarum* instituiu à época. Destaca-se que a crítica de Spee, mesmo séculos antes do advento da chamada criminologia da reação social ou crítica, alcançou o alto escalão, pois não limitou-se aos carrascos que carcereiros, criminosos degenerados, estupradores e charlatões; aos juízes, desumanos que racionalizavam decisões atroz e condenavam sem piedade; aos advogados, que eram covardes por medo de serem considerados aliados das bruxas; aos inquisidores, corruptos e ladrões, pois ficavam com os bens dos executados, cobravam por cabeça de bruxa queimada e extorquiam pessoas do povo³⁶.

Ainda, aos teólogos eruditos, que escreviam em comodidade fábulas fantásticas sugeridas por carrascos nas mais cruéis torturas imaginadas; aos confessores, muito corruptos (por mera comida e bebida), assediadores das presas, que sugeriam os meios mais insidiosos de tortura. Deste modo, a *Cautio Criminalis* chegou até os príncipes, o alto escalão, símbolo máximo do poder e hierarquia, que fingiam que nada viam e, portanto, eram coniventes com a situação. Assim, eles participavam de forma omissiva ou conscientemente dolosa, mas sem deixar que as imputações lhes recaíssem diretamente, pois haviam lavado as mãos³⁷. Com efeito, Spee empreendeu uma crítica contra todos os níveis de responsabilidade do sistema penal de seu tempo.

Conforme visto, no curso da presente pesquisa é possível inferir como as obras O Manual dos Inquisidores e O Martelo das Feiticeiras definiram paradigmas sobre quem era o herege e a bruxa, respectivamente. Deste modo, a construção de tais

³⁵ SPEE, Friedrich von. *Cautio criminalis, or, a book on witch trials*. Charlottesville: University of Virginia Press, 2003, p. 127.

³⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O nascimento da criminologia crítica*: Spee e a *cautio criminalis*. 1. ed. São Paulo: Tirat lo Blanch, 2020, p. 142.

³⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O nascimento da criminologia crítica*: Spee e a *cautio criminalis*. 1. ed. São Paulo: Tirat lo Blanch, 2020, p. 143.

estimas não foi à toa, pois necessários eles eram para o controle dos corpos da sociedade disciplinar que se instalava à época, visto que tal controle era crucial para a formação do corpo dócil do futuro trabalhador, produto do capitalismo que se edificava no lugar da comuna rural.

2. O CONTROLE DOS CORPOS RESPALDADO NO ASPECTO SACRO RELIGIOSO

Neste ponto, será verificado como os estigmas explorados no capítulo anterior influíram para a sistemática do controle do feminino, de modo que, adiante, será analisada a então formada sociedade disciplinar calcada no controle dos corpos, a qual foi determinante para a queda do poder monárquico e ascensão do capitalismo, este que, como dito, necessitava do corpo dócil do futuro trabalhador para se edificar.

Pode-se delinear a construção dos estereótipos no âmbito sacro religioso em três figuras principais, quais sejam, Lilith, Eva e Virgem Maria. Tais figuras simbolizam desde a mulher perversa e orgulhosa à mulher mãe, reduzida à nutrição da prole. Sucede que fragmentos das histórias dessas mulheres foram utilizados como rótulos e diretrizes do que deveria ser repellido e daquilo que deveria ser adotado.

Inicialmente, há as deusas Lilith e Eva, ou as primeiras mulheres. Lilith é tratada como a personificação do ímpeto sexual, que perturba os homens a perderem sua pureza e os afasta da imortalidade. Ocorre que ela, tal como Adão, foi criada à imagem e semelhança de Deus, insuflada pelo mesmo sopro divino. Assim, aspirava igualdade, sendo este o ponto que precisava ser censurado. À vista disso, Lilith teve que ceder seu simbolismo fundador a uma Eva nascida da costela de Adão, inferior por sua fragilidade, ainda que igualmente responsável pela queda da humanidade³⁸.

Seja qual for a origem da sua controversa imagem (deusa para uns, demônio para outros), ela foi o antecedente mítico do feminismo condenado desde o princípio, demonizado por pretender satisfação sexual. Assim, verifica-se que o resultado é o mesmo em quase todas as culturas que reconhecem nas mulheres uma potência sexual de periculosidade inequívoca, de modo que a autoridade feminina deveria ser desqualificada e controlada, pois perigosa ela é³⁹.

Sua predecessora, Eva, embora não seja colocada como tão perversa quanto Lilith, não é isenta de culpa. Eva é culpada por incitar o pecado ao mais puro dos homens, por ter menos fé, argumento tão retomado na posterioridade pelos

³⁸ ROBLES, Martha. **Mulheres, mitos e deusas**: o feminino através dos tempos. São Paulo: Aleph, 2006, p. 33.

³⁹ ROBLES, Martha. **Mulheres, mitos e deusas**: o feminino através dos tempos. São Paulo: Aleph, 2006, p. 34.

inquisidores Kramer e Sprenger, pelo banimento do Éden e pela queda da humanidade, tudo isso em razão da carência de força moral e por somente seguir as diretrizes da sua sensualidade. Eva carrega a vergonha e a culpa pelo descobrimento do *eros*, isto é, do desejo de controlar sua própria sexualidade. Ela é símbolo de desejo e remorso, pois possuindo o impulso pela mudança atreveu-se a desvelar o mistério mais elevado: o da sabedoria. Assim, ambas as primeiras mulheres congregam o pecado do orgulho e a superstição da sedução feminina, esta que, através dos mitos manifesta-se a partir do desejo de igualdade⁴⁰.

Isso se torna relevante porque a civilização ocidental retira da Bíblia muitas de suas metáforas e definições de gênero e moralidade ⁴¹. Assim, quando a sexualidade feminina é vista na baixa Idade Média como ameaça social, uma força incontrollável, tal como define-se *eros*, a nascente classe capitalista, tal como os padres da Igreja Católica e os autores dominicanos do *Malleus Maleficarum*, precisava desprezar o prazer e a sexualidade femininos para proteger a coesão da Igreja como clã masculino e patriarcal, impedindo que sua propriedade fosse dissipada⁴².

A doutrina do pecado original é o dogma que fundamenta o merecimento de punição indistinta, recaindo a perdição a todos por conta de uma mulher, até mesmo ao bebê no peito de sua mãe, pois já é uma alma maldita, de modo que se não morrer pelos pecados que vier a cometer, será punido pelo pecado original⁴³. Assim, por causa da primeira (ou segunda) mulher, toda a humanidade foi condenada à queda, sendo o primeiro crime do mundo um que ofendia a sexualidade.

Logo, “na medida em que a finitude é a queda, ela representa a morte. Será a partir da aproximação do sexo com a queda, quer dizer do sexo com a morte, que a religião cristã irá balizar o dimensionamento da sexualidade”⁴⁴. Ocorre que a Inquisição instituiu o terror entre todas as mulheres, de modo que instaurou um novo modelo de sexualidade, isto é, uma feminilidade assexuada, obediente, submissa, resignada à subordinação, aceitando como natural o confinamento a uma esfera de atividades que foram completamente depreciadas no capitalismo⁴⁵.

Isso foi possível pelo regime de terror evidenciado nos suplícios. Tais práticas punitivas constituíam mais do que mera selvageria, pena corporal dolorosa e atroz,

⁴⁰ ROBLES, Martha. **Mulheres, mitos e deusas**: o feminino através dos tempos. São Paulo: Aleph, 2006, p. 41.

⁴¹ LERNER, Gerda. **A criação do patriarcado**: história da opressão das mulheres pelos homens. São Paulo: Cultrix, 2019, p. 275.

⁴² FEDERICI, Silvia. **Mulheres e a caça às bruxas**. 1. ed. São Paulo: Boitempo, 2019, p. 68.

⁴³ MICHELET, Jules. **La sorcière**. Paris: Collection Classiques, 2013, p. 10.

⁴⁴ PEDRINHA, Roberta Duboc. **Sexualidade, controle social e práticas punitivas**: do signo sacro religioso ao modelo científico médico higienista. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021, p. 46.

⁴⁵ FEDERICI, Silvia. **Mulheres e a caça às bruxas**. 1. ed. São Paulo: Boitempo, 2019, p. 71.

pois consubstanciavam-se em uma espécie de vingança pessoal da realeza e da Igreja, que buscavam revalorizar o poder, lesado pelo criminoso com seu ato afrontador⁴⁶. Sucede que a ostentação dos suplicios tinha a função de lição, pois trata-se de um ritual que obedece a duas exigências,

Em relação à vítima, ele deve ser marcante: destina-se, ou pela cicatriz que deixa no corpo, ou pela ostentação de que se acompanha, a tornar infame aquele que é a sua vítima; o suplicio, mesmo se tem como função “purgar” o crime, não reconcilia; traça em torno, ou melhor, sobre o próprio corpo do condenado sinais que não devem se apagar; a memória dos homens, em todo caso, guardará a lembrança da exposição, da roda, da tortura ou do sofrimento devidamente constatados. E pelo lado da justiça que impõe, o suplicio deve ser ostentoso, deve ser constatado por todos, um pouco como seu triunfo, [...] pois é o próprio cerimonial da justiça que se manifesta a sua força⁴⁷.

Deste modo, formas de comportamento toleradas ou vistas como normais no passado, poderiam ser convertidas em odiosas e assustadoras aos olhos de uma população mais ampla de mulheres, para as quais a morte da figura da bruxa servia como lição, que levava à resignação das demais por conta do terror⁴⁸. Assim, as práticas punitivas eram aplicadas com a justificativa de que serviam para sanear o mal, este que era colocado como de responsabilidade da feiticeira, a qual era culpada por fenômenos naturais, como perdas de safras, intempéries e pestes que assolavam as regiões. Mas, vislumbrando além dessa justificativa simplista, infere-se que era necessário de um bode expiatório para que o controle fosse estabelecido por meio do medo.

Assim, ainda que esse controle sobre os corpos tenha sido exercido de uma maneira direta e brutal por meio dos suplicios, trata-se de um controle pobre, pois, embora haja o controle sobre o corpo, ainda não permeia a subjetividade do indivíduo. Haverá uma transição, na qual o controle será exercido através da sexualidade, em que o domínio e assujeitamento será maior. Isso posto, verifica-se que Eva e Lilith foram condenadas por pretenderem dirigir a sua sexualidade, o que ocasionou na pena de banimento para ambas, no entanto, existe no mito cristão um modelo de sexualidade (e feminilidade) a ser seguido, trata-se da figura da Virgem Maria.

Pouco se sabe sobre a vida de Maria no mundo, posto que a mãe de Jesus está rodeada em um halo de mistérios, um mistério que se torna cada vez mais confuso devido ao dogma da fé que diviniza a sua concepção imaculada. Assim, embora seu

⁴⁶ PEDRINHA, Roberta Duboc. **Sexualidade, controle social e práticas punitivas**: do signo sacro religioso ao modelo científico médico higienista. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021, p. 45.

⁴⁷ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: nascimento da prisão. Rio de Janeiro: Vozes, 2017, p. 37.

⁴⁸ FEDERICI, Silvia. **Mulheres e a caça às bruxas**. 1. ed. São Paulo: Boitempo, 2019, p. 57.

nome tenha sido utilizado para justificar conflitos bélicos, guerras santas e tornados supostos artigos⁴⁹ em uma fonte inesgotável de lucro, pouco se sabe sobre a verdadeira Maria, pois sua história foi reduzida à Anunciação, à crucificação de Jesus e à Assunção⁵⁰.

O que interessava à Igreja não eram seus evangelhos, os quais, tais como os de Maria Madalena, foram excluídos das escrituras, mas sim a idealização de sua figura resignada. Dá-se que tanto nos Atos dos Apóstolos como nas referências bibliográficas de Jesus relacionadas às mulheres, a feminilidade não foi digna de expressão para ingressar na história, exceto pelas pecadoras, enfermas e algumas discípulas às quais o Nazareno se manifestava⁵¹. Assim, o que importava para a instituição era a imagem de acatamento por excelência da Virgem Maria, pois humilde e obediente não questionava, sendo essa a diretriz a ser seguida pelas demais mulheres.

Sucede que o culto da função materna idealizada (mariolatria) foi acompanhado da repressão do papel da feminilidade adulta no mito, em que a mulher mãe era supervalorizada às expensas da mulher pessoa. Deste modo, a idealização de Virgem Maria como mãe guardiã que não deixa seu filho crescer foi projetada no poder filicida das bruxas, essas que, como o Martelo das Feiticeiras afirmava, possuíam um conluio com o Diabo, de modo que tal concepção gerou um ódio coletivo à mulher⁵².

Logo, diante de todas as acusações formuladas pelos inquisidores em seus manuais e aceitas pelo senso comum, só restava à mulher aderir um modelo comportamental contido no tocante à sexualidade. Nesse sentido, foram enaltecidas “virtudes” que deveriam integrar o universo feminino. Assim entrou em cena o elogio à castidade. A virgem pura de corpo, também era de espírito. Para alguns padres a virgindade continha uma referência a Adão e Eva antes da queda, que era associada à perda da pureza⁵³.

À vista disso, a bruxa representa a faceta malévola e diabólica da mulher, invertendo os padrões dominantes. A essência da bruxa não é a maldade pura e simples, mas a mudança do papel feminino e sua área de atuação⁵⁴. Sendo assim, para

⁴⁹ Tais como a sua suposta aliança de casamento, os retalhos de seu manto, a túnica que teria usado na fuga do Egito, a sua cinta e até gotas de leite.

⁵⁰ ROBLES, Martha. **Mulheres, mitos e deusas**: o feminino através dos tempos. São Paulo: Aleph, 2006, p. 354.

⁵¹ ROBLES, Martha. **Mulheres, mitos e deusas**: o feminino através dos tempos. São Paulo: Aleph, 2006, p. 355.

⁵² BYINGTON, Carlos Amadeu. Prefácio. In: KRAMER, Heinrich; SPRENGER, James. **O martelo das feiticeiras**. Rio de Janeiro: BestBolso, 2021, p. 40.

⁵³ PEDRINHA, Roberta Duboc. **Sexualidade, controle social e práticas punitivas**: do signo sacro religioso ao modelo científico médico higienista. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021, p. 49.

⁵⁴ PEDRINHA, Roberta Duboc. **Sexualidade, controle social e práticas punitivas**: do signo sacro religioso ao modelo científico médico higienista. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021, p. 75.

as religiões a mulher é mãe, protetora terna e enfermeira fiel. Deuses são como os homens, eles nascem e morrem em um peito de uma mulher.⁵⁵

Além do exposto, o fenômeno dos cercamentos e fim das relações da propriedade comunal foi outro ponto determinante para o paralelo caça às bruxas e acumulação de capital. Tal fenômeno do cercamento de terras para a criação de ovelhas contribuiu para a formação do proletariado, assim como o licenciamento das manumissões feudais, a dissolução dos mosteiros e a mudança no modo de cultivo, de modo que se verificou a expulsão das massas camponesas das terras que ocupavam, gerando assim duas alternativas: a vagabundagem pelos campos ou a fuga para as cidades⁵⁶.

No ponto, a classe proprietária de terras e os membros abastados da classe camponesa cercaram as terras comuns, de modo que isso refletiu na extinção dos direitos consuetudinários e causou o desalojamento de agricultores e colonos que dependiam dessas terras para sobreviver. Nas *enclosures of commons* (cercamentos das terras comunais), como dita Thomas Morus

Os inumeráveis rebanhos de carneiros que cobrem hoje toda a Inglaterra. Estes animais, tão dóceis e sossegados em qualquer outra parte, são entre vós de tal sorte vorazes e ferozes que devoram mesmo os homens e despovoam os campos, as casas e as aldeias. De fato, a todos os pontos do reino, onde se recolhe a lã mais fina e preciosa, acorrem, em disputas do terreno, os nobres, os ricos e até os santos abades. [...] Eles subtraem vastos tratos de terras da agricultura e os convertem em pastagens, [...] enquanto os honestos cultivadores são expulsos de suas casas. [...] e estas famílias, mais numerosas do que ricas (pois a agricultura pede muitos braços) emigram campos em fora, maridos, mulheres, viúvas e órfãos, [...] então vendem a baixo preço aquilo que puderam carregar em seus trastes, mercadorias cujo valor já é bem insignificante. Esgotados esses fracos recursos, que lhes resta? O roubo, e depois, o enforcamento, segundo as regras. Mendigando, não tardam em ser atirados na prisão como vagabundos e gente sem eira nem beira. No entanto, qual é o seu crime? É de não achar ninguém que queira aceitar os seus serviços [...] eles só sabem trabalhar na terra; não há nada a fazer com eles.⁵⁷

Portanto, em razão desse fenômeno, em concomitância com a ausência da absorção do novo proletariado lançado para uma situação totalmente distinta de vida, tais camponeses foram forçados pelas circunstâncias a tornarem-se mendigos, vagabundos e criminosos. Diante disso, surgiram legislações sanguinárias contra a vagabundagem, de modo que além da primeira punição da expropriação, a legislação tratou-os como delinquentes voluntários, bem como partiu do pressuposto que

⁵⁵ MICHELET, Jules. *La sorcière*. Paris: Collection Classiques, 2013, p. 08.

⁵⁶ MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. *Cárcere e fábrica*: as origens do sistema penitenciário. Rio de Janeiro: Revan, 2010, p. 33.

⁵⁷ MORUS, Thomas. *A utopia*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011, p. 28, 29.

dependia da boa vontade deles de continuar a trabalhar sob as velhas condições não mais existentes.⁵⁸

Sucedem que dentre os mais afetados pelos cercamentos estavam as mulheres mais velhas, mormente as viúvas, e os pobres. Verifica-se que, em geral, na economia senhorial inglesa os pobres e viúvas tinham subsistência garantida, visto que, enquanto os pobres possuíam certo privilégio consuetudinário, como direito a três dias de colheita antes que o restolho fosse destinado à pastagem ou a permissão para dormir na igreja caso não tivessem alojamento, as viúvas desfrutavam do direito de *freebench*, isto é, da transmissão de uma parcela da propriedade do seu antigo marido, garantindo-se que tivessem acesso a itens de primeira necessidade, tais como alimento e lenha.⁵⁹

À vista disso, esse regime garantia a subsistência a tais pessoas, tidas como vulneráveis. Ocorre que a mudança promovida pela agricultura comercial, na nova ordem econômica que se instalava, com as terras comuns confiscadas, tais direitos foram perdidos. Ademais, a Reforma e o novo espírito comercial proibiram a oferta e o recebimento de caridade, de modo que malvisto era o ato de pedir esmola, algumas vezes até vedado.⁶⁰

No ano de 1530, um estatuto obrigava o registro de vagabundos, autorizando a mendicância a alguns, como o amputado, a viúva e o tuberculoso, já que estavam incapacitados para o trabalho, do contrário, os que não possuíam nome na lista não podiam receber nenhum tipo de caridade, sob pena de açoite. Certa época, em Londres, a mendicância era tamanha que diante das solicitações do clero inglês o rei autorizou o uso do castelo de *Bridewell* para o acolhimento dos vagabundos, ociosos e ladrões módicos, com o viés de reformar os internos pelo trabalho obrigatório e pela disciplina. Considerada uma experiência de sucesso, disseminaram-se na Inglaterra as *houses of correction* ou *bridewells*, que possuíam como principal meta o desencorajamento das pessoas a seguirem o caminho do ócio e da vagabundagem, ensinando-as a autossustentarem por meio do trabalho.⁶¹

Diante do exposto, em que pese a pobreza das bruxas ser relevante à questão, ela não é causa imediata para as acusações de bruxaria, sendo que a produção da figura da bruxa foi resultado das mulheres (sobretudo as mais velhas, que detinham

⁵⁸ MARX, Karl. In: MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. **Cárcere e fábrica**: as origens do sistema penitenciário. Rio de Janeiro: Revan, 2010, p. 33.

⁵⁹ FEDERICI, Silvia. **Mulheres e a caça às bruxas**. 1. ed. São Paulo: Boitempo, 2019, p. 55.

⁶⁰ FEDERICI, Silvia. **Mulheres e a caça às bruxas**. 1. ed. São Paulo: Boitempo, 2019, p. 55.

⁶¹ MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. **Cárcere e fábrica**: as origens do sistema penitenciário. Rio de Janeiro: Revan, 2010, p. 36.

a memória da comuna rural e da organização medieval anterior ao capitalismo) que resistiam à própria pauperização e exclusão social, juntamente com a política institucional cada vez mais misógina que as confinava a uma posição social de subordinação em relação aos homens e que punia com severidade, como subversão da ordem social, qualquer afirmação de independência de sua parte e qualquer transgressão sexual.⁶²

Assim, nos crimes contra a moral e os bons costumes, a mulher era o maior alvo de repressão, visto que considerada em essência um ser lascivo, insaciável, cuja beleza demoníaca de suas formas era a causa do enfraquecimento masculino. O sexo feminino incitava o pecado da carne, à sexualidade, em face da sua “natureza pervertida”. Assim, as mulheres precisavam ser controladas, punidas e vigiadas de todas as maneiras possíveis.⁶³

Deste modo, bruxa foi uma categoria que se instituiu no medievo para a incriminação de mulheres, para desmoralizar e subjugar um gênero, que representava metade da população. Embora o discurso dominante apregoasse a vulnerabilidade da mulher, cada vez se fazia premente o seu controle social, pois, na

Baixa Idade Média a cultura pagã sobrevivia em toda a Europa e as elites não estavam nem sequer aculturadas por completo. A mulher é a transmissora genética da cultura, e, portanto, se quisesse romper com a cultura anterior e impor uma nova dever-se-ia colocar na mulher a marca controladora.⁶⁴

Portanto, a mulher era reprimida de todos os lados. Para a Igreja era vista como Eva, a autora do pecado original; em casa, era surrada, tida como ser inferior, afinal só homens poderiam tornar-se padres e gerir os assuntos do Estado. Era associada ao Diabo, endiabrada, transmudava-se em feiticeira, sendo que esta figura transitou por três séculos no entreto de dois mundos: o antigo que resistia em ruir e o novo que resistia em nascer.

Na Idade Média e início da Idade Moderna o controle da sexualidade na sociedade ocidental teve seu apogeu, em nome da defesa da moral cristã. A pedagogia cristã no campo sexual propugnou mais do que moderação, ela estimulou a abstinência e supressão sexual como proposta ideal. Assim, verifica-se que a lascívia sexual do inquisidor e o sadismo nascem de uma vida reprimida e ascética.⁶⁵ À vista disso,

⁶² FEDERICI, Silvia. **Mulheres e a caça às bruxas**. 1. ed. São Paulo: Boitempo, 2019, p. 57.

⁶³ PEDRINHA, Roberta Duboc. **Sexualidade, controle social e práticas punitivas**: do signo sacro religioso ao modelo científico médico higienista. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021, p. 63.

⁶⁴ ZAFFARONI. In: PEDRINHA, Roberta Duboc. **Sexualidade, controle social e práticas punitivas**: do signo sacro religioso ao modelo científico médico higienista. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021, p. 65.

⁶⁵ FEDERICI, Silvia. **Mulheres e a caça às bruxas**. 1. ed. São Paulo: Boitempo, 2019, p. 67.

O sabá funcionava como um momento catártico, representando a liberdade dos excluídos em um espaço delimitado pelo proibido, onde vigoravam a fartura, o excesso, o bizarro, o paganismo, a fertilidade e o erotismo. No imaginário das pessoas, os sabás ganhavam contornos bem mais fantasiosos, em que elementos como sangue, nudez, danças eróticas, coito entre bruxas e o Diabo, orgias, desenhavam um ambiente macabro. A marca diabólica do sabá e das liturgias demoníacas caracterizava o crime de *lesa-magestade* divina. [...]. Mais do que tudo, os sabás funcionavam como projeção imaginária, revelando recônditos do inconsciente coletivo nos quais a atividade sexual sem limites se configurava, ao mesmo tempo, como grande tabu da cultura.⁶⁶

Ademais, o controle da sexualidade era fundamental para a sociedade capitalista que se edificava à época. Dá-se que o novo sistema de produção exigia uma concepção diferente de trabalho, riqueza e valor que fosse útil às formas mais intensas de exploração. Assim, o capitalismo não poderia se consolidar sem forjar um novo indivíduo e uma nova disciplina social que impulsionasse a capacidade produtiva de trabalho. Deste modo, a sexualidade feminina foi vista como poderosa força econômica, que, se devidamente direcionada ao sexo dentro do matrimônio com finalidade de procriação, serviria para a reprodução da força de trabalho e a pacificação da mão de obra.⁶⁷

Isso posto, o que ocorreu foi a criação de um inimigo, Satã, poderoso que devia ser combatido sem que fossem poupados esforços. Mas não só ele, como também suas aliadas que detinham menos fê, as mulheres intituladas bruxas, também foram etiquetadas como inimigas a serem combatidas. Deste modo, cria-se o estigma e passa-se a persegui-lo. Portanto, dá-se que “a estrutura persecutória se repete no tempo, havendo apenas a troca dos atores. As bruxas são substituídas por outros inferiores (por exemplo, os comunistas) e Satanás, por outro perigo cósmico (por exemplo, o comunismo)”⁶⁸. “A bruxa foi a comunista e a terrorista de sua época”.⁶⁹

Diante do exposto, verifica-se que a real e oculta razão da caça às bruxas deu-se por motivos, em grande parte, econômicos, visto que se criou uma figura malévola que poderia ser responsabilizada por todos os males, a qual deveria ser perseguida e extinta, pois não poderia restar chance de a memória perdurar na nova sociedade que se edificava. Dito isso, será analisado como o controle desenvolveu-se no sistema capitalista, observando aspectos da biopolítica.

⁶⁶ PEDRINHA, Roberta Duboc. **Sexualidade, controle social e práticas punitivas**: do signo sacro religioso ao modelo científico médico higienista. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021, p. 76.

⁶⁷ FEDERICI, Silvia. **Mulheres e a caça às bruxas**. 1. ed. São Paulo: Boitempo, 2019, p. 57, 58.

⁶⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O nascimento da criminologia crítica**: Spee e a *cautio criminalis*. 1. ed. São Paulo: Tirat lo Blanch, 2020, p. 19.

⁶⁹ FEDERICI, Silvia. **Mulheres e a caça às bruxas**. 1. ed. São Paulo: Boitempo, 2019, p. 72.

3. BIOPOLÍTICA POPULACIONAL: A SEXUALIDADE CONTROLADA E DESTINADA À PROCRIAÇÃO

Como visto no curso da presente pesquisa, o controle da sexualidade, realizado outrora mediante práticas punitivas corpóreas, impostas a partir de estigmas, em que os suplícios, tal como as torturas infligidas para angariar confissões ou a própria fogueira, serviam como lição para que as demais mulheres não se revoltassem contra a nova ordem que emergia, a partir da grande crise do feudalismo. Deste modo, a sexualidade ascética imposta pela Igreja, pelo pecado contra a fé e os bons costumes, deu lugar à uma nova sexualidade, porém, desta vez, realizada através da subjetividade, a qual era alvo da biopolítica e dos biopoderes.

Dá-se que, conforme já ponderado, o auge do direito de vida e morte estava detido na figura do *pater familias*, o qual tinha como antagonista a mulher medieval, esta que não possuía direito sobre o seu filho, fruto de seu corpo, tal como o saco sobre trigo que ele contém. Assim, embora não fosse mais admitido um direito absoluto entre súditos e soberanos, ainda havia resquícios desse privilégio denominado como direito de gládio, pois vassalos seguiam lutando e morrendo em nome de uma dinastia, de um sangue, assim como lhes eram apreendidas coisas, o seu tempo, os seus corpos e, finalmente, a vida⁷⁰.

Portanto, o precedente controle dos corpos, no qual se desenrolava o direito de vida e morte, embora brutal e espetacularizado, restringia-se ao corpo do condenado. Calha que os mecanismos de poder se transformaram, de modo que, nesse novo viés, se destinavam a produzir forças, fazê-las crescer e ordená-las, ultrapassando, portanto, a mera sujeição e destruição⁷¹. Diante desse panorama, tem-se que o poder punitivo adotado no Medieval (verticalizado, exuberante e visível) se contrapõe ao poder disciplinar, adotado no período Moderno, que se revela modesto, simples, funcional e disseminado na sociedade. Logo, apesar de discreto, é mais sofisticado, visto que incide na subjetividade do indivíduo.

Nesse novo contexto, é ao longo do decurso da vida que o poder estabelece seus pontos de fixação. Para Foucault⁷², esse poder sobre a vida concretamente se desenvolveu a partir do século XVII em duas formas congruentes, de modo que um dos polos centrou-se no

⁷⁰ FOUCAULT, Michel. **História da sexualidade I**: a vontade de saber. Rio de Janeiro: Graal, 1999, p. 129.

⁷¹ FOUCAULT, Michel. **História da sexualidade I**: a vontade de saber. Rio de Janeiro: Graal, 1999, p. 129.

⁷² FOUCAULT, Michel. **História da sexualidade I**: a vontade de saber. Rio de Janeiro: Graal, 1999, p. 132.

Corpo como máquina no seu adestramento, na ampliação de suas aptidões, na extorsão de suas forças, no crescimento paralelo de sua utilidade e docilidade, na sua integração em sistemas de controle eficazes e econômicos – tudo isso assegurado por procedimentos de poder que caracterizam as disciplinas: anátomo-política do corpo humano. [O outro polo, centrou-se no] corpo-espécie, no corpo transpassado pela mecânica do ser vivo e como suporte dos processos biológicos: a proliferação, os nascimentos e a mortalidade, o nível de saúde, a duração da vida, a longevidade, com todas as condições que podem fazê-los variar; tais processos são assumidos mediante toda uma série de intervenções e controles reguladores: uma biopolítica da população.

Deste modo, tem-se o biopoder instituído, este que, diversamente do pretérito poder soberano no qual a diretriz era deixar viver e fazer morrer, caracteriza-se pelo direito de fazer viver e deixar morrer. Assim, a função mais elevada do poder não é mais matar, mas investir sobre a vida, em todos os seus eixos, visando inclusive o adestramento dos corpos, de forma que seja possível extorquir as suas forças, e, por conseguinte, ampliá-las. Dá-se que as características biológicas humanas fundamentais entrarão em estratégias políticas de poder. Assim, levando em consideração estatísticas sobre questões como a reprodução, a taxa de fecundidade, de longevidade e mortalidade, haverá a gestão dos corpos a partir da intervenção nos processos vitais.⁷³

Diante disso, desenvolveram-se diversas instituições de poder (exército, escola, polícia, medicina individual e administração das comunidades) para agirem em todos os níveis sociais, de modo descentralizado. No ponto, entende-se enganosa a ideia de que o poder exista em um determinado lugar, emanado de certo ponto (tal como realmente ocorria no sistema político em que o corpo do rei era necessário, fisicamente inclusive, para o funcionamento da monarquia no século XVII), pois, na realidade, trata-se de um feixe de relações, mais ou menos organizado, piramidalizado e coordenado. Dá-se que as grandes estratégias de poder se incrustam, entram suas condições de exercício em micro relações de poder.⁷⁴

Ademais, verifica-se que nesse processo, quanto mais dóceis os corpos, mais fácil de subjugar-los, portanto, mais úteis ao poder. Tal biopoder instituído foi elemento indispensável para o desenvolvimento do capitalismo, o qual somente pôde ser assegurado à custa da inserção controlada dos corpos no aparelho de produção e por meio de um ajustamento dos fenômenos de população aos processos econômicos. Ocorre que, além disso, o capitalismo exigiu métodos de poder capazes de majorar as aptidões e as forças, sem, contudo, torná-las mais difíceis de sujeitarem-se.⁷⁵

⁷³ FOUCAULT, Michel. **História da sexualidade I**: a vontade de saber. Rio de Janeiro: Graal, 1999, p. 133.

⁷⁴ FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**. Rio de Janeiro: Graal, 1998, p. 249.

⁷⁵ FOUCAULT, Michel. **História da sexualidade I**: a vontade de saber. Rio de Janeiro: Graal, 1999, p. 134.

Portanto, investia-se no corpo vivo, regulando as relações e interferindo subjetivamente nos indivíduos, de modo que se garantissem as relações de dominação, ajustando os indivíduos ao capital e articulando o crescimento das populações conforme requeriam as forças produtivas. Contido nisso estava o corpo da mulher, que, afinal, era necessário para a procriação e consequente expansão da espécie, portanto crucial para o aumento do capital.

Silvia Federici⁷⁶ sustenta que foi a crise populacional que transformou a reprodução e o crescimento populacional em assuntos de primeiro plano do Estado, de modo que se debatiam estratégias políticas com a finalidade de produzir uma política populacional em um regime de biopoder. Ainda, reafirma que tem origem nessa crise a intensificação da perseguição das etiquetadas “bruxas”, conforme os novos métodos disciplinares que o Estado adotou no período do século XVI e XVII, à vista da finalidade de regular a reprodução e quebrar o controle das mulheres sobre esse aspecto.

No âmbito do cristianismo, ao analisar as homilias de São João Crisóstomo, Foucault⁷⁷ verifica a existência de uma pastoral da vida conjugal, esta que se pauta na relação dever-dívida, compondo relações complexas de demandas, aceitações e recusas, as quais constituirão em uma verdadeira judicialização da prática sexual, em que a autoridade da instituição religiosa ganha acesso às mais secretas relações entre os casais.

Realizando uma analogia entre Cristo e homem, e mulher e a Igreja, Crisóstomo afirma que o laço de Cristo com a Igreja ilustra o modelo de qualquer matrimônio, pois “é a mesma obediência que deve ligar a mulher ao homem; a mesma preeminência dele sobre ela; a mesma tarefa de educação e a mesma aceitação do sacrifício para salvá-la”.⁷⁸ Assim, o casal é uma pequena igreja. Ressalta-se que, apesar do matrimônio não alcançar o patamar imaculado da virgindade, que era o ápice do controle de si, ainda possuía um alto nível de graça, quando seguia os princípios impostos à vida matrimonial.

Verifica-se que, embora o cristianismo date desde o Império Romano, quando este entrou em decadência, a Igreja Católica persistiu. Um dos motivos para essa continuidade advém do fato de que a Igreja se inseriu no cotidiano das pessoas, permeando na vida delas de modo que se tornasse praticamente indissolúvel, pois, exigindo desde batismos ao nascer, sob a égide do pecado original, até os

⁷⁶ FEDERICI, Silvia. **Calibã e a bruxa**: mulheres, corpos e acumulação primitiva. São Paulo: Elefante, 2017, p. 169.

⁷⁷ FOUCAULT, Michel. **História da sexualidade IV**: as confissões da carne. São Paulo: Paz e Terra, 2020, p. 204.

⁷⁸ FOUCAULT, Michel. **História da sexualidade IV**: as confissões da carne. São Paulo: Paz e Terra, 2020, p. 216.

procedimentos prescritos para a morte, como a extrema unção, foi através de seus ritos⁷⁹ e fetiches que se infiltrou em todos os eixos da vida, sobrevivendo, portanto, à queda romana.

Contido nos ritos estava o matrimônio, que deveria ser realizado aos olhos de Deus. O casamento ultrapassava a concepção de mero ritual, consistindo em uma fonte robusta de controle social para a Igreja, pois toda a vida conjugal era pautada por regras e vigiada através de confissões, mas, mesmo os próprios indivíduos autovigiavam-se, por conta da imagem de onipresença que a Igreja tinha.

Foucault⁸⁰ enaltece como o discurso foi fundamental para estabelecer a concepção de sexualidade no século XVII, entretanto, os penitenciais já exerciam a função de discurso sexual no Medievo, pois neles tem-se que a Igreja tentou impor um verdadeiro catecismo sexual, prescrevendo detalhadamente as posições permitidas durante o ato sexual (na verdade, só uma), os dias em que se podia fazer sexo, com quem era permitido e com quem era proibido⁸¹. Deste modo, verifica-se que a sexualidade como uma questão de Estado é algo, certamente, antiga.

Calha que os pensamentos dos teólogos cristãos foram cruciais para a regulação do matrimônio no Ocidente, tornando-o uma experiência com uma longa jurisprudência em relação aos atos sexuais, em que os ditames da pastoral cristã penetravam na subjetividade dos indivíduos, tornando inadequado tudo aquilo que fugia da regra do casal heterossexual monogâmico. À mulher restava a posição de guiada pelo homem, nutrindo receio e pudor em relação a ele.

Ocorre que, no âmbito da questão da reprodução, nem sempre o pensamento cristão ditou que a finalidade do casamento seria a procriação. São Crisóstomo afirmava que para aqueles que não conseguiam atingir a mais elevada posição de dominar-se a si mesmo através da virgindade, restava o matrimônio, este que tinha a função precípua de limitar a concupiscência da carne, isto é, impedir a fornicção. Já para Santo Agostinho, a sexualidade conjugal tinha como finalidade a procriação, deste modo, o sexo possuía função instrumentalizada.⁸² Assim, a visão deste último foi a elegida pela moralidade sexual burguesa.

⁷⁹ É possível visualizar que datas pagãs relevantes foram apoderadas pela Igreja para a imposição sobreposta de novas crenças. Como exemplo disso tem-se o dia 31 de outubro, que entre os anglo-saxões tratava-se do rito de “necessidade de fogo”, no qual grandes fogueiras eram acesas para insuflar energia ao sol por meio da magia imitativa. Quando os cristãos fixaram 1º de novembro como Dia de Todos os Santos (denominado pelos ingleses como *All Saint's Day* ou *All Hallow's Day*), os festejos de “necessidade de fogo”, realizados na véspera, foram transformados em Noite das Bruxas (*Halloween*), data esta que acabou sendo mercantilizada com o passar do tempo (RUSSEL; ALEXENDER, 2019, p. 66). Outro exemplo consiste no *Yule*, comemoração do solstício de inverno realizada no norte da Europa pré-cristã (tribos neolíticas), comemorada no final de dezembro.

⁸⁰ FOUCAULT, Michel. **História da sexualidade I: a vontade de saber**. Rio de Janeiro: Graal, 1999, p. 13.

⁸¹ FEDERICI, Silvia. **Calibã e a bruxa**: mulheres, corpos e acumulação primitiva. São Paulo: Elefante, 2017, p. 81.

⁸² FOUCAULT, Michel. **História da sexualidade IV: as confissões da carne**. São Paulo: Paz e Terra, 2020, p. 225.

Pode-se dizer que o capitalismo nasceu de estratégias que a elite feudal (Igreja, classes proprietárias de terras e comerciantes) implementou em resposta às lutas do proletariado rural e urbano, que colocou seu domínio em crise no século XIV. Criou-se um sistema de produção que exigia uma concepção diferente de trabalho, riqueza e valor que fosse útil às formas mais intensas de exploração. Desse modo, a classe capitalista possuía dois desafios, o primeiro consistia na ameaça representada pela plebe expropriada pronta para se revoltar contra as novas classes proprietárias, o outro se consolidava no fato de que o capitalismo não podia se estabelecer sem forjar um novo indivíduo e uma nova disciplina social que impulsionasse a capacidade produtiva do trabalho.⁸³

À vista disso, qualquer coisa que impusesse limite à plena exploração precisava ser extirpada. O elemento-chave desse processo foi a destruição da concepção mágica de corpo vigente no Medievo, que atribuía ao corpo competências que a classe capitalista não conseguia explicar, visto que eram incompatíveis com a transformação dos trabalhadores e trabalhadoras em máquinas. Portanto, é nesse contexto que se contextualiza o ataque das mulheres como “bruxas”, pois, devido a sua relação singular com o processo de reprodução, elas tinham certo poder reconhecido de vida e morte. Assim, a “racionalização” do mundo natural, sendo esta uma precondição de uma disciplina de trabalho mais organizada e da revolução científica, passava pela destruição da bruxa.⁸⁴

Por conseguinte, no capitalismo o sexo somente pode existir como força produtiva da procriação e da regeneração do trabalhador assalariado e masculino, de modo que a sexualidade feminina fica limitada ao casamento e à reprodução, cabendo-lhe a obediência incondicional. Tal acepção foi instituída em todos os países, transpassando o cristianismo e independentemente de credo religioso, tornando-se pilar da moralidade social e estabilidade política (FEDERICI, 2019, p. 69).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, verifica-se que a criação dos estereótipos apresentados no início da presente pesquisa, tal como o do herege, trazido pelo Manual dos Inquisidores, e o da bruxa, pelo Martelo das Feiticeiras, possuíam uma razão oculta

⁸³ FEDERICI, Silvia. **Mulheres e a caça às bruxas**. 1. ed. São Paulo: Boitempo, 2019, p. 66.

⁸⁴ FEDERICI, Silvia. **Mulheres e a caça às bruxas**. 1. ed. São Paulo: Boitempo, 2019, p. 67.

para serem perseguidos, ultrapassando o simplista motivo de que se fazia em nome do Bem ou de Deus. Perseguiu-se o herege porque a heresia

Denunciou as hierarquias sociais, a propriedade privada e a acumulação de riquezas, e difundiu entre o povo uma concepção nova e revolucionária da sociedade que, pela primeira vez na Idade Média, redefinia todos os aspectos da vida cotidiana (o trabalho, a propriedade, a reprodução sexual e a situação das mulheres), colocando a questão da emancipação em termos verdadeiramente universais.⁸⁵

À vista disso, compreende-se o porquê da perseguição, pois é inegável que os movimentos heréticos possuíam a capacidade de abalar o sistema de controle e a instituição Igreja, precisava-se, portanto, extingui-los, mesmo que fosse preciso invocar a figura de Satã para isso. Além disso, tem-se no Martelo das Feiticeiras a maior fonte dos estigmas, visto que apresenta uma etiologia do mal no seu texto, que ataca praticamente só as mulheres. O misógino discurso que esse texto contém possuía o condão de desprezar e denegrir a imagem da mulher em geral, de modo que a maioria das acusações tinham cunho sexual, colocando-a como um ser regido pela sensualidade e inferior.

Ocorre que tais textos foram cruciais para a criação da figura da bruxa e a perseguição das mulheres etiquetadas como sendo uma delas. Assim, embora o discurso oficial apresentado fosse o de que a caçada era realizada em nome de Deus e do Redentor, contra o mal mais profundo que poderia existir, Satã, que se aliava às mulheres para espalhar o pecado pelo mundo, pois elas teriam menos fé, já que provêm da costela recurva do peito de um homem, possuem línguas traiçoeiras, etc., a verdadeira razão da caçada reside no objetivo de eliminar as mulheres que poderiam ser inconvenientes. Assim, tem-se um mundo de sujeitos femininos que o capitalismo precisava destruir: “a herege, a curandeira, a esposa desobediente, a mulher que ousa a viver só, a mulher *obeah* que envenenava a comida do senhor e incitava os escravos a rebelião”.⁸⁶

Ademais, tão importante quanto a perseguição das mulheres, realizada a partir de estigmas, foi a colonização e a expropriação do campesinato europeu de suas terras, pois, dissolvendo o comum medieval, em que certos direitos consuetudinários existiam, hordas de camponeses errantes ficaram à mercê da própria sorte, transformando-se, muitos deles, em pessoas dependentes de caridade, vagabundos, pois seu trabalho não mais servia e suas terras foram cercadas. Assim, com a “difusão

⁸⁵ FEDERICI, Silvia. **Calibã e a bruxa**: mulheres, corpos e acumulação primitiva. São Paulo: Elefante, 2017, p. 70.

⁸⁶ FEDERICI, Silvia. **Calibã e a bruxa**: mulheres, corpos e acumulação primitiva. São Paulo: Elefante, 2017, p. 26.

das relações monetárias, os valores mudaram, o dinheiro transformou a diferença de rendimentos em diferenças de classes”.⁸⁷

Isso posto, tem-se que na nova égide que se formou com a edificação do capital, o controle, que outrora recaía sobre o corpo exuberantemente queimado na fogueira, passou a residir de forma espargida nas instituições, assim, de modo microfísico, regulava-se as questões da feminilidade, em diversas instâncias, tal como no casamento e na procriação regida conforme o capital necessitava através uma biopolítica populacional. Portanto, não mais por meio de suplícios, mas impregnando na subjetividade dos indivíduos é que se faz o controle da sexualidade, surgindo, posteriormente, métodos higienistas, a criação da figura da histérica, da louca, etc., pois, embora haja o decurso do tempo, os estímulos persistem, apenas convertendo-se em outras figuras.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

BOFF, Leonardo. Prefácio. In: EYMERICH, Nicolau. **O manual dos inquisidores**. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 1993.

BOREAU, Alain. **Satã herético**: o nascimento da demonologia na Europa medieval. Campinas: Editora da Unicamp, 2016.

BYINGTON, Carlos Amadeu. Prefácio. In: KRAMER, Heinrich; SPRENGER, James. **O martelo das feiticeiras**. Rio de Janeiro: BestBolso, 2021.

EYMERICH, Nicolau. **O manual dos inquisidores**. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 1993.

FEDERICI, Silvia. **Mulheres e a caça às bruxas**. 1. ed. São Paulo: Boitempo, 2019.

_____. **Calibã e a bruxa**: mulheres, corpos e acumulação primitiva. São Paulo: Elefante, 2017.

FOUCAULT, Michel. **História da sexualidade I**: a vontade de saber. Rio de Janeiro: Graal, 1999.

_____. **História da sexualidade IV**: as confissões da carne. São Paulo: Paz e Terra, 2020.

_____. **Vigiar e punir**: nascimento da prisão. Rio de Janeiro: Vozes, 2017.

_____. **Microfísica do poder**. Rio de Janeiro: Graal, 1998.

GINZBURG, Carlo. **História noturna**: decifrando o sabá. São Paulo: Companhia das Letras, 1991.

⁸⁷ FEDERICI, Silvia. **Calibã e a bruxa**: mulheres, corpos e acumulação primitiva. São Paulo: Elefante, 2017, p. 64.

KRAMER, Heinrich; SPRENGER, James. **O martelo das feiticeiras**. Rio de Janeiro: BestBolso, 2021.

LERNER, Gerda. **A criação do patriarcado**: história da opressão das mulheres pelos homens. São Paulo: Cultrix, 2019.

MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. **Cárcere e fábrica**: as origens do sistema penitenciário. Rio de Janeiro: Revan, 2010.

MICHELET, Jules. **La sorcière**. Paris: Collection Classiques, 2013.

MORUS, Thomas. **A utopia**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011.

PEDRINHA, Roberta Duboc. **Sexualidade, controle social e práticas punitivas**: do signo sacro religioso ao modelo científico médico higienista. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021.

ROBLES, Martha. **Mulheres, mitos e deusas**: o feminino através dos tempos. São Paulo: Aleph, 2006.

RUSSEL, Jeffrey B.; ALEXANDER, Brooks. **História da bruxaria**. 2. ed. São Paulo: Aleph, 2019.

SPEE, Friedrich von. **Cautio criminalis, or, a book on witch trials**. Charlottesville: University of Virginia Press, 2003.

TAVARES, Juarez. Prefácio. In: ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O nascimento da criminologia crítica**: Spee e a *cautio criminalis*. 1. ed. São Paulo: Tirat lo Blanch, 2020.

WRIGHT, Thomas. **A history of domestic manners and sentiments in england during the middle ages**. London: Chapman & Hall, 1862.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **A questão criminal**. 1. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2013.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O nascimento da criminologia crítica**: Spee e a *cautio criminalis*. 1. ed. São Paulo: Tirat lo Blanch, 2020.

POLÍTICAS PÚBLICAS BASEADAS NA EQUIDADE DE GÊNERO COMO PROPOSTA PARA ERRADICAÇÃO DA VIOLÊNCIA E REEQUILÍBRIO DAS RELAÇÕES DE PODER INTRAFAMILIARES

PUBLIC POLICIES BASED ON GENDER EQUITY AS A PROPOSAL FOR THE ERADICATION OF VIOLENCE AND REBALANCING OF INTRAFAMILY POWER RELATIONS

Alice Benvegnú¹

Josiane Petry Faria²

Resumo

O presente trabalho objetiva analisar criticamente algumas hipóteses com a finalidade de erradicar a violência de gênero, evitando a ocorrência dessa prática tão recorrente que foi condenada a invisibilidade durante tanto tempo. Nesse sentido, será abordada a relevância das políticas públicas e dos ideais pautados na igualdade de gênero para um enfrentamento duradouro e responsável dessa situação. Por se tratar de um problema social alarmante, a violência de gênero reivindica do Estado e da sociedade medidas transformadoras no sentido de prevenir e combater este tipo de violência. Utilizando-se o método dedutivo, conclui-se que a busca pela cidadania das mulheres é um processo complexo e árduo que precisa continuar sendo fomentado pelas políticas públicas e pela promoção dos ideais do movimento feminista, os quais devem ser estimulados e propagados como importante meio de erradicação da violência de gênero e reequilíbrio das relações de poder intrafamiliares.

Palavras-chave: Violência de gênero. Desigualdade de poder. Políticas Públicas.

Abstract

This paper aims to critically analyze some hypotheses with the purpose of eradicating gender-based violence, preventing the occurrence of such a recurrent practice that has been condemned for invisibility so long. In this sense, the relevance of public policies and ideals based on gender equality will be addressed for a lasting and responsible confrontation of this situation. Because it is an alarming social problem, gender-based violence demands transformative measures from the State and society in the sense of and preventing combating this type of violence. Using the deductive method, it is concluded that the pursuit of women's citizenship is a complex and arduous process that needs to continue to be fostered by public policies and by the promotion of the ideals of the feminist movement, which should be encouraged and propagated as an important means of eradication gender violence and rebalancing intrafamily power relations.

Keywords: Gender Violence. Power inequality. Public Policy.

¹ Especialista em Direito de Família e Sucessões com capacitação para Ensino no Magistério Superior pela Faculdade Ibmecc São Paulo (2021). Graduada em Direito pela Universidade de Passo Fundo (2019). Integrante do Grupo de Pesquisa Dimensões do Poder, Gênero e Diversidade do PPGDireito – Mestrado/Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo – UPF. E-mail: alicebenvegnu@hotmail.com.

² Doutora em Direito, com Pós-doutoramento em Direito pela Universidade Federal de Rio Grande; Professora Permanente do PPGDireito – Mestrado, Professora Titular da Faculdade de Direito, Coordenadora Geral do Projeto de Extensão Projur Mulher e Diversidade, Coordenadora do Projeto de Pesquisa Dimensões do Poder, Gênero e Diversidade, todos da Universidade de Passo Fundo – UPF. E-mail: jfaria@upf.br.

INTRODUÇÃO

A violência de gênero representa uma das maiores manifestações de desigualdade de poder estabelecida historicamente entre homens e mulheres, em razão da falsa ideia de dominação masculina internalizada pela sociedade, provocando uma relação pautada na subordinação e no abuso de poder.

Em razão disso, o presente trabalho objetiva analisar criticamente algumas hipóteses com a finalidade de erradicar a violência de gênero, evitando a ocorrência dessa prática tão recorrente, fruto de um desequilíbrio de poderes na sociedade.

Nesse sentido, será abordada a relevância das políticas públicas e dos ideais pautados na igualdade de gênero para um enfretamento duradouro e responsável dessa situação. Por se tratar de um problema social alarmante, a violência de gênero reivindica do Estado e da sociedade medidas transformadoras no sentido de prevenir e combater este tipo de violência.

Em que pese a utilização da jurisdição seja aliada no combate à violência de gênero, a sociedade está caminhando para um modelo de intervenção que exige a interferência de outros setores no tratamento do conflito. As políticas públicas e a difusão dos ideais pautados na igualdade de gênero surgem como alternativa de uma ampla conscientização da sociedade a fim de suprimir a cultura patriarcal, buscando a erradicação da violência e consequentemente dos dissensos que dela emanam. É necessária a utilização de instrumentos de prevenção à violência de gênero e investimento em uma política pública séria, contínua e articulada em rede.

Para tanto, o primeiro tópico busca reconhecer a existência da violência de gênero como um produto da desigualdade sociocultural existente entre homens e mulheres construída ao longo da história, bem como elucidar os motivos socioculturais que ensejam essa prática, considerando o comportamento patriarcal sobre o qual a coletividade está assentada. Subsequentemente, o segundo tópico será destinado a uma análise das políticas públicas atinentes a questões relacionadas à violência de gênero que foram implementadas no Brasil ao longo dos anos, sendo resultado das conferências internacionais sobre as mulheres e do movimento feminista. Será analisada a promoção dos ideais de igualdade de gênero como medida transformadora em busca da erradicação e prevenção dessa violência.

1. RECONHECIMENTO DA DESIGUALDADE SOCIOCULTURAL EXISTENTE ENTRE HOMENS E MULHERES CONSTRUÍDA AO LONGO DA HISTÓRIA

A mulher possui um passado histórico de assimetria em relação ao homem, de modo que o patriarcado – responsável pela dominação masculina – foi durante muito tempo incontestavelmente aceito por ambos os sexos, evidenciando a formação de dois polos: de dominação, pelo homem; e de submissão, pela mulher.

Ao passo em que ao homem sempre coube o espaço público, a mulher era destinada aos limites da família e do lar. Em vista disso, papéis ideais atribuídos a ambos foram se perpetuando e delimitando suas ações e postura na sociedade. O homem era responsável por prover o sustento de sua companheira e filhos com os frutos do serviço prestado, enquanto a mulher tinha sua vida voltada ao cuidado com os serviços domésticos, entre outras atividades no âmbito estrito do lar.

A sociedade sempre outorgou ao macho um papel paternalista, exigindo da companheira uma postura submissa e obediente, motivo pelo qual as mulheres sempre tiveram uma educação diferenciada, pois necessitavam ser mais controladas e mais limitadas em seus desejos e pretensões, provocando um desnível exacerbado de poder entre os sexos.³

No mesmo norte, colacionam-se os ensinamentos:

Os papéis sociais atribuídos a homens e a mulheres são acompanhados de códigos de conduta introjetados pela educação diferenciada que atribui o controle das circunstâncias ao homem, o qual as administra com a participação das mulheres, o que tem significado ditar-lhes rituais de entrega, contenção de vontades, recato sexual, vida voltada a questões meramente domésticas, priorização da maternidade.⁴

Desse modo, enquanto o homem sempre foi reconhecido como provedor necessário da família, adotando uma postura viril e dominante em relação à prole, à mulher cabia uma atuação mais frágil e inferiorizada, concedendo espaço para o protagonismo do companheiro, situação que ainda possui resquícios hodiernamente.

Entretanto, com a evolução da Medicina, com a descoberta de métodos contraceptivos, bem como com as lutas emancipatórias promovidas pelo movimento feminista, o modelo ideal de família foi redefinido, garantindo às mulheres o ingresso na vida pública, mesmo que tímido inicialmente. Porém, ante uma sociedade enraizada sob um olhar conservador de dominação masculina, essa redefinição dos papéis e

³ DIAS, M. B. **Lei Maria da Penha**: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 25.

⁴ BIANCHINI, A. **Lei Maria da Penha: Lei n. 11.340/2006**: aspectos assistenciais, protetivos e criminais da violência de gênero. 3. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2016, p.32.

mudança dos parâmetros solidificados provocaram bastante desconforto, sendo o estopim perfeito para a eclosão de conflitos de gênero.⁵

Isso ocorre, pois o quadro de superioridade do homem em relação à mulher cria condições para que este se sinta legitimado a fazer uso da violência, justificada como forma de compensar possíveis falhas no cumprimento “ideal” dos papéis de gênero, já que ao ingressarem na vida pública as mulheres impuseram ao homem a necessidade de assumir também responsabilidades domésticas e de cuidado com a comunidade familiar.⁶

Nesse contexto, instaura-se a violência de gênero contra a mulher, que é definida pelo artigo 1 da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher “como qualquer ato ou conduta baseada no gênero, que cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher, tanto na esfera pública como na esfera privada”.

Assim, cumpre enfatizar que foi a completa ausência de consciência social acerca da violência de gênero que condenou esta prática tão recorrente à invisibilidade, sendo que as agressões à mulher sequer eram identificadas como violação dos direitos humanos, evidenciando a total desatenção do poder público a esse cenário, que coloca o Brasil na 7ª posição entre os países que possuem o maior número de mulheres mortas, num universo de 84 países.⁷

Diante desse contexto marcado por violência e agressividade, após muita luta e determinação dos movimentos feministas e das organizações não governamentais - ONGs, foi sancionada a Lei Maria da Penha, que recebeu esse nome inspirada na violência sofrida por Maria da Penha Maia Fernandes, vítima de duas tentativas de homicídio por seu marido.

Maria da Penha era farmacêutica, casada com um professor e economista com quem teve três filhos. Durante os vinte e três anos que conviveram as agressões e intimidações eram repetidas e frequentes, de modo que Maria sempre se manteve inerte à conduta violenta de seu marido por temer represália contra ela e suas filhas. Apenas teve coragem de denunciar o companheiro publicamente após ter sido quase assassinada por duas vezes, o que a levou à paraplegia.⁸

⁵ DIAS, M. B. **Lei Maria da Penha**: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher, p. 26.

⁶ BIANCHINI, A. **Lei Maria da Penha: Lei n. 11.340/2006**: aspectos assistenciais, protetivos e criminais da violência de gênero, p. 32.

⁷ BIANCHINI, A. **Lei Maria da Penha: Lei n. 11.340/2006**: aspectos assistenciais, protetivos e criminais da violência de gênero, p. 21.

⁸ DIAS, M. B. **Lei Maria da Penha**: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher, p. 21.

O Ministério Público ofereceu denúncia pelas tentativas de homicídio que Maria sofreu de seu companheiro. Entretanto, após quinze anos, o réu ainda permanecia em liberdade, valendo-se de sucessivos recursos processuais contra a decisão condenatória do Tribunal do Júri. Somente quase vinte anos após os fatos é que foi preso. Mesmo assim, foi liberado depois de cumprir somente dois anos de prisão.⁹

A repercussão da violência sofrida por Maria da Penha foi extensiva de tal modo, que o Comitê Latino-Americano e do Caribe para a Defesa dos Direitos da Mulher – CLADEM e o Centro pela Justiça e o Direito Internacional – CEJIL, formalizaram denúncia à Comissão Interamericana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos, que, por quatro vezes solicitou informações ao governo brasileiro, não tendo obtido qualquer resposta, o que levou à condenação internacional do país.¹⁰

Assim, além de exigir o pagamento de indenização no valor de 20 mil dólares em favor de Maria da Penha, a Comissão apontou o estado brasileiro como negligente e principalmente omissivo frente à violência doméstica, advertindo sobre a necessidade de adotar medidas que reduzissem o tempo processual nos procedimentos judiciais penais. A indenização foi paga à vítima em uma solenidade pública, que contou inclusive com pedido de desculpas das autoridades à incúria com a mesma.¹¹

Foi a partir daí que o Brasil começou a dar atenção à necessidade de cumprimento das convenções e tratados internacionais. Cinco organizações não governamentais – ONGs que trabalhavam com violência doméstica elaboraram o projeto da Lei Maria da Penha, enviando ao Congresso Nacional em 2004. Dessa maneira, o Senado Federal procedeu com algumas alterações, e, posteriormente, a Lei n. 11.340/2006 foi sancionada pelo Presidente da República, entrando em vigor em 22 de setembro de 2006.¹²

O objetivo da Lei Maria da Penha é coibir e prevenir a violência de gênero no âmbito doméstico familiar ou de uma relação íntima de afeto, de forma que “a feitura de uma lei – que garante um agir rápido do Estado em face da violência doméstica – é uma exigência constitucional. Trata-se da garantia da proteção da integridade física e moral da mulher”.¹³

⁹ PIOVESAN, F.; PIMENTEL, S. **Conspiração contra a impunidade**. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniao/fz2511200210.htm>. Acesso em: 08 dez. 2021.

¹⁰ CUNHA, R. S.; PINTO, R. B. **Violência doméstica: Lei Maria da Penha: comentado artigo por artigo**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 34.

¹¹ CALAZANS, M.; CORTES, I. O processo de criação, aprovação e implementação da Lei Maria da Penha. In: Carmen Hein de Campos (Org.). **Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídico-feminista**. Rio de Janeiro: Lumen Yuris, 2011, p. 56.

¹² CUNHA, R. S.; PINTO, R. B. **Violência doméstica: Lei Maria da Penha: comentado artigo por artigo**, p. 39.

¹³ STRECK, L. L. Lei Maria da Penha no Contexto do Estado Constitucional: Desigualando a Desigualdade Histórica. In: Carmen Hein de Campos (Org.). **Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídico-feminista**. Rio de Janeiro: Lumen Yuris, p. 100.

Nesse sentido, verifica-se que a própria Lei Maria da Penha representou um relevante avanço no combate à igualdade de gênero e erradicação da violência, uma vez que trouxe várias formas de evitar, enfrentar e punir a agressão contra a mulher. Todavia, em que pese a utilização da jurisdição seja aliada no combate à violência de gênero, a sociedade demanda um modelo de intervenção que exija a interferência de outros setores no tratamento do conflito. As políticas públicas e a difusão do feminismo surgem, nesse contexto, como medidas a fim de fortalecer a cidadania das mulheres e suprimir a cultura patriarcal, buscando a erradicação da violência e consequentemente dos dissensos que dela emanam, conforme será abordado no tópico seguinte.

2. AS POLÍTICAS PÚBLICAS E A DIFUSÃO DOS IDEAIS PAUTADOS NA IGUALDADE DE GÊNERO COMO PROPOSTAS PARA ERRADICAÇÃO DA VIOLÊNCIA

Conforme demonstrado no tópico anterior, a violência de gênero denuncia a desigualdade sociocultural existente entre homens e mulheres construída ao longo da história, provocando uma relação pautada na subordinação e no abuso de poder.

Em razão disso, imprescindível debater alternativas com a finalidade de erradicar essa violência, proporcionando um reequilíbrio das relações de poder intrafamiliares.

Desse modo, uma das medidas que possibilita a erradicação da violência de gênero é o fomento às políticas públicas, eis que são necessárias para um enfrentamento eficaz e consistente dessa situação. Por se tratar de um grande problema social, a violência de gênero demanda do Estado e da sociedade políticas públicas no sentido de prevenir e combater este tipo de violência. Assim, essas políticas representam um importante instrumento de transformação social e implementação da igualdade de gênero.¹⁴

Nesta perspectiva, colaciona-se o entendimento:

Necessária a existência de órgãos, instrumentos e procedimentos capazes de fazer com que as normas jurídicas se transformem de exigências abstratas dirigidas à vontade humana, em ações concretas. Assim, indispensável a implementação de uma Ação de Políticas Públicas voltada a alcançar os direitos sociais e fundamentais de todos os cidadãos, incluindo, em especial, as mulheres vítimas de violência doméstica.¹⁵

¹⁴ TELES, M. A. A.; MELO, M. **O que é violência contra a mulher**. São Paulo: Brasiliense, 2003, p. 83.

¹⁵ DIAS, M. B. **Lei Maria da Penha**: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher, p. 190.

No mesmo seguimento, cumpre ressaltar que foi a partir da década de 80 que as políticas públicas atinentes a questões relacionadas à violência de gênero começaram a ser implementadas no Brasil, sendo resultado das conferências internacionais sobre as mulheres e do movimento feminista.

Ademais, o Brasil é signatário de vários acordos internacionais que abordam, de maneira direta ou indireta, a questão da violência praticada contra a mulher. Tais compromissos firmados pelo governo brasileiro perante a comunidade internacional criam consenso sobre as matérias discutidas e definem objetivos, o que impulsiona os países a assumirem a responsabilidade de implementar os princípios e programas aprovados pelas conferências como parte de suas políticas.

Em 10 de dezembro de 1948 a Organização das Nações Unidas (ONU) aprovou, em Paris, a Declaração Universal dos Direitos Humanos. A partir dessa Declaração, os direitos da pessoa humana foram reconhecidos a nível internacional e passaram a ser incorporados ao patrimônio comum da humanidade. Pela primeira vez foram estabelecidas regras válidas universalmente para todos os cidadãos, independentemente de seu sexo, origem, raça, religião ou cultura, de modo a garantir os direitos básicos para uma vida digna. Esse documento internacional transcendeu a noção genérica de soberania estatal e reconheceu a pessoa humana como sujeito de direitos universais.¹⁶

Assim, o artigo 1º da Declaração Universal dos Direitos Humanos dispõe que os seres humanos devem ser tratados com igualdade em dignidade e em direitos, e que devem agir em cooperação uns com os outros, buscando uma convivência harmoniosa e fraterna. O ponto culminante da evolução dos direitos humanos foi justamente este documento, no qual se pode verificar que a igualdade entre os sexos foi positivada e os direitos das mulheres passaram a ser reconhecidos como direitos humanos, merecedores da proteção estatal. Ainda, após a aprovação desta Declaração, foram assinadas outras convenções atinentes ao direito à igualdade de gênero, especialmente a fim de combater a discriminação e a violência praticada contra a mulher.¹⁷

Em 1979 ocorreu a Convenção das Nações Unidas sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, que definiu a discriminação contra a mulher como toda exclusão baseada no sexo que resulte em anulação ou prejuízo do exercício das liberdades fundamentais e dos direitos humanos, no campo político, econômico, social, cultural, civil, entre outros. Porém, foi apenas em 1993 durante a

¹⁶ BASTOS, T. B. **Violência doméstica e familiar contra a mulher**: análise da Lei Maria da Penha. p. 39.

¹⁷ BASTOS, T. B. **Violência doméstica e familiar contra a mulher**: análise da Lei Maria da Penha, p. 42.

Conferência das Nações Unidas sobre Direitos Humanos, realizada em Viena, que a violência contra as mulheres ficou reconhecida formalmente como uma violação aos direitos humanos.¹⁸

Posteriormente, no ano de 1994, a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher realizada em Belém do Pará ampliou as considerações da Convenção de Viena, consolidando-se como uma das principais conquistas dos movimentos feministas e influenciando novas políticas e estratégias de enfrentamento à violência de gênero.¹⁹

Outrossim, conforme já abordado, a própria Lei Maria da Penha representou um relevante avanço no combate à igualdade de gênero e erradicação da violência. Todavia, apesar da importância da referida Lei, é essencial a ampliação da consciência da sociedade acerca desse sério problema. Para isso, é imprescindível que o Estado adote políticas públicas capazes de suprir as necessidades, social, física e psicológica das ofendidas. Em razão da situação de fragilidade emocional e até mesmo física em que se encontra a mulher, a hipossuficiência faz com o que o silêncio seja o maior dos cúmplices dos episódios de violência.²⁰

Além disso, cumpre salientar a relevância da promulgação da Constituição Federal de 1988, também conhecida como “Constituição Cidadã”, que além de instituir um regime político democrático, proporcionou um grande avanço em relação aos direitos e garantias fundamentais.

O direito fundamental à igualdade entre homens e mulheres pressupõe, inicialmente, que a dignidade da pessoa humana pertence tanto ao gênero masculino como ao gênero feminino, pois todos que possuem o status de cidadão são iguais com respeito aos direitos e obrigações.²¹

Apesar disso, na prática os direitos fundamentais não são acessíveis a todo e qualquer cidadão, em virtude principalmente da não observância da igualdade e da dignidade da pessoa humana. Neste sentido, apresenta-se a seguinte análise em relação à violação dos direitos da mulher:

No entanto, se os avanços legislativos são inquestionáveis, são também constantemente desafiados e tensionados pela drástica realidade de violação dos direitos humanos em escala planetária. Tanto no plano internacional quanto no Brasil há um enorme fosso entre o reconhecimento da necessidade de

¹⁸ MOREIRA, M. **Violência doméstica e familiar**: a lei Maria da Penha e o princípio da igualdade e a dignidade da pessoa humana. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2011, p. 54.

¹⁹ BASTOS, T. B. **Violência doméstica e familiar contra a mulher**: análise da Lei Maria da Penha, p. 47.

²⁰ DIAS, M. B. **Lei Maria da Penha**: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher, p. 190.

²¹ MARSHALL, T. H. **Cidadania e classe social**. Rio de Janeiro: Zahar, 1967, p. 76.

No contexto em que esse desafio é recorrente, é imprescindível destacar também a influência do movimento feminista em relação à consolidação e efetivação dos direitos da mulher. O feminismo parte do reconhecimento da hierarquia social entre homens e mulheres e passa a reivindicar a igualdade de gênero e a consolidação da cidadania feminina.²³

Assim, a difusão do feminismo é outro instrumento elementar à erradicação da violência de gênero, por ser um movimento social e político que demanda a igualdade de direitos e oportunidades entre mulheres e homens. O movimento feminista possibilitou grandes conquistas às mulheres ao longo da história, como o direito ao voto, ao estudo, a implantação de delegacias especializadas, a inserção no mercado de trabalho, entre outras aquisições que consolidaram uma maior participação feminina na sociedade.

Foi no final dos anos 70 que o movimento feminista denunciou os casos sobre a violência doméstica e familiar contra mulheres e passou a exigir políticas públicas de enfrentamento a este tipo de violência. O movimento de mulheres, em comparação a outros movimentos sociais, tem se apresentado como um dos movimentos que mais obteve resultados frutíferos no campo das políticas públicas, em decorrência principalmente da sua disposição para uma interlocução com o Estado e da dimensão propositiva do movimento²⁴, o que se coaduna com a seguinte análise:

Nos anos 80 o movimento de mulheres no Brasil era uma força política e social consolidada. Explicitou-se um discurso feminista em que estavam em jogo as relações de gênero. As ideias feministas difundiram-se no cenário social do país, produto não só da atuação de suas porta-vozes diretas, mas do clima receptivo das demandas de uma sociedade que se modernizava como a brasileira. Os grupos feministas alastraram-se pelo país. Houve significativa penetração do movimento feminista em associações profissionais, partidos, sindicatos, legitimando a mulher como sujeito social particular.²⁵

Ainda, embora o senso comum perpetue a ideia de que o movimento feminista propõe uma disputa entre homens e mulheres, essa não é a sua finalidade. Enquanto o machismo é uma construção social que promove e justifica atos de agressão e

²² BARSTED, L. L. A resposta legislativa à violência contra mulheres no Brasil. In: ALMEIDA, S. S. (Org.). **Violência de gênero e políticas públicas**. Rio de Janeiro: Editora UFRJ, 2007, p. 119.

²³ RODRIGUES, Almira. **Construindo a perspectiva de gênero na legislação e nas políticas públicas**. 2003. Disponível em: http://www.spm.gov.br/assuntos/poder-e-participacao-politica/referencias/genero-e-poder-executivo/construindo_a_perspectiva_d.pdf. Acesso em: 08 dez. 2021.

²⁴ RODRIGUES, Almira. **Construindo a perspectiva de gênero na legislação e nas políticas públicas**.

²⁵ SARTI, C. A. **O início do feminismo sob a ditadura no Brasil: o que ficou escondido**. 1998. Disponível em: <http://biblioteca.clacso.edu.ar/ar/libros/lasa98/Sarti.pdf>. Acesso em: 08 dez. 2021, p. 8.

opressão contra as mulheres, colocando o homem em condições de predominância, o feminismo é o movimento social que luta contra as manifestações do machismo na sociedade, objetivando a igualdade de condições entre os gêneros.

Nota-se que todas essas convenções e movimentos realizados ao longo da história demonstram que os direitos das mulheres vêm sendo conquistados gradativamente, por meio de muita persistência e coragem. Contudo, a busca pela emancipação feminina e pela igualdade de gênero é um processo árduo que precisa continuar sendo estimulado cotidianamente pelas políticas públicas e pela promoção dos ideais do movimento feminista.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A violência de gênero está assentada na sociedade por meio da tradição cultural, da organização social e das relações de poder. Essa forma de violência é praticada contra as mulheres e denuncia a desigualdade sociocultural existente entre homens e mulheres construída ao longo da história, provocando uma relação pautada na subordinação e no abuso de poder.

Nesse sentido, o presente artigo teve como finalidade analisar a relevância das políticas públicas e dos ideais pautados na igualdade de gênero para um enfrentamento duradouro e responsável da violência de gênero, evitando a ocorrência dessa prática tão recorrente que foi condenada a invisibilidade durante tanto tempo.

Ainda que a utilização da jurisdição seja uma significativa aliada no combate à violência de gênero, é imprescindível a intervenção de outros setores, órgãos e pessoas no tratamento do conflito. É necessária a utilização de instrumentos de prevenção à violência de gênero e investimento em uma política pública séria, contínua e articulada em rede. Nesse sentido, as políticas públicas e a difusão do feminismo são essenciais para uma ampla conscientização da sociedade a fim de suprimir a cultura patriarcal, buscando a erradicação da violência e consequentemente dos dissensos que dela emanam.

Destarte, nota-se que muitos passos já foram dados rumo à igualdade de gênero na sociedade. Importantes movimentos e convenções realizados ao longo da história demonstram que os direitos das mulheres vêm sendo conquistados gradativamente por meio de muita obstinação. Apesar disso, a busca pela cidadania das mulheres é um processo complexo e árduo que precisa continuar sendo fomentado pelas políticas públicas e pela promoção dos ideais do movimento feminista, os quais devem ser

estimulados e propagados como importante meio de erradicação da violência de gênero e reequilíbrio das relações de poder intrafamiliares.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

BARSTED, L. L. A resposta legislativa à violência contra mulheres no Brasil. In: ALMEIDA, S. S. (Org.). **Violência de gênero e políticas públicas**. Rio de Janeiro: Editora UFRJ, 2007.

BASTOS, T. B. **Violência doméstica e familiar contra a mulher: análise da Lei Maria da Penha**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2011.

BIANCHINI, A. **Lei Maria da Penha: Lei n. 11.340/2006: aspectos assistenciais, protetivos e criminais da violência de gênero**. 3. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2016.

CALAZANS, M.; CORTES, I. O processo de criação, aprovação e implementação da Lei Maria da Penha. In: Carmen Hein de Campos (Org.). **Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídico-feminista**. Rio de Janeiro: Lumen Yuris, 2011.

CUNHA, R. S.; PINTO, R. B. **Violência doméstica: Lei Maria da Penha: comentado artigo por artigo**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

DIAS, M. B. **Lei Maria da Penha: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher**. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MARSHALL, T. H. **Cidadania e classe social**. Rio de Janeiro: Zahar, 1967.

MOREIRA, M. **Violência doméstica e familiar: a lei Maria da Penha e o princípio da igualdade e a dignidade da pessoa humana**. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2011.

PIOVESAN, F.; PIMENTEL, S. **Conspiração contra a impunidade**. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniao/fz2511200210.htm>. Acesso em: 08 dez. 2021.

RODRIGUES, Almira. **Construindo a perspectiva de gênero na legislação e nas políticas públicas**. 2003. Disponível em: http://www.spm.gov.br/assuntos/poder-e-participacao-politica/referencias/genero-e-poder-executivo/construindo_a_perspectiva_d.pdf. Acesso em: 08 dez. 2021.

SARTI, C. A. **O início do feminismo sob a ditadura no Brasil: o que ficou escondido**. 1998. Disponível em: <http://biblioteca.clacso.edu.ar/ar/libros/lasa98/Sarti.pdf>. Acesso em: 08 dez. 2021.

STRECK, L. L. Lei Maria da Penha no Contexto do Estado Constitucional: Desigualando a Desigualdade Histórica. In: Carmen Hein de Campos (Org.). **Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídico-feminista**. Rio de Janeiro: Lumen Yuris.

TELES, M. A. A.; MELO, M. **O que é violência contra a mulher**. São Paulo: Brasiliense, 2003.

GT 5 – DEMOCRACIA E RELAÇÕES SOCIAIS

Objetivos: Refletir sobre a democracia no paradigma do Estado Constitucional na contemporaneidade, bem como questões que envolvem o pacto federativo e o papel dos novos sujeitos e relações sociais nesta forma de Estado. Abordar os sistemas de justiça e suas funções essenciais. Examinar alternativas de confirmação do Estado Democrático de Direito.

FORMAÇÃO DA VONTADE DEMOCRÁTICA E CULTURA POLÍTICA EM AXEL HONNETH: UMA ANÁLISE CRÍTICA DAS RELAÇÕES SOCIAIS

*FORMATION OF DEMOCRATIC WILL AND POLITICAL CULTURE IN AXEL
HONNETH: A CRITICAL ANALYSIS OF SOCIAL RELATIONS*

Maria Eduarda Braga Moraes¹

Marcio Renan Hamel²

Resumo

A presente pesquisa aborda a maneira pela qual se dá a formação da vontade democrática e a ideia de cultura política no seio da teoria do reconhecimento e na teoria da justiça de Axel Honneth. Para buscar compreender tais conceitos, torna-se necessário compreender a ideia de democracia como forma de vida, a partir do que Honneth irá desenvolver uma concepção normativa de democracia social. O texto apresenta inicialmente uma análise das liberdades expostas por Honneth, sendo elas a jurídica e a social. Em um segundo momento, analisa-se a ideia de democracia e cultura política, buscando compreender como se dá a formação da vontade democrática na teoria do autor. Como conclusão, a pesquisa aponta para o fato de que a vontade democrática aparece amparada nas experiências de reconhecimento recíproco, onde a democracia nasce da cooperação entre os indivíduos de uma sociedade.

Palavras-chave: Cultura política. Democracia. Liberdade jurídica. Liberdade social.

Abstract

This research addresses the way in which the formation of democratic will and the idea of political culture take place within the theory of recognition and in Axel Honneth's theory of justice. In order to try to understand these concepts, it is necessary to understand the idea of democracy as a way of life, from which Honneth will develop a

¹ Acadêmica do curso de Ciências Jurídicas e Sociais. Aluna-pesquisadora no projeto de pesquisa Reconhecimento e Tolerância em Sociedades Multiculturais e, Direito e Democracia: complementaridade e interdependência na relação entre política, moral e direito. Bolsista PIBIC CNPq. E-mail: 182698@upf.br.

² Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais Uff/RJ; Professor do PPGD UPF e Coordenador dos projetos de pesquisa Reconhecimento e Tolerância em Sociedades Multiculturais e, Direito e Democracia: complementaridade e interdependência na relação entre política, moral e direito. E-mail: marcio@upf.br.

normative conception of social democracy. The text initially presents an analysis of the freedoms exposed by Honneth, which are legal and social. In a second moment, the idea of democracy and political culture is analyzed, seeking to understand how the formation of democratic will takes place in the author's theory. As a conclusion, the research points to the fact that the democratic will appears supported in the experiences of reciprocal recognition, where democracy is born from the cooperation between the individuals of a society.

Keywords: Democracy. Legal freedom. Political Culture. Social freedom.

INTRODUÇÃO

O início da segunda década do século XXI demonstra uma extrema complexidade nas relações sociais e institucionais, como consequência direta do aumento das reivindicações de formas de vida diferentes, reconhecimento das identidades sociais, bem como do enfraquecimento da figura moderna do Estado-nação, principalmente na sua perspectiva de soberania. Isso, sem somar os recentes dramas humanos deste século, como os novos movimentos migratórios, principalmente originados no sul global, onde milhões de pessoas abandonam suas pátrias para buscar um pouco de dignidade humana na luta pela própria sobrevivência. Não bastando, o planeta azul ainda fora acometido pela maior pandemia da história contemporânea da humanidade, pelo vírus Covid-19.

Este é o cenário. A partir daí, as questões sociais que já eram carregadas de ódio, intolerância e não responsabilidade para com o outro, tornam-se mais tensas, principalmente, porque em meio ao desenrolar da pandemia acabou prevalecendo o debate ideológico, ao invés do debate pelo humano. Nisso, sofre a inda mais uma democracia que, já nesta primeira década do presente século, começava a dar sinais de cansaço, ao mesmo tempo em que demonstrava também alguns sinais de ineficiência por parte da política, corroborando para o seu enfraquecimento recente.

Nesse sentido, torna-se necessária a reflexão e discussão sobre a democracia contemporânea e, conjuntamente, sobre a ideia de liberdade. A presente pesquisa oferece esta reflexão a partir de um recorte teórico dentro da filosofia social de política de Axel Honneth, considerado um dos representantes da terceira geração da Teoria Crítica. Por um lado, se a produção teórica da Escola de Frankfurt tinha receio de trabalhar o tema da democracia, e isso principalmente com Adorno, por outro lado, já no segundo momento da tradição crítica, coube a Habermas adentrar profundamente no debate sobre a democracia, o que faz ao início da década de 1990, em *Facticidade e validade*, dando continuidade à reflexão em textos posteriores como *A inclusão do*

outro, *O ocidente dividido*, *Era das transições*, *Diagnósticos do tempo* e, ainda, mais recentemente, em *Naturalismo e Religião*.

Sendo assim, Habermas aborda o tema de democracia direta e indiretamente ao longo da sua reflexão filosófica e sociológica, abrindo espaço para a continuidade da reflexão sobre o tema na tradição do pensamento da Teoria Crítica. Com isso, Honneth oferece novas interpretações acerca da democracia, das liberdades e do que entende por uma cultura política, em *O direito da liberdade*. Neste texto, Honneth não só dá uma sequência a sua teoria do reconhecimento social, bem como sustenta tanto uma teoria da justiça quanto uma teoria democrática. O objeto da presente pesquisa é a sua teoria democrática, sendo que para enfrentar tal objetivo o texto apresenta uma divisão em duas seções, sendo a primeira seção uma análise dos conceitos de liberdade jurídica e liberdade social; enquanto a segunda seção trata da ideia da formação da vontade democrática e do conceito de cultura política.

Por fim, quanto ao método de investigação, utiliza-se a combinação entre o método analítico, quanto à análise e emprego rigoroso dos conceitos, com o método hermenêutico-fenomenológico em relação à interpretação e análise da teoria, aliado a reconstrução pessoal do texto.

1. LIBERDADE JURÍDICA E LIBERDADE SOCIAL

Em sua obra *O Direito da Liberdade*, Honneth procura fazer uma “reconstrução” do pensamento hegeliano. Para tanto, ele identificou três diferentes modelos de liberdade: a liberdade jurídica ou negativa, a liberdade reflexiva ou moral e a liberdade social. Tais modelos, *grosso modo*, correspondem à tripartição feita por Hegel em sua obra *Filosofia do direito*, as quais se dedicaram ao direito abstrato, à moralidade e à eticidade.

Desde a emersão das sociedades liberais modernas, tem-se a necessidade de direitos subjetivos, bem como uma limitação à ação do Estado para que os indivíduos possam exercer suas determinações como agentes livres. De acordo com Honneth, percebe-se que essa concepção passou por poucas transformações, sendo que sua maior alteração, certamente, foi a amplitude de alcance desses direitos subjetivos, tendo em vista que, “mediante a pressão de movimentos sociais e argumentos político morais [...], adicionam-se ainda novas categorias pensadas como complementares”³.

³ HONNETH, Axel. *O direito da liberdade*. Tradução de Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2015. pp. 128-129.

Ao longo do processo histórico, conquistas democráticas proporcionaram uma nova fonte de legitimação na criação de direitos, possibilitando os cidadãos de se reconhecerem, simultaneamente, como autores e destinatários das normas jurídicas. No entanto, revela-se uma assimetria entre esses dois aspectos, pois como destinatários, poderiam, ao fazer o uso puramente dos direitos que lhes foram outorgados, se esquivar das exigências de interação social, enquanto que, como autores, apenas se entenderiam na cooperação ativa com outros indivíduos. Ou seja, ocorre uma deficiência de espaços de interação social para a efetivação dos direitos. Tal assimetria aponta para uma explicação para o fato de “o ordenamento jurídico [...] deve ser dividido em duas esferas garantidoras de liberdade, que, com base nas diferenças em sua arquitetônica e infraestrutura, podem configurar dois polos de nossa busca por uma reconstrução normativa da eticidade democrática”⁴.

Conforme aponta Honneth com sua proposta de reconstrução, deve-se haver um espaço de autonomia privada, o qual possa resguardar os direitos individuais que são inerentes aos indivíduos; sendo que, junto a isso, deve ser dada uma função ao sistema jurídico, para que se possa efetivar a “autonomia coletiva pela qual, em cooperação como sociedade civil, [cidadãos e cidadãs] deliberam sobre quais direitos deverão ser reciprocamente concedidos e como deverão ser implantados”⁵. No entanto, o sistema jurídico só pode vir a ser efetivado, “como facilitador da autonomia coletiva”⁶, se atrelado às esferas institucionais propiciadoras da liberdade social.

Sob tal aspecto, passa a ser possível verificar que a liberdade jurídica apresenta uma patologia social. Conforme aduz Pinzani, a liberdade negativa pode ser entendida como sendo um sistema de direitos subjetivos, os quais “constituem uma esfera privada, à qual o indivíduo pode retirar-se, subtraindo-se às obrigações comunicativas ligadas à exigência de justificar escolhas de vida e valores individuais”⁷. Sendo assim, Honneth entende que a liberdade jurídica estaria ocultando os direitos individuais, passando-os a um segundo plano, logo, o indivíduo estaria limitado “a uma exploração puramente privada” da vontade subjetiva.

Nessa missão reconstrutiva, Honneth passa a abordar que a liberdade negativa é limitada, tendo em vista que, sozinha, seria insuficiente para garantir a liberdade individual, uma vez que os indivíduos necessitam das interações sociais, pois a

⁴ HONNETH, Axel. **O direito da liberdade**. Tradução de Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2015. p. 130.

⁵ HONNETH, Axel. **O direito da liberdade**. Tradução de Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2015. p. 130.

⁶ HONNETH, Axel. **O direito da liberdade**. Tradução de Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2015. p. 130-131.

⁷ PINZANI, Alessandro. **O valor da liberdade na sociedade contemporânea**. Crítica. Novos Estudos CEBRAP (94), São Paulo, nov.2012. p. 209.

participação de grupos sociais, de certa forma, “representam um espelho do comportamento original de reconhecimento”⁸ Assim,

O caráter incompleto da liberdade entendida pelo viés dos direitos individuais manifesta-se sobretudo, no fato de, ao se recorrer a ela, sempre haver a tendência de minar e subverter a rede existente de relações sociais; afinal, formular a sua própria liberdade apenas sob forma de reivindicação de direitos significa supor que os deveres, as vinculações e as expectativas informais e não jurídicas nada mais são do que um bloqueio de sua própria subjetividade.⁹

Na leitura de Melo, “as liberdades só se efetivam mediante a institucionalização da experiência social do reconhecimento recíproco, envolvendo ainda uma luta igualmente cotidiana contra sua persistente violação”¹⁰. É a partir disso que Honneth passa a discutir, o que ele julga ser a principal forma de liberdade, qual seja, a liberdade social, a qual desde sempre se encontra presente nas esferas sociais, e que somente poderá ser efetivada mediante a própria institucionalização da experiência social do reconhecimento recíproco.

É na ideia de liberdade social que Honneth entende como sendo a realização da liberdade individual, pois ela não isola o indivíduo do contexto social no qual se encontra, tendo em vista que essa “realização” só acontece em razão da interação com outros indivíduos. Bem como elucida Pinzani, “experimentamos nossa liberdade individual somente no contexto de obrigações sociais que surgem do fato de desempenharmos certos papéis sociais”¹¹.

Honneth pretende mostrar com a ideia de liberdade social, que a liberdade individual não pode ser apenas efetivada através da deliberação política na esfera pública, mas também, nas outras dimensões sociais. Nesse sentido, Melo aponta que:

a “reconstrução normativa” de instituições e práticas que formam a eticidade democrática é empreendida com a finalidade de mostrar que em cada esfera de ação central da sociedade democrática moderna se encontra enraizada uma normatividade social potencialmente imanente, a saber, o valor da “liberdade individual”¹².

⁸ HONNETH, Axel. O eu no nós: reconhecimento como força motriz de grupos. **Sociologias**, Porto Alegre, ano 15, n.33, mai./ago. 2013, p. 56-80. p. 65.

⁹ HONNETH, Axel. **O direito da liberdade**. Tradução de Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2015. p. 131-132.

¹⁰ MELO, Rúrion. Democracia como forma de vida: cultura política e eticidade democrática em Axel Honneth. **Cadernos de Filosofia Alemã**, São Paulo, v.25, n.3, mar./nov. 2020, p.75-94. p. 77.

¹¹ PINZANI, Alessandro. **O valor da liberdade na sociedade contemporânea**. Crítica. Novos Estudos CEBRAP (94), São Paulo, nov.2012. p. 210.

¹² MELO, Rúrion. Democracia como forma de vida: cultura política e eticidade democrática em Axel Honneth. **Cadernos de Filosofia Alemã**, São Paulo, v.25, n.3, mar./nov. 2020, p.75-94. p. 83-84.

Dessa forma, Honneth passa a elencar as três esferas em que se realiza a liberdade social. Às relações pessoais, Honneth atribui o primeiro âmbito da ação social, onde as práticas intersubjetivas da liberdade individual se encontram institucionalizada, encontrando-se aí as relações de amizade, de intimidade e também as relações de família. Em segundo lugar, aponta a economia de mercado como outra esfera de liberdade social, ampliando-se aqui o modo de cooperação das relações sociais para as dimensões de trabalho e consumo. Como terceira dimensão da liberdade social, encontra-se a formação democrática de vontade, em que se institucionalizam práticas políticas amplas com possibilidade de formação da opinião em espaços diversos, tais como escolas, universidades, igrejas, bares, associações civis, entre outras.

Assim, Honneth aponta que as liberdades mencionadas são mais dependentes de um sistema de interação social, de práticas e costumes institucionalizados e alcançados na experiência concreta, do que em meios jurídico-estatais. Dessa forma, novamente, reforça-se a ideia de que a liberdade social é o principal modelo de liberdade na concepção do autor, sendo que a partir dela, no dizer de Melo, “as três esferas sociais de efetivação da liberdade devem estar atreladas entre si para que assim se constitua em sua essência uma sociedade democrática diferenciada”¹³.

2. FORMAÇÃO DA VONTADE DEMOCRÁTICA E CULTURA POLÍTICA

Para uma melhor compreensão de como se dá a formação da vontade democrática e a ideia de cultura política, é necessário compreender a democracia como forma de vida. A partir disso, Honneth passa a identificar a “esfera política da deliberação e da formação da vontade pública como núcleo”¹⁴.

A proposta de Honneth de uma democracia cooperativa passa pela sua tese da liberdade social, a qual, conforme já exposto, se encontra presente nas esferas sociais, a qual se realiza nas experiências sociais de reconhecimento recíproco.

Para desenvolver a perspectiva de uma prática democrática baseada no reconhecimento, Honneth retorna as ideias do filósofo norte-americano John Dewey, e sua proposta de uma democracia como reflexo de cooperação comunitária, de uma democracia como cooperação reflexiva, cuja vontade democrática está na construção de um espaço comunicativo democrático, onde a discussão e opiniões estejam presentes.

¹³ MELO, Rúrion. Democracia como forma de vida: cultura política e eticidade democrática em Axel Honneth. **Cadernos de Filosofia Alemã**, São Paulo, v.25, n.3, mar./nov. 2020, p.75-94. p. 87.

¹⁴ HONNETH, Axel. **O direito da liberdade**. Tradução de Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2015. p. 484-485.

Conforme mostra Owen,

Honneth's argument for 'democracy as reflexive co-operation' is articulated by way of the claim that Dewey's mature democratic theory combines two elements: (1) a theory of human socialization that links self-realization to membership of a community of co-operation, and (2) an epistemological argument for democracy that emphasizes the rational value of democratic procedures for problem-solving¹⁵.

Para o filósofo norte-americano a democracia deve ser vista como um modo de vida, e não apenas como uma “democracia política”, ou seja, é no íntimo das convicções do indivíduo que ele passa a moldar e a desenvolver uma certa solidariedade para com a comunidade.

Para Melo, a partir das concepções de Honneth, essa democracia como forma de vida se dá através de meios formais e informais. Ou seja, não é somente pelos “critérios formais e arranjos institucionais de um regime político”, mas também, através dos meios informais, sendo as “experiências, comportamentos e práticas que constituem os contextos cotidianos da vida social”¹⁶. Logo, tem-se que o nascimento da democracia, na visão honnetiana, está pautada nas experiências de reconhecimento recíproco. Isto significa dizer, conforme expressa Melo, que não se pode “restringir a democracia apenas a uma forma política de governo”¹⁷.

Assim como Dewey, Honneth aponta a importância da mídia para a difusão dos debates e da constituição de um alicerce cultural que possibilite o princípio da solidariedade e o interesse popular pelos assuntos públicos. No entanto, Honneth traça uma crítica, aduzindo que a mídia deixou de produzir informações que estimulem os cidadãos a participarem da vida pública por meio das vias comunicativas, para se comercializar. Essa crítica a mercantilização, o leva, também, a lamentar o crescimento da apatia entre os indivíduos em participar do processo de formação da vontade política. Para tanto, Honneth aponta que a missão da mídia:

Deveria ser informar os cidadãos, de maneira clara e compreensível, sobre quais novas circunstâncias da vida social eles deveriam razoavelmente considerar em sua busca, comum, da vontade; em vez disso, limitam-se quase exclusivamente a apresentar os acontecimentos que produzam a maior comoção possível¹⁸.

¹⁵OWEN, David. Self-Government and 'Democracy as Reflexive Co-operation': Reflections on Honneth's Social and Political Ideal. In: BRINK, Bert van den; OWEN, David. **Recognition and Power**. Axel Honneth and the Tradition of Critical Social Theory. Cambridge University Press, UK, 2007. p. 290.

¹⁶MELO, Rúrion. Democracia como forma de vida: cultura política e eticidade democrática em Axel Honneth. **Cadernos de Filosofia Alemã**, São Paulo, v.25, n.3, mar./nov. 2020, p.75-94. p. 76.

¹⁷MELO, Rúrion. Democracia como forma de vida: cultura política e eticidade democrática em Axel Honneth. **Cadernos de Filosofia Alemã**, São Paulo, v.25, n.3, mar./nov. 2020, p.75-94. p. 83.

¹⁸HONNETH, Axel. **O direito da liberdade**. Tradução de Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2015. p. 522-523.

A partir de tal crítica, reforça-se a importância de espaços para debates públicos, pois é a partir deles que se cria espaços comunicativos democráticos, essenciais à formação da vontade democrática. Nesse sentido, Honneth define o Estado como “órgão reflexivo”, tendo em vista que a vontade geral legitima as ações políticas do Estado, como órgão responsável por refletir o pensamento social e programar o resultado da liberdade social dos cidadãos que chegam a um reconhecimento recíproco.

No dizer de Pinzani, “o Estado é o instrumento através do qual os cidadãos ativos politicamente realizam as suas convicções e, portanto, sua liberdade social”¹⁹. Logo, se é na liberdade e na interação dos indivíduos que está a origem da democracia como cooperação reflexiva, tem-se o Estado, o qual pode ser compreendido, como a instituição política responsável pela execução da vontade que surge dessa interação das relações sociais. Ainda, Honneth aponta que,

a existência de uma esfera democrática de formação da vontade continua atrelada à condição cultural da “identidade” nacional de um “povo”; somente à medida que os cidadãos aprendem a se conceber como membros de um Estado nacional faz-se possível, a partir dali, desconsiderar suas diferenças pré-políticas e mensurar-se pela duvidosa ilusão de estar afetados da mesma maneira pelos mesmos processos²⁰.

Honneth aduz que eticidade democrática é formada pela correlação entre cada uma das esferas da ação social - relações pessoais, economia de mercado e formação da vontade democrática - havendo, portanto, uma conexão e, ao mesmo tempo, interdependência entre as formas de liberdade institucionalizada.

Nas palavras de Melo, a “‘democracia’ não significa apenas poder participar em pé de igualdade e sem constrangimentos nos procedimentos de formação política da vontade. Entendida como forma de vida, ela aponta para a experiência da participação igualitária no conjunto da sociedade”²¹. Em outras palavras, a cultura política vai se dar através dessa correlação das diferentes esferas sociais. Ainda na leitura de Melo, “em termos de cultura política, mesmo a liberdade política e a participação na esfera pública permanecem como que dependentes das condições de uma liberdade em certa medida já realizada nas outras esferas sociais”²².

¹⁹ PINZANI, Alessandro. **O valor da liberdade na sociedade contemporânea**. Crítica. Novos Estudos CEBRAP (94), São Paulo, nov.2012. p. 214.

²⁰ HONNETH, Axel. **O direito da liberdade**. Tradução de Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2015. p. 502-503.

²¹ MELO, Rúrion. Democracia como forma de vida: cultura política e eticidade democrática em Axel Honneth. **Cadernos de Filosofia Alemã**, São Paulo, v.25, n.3, mar./nov. 2020, p.75-94. p. 87.

²² MELO, Rúrion. Democracia como forma de vida: cultura política e eticidade democrática em Axel Honneth. **Cadernos**

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente pesquisa abordou alguns dos principais conceitos apontados por Axel Honneth, os quais ganham destaque dentro de sua teoria da justiça, na obra *O direito da liberdade*. Para compreender como se dá a formação da vontade democrática e a ideia de cultura política, fez-se necessário compreender, também, a democracia como forma de vida.

Para tanto, abriu-se a discussão acerca da concepção de liberdade a partir dos estudos de Honneth. A discussão central se deu entre as liberdades jurídica e social, compreendendo a liberdade jurídica como aquela em que o indivíduo está subordinado à uma “esfera privada” e à vontade subjetiva. Ou seja, ela apresenta uma patologia social, o que Honneth descreve como sendo “limitada”, pois a sua atuação sozinha não é suficiente para garantir a liberdade dos indivíduos. Enquanto que a liberdade social é entendida como a garantidora da realização dessa liberdade individual, visto que, na concepção honnethiana, os indivíduos necessitam das interações sociais para se reconhecerem como cidadãos e cidadãs detentores de direitos e deveres dentro da sociedade.

Ademais, ao buscar uma “reconstrução” da teoria hegeliana, Honneth passa a apresentar novos moldes à concepção de democracia, sendo denominada de “democracia enquanto cooperação reflexiva”, ou, como também utilizada, “democracia cooperativa”. Essa ideia de democracia como sendo “cooperativa” não é inédita, tendo em vista que ela deriva dos estudos do filósofo norte-americano John Dewey. No entanto, a inovação que Honneth buscou realizar, conecta-se diretamente com a sua teoria da justiça com base no reconhecimento. Logo, evidencia-se que a formação da vontade democrática discutida nos estudos honnethianos, está pautada nas experiências de reconhecimento recíproco, isto é, a democracia nasce da cooperação entre os indivíduos de uma sociedade. Nesse sentido, aponta-se, ainda, que a vontade democrática se correlaciona à ideia de cultura política, uma vez que ela está atrelada à condição cultural da identidade de determinado povo.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

HONNETH, Axel. *O direito da liberdade*. Tradução de Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2015.

_____. O eu no nós: reconhecimento como força motriz de grupos. **Sociologias**, Porto Alegre, ano 15, n.33, mai./ago. 2013, p. 56-80.

MELO, Rúrion. Democracia como forma de vida: cultura política e eticidade democrática em Axel Honneth. **Cadernos de Filosofia Alemã**, São Paulo, v.25, n.3, mar./nov. 2020, p.75-94.

OWEN, David. Self-Government and 'Democracy as Reflexive Co-operation': Reflections on Honneth's Social and Political Ideal. In: BRINK, Bert van den; OWEN, David. **Recognition and Power**. Axel Honneth and the Tradition of Critical Social Theory. Cambridge University Press, UK, 2007.

PINZANI, Alessandro. O valor da liberdade na sociedade contemporânea. **Crítica**. Novos Estudos CEBRAP (94), São Paulo, nov.2012.

A PROPRIEDADE DA TERRA E A DEMOCRACIA

LAND OWNERSHIP AND DEMOCRACY

Kauê Ruviano Vieira¹

Resumo

Em meados do Século XVII, o filósofo político inglês James Harrington escreveu um livro chamado *The Commonwealth of Oceana*, detalhando uma república ideal. Um dos principais pontos do livro é que, baseado na experiência de repúblicas da Antiguidade, uma lei agrária equânime é fundamental para a sobrevivência de uma república. O presente estudo busca provar que o argumento de Harrington ainda é válido atualmente, utilizando-se de uma seleção estratégica de bibliografias, bem como dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE referentes à distribuição de terras no Brasil. O método de pesquisa escolhido foi o hipotético-dedutivo. Ao final, encontramos evidência que o argumento de Harrington permanece válido e que, embora a reforma agrária no Brasil ainda esteja aquém de uma situação ideal, ela vem melhorando ao longo dos anos e realmente espera-se que sua continuada melhoria traga contribuições bastante positivas para a democracia do país no futuro.

Palavras-Chave: James Harrington; Democracia; Propriedade Rural; Reforma Agrária.

Abstract

In the middle of the 17th Century, the English political philosopher James Harrington wrote a book called *The Commonwealth of Oceana*, detailing an ideal republic. One major point of his book is that, based on the experience of Ancient Republics, a fair agrarian law is fundamental to the survival of a republic. This study aims to prove that Harrington's argument is still valid today, utilizing a strategic bibliographical selection couple with data from the Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE regarding the distribution of land in Brazil. The chosen research method was the hypothetical-deductive. In the end, we have found evidence that Harrington's argument still holds true, and that, while the Brazilian agrarian reform still falls short of an ideal situation, it has improved over the years and there is real hope its continuing improvement will contribute very positively to the country's democracy in the future.

Keywords: James Harrington; Democracy; Rural Property; Agrarian Reform.

INTRODUÇÃO

Até a Revolução Industrial, a terra era de longe a principal fonte de riqueza. Da terra vinha o alimento (grãos, carne, leite), o vestuário (lã, algodão, couro) e até mesmo os metais preciosos que formavam a base do comércio. Não se pode exagerar a

¹Mestrando em Direito pelo Programa de Pós-Graduação *Strictu Sensu* da Universidade de Passo Fundo. Bacharel em Direito pela Universidade de Passo Fundo (concluído em 2020). kaue.ruviano@gmail.com

importância da terra para as sociedades de outrora, e, é claro, o Direito de então não podia deixar de se ocupar desse assunto.

Este artigo, porém, não trata da evolução histórica do tratamento da terra pelo Direito, a não ser tangencialmente. Na verdade, busca-se aqui resgatar um argumento proferido pelo filósofo político inglês James Harrington, ainda no Século XVII: o de que um sistema político, em especial um sistema democrático, não se sustenta a longo prazo sem um correto e justo tratamento da questão agrária.

Em que pese este argumento tenha sido proferido há muito tempo, notavelmente, antes da já referida Revolução Industrial, entende-se que ele ainda possui grande validade nos dias atuais, em especial para um país como o Brasil, em que a atividade agropecuária possui tamanha relevância socioeconômica.

Para corroborar este entendimento, utilizar-se-á de uma seleção estratégica de referências bibliográficas, incluindo a clássica obra de Harrington, *The Commonwealth of Oceana*, bem como de dados estatísticos acerca da distribuição de terras no Brasil, colhidos pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE.

Começando, assim, o estudo, trataremos em primeiro lugar de como a questão agrária impactou a história política de alguns dos Estados antigos mais relevantes para a presente discussão.

1. A QUESTÃO AGRÁRIA NA ANTIGUIDADE

Desde a introdução da agricultura na Mesopotâmia, por volta de 8.500 a.C.², esta gradativamente se tornou uma das principais atividades humanas, exercendo profundos impactos na vida social, política e econômica de todos os povos e culturas, onde quer que fosse adotada.³

Em todas as sociedades que passaram a depender da agricultura, a questão da propriedade da terra sempre foi tratada de forma especial pelo Direito. Não cabe aqui, porém, a análise específica de como cada povo tratou essa questão em seus ordenamentos jurídicos, procedendo-se apenas a uma breve análise de três casos de democracias antigas, cuja estabilidade institucional parece ter sido diretamente afetada pela forma com que a questão agrária era regida pelo ordenamento de cada uma, casos esses os de Esparta e Atenas (ambos tratados em conjunto nesta seção) e o da República Romana (objeto da seção seguinte).

²DIAMOND, Jared. **Armas, Germes e Aço**: os destinos das sociedades humanas, 15ª ed. Rio de Janeiro: Record, 2013. p. 81.

³Cf. DIAMOND, Jared. **Armas, Germes e Aço**, em especial os capítulos 5 e 6.

Com relação a Esparta e Atenas, muito possivelmente as mais importantes Cidades-Estados gregas do Período Clássico, uma importante distinção entre as duas é a forma com que cada uma recebeu o que podemos entender como suas respectivas constituições.

No caso de Esparta, credita-se a Licurgo, o famoso, embora talvez lendário, Legislador de Esparta, a criação das principais instituições jurídicas e sociais desta *polis*, com destaque a uma forte preocupação com a igualdade no tocante à distribuição de terras entre os cidadãos. Atenas, por sua vez, recebeu sua constituição a partir do legislador Drácon, cuja obra legislativa fora entendida como excessivamente rigorosa por seus contemporâneos (daí a expressão utilizada até hoje da “lei draconiana”), e que foi posteriormente reformada por homens como Péricles, Clístenes, Sólon, entre outros, mas sem nunca levar de fato em conta a questão agrária.

A partir de suas respectivas constituições, cada cidade se organizava politicamente de formas distintas. Esparta, de forma inusitada, possuía dois reis, ambos hereditários e vitalícios, com igual poder e autoridade, que, junto com 28 senadores, eleitos de forma vitalícia entre os cidadãos acima de 60 anos, eram os únicos que podiam debater e, posteriormente, propor leis ao povo, que simplesmente diziam se as aceitavam ou não.⁴

Atenas, por sua vez, dispunha de um Senado composto por 400 ou 500 cidadãos, que não eram eleitos e sim escolhidos mediante uma loteria anual.⁵ Esse Senado era encarregado de propor as leis, que seriam debatidas e votadas pela totalidade dos cidadãos.⁶

Em ambos os casos, aduz Harrington, as democracias eram imperfeitas. Em Esparta, pois os cargos eram ocupados de forma vitalícia, impedindo uma alternância de poder, em Atenas, por outro lado, por um excesso de alternância no poder, já que, sendo os mandatos limitados a um ano, não era possível aos senadores desenvolverem um conhecimento aprofundado de sua função. Mais relevante, porém, é que Esparta possuía uma distribuição de terras, conforme estabelecida, em tese, por Licurgo, que era igualitária, ao passo que a distribuição em Atenas não o era.⁷

Por esses e outros fatores, Esparta manteve suas instituições políticas firmes e com poucas alterações por vários séculos, enquanto a trajetória de Atenas foi muito

⁴HARRINGTON, James. **The Commonwealth of Oceana**. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/gu002801.pdf>. Acesso em: 9 nov. 2021. p. 113.

⁵HARRINGTON, James. **The Commonwealth of Oceana**. p. 113.

⁶HARRINGTON, James. **The Commonwealth of Oceana**. p. 113.

⁷HARRINGTON, James. **The Commonwealth of Oceana**. p. 32-33.

mais conturbada, com usurpações por tiranos, instabilidades políticas e diversos outros problemas.

Estes dois exemplos ilustram muito bem como a questão agrária pode impactar na história política de um Estado, mas para deixar isso ainda mais claro, passa-se a estudar, na próxima seção, como esta questão impactou Roma.

2. ROMA E A QUESTÃO AGRÁRIA

A história política de Roma pode ser dividida em três períodos distintos: o Período Monárquico (753 a.C. – 509 a.C.), o Período Republicano (509 a.C. – 27 a.C.), e o Período Imperial (27 a.C. – 476 d.C.). Como apenas o segundo destes períodos pode ser encarado como realmente democrático, é ele o que nos interessa estudar.

Antes de passar à questão agrária, porém, é necessária uma breve explanação sobre o sistema político romano. Segundo a narrativa tradicional, nos tempos monárquicos, os reis de Roma dividiram o povo em três tribos, cada uma subdividida em dez cúrias, sendo que 100 cavaleiros eram eleitos de cada tribo formando, assim, os comícios por tribos, por cúrias e por centúrias, respectivamente, que eram a forma de o povo de Roma exercer sua soberania popular.⁸

Em contraponto a esses comícios estava o Senado romano, formado pela aristocracia da cidade, que possuía a prerrogativa de discutir e propor leis. Como a relação entre o Senado e o povo de Roma nem sempre era de todo pacífico, eventualmente foi criada uma classe de magistrados, os tribunos do povo, que agiriam como um poder moderador entre ambos, geralmente protegendo o segundo do primeiro.⁹

Os dois tribunos que mais importam para a nossa discussão, sem sombra de dúvidas, são os irmãos Graco. O mais velho, Tibério, fora eleito tribuno em 133 a.C. e pugnou, ao longo de seu mandato, por uma legislação que garantisse uma justa distribuição dos territórios conquistados em guerra.¹⁰

Quando, através da guerra, Roma conseguia conquistar novas terras, uma parte dos territórios ocupados era designada como terras públicas (*ager publicus*), as quais, pela proposta de Tibério, deveriam ser distribuídas entre os cidadãos que ali desejassem se estabelecer, limitados a um máximo de 500 *jugera* (125ha) por família,

⁸ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do Contrato Social**. Traduzido por Ana Resende. São Paulo: Martin Claret, 2013. p. 112-117.

⁹ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do Contrato Social**. Traduzido por Ana Resende. São Paulo: Martin Claret, 2013. p. 122.

¹⁰FIFE, Steven. **The Brothers Gracchi**: The Tribunes of Tiberius & Gaius Gracchus. World History, 2012. Disponível em: <https://www.worldhistory.org/article/95/the-brothers-gracchi-the-tribunes-of-tiberius--g/>. Acesso em: 9 nov. 2021.

sendo o excedente dado a famílias pobres em parcelas de 30 *jugera* (7,5ha)¹¹, a fim de evitar que essa distribuição favorecesse excessivamente os ricos e poderosos.¹²

Importa ressaltar que, desde a fundação da cidade, uma grande parcela da população não possuía terra alguma, sendo conhecidos como *capite censi*, que eram contados por cabeça nos censos (daí o nome) e eram tidos como de pouca utilidade como cidadãos, devido a seus poucos recursos.¹³

Ao término de seu mandato de um ano, Tibério, a fim de continuar defendendo sua proposta legislativa, buscou a reeleição, que era algo sem precedentes para o cargo e culminou com o tribuno sendo acusado de tirania pelo Senado e espancado até a morte a cadeiradas, junto de cerca de 300 de seus apoiadores.¹⁴

Anos depois, em 123 a.C., o irmão de Tibério, Caio, buscou continuar o projeto de seu irmão e conseguiu de fato introduzir algumas reformas importantes, entre elas, medidas para melhorar a transparência das decisões do Senado e a imposição de uma obrigação ao Estado de fornecer grãos a baixo preço aos mais pobres.¹⁵ Apesar disso, dois anos mais tarde, Caio cometeu suicídio para não ser linchado por uma multidão incitada pelo Senado.¹⁶

Como resultado do que aconteceu com os Graco, o ambiente político de Roma se tornaria cada vez mais instável, inclusive porque agora havia sido criado o precedente do uso da violência como arma política. Além disso o legado legislativo dos dois irmãos acabou sendo um tanto limitado, tendo em vista que várias de suas reformas tenham sido abolidas nos anos subsequentes¹⁷, o que só aumentou a insatisfação popular, culminando, eventualmente, na tomada de poder por Júlio César e o fim da República.

Isso ilustra, de forma mais dramática até do que em Atenas, como uma forte desigualdade social, aliada a uma falta de entendimento e diálogo no meio político, pode ser catastrófica para uma democracia.

¹¹O *jugerum* (pl. *jugera*) era uma unidade de medida romana que equivalia a cerca de 2.523m² ou pouco mais de ¼ de hectare, portanto, 500 *jugera* equivalem a cerca de 125ha, enquanto 30 equivalem a cerca de 7,5ha. Cf. IMPERIVM. **Tablas de las unidades de medida romanas** – medidas del mundo clásico. Imperivm, s/d. Disponível em: <https://www.imperivm.org/tablas-de-las-unidades-de-medida-romanas-medidas-del-mundo-clasico/>. Acesso em: 9 nov. 2021.

¹²FIFE, Steven. **The Brothers Gracchi**: The Tribunes of Tiberius & Gaius Gracchus. World History, 2012. Disponível em: <https://www.worldhistory.org/article/95/the-brothers-gracchi-the-tribunes-of-tiberius-g/>. Acesso em: 9 nov. 2021.

¹³ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do Contrato Social**. Traduzido por Ana Resende. São Paulo: Martin Claret, 2013. p. 116.

¹⁴FIFE, Steven. **The Brothers Gracchi**.

¹⁵THE reform movement of the Gracchi (133–121 BC). In: **Encyclopædia Britannica**. Disponível em: <https://www.britannica.com/place/ancient-Rome/The-reform-movement-of-the-Gracchi-133-121-bc>. Acesso em: 10 dez. 2021.

¹⁶FIFE, Steven. **The Brothers Gracchi**.

¹⁷THE reform movement of the Gracchi (133–121 BC). In: **Encyclopædia Britannica**.

Concluída essa breve discussão da relação entre a questão agrária e a democracia na Antiguidade, na seção seguinte, trataremos então da questão de como esta temática se desenvolve na democracia moderna.

3. PROPRIEDADE E REFORMA AGRÁRIA EM HARRINGTON

Quando James Harrington escreveu *The Commonwealth of Oceana* (em tradução livre, “A República de Oceana”), em 1656, a Inglaterra passava por um período único na sua história, no qual, pelo menos em tese, havia se tornado uma república. Fala-se de período único, pois, com a exceção deste curto espaço de tempo, aquele país sempre foi uma monarquia, ora mais, ora menos pautada por princípios constitucionais e democráticos, mas sempre uma monarquia.

Esta situação foi resultado da sangrenta Guerra Civil Inglesa (1642-1651), que culminou com a execução do monarca Carlos I e levou à morte de mais de 200.000 pessoas, ou 4,5% da população inglesa da época¹⁸. Com o fim deste conflito, Oliver Cromwell, o comandante das tropas que se opunham ao rei, se intitulou Lorde Protetor e proclamou uma república, embora com ele próprio no comando.

Não obstante, esta parecia uma oportunidade de ouro para os adeptos de um sistema republicano, e Harrington, um ardoroso defensor deste sistema, não perdeu tempo em escrever um livro detalhando como seria a implementação de uma república ideal, amparada nas experiências do que dera ou não certo nas repúblicas da Antiguidade, na Inglaterra.

Graças talvez ao clima político conturbado, porém, Harrington resolveu usar pseudônimos para os lugares e pessoas a quem se referia e, assim, a Inglaterra tornou-se Oceana, a Escócia, Marpesia, a Irlanda, Panopea, o Lorde Protetor Oliver Cromwell, Lorde Arconte Olphaus Megaletor, e assim por diante.¹⁹

Fugiria do escopo do presente trabalho analisar o intrincado sistema político proposto por Harrington²⁰, mas uma das premissas do autor é de crucial relevância para o tema aqui tratado.

Ao analisar as repúblicas da Antiguidade, algumas das quais mencionadas nas duas seções anteriores, Harrington constatou que a maior ou menor estabilidade

¹⁸ENGLISH HERITAGE. **The English Civil Wars: History and Stories**, [s/d]. Disponível em: <https://www.english-heritage.org.uk/learn/histories/the-english-civil-wars-history-and-stories/>. Acesso em: 10 dez. 2021.

¹⁹HARRINGTON, James. **The Commonwealth of Oceana**. p. 9.

²⁰Para uma análise muito mais detalhada do sistema proposto, bem como da obra como um todo e das influências que Harrington recebeu de Maquiavel e de diversos autores clássicos, cf. VOGT, Débora Regina. **Os clássicos como nossos guias** - antigos e modernos na construção da república em Oceana de James Harrington. 2019. Tese (Doutorado) – Programa de Pós Graduação em História da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2019. Disponível em: <https://www.lume.ufrgs.br/handle/10183/201464>. Acesso em: 10 dez. 2021. 266 p.

destes entes políticos, e até mesmo a sua própria sobrevivência como república, acabava por girar em torno de um fator em comum: como a terra estava distribuída nessas repúblicas.

Na verdade, segundo Harrington, é a forma de distribuição de terras que vai determinar a própria forma de governo: se o monarca detém a maior parte das terras, como no Império Otomano, esta monarquia será absoluta, pois o rei detém todo o poder; se a nobreza e/ou o clero detém boa parte das terras (“balanço gótico”, ou seja, o feudalismo, como era o caso dos países europeus) será uma “monarquia mista”, isto é, uma monarquia na qual o poder real não está nas mãos do rei, mas dos aristocratas e do clero; e, se a maior parte da terra estiver distribuídas nas mãos do povo, será uma república (democracia), com o poder nas mãos do povo.²¹

Se, porém, há uma “confusão” neste balanço de poder (forma de governo diversa da que a distribuição da propriedade da terra indicaria) o governo só se impõe pela violência e, portanto, será corrupto (tirania, oligarquia ou anarquia), tendendo a ruir em pouco tempo. Destarte, “*to fix the balance is to entail misery; but [...] not to fix it is to lose the government.*”²²

Em outras palavras, é absolutamente crucial para um Estado onde esse balanço não esteja devidamente ajustado proceder no sentido de realizar esse ajuste. No entanto, fazer esse ajuste pode ser bastante traumático para todos os envolvidos.

A solução de Harrington, para sua república ideal, tenta ser o menos traumática possível no sentido de não forçar uma reforma agrária repentina, mas de obrigar os grandes proprietários de terra a, quando deixarem suas terras de herança para seus filhos, dividi-las em partes iguais de modo a que nenhuma gere uma renda superior a 2.000 libras por ano, exceto se tiver apenas um filho, caso em que o filho herdará tudo, mas estará obrigado a proceder da mesma forma quando tiver que deixar suas terras para os próprios filhos.²³

2.000 libras (esterlinas) pode não parecer muito, mas a libra de 1656, ano de publicação do livro, valia 424,56 vezes o que vale hoje²⁴, ou seja 2.000 libras da época equivalem hoje a £849.120,00 (oitocentos e quarenta e nove mil, cento e vinte libras esterlinas), ou R\$6.263.194,03 (seis milhões, duzentos e sessenta e três mil, cento e noventa e quatro reais e três centavos) pela cotação de 10 de dezembro de 2021.²⁵

²¹HARRINGTON, James. **The Commonwealth of Oceana**. p. 13.

²²HARRINGTON, James. **The Commonwealth of Oceana**. p. 14. Tradução livre: “consertar o balanço, significa miséria; mas [...] não consertá-lo, significa perder o governo”.

²³HARRINGTON, James. **The Commonwealth of Oceana**. p. 77.

²⁴O'NEILL, Aaron. **Purchasing power of one British pound sterling (GBP) from 1209 to 2019**, 2020. Disponível em: <https://www.statista.com/statistics/1031884/value-pound-sterling-since/>. Acesso em: 10 dez. 2021.

²⁵UOL ECONOMIA. **Libra Esterlina**, Uol Economia, 2021. Disponível em:

Importa esclarecer que a reforma agrária proposta por Harrington é encarada pelo autor como um dos princípios fundamentais de sua república. Sendo assim, o autor está tão preocupado com que ela seja justa, quanto que seja aceita por todos, principalmente por aqueles que, num primeiro momento, irão perder com ela. Proceder de outra forma talvez convidaria estas pessoas a uma rejeição do sistema como um todo que poderia ser fatal na origem para a nascente república, anulando quaisquer vantagens que uma reforma agrária justa poderia gerar para aquela democracia.

Um posicionamento semelhante parece ter sido adotado pelo legislador constituinte brasileiro, como se verá na seção seguinte.

4. REFORMA AGRÁRIA E DEMOCRACIA NO BRASIL

Falando em termos de Brasil, a reforma agrária está consolidada no ordenamento constitucional no Capítulo III (“Da Política Agrícola e Fundiária e da Reforma Agrária”) do Título VII (“Da Ordem Econômica e Financeira”) da Constituição Federal, que consiste em seus artigos 184 e seguintes.²⁶

Segundo Araújo:

Reportando-se aos fatos que envolveram a elaboração da Carta de 88, observa-se que o Constituinte não ficou insensível ao apelo vindo do campo, reafirmando a necessidade de mudanças estruturais na distribuição da malha fundiária. Daí a compatibilização do direito de propriedade com o exercício de sua função social, cujo fim é o alcance da justiça social no campo, através da instrumentalização do instituto da reforma agrária, conjuntamente com o desenvolvimento de uma política agrícola.²⁷

Por outro lado, tendo em vista que o legislador constituinte asseverou, ainda no *caput* do art. 184, a necessidade de uma indenização, justa e prévia, para a desapropriação de um imóvel rural para fins de reforma agrária²⁸, infere-se que a sua intenção, assim como a de Harrington, era de garantir que a reforma agrária fosse o menos traumática possível, de modo a ser aceita por todos e permanecer uma instituição duradoura, conducente a uma maior estabilidade do regime democrático.

Seja como for, o legislador preocupou-se não apenas com a reforma agrária em si, mas em desenvolver uma verdadeira política agrícola no país, a fim de garantir que

<https://economia.uol.com.br/cotacoes/cambio/libra-esterlina-reino-unido/>. Acesso em: 10 dez. 2021.

²⁶BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 13 dez. 2021.

²⁷ARAUJO, Luiz Ernani Bonesso de. **O Acesso à Terra no Estado Democrático de Direito**. 1997. Tese (Doutorado) – Curso de Pós-Graduação em Direito da

Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 1997. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/xmlui/handle/123456789/77222>. Acesso em: 9 dez. 2021. p. 114.

²⁸BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Grifei.

a terra efetivamente contribua para a melhoria das condições socioeconômicas dos pequenos e médios agricultores e de suas famílias.

Esta política agrícola toma a forma, em especial, da efetivação do que está disposto no Estatuto da Terra (Lei nº 4.504, de 30 de novembro de 1964)²⁹, conjugado, por óbvio, com as já mencionadas disposições constitucionais.

Araújo, porém, assevera que a política agrícola instituída pelo Estatuto da Terra, ainda sob o regime militar de 64, esteve mais preocupada em modernizar a agricultura nacional, o que não deixa de ser um aspecto muito importante de tal política, do que em propriamente proceder a uma reforma agrária.³⁰

Não obstante, pelo que se pode perceber de uma breve análise sobre os dados levantados no último Censo Agro do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, realizado em 2017, parece ter havido sim um progresso na distribuição de terras no Brasil, considerando que 69,5% dos estabelecimentos rurais possuem um tamanho entre 1 e 50ha. Por outro lado, ainda é preocupante o fato de que 12% dos estabelecimentos rurais possui área inferior a 1ha.³¹

Ao que parece, embora ainda estejamos aquém de uma reforma agrária abrangente, conforme proposta por Harrington, a situação dos pequenos e médios produtores no país vem melhorando aos poucos, como também demonstra o fato de que 85,45% dos produtores rurais pelo menos frequentaram a escola em algum momento.³² Novamente, ainda é um número aquém do ideal, mas demonstra algum progresso com relação à população rural geralmente analfabeta das décadas passadas.

Os indicadores, portanto, nos propiciam um módico de esperança com relação à melhoria na condição dos produtores rurais menos favorecidos, senão para o presente, ao menos para o futuro, o que, espera-se, se traduza numa maior inserção social deste segmento, o que só pode significar o fortalecimento da democracia no país.

Em suma, parece que, mesmo se não conseguir transformar o Brasil numa república ideal como a de Oceania, uma reforma agrária justa e efetiva tem muito a contribuir com a democracia no país.

²⁹BRASIL. **Lei nº 4.504, de 30 de novembro de 1964**. Dispõe sobre o Estatuto da Terra, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4504.htm. Acesso em: 13 dez. 2021.

³⁰ARAUJO, Luiz Ernani Bonesso de. **O Acesso à Terra no Estado Democrático de Direito**. 1997. Tese (Doutorado) – Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 1997. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/xmlui/handle/123456789/77222>. Acesso em: 9 dez. 2021. p. 126-127.

³¹IBGE. **Censo Agro 2017** – Resultados Definitivos. Disponível em: https://censoagro2017.ibge.gov.br/templates/censo_agro/resultadosagro/index.html. Acesso em: 13 dez. 2021.

³²IBGE. **Censo Agro 2017**.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao estudarmos os sistemas políticos dos Estados antigos, não podemos ignorar o fato de que a questão agrária impactou fortemente na estabilidade de suas instituições.

Esparta, por exemplo, manteve suas instituições firmes e sólidas por muitos séculos graças a uma distribuição igualitária de terras que data da criação da constituição desta cidade. Atenas e Roma, por sua vez, não gozaram de semelhante estabilidade, mas a distribuição de terras na primeira e, em especial, na segunda, não foram nem de longe tão igualitárias.

James Harrington, filósofo político inglês do Século XVII, em que pese não tenha sido o primeiro a constatar este fato, foi talvez o mais incisivo, insistindo que um correto tratamento da questão agrária é fundamental para a sobrevivência de um Estado e propondo uma república ideal com base numa justa distribuição de terras.

Ao longo do presente estudo, buscou-se demonstrar que o argumento de Harrington permanece válido nos dias atuais. Para isso, utilizou-se de uma escolha estratégica de referências bibliográficas, bem como de dados acerca da distribuição de terras no Brasil, levantados pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE.

Dada, porém, a natureza da pesquisa científica relativamente exígua própria de um artigo científico, não foi possível abordar todas as questões correlatas ao tema “reforma agrária e democracia”. A mais relevante das questões que tiveram de ser deixadas de lado talvez seja a questão da distribuição de propriedade urbana, tendo em vista que aqui só se tratou da rural. Sendo assim, entende-se que o tema da distribuição de propriedade urbana seria um ótimo objeto de estudo de pesquisas futuras.

Outra questão que ora se estimula seja tratada em pesquisas científicas vindouras é a questão da educação dos produtores rurais, que foi mencionada muito de passagem na última seção do presente estudo, mas que se revela tão ou mais crucial para a inclusão social e política deste segmento do que a própria questão agrária.

Por fim, observa-se que, embora ainda haja bastante a se fazer, já houve de fato alguma evolução nas questões acima mencionadas no Brasil e parece que estamos sim gradualmente trilhando um caminho para alcançarmos uma democracia plena no país.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ARAUJO, Luiz Ernani Bonesso de. **O Acesso à Terra no Estado Democrático de Direito**. 1997. Tese (Doutorado) – Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 1997. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/xmlui/handle/123456789/77222>. Acesso em: 9 dez. 2021. 275 p.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 13 dez. 2021.

BRASIL. **Lei nº 4.504, de 30 de novembro de 1964**. Dispõe sobre o Estatuto da Terra, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/14504.htm. Acesso em: 13 dez. 2021.

DIAMOND, Jared. **Armas, Germes e Aço: os destinos das sociedades humanas**, 15^a ed. Rio de Janeiro: Record, 2013. 406 p.

ENGLISH HERITAGE. **The English Civil Wars: History and Stories**, [s/d]. Disponível em: <https://www.english-heritage.org.uk/learn/histories/the-english-civil-wars-history-and-stories/>. Acesso em: 10 dez. 2021.

FIFE, Steven. **The Brothers Gracchi: The Tribunes of Tiberius & Gaius Gracchus**. World History, 2012. Disponível em: <https://www.worldhistory.org/article/95/the-brothers-gracchi-the-tribunes-of-tiberius--g/>. Acesso em: 9 nov. 2021.

HARRINGTON, James. **The Commonwealth of Oceana**. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/gu002801.pdf>. Acesso em: 9 nov. 2021. 207 p.

IBGE. **Censo Agro 2017 – Resultados Definitivos**. Disponível em: https://censoagro2017.ibge.gov.br/templates/censo_agro/resultadosagro/index.html. Acesso em: 13 dez. 2021.

IMPERIVM. **Tablas de las unidades de medida romanas** – medidas del mundo clásico. Imperivm, s/d. Disponível em: <https://www.imperivm.org/tablas-de-las-unidades-de-medida-romanas-medidas-del-mundo-clasico/>. Acesso em: 9 nov. 2021.

O'NEILL, Aaron. **Purchasing power of one British pound sterling (GBP) from 1209 to 2019**, 2020. Disponível em: <https://www.statista.com/statistics/1031884/value-pound-sterling-since/>. Acesso em: 10 dez. 2021.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do Contrato Social**. São Paulo: Martin Claret, 2013. 139 p.

THE reform movement of the Gracchi (133–121 BC). In: **Encyclopædia Britannica**. Disponível em: <https://www.britannica.com/place/ancient-Rome/The-reform-movement-of-the-Gracchi-133-121-bc>. Acesso em: 10 dez. 2021.

UOL ECONOMIA. **Libra Esterlina**, Uol Economia, 2021. Disponível em: <https://economia.uol.com.br/cotacoes/cambio/libra-esterlina-reino-unido/>. Acesso

em: 10 dez. 2021.

VOGT, Débora Regina. **Os clássicos como nossos guias** - antigos e modernos na construção da república em Oceania de James Harrington. 2019. Tese (Doutorado) – Programa de Pós Graduação em História da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2019. Disponível em: <https://www.lume.ufrgs.br/handle/10183/201464>. Acesso em: 10 dez. 2021.

SEPARAÇÃO DE PODERES OU POR ALINHAMENTO POLÍTICO? CORTES CONSTITUCIONAIS E TENSÕES POLÍTICAS

SEPARATION OF POWERS OR POLITICAL ALIGNMENT? CONSTITUTIONAL CUTS AND POLITICAL TENSIONS

Beatriz John Kettermann¹

Isabelle Klein²

Resumo

O presente artigo busca promover uma reflexão acerca dos problemas da teoria da separação dos poderes e sobre os mecanismos de controle do exercício do poder, para que não se restrinjam à mencionada concepção. Não há a intenção de negar a importância da separação dos poderes no desenho constitucional brasileiro, o que se pretende, pelo contrário, é a produção de reflexões acerca do funcionamento dos poderes, em especial o Poder Judiciário na figura do Supremo Tribunal Federal, e das dinâmicas políticas que o influenciam, como meio de oferecer observações e inferências que contribuam para um melhor conhecimento acerca do funcionamento das instituições e do comportamento dos atores que nelas operam.

Palavras-chave: Separação de poderes. Teoria institucionalista. Dinâmicas Políticas. Supremo Tribunal Federal.

Abstract

This article wants to promote a reflection about the problems of the separation of power theory and about the control mechanisms for the power exercise, so that they aren't restricted to the afore mentioned conception. There is no intention to deny the importance of the separation of powers in the Brazilian constitutional design, what it is wanted, on the other way, is to produce reflections about the functioning of the powers, especially the Judiciary in the figure of the Supreme Court and the political dynamics that influence it, a way to offer observations and inferences that contribute to a better understanding of the functioning of institutions and the behavior of the actors who operate in them.

Keywords: Separation of powers. Institutional theory. Political dynamics. Brazilian Supreme Court.

INTRODUÇÃO

É ingênuo pensar que a concepção pura da teoria da Separação dos Poderes encontra-se atual e que seus agentes, seja do poder executivo, legislativo ou judiciário estão obedecendo e respeitando os limites estabelecidos no sistema de freios e contrapesos elaborado por Madison. Ao contrário, o que se verifica é que um poder

¹ Mestranda em Direito pela Universidade de Passo Fundo/RS. Endereço de e-mail: 189331@upf.br

² Mestranda em Direito pela Universidade de Passo Fundo/RS. Endereço de e-mail: 128135@upf.br

ultrapassa os limites do outro. Dentre as razões existentes que levam a essa transcendência de limites são as influências políticas externas que cada indivíduo sofre, por exemplo. Diante disso, o que se pretende realizar no presente trabalho é um debate teórico para, além de estudar quem exerce o poder, também estudar como se exerce tal poder e em qual contexto seus agentes estão inseridos.

Para isso, o estudo proposto tem como base lógica operacional o método dedutivo e a abordagem qualitativa, a partir de revisão de literatura relevante ao tema. Ademais, tem como objetivo produzir uma reflexão teórica acerca do conteúdo jurídico do princípio da separação de poderes na atualidade, além de analisar como os desenhos institucionais podem afetar o processo de tomada de decisão de julgadores e elaborar um conteúdo teórico-crítico a respeito da teoria tripartite e analisar a necessidade de revisão da sua matriz clássica a partir da realidade brasileira, sobretudo quanto à atuação do Supremo Tribunal Federal pós-1988.

Com efeito, as observações sobre dinâmicas políticas que busquem entender o comportamento dos atores e instituições dentro do desenho constitucional podem oferecer reflexões com a finalidade de fortalecer a própria Constituição. Na prática, o que se pretende analisar é que não apenas devemos estudar a forma em que é realizada a tomada de decisões dos juizes, mas é necessário explorar também como é o contorno institucional em que tais julgadores encontram-se inseridos.

Assim, é preciso reconhecer que há falhas no Sistema de freios e contrapesos que acabam por gerar incompatibilidades entre as estruturas constitucionais e os objetivos constitucionais, principalmente diante da complexidade da esfera pública nas democracias atuais. E a partir disso decorre a necessidade de compreender quais são essas falhas, a fim de sugerir novas abordagens ao Direito Constitucional a partir do desenho constitucional.

1. SEPARAÇÃO DE PODERES: UM DIÁLOGO ENTRE ARISTÓTELES, LOCKE, MONTESQUIEU E OS “FEDERALISTAS”

Aristóteles foi quem primeiro, na obra “A política”, idealizou ser perigoso atribuir a somente um indivíduo o exercício pleno do poder. O Autor grego questiona no Livro III, Capítulo IV:

[...] quem deve ter a supremacia na cidade? A multidão, os ricos, os notáveis, o melhor de todos, ou um tirano? É evidente que todas as alternativas apresentam dificuldades. Pois não será injusto que os pobres pelo facto de serem mais numerosos, repartam os bens dos ricos? Não, por Zeus, pois é justo o que decidiu a autoridade suprema. Mas então em que consistirá a suprema injustiça? Tomemos outro caso. Se a maioria reparte os bens de uma

minoria, evidentemente que corrompe a cidade. [...] Será então justo quemande a minoria formada pelos ricos? Será justo que estes procedam de modo idêntico, saqueando e confiscando os bens do povo? Se este procedimento fosse justo, então também o outro o seria. Mas é evidente que tudo isto o está mal e é injusto. Serão, pois, as classes superiores que devem governar e ter supremacia em tudo? Se assim for, estarão necessariamente todos os demais privados de honrarias por não usufruírem das honras dos cargos públicos? Dizemos que as magistraturas são honras. Caso fossem sempre o mesmo a exercê-las, os restantes ficariam, necessariamente, privados delas.³

Dessa forma, verifica-se que para Aristóteles o primeiro Poder é deliberativo, isto é, ele determina os negócios do Estado. Esse Poder equipara-se ao Legislativo, o qual possui competência para deliberar sobre realizar alianças ou rompê-las, elaborar leis ou revogá-las. Quanto ao segundo Poder, extrai-se da obra que ele compreende todas as magistraturas ou poderes constituídos, isto é, aqueles de que o Estado precisa para agir, suas atribuições e a maneira de satisfazê-las. Tal poder representa o Poder Executivo, que é exercido por magistrados governamentais. O terceiro poder seria o que abrange os cargos de jurisdição, chamado de função judicial.

Posteriormente, Locke, no capítulo XII do livro Segundo Tratado sobre Governo Civil, afirma que há três poderes que se transformam em dois. Nesse sentido, estabelece que:

O poder legislativo é aquele que tem competência para prescrever segundo que procedimentos a força da comunidade civil deve ser empregada para preservar a comunidade e seus membros. [...] Estes dois poderes, executivo e federativo, embora sejam realmente distintos em si, o primeiro compreendendo a execução das leis internas da sociedade sobre todos aqueles que dela fazem parte, e o segundo implicando na administração da segurança e do interesse do público externo, com todos aqueles que podem lhe trazer benefícios ou prejuízos, estão quase sempre unidos.⁴

Para o Autor, o Poder Legislativo representa o poder supremo em uma sociedade civil, no entanto, é imposto a ele limites, quais sejam: ele deve governar através de leis, não podendo haver diferenciação entre ricos e pobres; as leis devem ter como finalidade o bem do povo; ele não pode estabelecer impostos sobre a propriedade sem que haja expresse consentimento do indivíduo, ou através de um representante seu; a competência para legislar não pode ser transferida para outros que não aqueles em quem o povo confiou⁵. Já os Poderes Executivo e Federativo poderiam ter suas funções desempenhadas apenas por uma única figura. Veja-se:

³ ARISTÓTELES. **A Política**. Tradução de Nestor Silveira Chaves. São Paulo: Editora La Fonte, 2017. p. 92.

⁴ LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil**: ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil. Tradução de Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. Rio de Janeiro: Editora Vozes, 1994. p. 170-172.

⁵ Ibid., p. 169.

os poderes executivo e federativo de cada comunidade sejam realmente distintos em si, dificilmente devem ser separados e colocados ao mesmo tempo nas mãos de pessoas distintas; e como ambos requerem a força da sociedade para o seu exercício, é quase impraticável situar a força da comunidade civil em mãos distintas e sem elo hierárquico; ou que os poderes executivo e federativo sejam confiados a pessoas que possam agir separadamente; isto equivaleria a submeter a força pública a comandos diferentes e resultaria, um dia ou outro, em desordem e ruína. ⁶

Em sua obra *L'Esprit de la lois*, publicada em 1.748, Montesquieu apresenta “um manual de Política e Direito Constitucional em que é estudado o governo e a política cientificamente” ⁷. O Autor francês classificou o governo em republicano, o qual o poder soberano é do povo (democracia) ou apenas de uma parte do povo (aristocracia); governo monárquico, que somente um governa através de leis fundamentais; e governo despótico, cuja característica é que apenas um governa, contudo, sem qualquer lei ou regra, a seu livre arbítrio. ⁸

O pensamento de Montesquieu foi inspirado em Locke e seus ensinamentos foram tecidos no Livro XI, Capítulo VI, em que estabelece uma teoria da Separação dos Poderes mais associada ao conceito de liberdade e de direitos fundamentais, o qual previa mais o equilíbrio do que a separação dos poderes em si:

Existem em cada Estado três tipos de poder: o poder legislativo, o poder executivo das coisas que emendem 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 a 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 poder executivo do Estado.⁹

Assim, para Montesquieu os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário devem ter suas funções divididas, para que o poder de um possa limitar o poder do outro, evitando, dessa maneira, o abuso uns dos outros:

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 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

⁶ Ibid., p. 170-172.

⁷ PELICIONI, Angela Cristina. A atualidade da reflexão sobre a separação dos poderes. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 43, n. 169, jan./mar. 2006, p. 21-30. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/92742>. Acesso em: 26 jun. 2021. p. 26.

⁸ MONTESQUIEU. **Do espírito das leis**. Tradução de Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 19-26.

⁹ MONTESQUIEU, 2000, p. 167-168.

ter a força de um opressor. Tudo estaria perdido se o mesmo homem, ou o mesmo corpo dos principais, ou dos nobres, ou do povo exercesse os três poderes: o de fazer as leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes ou as querelas entre os particulares¹⁰.

No livro *O Federalista*, escrito em 1788 por James Madison, Alexander Hamilton e John Jay, especificamente no capítulo 51 da obra, Madison desenvolve o sistema de freios e contrapesos (*check and balances*), que questiona qual o mecanismo que deve ser utilizado para manter a repartição necessária de poder, tecendo a seguinte resposta:

A única resposta que pode ser dada é que como todas essas disposições externas são consideradas inadequadas e o efeito deve ser suprido, planejando a estrutura interna do governo de modo que suas várias partes constituintes possam, por suas relações mútuas, ser a forma de manter uns aos outros em seus devidos lugares.¹¹ (Tradução livre das autoras)

Dessa forma, verifica-se que a estrutura de governo e separação de poderes existem pois os humanos são passíveis de falhas e precisam de controles que, para o Autor, tal controle deve ser exercido do poder pelo próprio poder, o que garantiria, na ideia do Doutrinador, a harmonia entre os poderes.¹² Entretanto, na opinião de Ferrajoli, a separação clássica dos poderes públicos teria que ser repensada e redesenhada pois entre os poderes legislativo, executivo e judiciário, originalmente se visava garantir a autonomia e a primazia do poder legislativo e representativo sobre o executivo, e a independência de ambos do judiciário.¹³

A tripartição, elaborada há mais de dois séculos com referência a um sistema institucional bem mais simples que o das atuais democracias constitucionais, é totalmente inadequada para dar conta da complexidade da esfera pública das ordens atuais e para fundamentar a legitimação dos vários tipos de poderes. É inadequada porque a relação entre executivo e legislativo, especialmente em regimes parlamentares, é muito mais coparticipação do que separação.¹⁴ Ainda, pertinente apontar outro problema na teoria da separação de poderes é que ela se preocupa mais com os interesses intrínsecos dos serviços dos seus agentes do que com os interesses pessoais ou os interesses dos cidadãos que representam. Assim, na teoria clássica

¹⁰ Ibid., p. 168.

¹¹ MADISON, James; HAMILTON, Alexander; JAY, John. **The Federalist papers**. New York: Oxford University Press Inc., 2008. p. 256.

¹² Ibid., p. 257.

¹³ FERRAJOLI, Luigi. **Poderes Salvajes**: La crisis de la democracia constitucional. Prólogo y traducción de Perfecto Andrés Ibáñez. Madrid (ES): Editora Minima Trotta, 2011. p. 94-95.

¹⁴ Ibid., p. 94-95.

não é considerada a política nesses agentes¹⁵.

Diante do exposto, constatou-se que a tripartição foi elaborada pelos grandes pensadores a fim de controlar o absolutismo, em especial a monarquia absolutista, com o objetivo de tirar da mão do monarca o poder de legislar e julgar. Assim, verifica-se que a teoria clássica da separação de poderes encontra-se defasada para ser utilizada atualmente, dada a complexidade das sociedades, de modo que é necessário refletir e redesenhar a concepção, principalmente, levando em consideração os arranjos institucionais em que os agentes dos poderes estão inseridos.

2. FORMALISMO E REALISMO CONSTITUCIONAL: COMO OS DESENHOS INSTITUCIONAIS PODEM AFETAR O PROCESSO DE TOMADA DE DECISÃO

Como visto no item anterior, em que pese os autores supramencionados considerarem o dever de um equilíbrio entre os poderes, percebe-se que todos valorizam o Poder Legislativo em relação aos demais. Tanto é que em nos ensinamentos deixados por eles, é possível verificar que, em muitos deles, o Poder Judiciário e o Poder Executivo transformavam-se em apenas um, enquanto o Poder Legislativo continuava exercendo seu papel, qual seja, de legislar.

Com a evolução natural da humanidade e, conseqüentemente, de suas complexidades, tornou-se ainda mais necessário o desenvolvimento de normas que pudessem abranger um número maior de pessoas, sendo desnecessária a consideração de aspectos pessoais dos agentes, pois “é preciso criar boas leis e aplicá-las de forma impessoal”¹⁶.

Hans Kelsen¹⁷, conhecido jurista positivista, defende o *princípio da pureza do direito*, isto é, deseja afastar da ciência jurídica as interferências como a sociologia, a antropologia, a moral, a ética e a política. Para o Autor, o objeto da ciência jurídica deve apenas consistir em normas jurídicas. Assim, para ele, o conhecimento jurídico deve ser neutro, não cabendo a juristas a produção de julgamentos sobre as normas, sendo eles meros executores das normas positivas. O teórico leciona que a teoria pura do direito

quer representar o direito como ele é, sem legitimá-lo como justo ou desqualificá-lo como injusto. Ela pergunta qual é o direito real e possível, não

¹⁵ LEVINSON, Daryl J. & PILDES, Richard H. Separação de Partidos, não Poderes. Traduzido por Guilherme Guimarães Vasconcelos e Antonio Guimarães Sepúlveda. **Harvard Law Review**, Vol. 119, n. 8, June 2006, p. 79.

¹⁶ HORTA, Ricardo de Lins; COSTA, Alexandre Araújo. Das teorias da interpretação à teoria da decisão: por uma perspectiva realista acerca das influências e constrangimentos sobre a atividade judicial. **Revista Opinião Jurídica**, ano 15, n. 20, jan./jun. 2017, p. 273.

¹⁷ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. Rio de Janeiro: Atlas, 2021.

qual é o direito correto. Nesse sentido, ela é uma teoria do direito radicalmente realista. Ela se recusa a valorar o direito positivo. Ela se considera, como ciência, comprometida apenas em apreender o direito positivo de acordo com sua essência e compreendê-lo através de uma análise de sua estrutura. Ela se recusa especialmente a servir a quaisquer interesses políticos, a oferecer a esses interesses uma ideologia através da qual a ordem social existente é legitimada ou desqualificada. Com isso, ela se opõe nitidamente à ciência do direito tradicional que, consciente ou inconscientemente, em um momento mais, em outro menos, tem um caráter ideológico. Exatamente por sua tendência anti-ideológica, a teoria pura do direito se prova como uma verdadeira ciência.¹⁸

Evidencia-se na teoria kelseniana que a teoria pura do direito se apresenta insuficiente e é ilusória a ideia de uma ciência jurídica exata e objetiva, livre de influência ideológica, tendo em vista que é, inclusive, incapaz de descrever a realidade, pois o pensamento positivista seria malsucedido justamente por seu viés metodológico unilateral e limitado na tentativa de compreensão de um mundo complexo e contraditório: a realidade é movimento, processo constante.¹⁹

Nesse sentido, o que se pretende é analisar o sistema constitucional sob o viés institucionalista, típico da matriz norte-americana, que diverge do pensamento normativista, observando os desdobramentos das atividades institucionais em um contorno jurídico-político. Nesse contexto, os Autores Cass R. Sunstein e Adrian Vermeule debatem acerca da teoria institucionalista:

Achamos que as teorias atuais da interpretação jurídica falham em fornecer uma estrutura adequada para pensar sobre questões desse tipo, e que a falha revela um sério problema com as visões contemporâneas sobre a interpretação do direito. Normalmente, as questões interpretativas são debatidas em um alto nível de abstração, fazendo perguntas sobre a natureza da interpretação ou fazendo grandes reivindicações sobre democracia, legitimidade, autoridade e constitucionalismo.⁴ Mas na maioria das vezes, reivindicações em grande escala desses tipos não pode descartar qualquer visão razoável sobre a interpretação. Por exemplo, é impossível deduzir, a partir de tais alegações em grande escala, uma resposta a uma disputa sobre o significado da frase "causar câncer", ou mesmo uma resposta a qualquer uma das questões atuais sobre como abordar uma lei ou constitucional texto. Parte de nosso objetivo aqui é demonstrar a futilidade dos esforços para mostrar que ideais abstratos podem resolver divergências sobre métodos interpretativos apropriados. Em contraste, insistimos que é muito mais promissor focar em duas questões negligenciadas. O primeiro tem a ver com capacidades institucionais. Como devemos insistir, os debates sobre a interpretação jurídica não podem ser resolvidos de maneira sensata sem atenção a essas capacidades. A questão central não é "como, em princípio, um texto deve ser interpretado?" Em vez disso, a questão é "como devem certas instituições, com suas habilidades e limitações distintas, interpretar certos textos?"²⁰ (tradução nossa).

¹⁸ KELSEN, 2021, p. 25.

¹⁹ CORRÊA, Darcísio. **A construção da cidadania**: reflexos histórico-políticos. Ijuí: ed. UNIJUÍ, 1999. p. 80.

²⁰ SUNSTEIN, Cass R.; VERMEULE, Adrian. Interpretation and Institutions. Chicago: John M. Olin Program in Law and Economics Working Paper Nº. 156, 2002. p. 2.

Assim, o foco da pesquisa deve ser voltado às capacidades institucionais e efeitos dinâmicos muito mais que na imagem idealizada da capacidade judiciária para entender o que está por trás de muitas divergências interpretativas e também para verificar como tais divergências podem ser resolvidas²¹. Ainda, Jack M. Balkin leciona que a concepção institucionalista:

[...] estuda como o sistema constitucional funciona e se desenvolve ao longo do tempo. Ele se concentra em como o governo e as instituições políticas influenciam e interagem entre si e como as características da política e da estrutura institucional influenciam a criação e o desenvolvimento da doutrina constitucional. ²² (Tradução nossa).

Com efeito, verifica-se necessário um estudo teórico voltado à análise dos atores constitucionais em um contexto jurídico-político e não meramente de forma abstrata. Para tanto, traz à baila os pensamentos e reflexões de Sunstein e Vermeule:

Achamos que as teorias atuais da interpretação jurídica falham em fornecer uma estrutura adequada para pensar sobre questões desse tipo, e que a falharevela um sério problema com as visões contemporâneas sobre a interpretação do direito. Normalmente, as questões interpretativas são debatidas em um alto nível de abstração, fazendo perguntas sobre a natureza da interpretação ou fazendo grandes reivindicações sobre democracia, legitimidade, autoridade e constitucionalismo. [...] Parte de nosso objetivo aqui é demonstrar a futilidade dos esforços para mostrar que ideais abstratos podem resolver divergências sobre métodos interpretativos apropriados. Em contraste, insistimos que é muito mais promissor focar em duas questões negligenciadas. O primeiro tem a ver com capacidades institucionais. Como devemos insistir, os debates sobre a interpretação jurídica não podem ser resolvidos de maneira sensata sem atenção a essas capacidades. A questão central não é "como, em princípio, um texto deve ser interpretado?" Em vez disso, a questão é "como devem certas instituições, com suas habilidades e limitações distintas, interpretar certos textos?"²³ (tradução nossa).

Com efeito, um estudo institucionalista do direito não possui a intenção de negar a importância de construções teóricas de matriz normativa, o que se busca, pelo contrário, é diversificar o modo como vem sendo pensado e estudado o Direito Constitucional no Brasil para que as instituições e desenhos institucionais possam ser colocados em diálogo e debate sobre a força normativa da Constituição ou sobre métodos de interpretação constitucional.

Assim, é necessário explorar “uma teoria da decisão, que integre não só fatores discursivos, mas também estratégicos, sociais e reputacionais da decisão”²⁴, e para

²¹ Ibid., p. 02.

²² BALKIN, Jack M. What brown teaches us about constitutional theory. **Virginia Law Review**, Virginia, v. 90, n. 6, oct. 2004. Balkin Book. p. 1.537.

²³ SUNSTEIN; VERMULE, 2002, p. 2.

²⁴ HORTA; COSTA, 2017, p. 271.

tal situação concretizar-se, é preciso investigar “como os fatores extrajurídicos influenciam e constroem o processo de tomada de decisão judicial”²⁵.

Uma das primeiras questões que deve ser elucidada para a formulação de uma teoria da decisão é a desnecessidade da divisão entre “um ‘legalismo’ segundo o qual a decisão é uma questão estritamente jurídica, e uma visão ‘realista’, segundo a qual fatores sociais, psicológicos e políticos são os únicos determinantes”²⁶. A proposta de solução para tal controvérsia é trazida por Brian Tamanaha, que propõe um “realismo balanceado”:

O realismo equilibrado tem dois aspectos integralmente conjugados - um aspecto cético e um aspecto vinculado a regras aspecto. Se refere a uma consciência das falhas, limitações e abertura da lei, uma consciência de que os juizes às vezes fazem escolhas, que eles podem manipular regras legais e precedentes, e que às vezes são influenciados por suas visões políticas e morais e por seus vieses pessoais (o aspecto cético). No entanto, isso condiciona essa consciência cética com o entendimento de que as normas legais funcionam; que julga cumprir e aplicar a lei; que existem práticas relacionadas, sociais e fatores institucionais que restringem os juizes; e que os juizes tornam as decisões geralmente previsíveis e consistentes com a lei (aspecto guiado pelas regras)²⁷(tradução nossa).

Outrossim, Bruce Anderson leciona acerca dos processos de descoberta e justificação da decisão judicial:

[...] as explicações do raciocínio jurídico nem sempre foram dominadas por análises de justificação legal. Os teóricos jurídicos nem sempre presumiram que existe uma distinção “rígida” entre descoberta e justificação. E os juristas nem sempre alegaram que o processo “real” seguido por um juiz para chegar a uma decisão é sem importância, arbitrário e não racional ou que não pode e não deve ser estudado por teóricos jurídicos. Os realistas jurídicos americanos [...] investigaram o que eles chamaram o processo de julgamento- ou seja, o processo real seguido pelos juizes para chegar às suas decisões. Eles acreditavam que entender como os juizes tomavam suas decisões seria levar a decisões sábias e relatórios jurídicos honestos. [...] Em vez disso, o processo de julgamento incluiu tanto a operação de pensar (descobrir e testando soluções para casos) e o exposições orais e escritas dos resultados do pensamento. Em contraste com o legal moderno teóricos, na opinião dos realistas, as atividades mentais que precedem a exposição pública ou a justificativa de uma decisão são uma parte significativa de uma decisão.²⁸ (tradução nossa).

Nesse sentido, deve-se desconsiderar que a decisão judicial ocorre em um primeiro momento de descoberta e que a justificação seja posterior, tendo em vista que descoberta e a justificação da decisão judicial se vinculam de maneira dinâmica

²⁵ Ibid., p. 271.

²⁶ Ibid., p. 289.

²⁷ TAMANAHA, Brian Z. **Beyond the formalist-realist divide**. New Jersey: Princeton University Press, 2010. p. 06.

²⁸ ANDERSON, Bruce. **“Discovery” in legal decisions-making**. London: Kluwer Academic Publishers, 1996. p. 02.

entre si. Assim, o magistrado, ao defrontar com um caso, dá início a um processo de descoberta no qual a intuição possui relevante valor, contudo:

o processo de descoberta inclui a necessidade de justificação: o juiz precisa primeiro convencer a si mesmo de que a escolha que intuiu faz sentido. Para tanto, reúne argumentos que articulem juízos de valor que permitem defender sua escolha como jurídica, justa ou razoável. Por sua vez, ao reunir essas razões, o processo de descoberta é enriquecido, na medida em que a resposta inicial contemplada pode ser reforçada – ou abandonada [...]. Assim, mesmo que um insight seja potencialmente irracional, ou enviesado, o processo de descoberta inclui um processo consciente de avaliação de razões e argumentos que o retroalimenta.²⁹

Dessa forma, verifica-se necessário considerar a existência de elementos psicológicos e políticos no processo decisório e, além disso, levar em conta os possíveis ganhos estratégicos ou reputacionais para o magistrado que os profere diante de públicos específicos. Ainda, denota-se que a justificação e descoberta devem ser analisados de forma conjunta e deve ser incorporado na esfera discursiva o caráter político-estratégico da atividade judicial.

3. AS DINÂMICAS POLÍTICAS NAS CORTES CONSTITUCIONAIS: SEPARAÇÃO DE PODERES OU SEPARAÇÃO POR PODERES?

Consoante exposto, com fulcro na teoria institucionalista, deve-se, para uma análise mais assertiva do atual cenário constitucional brasileiro, considerar a realidade em que o agente, seja do poder executivo, legislativo ou judiciário, mas principalmente este último, encontra-se inserido. Ou seja, é necessário verificar os elementos psicológicos, políticos e reputacionais desses atores. É notória a crise política e institucional no Brasil, como, por exemplo, os ataques recentes do atual Presidente da República ao STF. A ideia da divisão tripartite que delimita os poderes para estes atuarem de forma autônoma e separada tem o objetivo justamente de manter um equilíbrio e não gerar tensões tão profundas no arranjo estatal. Entretanto, aponta Vieira³⁰ que a ideia de que os poderes são harmônicos, conforme estabelece a Constituição, é um eufemismo, pois sua real disposição é de tensão.

Com efeito, há algumas situações expressas na Constituição Federal de 1988 que auxiliam na geração dessa desarmonia dos poderes, relativizando a noção de separação. Como a possibilidade de o Executivo legislar ao editar medidas provisórias;

²⁹ HORTA; COSTA, 2017, p. 290

³⁰ VIEIRA, Oscar Vilhena. **A batalha dos poderes**: Da transição democrática ao mal-estar constitucional. São Paulo: Companhia das Artes, 2018. p. 25.

o Congresso Nacional controlar os atos Executivos, consoante artigo 49,V, bem como a competência do Senado em julgar o *impeachment* do Presidente da República; a competência legislativa do Supremo Tribunal Federal pela possibilidade de edição de súmula vinculante, além da sua capacidade para realizar controle de constitucionalidade através de ADI, ADC, ADPF e ADO.

Além dos pontos já assinalados, tem-se outras questões que possibilitam a tensão institucional como “o presidencialismo de coalizão, que foi se degradando a partir de 2005, e o sistema de controle e aplicação da lei, que foi se tornando mais autônomo [...]. Nesse sentido, trata-se de uma tensão entre o estamento jurídico e a classe política”³¹. Com efeito, a situação aqui abordada é a falha representativa dos poderes políticos que optam por não decidirem acerca de questões sociais de grande repercussão e grande valor moral ou pela omissão em cumprir determinações constitucionais expressas. Dessa forma, acaba por ser recorrido ao Judiciário para sanar tais questões, sendo que este não pode esquivar-se de decidir.

Todavia, como é sabido, o judiciário por vezes excede a frágil linha entre julgar e legislar, ou então deliberam acerca de matérias que exigem uma posição estatal e, por seus membros não serem eleitos pelo povo, as instituições passam a tensionar. Verifica-se, assim, que a crise já vem de outros poderes, tendo em vista seu caráter inerte, o que acaba por estabelecer um poder sobre a competência do outro, gerando fissuras no mecanismo de freios e contrapesos, acarretando um desequilíbrio institucional, demasiado importante para o regime democrático.

Diante disso, denota-se o caráter político de algumas decisões judiciais, tendo em vista que em vários momentos importantes, a política nacional foi moldada por ações judicial estritamente individuais, que não chegaram a passar (ou não passaram em tempo hábil) pelo Supremo como instituição colegiada³². Nesse sentido, isso ocorre de diversas formas: “seja controlando a agenda do tribunal, seja com simples declarações públicas sobre decisões futuras, a ação individual de ministros dissuadiu, encorajou ou até viabilizou algumas estratégias de atores políticos”³³.

Uma questão chave para entender a atuação do tribunal constitucional na política compreende ao comportamento estratégico dentro e fora do tribunal. No primeiro, “a observação das preferências potenciais do tribunal acarreta um conjunto de considerações estratégicas tanto daqueles atores que fazem parte da maioria (que

³¹ Ibid., p. 18.

³² ARGUELHES, Diego W.; RIBEIRO, Leandro M. Ministocracia: o Supremo Tribunal individual e o processo democrático brasileiro **Novos Estudos CEBRAP**, São Paulo, v. 37, n. 01, jan./abr. 2018, p. 14.

³³ Ibid., p. 14.

pode ser os que exercem o governo) como daqueles na maioria (ou que estão na oposição)”³⁴. A direção em que a decisão judicial seguirá “dependerá das preferências do tribunal frente ao seu grau de independência dado pelo desenho institucional, o que, por sua vez, dependerá da configuração institucional do processo decisório interno do tribunal vigente”³⁵.

Assim, “o poder de definir a agenda envolve escolher quando julgar um tema ou caso, habilitando ou impedindo decisões judiciais em momentos específicos”³⁶, e a liberdade de o tribunal definir sua agenda é determinada se o tribunal está ou não obrigado a decidir dentro de um determinado prazo, de modo que caso não haja um prazo, um tribunal pode permanecer anos em silêncio³⁷. Ainda,

os mecanismos de definição de agenda podem afetar o comportamento de atores políticos. Podem sinalizar a (falta de) disposição do tribunal em decidir sobre um determinado assunto, mantendo o status quo inalterado apesar dos protestos de uma minoria política. É nessa perspectiva – do seu impacto tanto sobre a substância da decisão futura quanto nos cálculos de atores fora do tribunal – que equiparamos o poder de definir a agenda ao poder de decidir.³⁸

No que tange ao STF, cada ministro possui, na prática, um poder de veto sobre a agenda, que pode ser acionado a qualquer momento após o voto do relator: os pedidos de vista. Esses pedidos de vista ocorrem para que o ministro estude os autos do processo em detalhes. O regimento interno prevê que eles estão sujeitos a um prazo de cerca de duas semanas. Contudo, em muitos casos ficam mais de um ano com os ministros e alguns chegam a ficar mais de uma década. Entretanto, esses longos atrasos não produzem consequência negativa visível para os ministros³⁹:

Na prática, portanto, para que possa haver uma decisão, é preciso que: 1. o relator libere o caso; 2. o presidente inclua o caso em pauta; e 3. nenhum dos outros ministros decida pedir vista para impedir a conclusão do julgamento. Cada um desses diferentes mecanismos de poder de agenda é, na prática ainda que não na teoria, discricionário. Qualquer um desses atores pode resolver, por qualquer motivo, impedir que o tribunal tome uma decisão. [...] A ausência de prazos vinculantes para o uso desses poderes de agenda os transforma em eficazes mecanismos individuais de interferência no status quo, encorajando e viabilizando comportamentos políticos que dependem da manutenção ou alteração desse estado de coisas. [...] O silêncio judicial por controle negativo de agenda poupa os ministros de tomar uma decisão que seria polêmica qualquer que fosse seu conteúdo. E, no STF, o poder de imporesser silêncio está totalmente disseminado, de variadas maneiras, pelos onze ministros.⁴⁰

³⁴ Ibid., p. 16.

³⁵ Ibid., p. 17.

³⁶ ARGUELHES; RIBEIRO, 2018, p. 18.

³⁷ Ibid., p. 18.

³⁸ Ibid., p. 18.

³⁹ Ibid., p. 20.

⁴⁰ Ibid., p. 21.

Diante do cenário apresentado, em que as dinâmicas políticas influenciam de forma categórica as decisões judiciais, em especial do STF, o estudo deve ser voltado como essa estrutura política pode auxiliar a assegurar os direitos constitucionais, em especial os fundamentais e sociais. Bellamy⁴¹ afirma que a politização no âmbito da Separação dos Poderes é necessária, pois a política, através da promoção de uma rede de segurança, protege pessoas, suas atividades e seus relacionamentos, e não políticos. Assim sendo, para Bellamy⁴², não há área social que deveria ficar fora da política, sob pena de a despolitização provocar regras arbitrárias que geram dominação e ampliam as chances de opressão.

Com efeito, cada poder tem autonomia sobre suas funções e isso pode gerar ações arbitrárias. Isso porque a tendência é que se dediquem a seus próprios interesses, conforme exposto acima. Assim, é necessário que haja competição partidária para que as elites políticas ouçam as elites sociais, econômicas e o cidadão comum. A existência de agentes políticos e privados ajuda a superar os problemas dos freios e contrapesos⁴³.

No modelo de separação de poderes e nos freios e contrapesos não restou contemplada a competição política, contudo, essa competição política “e a cooperação ao longo das linhas relativamente estáveis de ideais sobre políticas públicas e as discussões e divergências ideológicas rapidamente vieram a ser canalizadas não por meio dos poderes do governo em si”⁴⁴, mas sim pelos partidos políticos. Nesse sentido, “o grau e o tipo de competição entre os Poderes Legislativo e Executivo varia significativamente e podem todos desaparecer, o que depende se a Câmara, o Senado e a Presidência estejam divididos ou unidos por um partido político”⁴⁵ isto significa dizer que quando os partidos são unificados há cooperação, quando são divididos há competição:

Quando o governo é dividido, as linhas partidárias monitoram os poderes, e devemos esperar ver as competições entre os partidos canalizadas por intermédio dos poderes. [...] Por outro lado, quando o governo é unificado o motor de competição partidária é removida da estrutura interna de governo, devemos esperar que a competição entre os poderes comece a dissipar. A cooperação intrapartidária (como uma estratégia de competição

⁴¹ BELLAMY, Richard. **Constitucionalismo político**: Una defensa republicana de la constitucionalidad de la democracia. Traducción de Jorge Urdániz Ganza y Santiago Gallego Aldaz. Madrid (ES): Editora Marcial Pons, 2010. p. 213-223.

⁴² Ibid., p. 213-223.

⁴³ Ibid., p. 213-223.

⁴⁴ LEVINSON; PILDES, 2006, p. 74.

⁴⁵ Ibid., p. 76.

interpartidária) suaviza os limites entre os poderes e suprime a dinâmica central assumida no modelo madisoniano.⁴⁶

Considerando o cenário que a Separação de Poderes seja enquadrada pela dinâmica de competição partidária, é manifesto que a regulamentação jurídica da estrutura do desenho institucional irá interagir com essa competição partidária e delimitará a estrutura e a política da Separação de Poderes. Ainda:

As normas jurídicas que afetam a dinâmica da competição partidária no contexto da governabilidade, uma vez que os candidatos tornam-se titulares de mandatos eletivos por meio das eleições reguladas por essa dinâmica de competição. Assim, o conjunto de normas constitucionais e legais que regulam questões como a concepção de eleições primárias e a construção de distritos eleitorais devem influenciar a forma como os partidos coesos e polarizados ou fragmentados e moderados no governo são e assim, como a Separação de Poderes funciona na prática.⁴⁷

Dessa forma, verifica-se que a existência de competição partidária dentro de um governo auxilia na busca de um equilíbrio democrático, uma vez que o governo tem de enfrentar constantemente a oposição diante da possibilidade de serem, periodicamente, despejados do poder. Assim, essa competição é capaz de determinar que os agentes se comportem de maneira que a lei não contempla⁴⁸.

Assim, é preciso considerar que a política, mesmo no seio do Poder Judiciário, encontra-se inserida na tripartição de poderes. O que se propôs, portanto, foi uma análise e reflexão acerca da teoria clássica da Separação de Poderes e do mecanismo de *checks and balances*, a fim de elaborar possíveis soluções para os problemas descritos, considerando as influências das dinâmicas políticas envolvendo esses atores, pois, como demonstrado não há como negar as influências políticas em todos os três poderes do Estado.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir do exposto, constatou-se que a tripartição foi elaborada na tentativa de frear o absolutismo, tendo como objetivo de tirar da mão do monarca o poder de legislar e julgar. Assim, verificou-se que a teoria clássica da separação de poderes encontra-se defasada para ser utilizada atualmente, dada a complexidade das sociedades, em especial, por esta não considerar os arranjos institucionais em que os

⁴⁶ Ibid., p. 90.

⁴⁷ LEVINSON; PILDES, 2006, p. 108.

⁴⁸ BELLAMY, p. 213-223.

agentes dos poderes estão inseridos e por não levar em consideração que os atores sofrem influências políticas durante suas atuações. Para entender essa dinâmica, analisou-se a existência de elementos psicológicos e políticos no processo decisório e, ademais, pontuou-se os possíveis ganhos estratégicos ou reputacionais para o magistrado que os profere diante de grupos.

Conforme demonstrado, é notória a crise política e institucional no Brasil, além de outras razões, em razão da tensão entre os poderes pois, como visto, um acaba por ultrapassar os limites do outro. Um dos fatores apontados foi que, muitas vezes, diante da inércia do poder executivo e do poder legislativo, o poder judiciário delibera acerca de assuntos estatais. Assim, analisou-se o poder e influência que as decisões judiciais, em especial do STF, produzem na política. Observou-se que apenas um Ministro do Supremo possui o poder de mudar os rumos da política brasileira, eis que muitas vezes os autos sequer são analisados de forma colegiada.

À vista disso, o presente artigo buscou produzir uma reflexão teórica acerca da competição partidária, especialmente em um governo dividido, como meio garantidor da funcionabilidade da Separação de Poderes, e, principalmente, como assegurador dos direitos fundamentais e sociais e, conseqüentemente, o equilíbrio democrático.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ANDERSON, Bruce. **“Discovery” in legal decisions-making**. London: Kluwer Academic Publishers, 1996.

ARGUELHES, Diego W.; RIBEIRO, Leandro M. Ministocracia: o Supremo Tribunal individual e o processo democrático brasileiro **Novos Estudos CEBRAP**, São Paulo, v. 37, n. 01, jan./abr. 2018, p. 13-32.

ARISTÓTELES. **A Política**. Tradução de Nestor Silveira Chaves. São Paulo: Editora LaFonte, 2017.

BALKIN, Jack M. What brown teaches us about constitutional theory. **Virginia Law Review**, Virginia, v. 90, n. 6, oct. 2004. Balkin Book.

BELLAMY, Richard. **Constitucionalismo político**: Una defensa republicana de la constitucionalidad de la democracia. Traducción de Jorge Urdániz Ganguza y Santiago Gallego Aldaz. Madrid (ES): Editora Marcial Pons, 2010.

CORRÊA, Darcísio. **A construção da cidadania**: reflexos histórico-políticos. Ijuí: ed. UNIJUÍ, 1999.

FERRAJOLI, Luigi. **Poderes Salvajes**: La crisis de la democracia constitucional. Prólogo y traducción de Perfecto Andrés Ibáñez. Madrid (ES): Editora Minima Trotta, 2011.

HORTA, Ricardo de Lins; COSTA, Alexandre Araújo. Das teorias da interpretação à

teoria da decisão: por uma perspectiva realista acerca das influências e constrangimentos sobre a atividade judicial. **Revista Opinião Jurídica**, ano 15, n. 20, jan./jun. 2017, p. -271-297.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2021.

LEVINSON, Daryl J. & PILDES, Richard H. Separação de Partidos, não Poderes. Traduzido por Guilherme Guimarães Vasconcelos e Antonio Guimarães Sepúlveda. **Harvard Law Review**, Vol. 119, n. 8, June 2006, pp. 2311-2386.

LOCKE, John. **Segundo trato sobre o governo civil**: ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil. Tradução de Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. Rio de Janeiro: Editora Vozes, 1994.

MADISON, James; HAMILTON, Alexander; JAY, John. **The Federalist papers**. New York: Oxford University Press Inc., 2008.

MONTESQUIEU. **Do espírito das leis**. Tradução de Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

PELICIOLO, Angela Cristina. A atualidade da reflexão sobre a separação dos poderes. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 43, n. 169, jan./mar. 2006, p. 21-30. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/92742>. Acesso em: 26 jun. 2021.

SUNSTEIN, Cass R.; VERMEULE, Adrian. **Interpretation and Institutions**. Chicago: John M. Olin Program in Law and Economics Working Paper N°. 156, 2002.

TAMANAHA, Brian Z. **Beyond the formalista-realist divide**. New Jersey: Princeton University Press, 2010.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **A batalha dos poderes**: Da transição democrática ao mal-estar constitucional. São Paulo: Companhia das Artes, 2018.

CONSERVADORISMO E ATIVISMO JUDICIAL: UMA ANÁLISE APARTIR DA JUSTIÇA CONTRAMAJORITÁRIA NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

CONSERVARISM AND JUDICIAL ACTIVISM: AN ANALYSIS FROM THE AGAINST MAJOR JUSTICE IN THE SUPREME FEDERAL COURT

Adelcio Molin¹

Resumo

As recentes decisões proferidas pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal demonstram que a Suprema Corte tem uma visão ativista do direito. O ativismo judicial é um tema que proporciona vasto debate entre doutrinadores e operadores do direito. Este debate se estende também a pessoas não ligadas diretamente ao direito mas ao campo filosófico e social, pela preocupação com o futuro da sociedade e dos direitos sociais e individuais. No Brasil existem diversas correntes ideológicas que são amplamente discutidas diante da garantia constitucional da livre manifestação de opiniões. Dentre estas correntes de pensamento, como restará demonstrado neste estudo, o conservadorismo tem grande aceitabilidade e adeptos. Isso em uma democracia representativa acaba refletindo no Congresso Nacional através da escolha de parlamentares mais ligados a ideologias conservadoras. O estudo tem por finalidade entender se o pensamento conservador bastante amplo no parlamento é uma das causas/razões do ativismo judicial e, se isto ocorre pelo fato do Poder Legislativo não estar atendendo com rapidez e eficiência as mudanças que a sociedade exige. Outra análise busca entender se a Justiça Contramajoritária, posição aparentemente adotada pela atual composição do Supremo Tribunal Federal, é consequência da falta de políticas públicas para atender as necessidades de grupos minoritários e sem representatividade política ou se estes devem se submeterem a vontade da maioria. O estudo proposto seguirá a base lógica operacional indutiva e apresentará uma introdução das ideias conservadoras baseadas em autores como Edmund Burke, Russell Kirk, Roger Scruton e João Pereira Coutinho. Será apresentada uma análise dos aspectos conceituais e teóricos do Ativismo Judicial e da Teoria da Justiça Contramajoritária, tendo por base artigos científicos, as obras que constam da referência e principalmente a Tese de Doutorado de Bruno Makowiecky Salles. Ao final apresentarei as conclusões a que cheguei, demonstrando que em alguns aspectos o Ativismo Judicial contribui firmemente para a manutenção, garantia e inovação do direito. No entanto, é extremamente prudente que o Poder Judiciário e especialmente o Supremo Tribunal Federal entenda que existe uma barreira tênue entre Ativismo e Intervencionismo Judicial e a quebra dessa barreira pode levar o Brasil rumo a uma crise política sem precedentes pela perda da harmonia e independência entre os Poderes da União.

Palavras-chave: Constituição, Ativismo, Conservadorismo, Judiciário, Contramajoritária.

¹ ADELICIO MOLIN, Procurador Municipal, Graduado em Direito (UPF), Pós-Graduado em Direito Processo Civil, Pós-Graduado em *Compliance* e Ética na Gestão Pública Municipal, Pós-Graduado em Gestão Pública Municipal, Pós-Graduado em Advocacia Pública Municipal, Pós-Graduado em Teologia, Mestrando em Direito do PPGD-UPF. E-Mail: procuradormolin@gmail.com.

Abstract

The recent decisions handed down by the Justices of the Supreme Federal Court demonstrate that the Supreme Court has an activist view of the law. Judicial activism is a topic that provides a wide debate between legal scholars and practitioners. This debate also extends to people who are not directly linked to the law but to the philosophical and social field, because of their concern for the future of society and social and individual rights. In Brazil there are several ideological currents that are widely discussed in light of the constitutional guarantee of free expression of opinions. Among these currents of thought, as will be shown in this study, conservatism has great acceptability and adherents. This in a representative democracy ends up reflecting in the National Congress through the choice of parliamentarians more linked to conservative ideologies. The purpose of the study is to understand if the rather broad conservative thinking in parliament is one of the causes/reasons for judicial activism and if this occurs because the Legislative Power is not responding quickly and efficiently to the changes that society requires. Another analysis seeks to understand whether the Contramajoritarian Justice, a position apparently adopted by the current composition of the Federal Supreme Court, is a consequence of the lack of public policies to meet the needs of minority groups without political representation or whether they must submit to the majority's will. The proposed study will follow the inductive operational logic basis and will present an introduction to conservative ideas based on authors such as Edmund Burke, Russell Kirk, Roger Scruton and João Pereira Coutinho. An analysis of the conceptual and theoretical aspects of Judicial Activism and the Theory of Countermajoritarian Justice will be presented, based on scientific articles, the works included in the reference and mainly the Doctoral Thesis by Bruno Makowiecky Salles. At the end, I will present the conclusions I reached, demonstrating that in some aspects Judicial Activism strongly contributes to the maintenance, guarantee and innovation of the law. However, it is extremely prudent that the Judiciary Branch and especially the Federal Supreme Court understand that there is a tenuous barrier between Activism and Judicial Interventionism and the breaking of this barrier could lead Brazil towards an unprecedented political crisis due to the loss of harmony and independence between the Powers of the Union.

Keywords: Constitution Activism, Conservatism, Judiciary, Countermajority.

INTRODUÇÃO

Inegavelmente vivemos tempos de transformação social e jurídica. Saímos do Constitucionalismo que surgiu com as Revoluções Liberais e estamos no chamado Neoconstitucionalismo, que dentre outras característica a que aproxima a moral do direito é a mais importante.

Embora neste revolucionário contexto, permanece forte a Teoria, ou como afirmam alguns autores, o Pensamento Conservador, bastante enraizado na sociedade brasileira, em especial nos corredores dos palácios do Congresso Nacional. Para os Conservadores a clássica Teoria da Separação dos Poderes ainda é válida e deve ser respeitada.

Autores Conservadores contemporâneos, embasados no pensamento de Edmund Burke, entendem que a sociedade está evoluindo além do que a prudência permite e o Poder Judiciário, com suas decisões ativistas, é um dos vetores dessa evolução que segundo os conservadores destruirá todo o legado dos ancestrais.

Estudaremos em seguida, o Ativismo Judicial e a Teoria Contramajoritária aplicada pelo Supremo Tribunal Federal como sendo uma consequência do Pensamento Conservador penetrado no Poder Legislativo e no Poder Executivo na composição atual do Congresso Nacional e do Palácio do Planalto.

1. PENSAMENTO CONSERVADOR

O Pensamento Conservador, por mais paradoxal que pareça ser, teve sua origem com a Revolução Francesa de 1789, através de Edmund Burke em sua obra *Reflexões Sobre a Revolução Francesa*² que fez com que o conservadorismo se autonomizasse como resposta anti-revolucionária e anti-utópica³.

Edmund Burke⁴ apresenta uma visão do conservadorismo como sendo um “contrato da sociedade eterna”, entrelaçando o passado, o presente e o futuro em uma misteriosa tríade de alegrias, deveres e memórias compartilhadas.

Burke com seu pragmatismo defendia a estabilidade política e defendia as mudanças na sociedade mas sem romper com o passado e preservando as instituições para gerações futuras. Estas são questões fundamentais que dividia o pensamento conservador do progressista mesmo que os dois buscassem a mudança política, a busca pela justiça e a estabilidade e paz social⁵.

Para esta pesquisa, pelo menos para este momento, o pensamento conservador é o que irá pautar as linhas posteriores para ao final fazer um confronto técnico científico com o Ativismo Judicial para então entendermos se a causa ativista tem como fundamento o conservadorismo dos poderes representativos no Brasil.

Russel Kirk apresenta um conceito de conservadorismo e nele já indica algumas características fundamentais para esse pensamento:

² BURKE, Edmund. **Reflexões Sobre a Revolução na França**. Tradução de Marcelo Gonzaga de Oliveira e Giovanna Louise Libralon. Ed. Vide Editorial. 4ª edição, Campinas, SP: 2017.

³ COUTINHO, João Pereira. **Conservadorismo**. Ed. Dom Quixote. Alfragide. Portugal: 2014.

⁴ BURKE, Edmund. **Reflexões Sobre a Revolução na França**. Tradução de Marcelo Gonzaga de Oliveira e Giovanna Louise Libralon. Ed. Vide Editorial. 4ª edição, Campinas, SP: 2017.

⁵ LEVIN, Yuval. **O grande debate**: Edmund Burke, Thomas Paine e o nascimento da direita e da esquerda. Tradução de Alessandra Bonrruquer. Editora Record. Rio de Janeiro, 2017. p. 92.

Conservadorismo significa a política da prudência e dos usos consagrados tal como apresentados por Edmund Burke, para guardar e preservar as instituições do país. Esses termos passaram para a política inglesa durante a década de 1820 e para a discussão política norte-americana nos anos de 1840... o estadista conservador é aquele que combina a disposição para preservar com a habilidade para reformar.⁶

Ser conservador é um modo de vida, é uma escolha a ser seguida e não a adesão a determinados pensamentos ou teorias, quanto menos ideologias. Michael Oakeshott retrata muito bem opção de vida e de escolhas de um conservador:

Ser conservador é, pois, preferir o familiar ao estranho, preferir o que já foi tentado a experimentar, o fato ao mistério, o concreto ao possível, o limite ao infinito, o que está perto ao distante, o suficiente ao abundante, o conveniente ao perfeito, a risada momentânea a felicidade eterna. Relações familiares e lealdades tem preferência sobre o fascínio pelas alianças de momento; comprar e aumentar é menos importante do que manter, cultivar e aproveitar; a tristeza da perda é mais aguda do que a empolgação pela novidade e pela promessa. Significa viver dentro dos limites do patrimônio, usufruir dos meios possíveis à riqueza, contentar-se com a necessidade de maior perfeição que é exigida a cada um em dada circunstância. Para algumas pessoas esta postura seria fruto de uma escolha; para outra seria uma disposição que surge naturalmente, com maior ou menor frequência, em suas preferências e aversões, sem que tenham sido escolhidos ou especificamente cultivadas.⁷

A prudência é uma das principais e mais relevantes características e virtudes de um Conservador. Não significa que o pensamento conservador seja retrógrado ou que defenda para sempre a manutenção do *status quo*. Para um conservador a mudança é necessária para manter a sociedade em evolução, no entanto toda mudança deve ser rigorosamente pensada e baseada numa vivência prática longa que garanta sua assertiva. As ideias revolucionárias que pretendem acabar com tudo o que existe e começar do nada como pensava Paine⁸ e baseada em ideologias incertas, devem ser refutadas pela falta da prática de convivência e transformação natural da sociedade.

Pensadores do conservadorismo moderno como João Pereira Coutinho sustentam, baseados em Burke, que não é prudente “... *sacrificar uma geração no presente em nome da construção (“incerta”) de um futuro formulado sobre princípios revolucionários (encarados como “utópicos” e “totalitários”)* é uma decisão contrária ao princípio da prudência”⁹.

⁶ KIRK, Russell. Edmund Burke: **Redescobrimo um gênio**. Tradução Márcia Xavier de Brito. 1ª edição. Editora É Realizações. São Paulo, 2016. Pag. 372.

⁷ OAKESHOTT, Michael. **Conservadorismo**. Tradução de André Bezamat. 6ª edição. Editora Âyiné. Belo Horizonte – MG, 2020, pag. 117 e 118.

⁸ LEVIN, Yuval. O grande debate: Edmund Burke, Thomas Paine e o nascimento da direita e da esquerda. Tradução de Alessandra Bonruquer. Editora Record. Rio de Janeiro, 2017. p. 236.

⁹ COUTINHO, João Pereira. **As ideias conservadoras: explicadas a revolucionários e reacionários**. Editora Três Estrelas. São Paulo, 2014.

Russell Kirk em um texto publicado em 1993 intitulado “*Ten Conservative Principles*” formulou e apresentou dez princípios centrais que caracterizam o pensamento conservador americano¹⁰. Evidente que os limites técnicos deste artigo científico e a razão fundamental da pesquisa, tornam desnecessário discorrer sobre cada um deles senão apenas nominá-los:

1. Homens e nações são governados por leis morais; 2. Variedade e diversidade são características de uma civilização avançada; 3. Justiça significa que todo homem e toda mulher têm o direito ao que lhes pertence; 4. A propriedade e a liberdade estão inseparavelmente entrelaçadas; 5. O poder é repleto de perigos; 6. O passado é o grande armazém de sabedoria; 7. A sociedade moderna precisa urgentemente da verdadeira comunidade; 8. Quanto aos arranjos das nações, os conservadores americanos entendem que seu país deve servir de exemplo para o mundo, mas não o refazer à sua própria imagem; 9. Os conservadores sabem que homens e mulheres não são perfeitos, nem suas instituições políticas; 10. Os conservadores estão convencidos de que a mudança e a reforma não são idênticas.

Dados oficiais do Tribunal Superior Eleitoral dão conta que na Câmara do Deputados desde o ano de 2010, possui uma base ideológica voltada ao conservadorismo e essa tendência vem aumentando a cada eleição angariando os votos do chamado centro. A esquerda, no entanto, consegue manter sua base ideológica com poucas variações de cadeiras e algumas vezes aumentando.

No Senado Federal, os partidos que representam uma ideologia de esquerda mantiveram seus votos, com um considerável aumento dos partidos de direita, os quais consideramos para este estudo como sendo do pensamento conservador.

A tabela a seguir demonstra a variação do perfil ideológico da Câmara e do Senado Federal brasileiro.

Variação do perfil ideológico da Câmara e do Senado

Câmara	2010	2014	Atual	2019
Esquerda	180	159	136	152
Centro	133	152	130	97
Direita	200	202	247	264

Senado	2010	2014	Atual	2019
Esquerda	27	28	17	20
Centro	31	31	31	24
Direita	23	22	31	37

Os dados foram obtidos na página do Congresso em Foco¹¹ e demonstram com clareza que a direita conservadora brasileira vem obtendo vantagem nas últimas eleições aumentando o número de representantes no Parlamento.

¹⁰ KIRK, Russell. Dez Princípios Conservadores. Traduzido para o português e publicado na Internet por **Ivan C. P. da Cruz** com autorização de **Annette Kirk**. <https://mundoconservador.wordpress.com/2016/12/04/dez-principios-conservadores-por-russell-kirk/>. Acesso em 10 de dezembro de 2021.

¹¹ <https://congressoemfoco.uol.com.br/area/pais/direita-cresce-e-engole-o-centro-no-congresso-mais-fragmentado-da-historia/>. Acessado em 11 de dezembro de 2021.

Feito estas breves considerações sobre o conservadorismo passamos então a estudar mais detidamente o fenômeno do Ativismo Judicial e a Justiça Contramajoritária que estão sendo praticadas em decisões judiciais, em especial no Supremo Tribunal Federal.

2. ATIVISMO JUDICIAL

Muitas vezes quando vamos tratar do tema Ativismo Judicial, principalmente dentre os conservadores, encontramos uma opinião formada segundo a qual, os integrantes do Poder Judiciário estão agindo como uma militância progressista e ideológica. Não se nega que o Ativismo Judicial é um “passo adiante” que o julgador está dando além de simplesmente aplicar a lei ao caso concreto. É uma atitude proativa do Poder Judiciário na tomada de suas decisões.

Uma das questões que sempre é destacada pelos Conservadores Positivistas para refutar a ideia de Ativismo Judicial é a que Bruno Makowiecky Salles apresenta em sua tese de doutorado, ou seja, clássica Tripartição dos Poderes de Montesquieu:

A finalidade clássica consiste na contenção do arbítrio estatal para a garantia dos direitos fundamentais, evitando a concentração da força ao fragmentá-la em organismos. Assim é que ao Poder Legislativo compete a criação de leis gerais aptas a inovar na ordem jurídica, instituindo, extinguindo ou modificando direitos e deveres. Ao Poder Executivo cabe um labor concreto voltado à efetivação da legislação, por atos técnicos-administrativos e gerenciais infralegais. Ao Poder Judiciário incumbe o controle da legalidade e a aplicação das leis, aos conflitos de interesses, para o restabelecimento da ordem jurídica¹².

Podemos afirmar diante disso, que quanto mais Conservador for o Poder Legislativo mais Ativista será o Poder Judiciário. Esta afirmação vem confirmada pelas palavras de Manoel Gonçalves Ferreira Filho, citado por Emerson Ademir Borges de Oliveira:

... a lei não apenas se mostra como meio para a busca de um programa, mas sim representa a conquista política das forças dominantes, de caráter não neutro. Assim, ‘a lei se politiza. Quer dizer, ela ganha o caráter de medida política adotada pelo Governo (definida pela maioria política e enquadrada particularmente) para alterar a sociedade no sentido que este grupo entende bom’, vale dizer, com uma face nitidamente partidária e antiminoritária¹³.

¹² SALLES, Bruno Makowiecky. Acesso à Justiça e Equilíbrio Democrático: Intercâmbios entre Civil Law e Common Law. Vol. I e II. Ed. Dialética. São Paulo: 2021.

¹³ OLIVEIRA, Emerson Ademir Borges de. Ativismo Judicial e Controle de Constitucionalidade: Impactos e Efeitos na Evolução da Democracia. Editora Juruá. Curitiba, 2015. Pag. 182.

Pode ocorrer ainda que diante dos direitos propugnados constitucionalmente, a vontade e a força da maioria se apresente justamente na ausência de lei e a Suprema Corte vem determinando ao Poder Legislativo que saia da ociosidade e edite as leis de acordo com a decisão (Mandado de Injunção) ou, em casos ainda mais progressistas, a própria Suprema Corte cria o direito visando justamente a garantia dos direitos fundamentais e as políticas públicas voltadas as minorias.

Nada mais sutil que afirmar que a ausência de legislação equivale a um silêncio eloquente no mesmo momento em que o texto constitucional traz em si uma determinação para que os Poderes garantam a possibilidade de exercício de determinado direito¹⁴.

A situação política que se desenha atualmente no Brasil é o conservadorismo do Congresso Nacional que ataca suposta ideologia do Supremo Tribunal Federal, ao passo que este, foge do positivismo kelsiano e passa a decidir por exemplo, se a ausência de leis também é caso de inconstitucionalidade, a chamada inconstitucionalidade por omissão.

Inegável que no Brasil atual existe um clima de contrastes entre os Poderes Legislativo e Judiciário que escancara a omissão do primeiro e o ativismo no segundo. Esta força faz com que a Suprema Corte Brasileira extrapole seu limite de judicialização e busque através de suas decisões criar direitos.

Desta fora o ativismo judicial se mostra um fenômeno bem distinto da judicialização. Ele nasce no fim do constitucionalismo liberal e início do constitucionalismo social, cujo marco temporal foram as Constituições de Weimar de 1919 e do México de 1917. Mas ganha espaço após a Segunda Grande Guerra, sobretudo nos EUA, com o advento da Corte Warren, mas, aos poucos, a discussão acerca da legitimidade dessa forma de atuação avançou pelo mundo¹⁵.

É certo afirmar que os doutrinadores pátrios ainda não definiram posição quanto às decisões ativistas do Poder Judiciário. Desta feita destaca-se que este processo de formação da consciência ativista a partir de decisões obtidas por convicções pessoais e morais, por certo renderá grandes debates doutrinários. Lênio Streck por exemplo conceitua ativismo judicial a partir de uma visão de extrapolação dos limites de atuação do Judiciário:

¹⁴ OLIVEIRA, Emerson Ademir Borges de. **Ativismo Judicial e Controle de Constitucionalidade**: Impactos e Efeitos na Evolução da Democracia. Editora Juruá. Curitiba, 2015. Pag. 182.

¹⁵ FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho. **Neoconstitucionalismo e as possibilidades e os limites do ativismo judicial no Brasil contemporâneo**. 2010. 312 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, 2010.

O ativismo é gestado no interior da própria sistemática jurídica, consistindo num ato de vontade daquele que julga, isto é, caracterizando uma ‘corrupção’ na relação entre os Poderes, na medida em que há uma extrapolação dos limites na atuação do judiciário pela via de uma decisão que é tomada a partir de critérios não jurídicos¹⁶.

Ronald Dworkin afirma que o Poder Legislativo não é o palco adequado para se discutir questões sensíveis, devendo estas questões serem levadas a discussão pelo Poder Judiciário. Portanto o Poder Judiciário não seria mero mandatário ou representante de setores da sociedade, mas é um ente maior e responsável pelo tratamento de todos em igual respeito e consideração¹⁷.

O Autor americano, conforme apresentado por Renato soares de Melo Filho, tem afeição pelo Ativismo Judicial:

Na visão de Dworkin, é indispensável uma prévia interpretação tendo em conta a realidade do caso concreto em vista do alto grau de abstração de regras costumeiras, de modo que os juízes deveriam, seja de modo explícito, seja velado, criar o direito. Desta feita, o poder de criação seria uma resposta da mesma natureza que induziria o Legislativo a promulgar um diploma, podendo-se dizer serem os magistrados também agentes do Legislativo¹⁸.

Dworkin apresenta duas filosofias bem gerais acerca do modo de atuação dos tribunais, especificamente como devem decidir problemas constitucionais difíceis ou controversos. As filosofias o Ativismo Judicial e da Moderação Judicial, sendo uma o oposto da outra. Vamos nos ater a que interessa para este estudo, o Ativismo Judicial:

O programa do ativismo judicial sustenta que os tribunais devem aceitar a orientação das chamadas cláusulas constitucionais vagas no sentido que descrevi, a despeito das razões concorrentes do tipo que mencionei. Devem desenvolver princípios de legalidade, igualdade e assim por diante, revê-los de tempos em tempos à luz do que parece ser a visão moral recente da Suprema Corte, e julgar os atos do Congresso, dos Estados e do presidente de acordo com isso¹⁹.

Em casos concretos, entende Dworkin, a Suprema Corte deve intervir ativamente para criar direitos e impor limites aos demais Poderes, possibilitando desta forma a escolha pela Teoria Contramajoritária e em favor das minorias que ficaram sem representação suficiente no Poder Legislativo capaz de criar e garantir direitos.

¹⁶ STRECK, L.L. Verdade e consenso: **Constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. Editora Saraiva. São Paulo, 2017. Pag. 712.

¹⁷ MELO Filho, Renato Soares de. **Ativismo judicial em investida ao estado democrático**. Editora Juruá. Curitiba, 2019. Pag. 32.

¹⁸ MELO Filho, Renato Soares de. **Ativismo judicial em investida ao estado democrático**. Editora Juruá. Curitiba, 2019. Pag. 30.

¹⁹ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**; Tradução de Nelson Boeira. 3ª edição. Editora WMF Martins Fontes. São Paulo, 2010. Pag. 215.

Entende assim, que cabe ao Poder Judiciário salvar as minorias impedindo a Tirania da Maioria.

Seguindo esta posição neoconstitucionalista, o Ministro do Supremo Tribunal Federal Luís Roberto Barroso defende uma linha bastante influenciadora nos outros Poderes:

Relativamente ao Legislativo, a constitucionalização (i) limita sua discricionariedade ou liberdade de conformação na elaboração das leis em geral e (ii) impõe-lhe determinados deveres de atuação para a realização de direitos e programas constitucionais. No tocante à Administração Pública, além de igualmente (i) limitar-lhe a discricionariedade e (ii) impor a ela deveres de atuação, ainda (iii) fornece fundamentos de validade para a prática de atos de aplicação direta e imediata da Constituição, independentemente da interposição do legislador ordinário. Quanto ao Poder Judiciário (i) serve de parâmetro para o controle de constitucionalidade por ele desempenhado (incidentalmente e por ação direta), bem como (ii) condiciona a interpretação de todas as normas do sistema.²⁰

Essa importância e dimensão dada à Constituição é a que leva o Supremo Tribunal Federal a adotar a chamada Teoria Contramajoritária. Quanto a aproximação entre constituição e moral, temos como um dos principais defensores Roberto Alexy:

É necessário que o jurista prático ou o estudioso do direito assuma a perspectiva de um participante interessado em ingressar em uma argumentação jurídica e moral para que possa ter acesso à pretensão de correção formulada tanto pelas normas isoladas quanto pelo sistema jurídico como um todo. A pretensão de correção seria responsável por tornar explícita a conexão entre a argumentação jurídica e a argumentação moral. Há, no entanto, uma extensa discussão sobre o caráter dessa conexão, que mereceria certamente um trabalho à parte: segundo Roberto Alexy, a vinculação entre o direito e a moral é necessária, enquanto que para os representantes de um positivismo incluso tal conexão seria apenas contingente.²¹

Inegável que a nossa Corte Constitucional tem adentrado no campo do protagonismo em decisões que têm alcance político, em temas controvertidos, escolhas morais avançando sobre o campo da política.

Existe uma vasta bibliografia e estudos de renomados autores, que são contrários ao ativismo judicial. Estes autores entendem que essa posição ativista do Poder Judiciário fere a tripartição dos poderes. Inobstante isto, afirmam que a sociedade está cada vez mais “processualizada” e os problemas sociais estão cada vez mais discutidos nos processos. Estes por sua vez estão se transformando em política

²⁰ BARROSO, Luís Roberto. **A nova interpretação constitucional: ponderações, direitos fundamentais e relações provadas**. 3ª edição. Editora Renovar. Rio de Janeiro, 2008. Pag. 114.

²¹ SILVA, Alexandre Garrido da. **Pós-Positivismo e Democracia**: Em defesa de um Neoconstitucionalismo Aberto do Pluralismo. In Anais do XV Compedi.2006. Pag. 15.

e a política está reduzida a um mero procedimento desconexo da realidade social²². Outro argumento é o de que o Supremo Tribunal Federal não possui competência e legitimidade para decidir sobre o mérito das políticas públicas, exceto nos casos de flagrante discriminação. Ao decidir sobre o mérito das políticas públicas em caráter pessoal e individual, a autoridade judiciária está alterando políticas públicas de natureza coletiva que é papel dos poderes representativos.²³

A defesa do Ativismo Judicial parece se justificar unicamente numa sociedade que apresente sérios problemas no funcionamento dos mecanismos democráticos ou que tenham problemas sociais crônicos. No entanto, uma sociedade em que os mecanismos democráticos funcionam plenamente, embora sofram alguns ataques ideológicos, o Ativismo Judicial é no mínimo questionável. A Suprema Corte utiliza-se dos conceitos vagos e principiológicos contidos na Constituição para aplicar uma nova hermenêutica, foge do positivismo e adere-se ao pós-positivismo encontrando aí campo fértil para além de dizer o direito também criar direitos a partir de decisões com forte influência ideológica, aproximando perigosamente o direito da moral.

Ao final, os casos mais relevantes que ascendem à Corte Constitucional dizem respeito a interpretações controversas das cláusulas constitucionais que apresentam conceitos extremamente vagos e abertos. Temas como aborto e pesquisa com células tronco... ensejam debates apaixonados acerca do conteúdo do direito à vida, sem que haja *a priori* uma resposta correta ou consensual. Da mesma forma a questão de saber se a proibição da prática de antissemitismo implica uma proteção contra o racismo ou se é uma verdadeira restrição à liberdade de expressão, comporta diferentes respostas, sem que isso signifique uma maior ou menor adesão aos direitos fundamentais.²⁴

O método jurídico utilizado pelo judiciário para decidir questões particulares é o conhecido como código binário que apresenta sempre a dicotomia do certo e o errado, o verdadeiro e o falso, o inocente e o culpado. No entanto para tratar de questões que envolvam conflitos constitucionais e desacordos razoáveis, a via judicial torna-se inadequada. Ainda mais, quando o conflito diga respeito aos direitos fundamentais que apresentam um esquema muito mais complexo tendo em vista que possuem características multifacetária. Nos EUA por exemplo, vem se utilizando o esquema do balanceamento de direitos como técnica de proporcionalidade por parte da Suprema Corte, fazendo uma análise de custo e benefício. Análise esta que não cabe ao Poder

²² FRANCISCO, José Carlos. **Neoconstitucionalismo e Atividade Jurisdicional**: Do passivismo ao ativismo judicial. Editora Del Rey. Belo Horizonte, 2012. Pag. 321.

²³ FRANCISCO, José Carlos. **Neoconstitucionalismo e Atividade Jurisdicional**: Do passivismo ao ativismo judicial. Editora Del Rey. Belo Horizonte, 2012. Pag. 323.

²⁴ GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. **Entre Kelsen e Hércules**: Uma análise jurídico-filosófica do ativismo judicial no Brasil. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/19822/entre-kelsen-e-hercules-uma-analise-juridico-filosofica-do-ativismo-judicial-no-brasil>. Acesso em 14 de dezembro de 2021.

Judiciário mas sim ao Poder Legislativo. Seguindo esta linha de pensamento, Habermas²⁵, afirma que a ponderação não possui critérios racionais de aferição de correção do método utilizado, permitindo uma subjetividade ilimitada por parte do intérprete.²⁶

Parece claro que o Ativismo Judicial possui uma conceituação quase unânime e os exemplos dificilmente fogem da homogeneidade. O que leva a disparidade de posicionamento entre os estudiosos do direito é apenas o posicionamento diante do instituto. Bruno Makowiecky Salles apresenta uma visão muito clara e importante da posição dos juízes sobre o tema:

Por um viés, considera-se Ativismo a postura voluntária dos juízes ao interpretar e aplicar o direito, substituindo as leis e os precedentes por suas convicções pessoais, predileções quanto a resultados, visão do mundo, de moral, de humanismo, de justiça ou de política, tanto faz se de uma política progressista ou conservadora. O Ativismo ocorre sempre que os magistrado, sem autorização, inventam regras e as impõem como se direito estatal fossem, seguindo não as leis mas sua própria criação e exercendo, com isso, uma função legislativa ad hoc e retroativa, que implica a incidência da norma criada para fins de regulação de fato pretérito (...) externa-se, no geral, a percepção amplamente difundida de que eles não são autorizados a reescrever a Constituição e as leis, tão pouco exercer uma livre discricionariedade em qualquer hipótese, competindo-lhes, antes, enunciar ou reforçar os valores fundamentais apreendidos dentro da estrutura constitucional, legal ou jurisprudencial do regime democrático no qual operam²⁷.

O Autor apresenta ainda três posições em relação ao tema: Primeira, de aprovação, segunda, de repulsa e uma terceira intermediária. Para os que aprovam o Ativismo Judicial, o entendimento é que os juízes devem assumir compromisso com a transformação da realidade através da aproximação com as normas constitucionais. Por outro lado, os que desaprovam, temem a perda da soberania popular com o deslocamento do centro decisório para o judiciário. Já a corrente intermediária não alia a nenhuma das anteriores e avalia a possibilidade de um ativismo na análise de cada caso concreto perante critérios de impacto da decisão judicial²⁸.

Embora essas variantes doutrinárias, podemos perceber no entanto, que a judicialização da política é um aspecto positivo diante de determinadas circunstâncias, ao passo que o Ativismo Judicial, pelo menos neste momento, vem apresentando um

²⁵ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. V. I. Tradução de Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues. Brasília. UnB, 1995.

²⁶ GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. **Entre Kelsen e Hércules: Uma análise jurídico-filosófica do ativismo judicial no Brasil**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/19822/entre-kelsen-e-hercules-uma-analise-juridico-filosofica-do-ativismo-judicial-no-brasil>. Acesso em 14 de dezembro de 2021.

²⁷27 SALLES, Bruno Makowiecky. **Acesso à Justiça e Equilíbrio Democrático: Intercâmbios entre Civil Law e Common Law**. Vol. I e II. Ed. Dialética. São Paulo: 2021. Pag. 177-178.

²⁸ SALLES, Bruno Makowiecky. **Acesso à Justiça e Equilíbrio Democrático: Intercâmbios entre Civil Law e Common Law**. Vol. I e II. Ed. Dialética. São Paulo: 2021. Pag. 180.

desgaste institucional entre os Poderes e ao que parece o Poder Judiciário aproveitando do conceito moderno Neoconstitucionalista, apoderou-se de um protagonismo que por hora me parece prejudicial à harmonia dos Poderes.

3. TEORIA CONTRAMAJORITÁRIA

Neste contexto é importante analisar a chamada Teoria Contramajoritária, também chamada de “Função Contramajoritária”, e “Justiça Contramajoritária”. Utilizaremos neste estudo, para fins de uniformização, o termo Teoria Contramajoritária. Essa teoria foi adotada pelo Supremo Tribunal Federal por entenderem que cabe ao Poder Judiciário agir para coibir a prevalência do desejo da maioria, dando voz às aspirações daqueles que foram vencidos nas urnas.²⁹

A justiça contramajoritária é a linha de pensamento que defende a utilização da via judicial para a proteção das minorias contra os excessos ou a omissão da maiorias³⁰.

A origem da Teoria Contramajoritária se deu com o Neoconstitucionalismo e na Pós-modernidade, tendo como marco a Segunda Guerra Mundial e como fundamento a necessidade de impedir a formação de Estados Autoritários. Um dos principais teóricos dessa teoria é o Alemão Konrad Hesse, que foi o precursor da ideia de dotar a Constituição de força normativa.

A Teoria Contramajoritária teve seu fundamento no conceito de minorias da Escola de Frankfur, que por sua vez foi beber da base ideológica marxista de luta de classes. Os integrantes da Escola de Frankfur fugiram da perseguição nazista na Alemanha e foram para os EUA. Lá encontraram um País que vivia uma época de franco desenvolvimento e por esta razão não encontraram um campo fértil para as ideias revolucionárias e então decidiram aliar-se às minorias como negros, homossexuais, índios e mulheres. Este público via com bons olhos o discurso socialista. Nos EUA o discurso marxista clássico da luta de classe entre operários e patrões foi substituído por uma nova luta de classes em que o oprimido é a maioria e o opressor é a elite dominante. Diante dessa troca de direcionamento de discurso marxista, os membros da Escola de Frankfur conseguiram finalmente ampliar suas

²⁹ PIOVEZAN, Cláudia R. de Moraes. **Sereis como deuses**: O STF e a Subversão da Justiça. Ed. E.D.A. Educação, Direito e Alta Cultura. 1ª edição. Londrina. Paraná: 2021. Pag. 76.

³⁰ PIOVEZAN, Cláudia R. de Moraes. **Sereis como deuses**: O STF e a Subversão da Justiça. Ed. E.D.A. Educação, Direito e Alta Cultura. 1ª edição. Londrina. Paraná: 2021. Pag. 63.

ideias e pensamentos pela América, partindo da defesa das minorias e não na luta de casses especificamente.

A função contramajoritária embarca no mito das minorias para reeditar uma ideologia já muito bem conhecida entre nós: o Sociologismo Jurídico, no Estado Novo, e a Justiça Alternativa e o Direito Achado nas Ruas, na Nova República.³¹

Evidentemente que a Teoria Contramajoritária deve ter sua aplicação e aceitação pela Suprema Corte e pela sociedade. No entanto esta minoria sob alegação de ser protegida e ter seus direitos assegurados, não deve extrapolar seus limites a ponto de impor uma ditadura da minoria. Uma coisa é garantir e defender os direitos das minorias, outra é impor a ditadura das minorias contra a maioria. Essa inversão, principalmente no campo moral deve ser evitada.

Importante destacar a título de exemplo, uma decisão considerada ativista do Supremo Tribunal Federal, sem analisar o mérito para evitar polêmicas desnecessárias. A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 442, que visa descriminalizar o aborto praticado até a 12ª semana de gestação³². Aos juízes, como vimos neste estudo, não é dada a possibilidade de criar direitos. Ainda mais quando se trata de temas tão polêmicos quanto o aborto. Essa questão deve ser tratada como política pública e assim, a nível de debate social até que o Poder Legislativo esteja seguro para alterar as leis que tratem do tema. Não existe nenhuma lei no ordenamento pátrio que indique o tempo de gestação como medida excludente para o crime de aborto. Não cabe ao Judiciário criar esse marco temporal.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Evidenciou-se durante o presente estudo que o Congresso Brasileiro é composto na sua maioria por políticos conservadores. Diante das características do pensamento conservador toda e qualquer decisão que exija um determinado progressismo encontra barreiras intransponíveis no Poder Legislativo.

O Poder Judiciário que não é o reflexo da sociedade por não ser um Poder representativo, cria a falsa impressão de que está na “obrigação” de levar adiante, transformar e modificar todo o ordenamento jurídico de acordo com o que acreditam e

³¹ PIOVEZAN, Cláudia R. de Moraes. **Sereis como deuses**: O STF e a Subversão da Justiça. Ed. E.D.A. Educação, Direito e Alta Cultura. 1ª edição. Londrina. Paraná: 2021. Pag. 92.

³² SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5144865>. Acesso em 15 de dezembro de 2021.

entendem ser a evolução social do seu tempo. Desta forma, passa a decidir de acordo suas próprias convicções pessoais, morais e ideológicas.

Embora o estudo apresentado seja superficial quanto a questão proposta, podemos concluir que o pensamento conservador dominante no Congresso Nacional é uma das causas do Ativismo Judicial.

Por outro lado não resta dúvidas que cabe ao Poder Judiciário intervir para a garantia dos direitos fundamentais e na efetivação das políticas públicas, mas sempre pautados na lei e na Constituição e jamais numa convicção ativista que afete e interfira na função de cada um dos Poderes da República.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

BARROSO, Luís Roberto. **A nova interpretação constitucional: ponderações, direitos fundamentais e relações provadas**. 3º edição. Editora Renovar. Rio de Janeiro, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**.

https://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/bitstream/handle/bdtse/5498/2009_barroso_judicializacao_ativismo_judicial.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em 14 de dezembro de 2021.

BRASIL (Constituição 1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: Promulgada em 05 de outubro de 1988. 12ª ed. São Paulo: Manole, 2021

BURKE, Edmund. **Reflexões Sobre a Revolução na França**. Tradução de Marcelo Gonzaga de Oliveira e Giovanna Louise Libralon. Ed. Vide Editorial. 4ª edição, Campinas, SP: 2017.

COUTINHO, João Pereira. **As ideias conservadoras: explicadas a revolucionários e reacionários**. Editora Três Estrelas. São Paulo, 2014.

COUTINHO, João Pereira. **Conservadorismo**. Ed. Dom Quixote. Alfragide. Portugal: 2014.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. 3ª edição. Editora WMF Martins Fontes. São Paulo, 2010. Pag. 215.

FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho. **Neoconstitucionalismo e as possibilidades e os limites do ativismo judicial no Brasil contemporâneo**. 2010. 312 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, 2010.

FRANCISCO, José Carlos. **Neoconstitucionalismo e Atividade Jurisdicional: Do passivismo ao ativismo judicial**. Editora Del Rey. Belo Horizonte, 2012.

GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. **Entre Kelsen e Hércules: Uma análise jurídico-filosófica do ativismo judicial no Brasil.** Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/19822/entre-kelsen-e-hercules-uma-analise-juridico-filosofica-do-ativismo-judicial-no-brasil>. Acesso em 14 de dezembro de 2021.

HABERMAS, Jurge. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade.** V. I. Tradução de Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues. Brasília. UnB, 1995.

KIRK, Russell. **Dez Princípios Conservadores.** Traduzido para o português e publicado na Internet por Ivan C. P. da Cruz com autorização de Annette Kirk. <https://mundoconservador.wordpress.com/2016/12/04/dez-principios-conservadores-por-russell-kirk/>. Acesso em 10 de dezembro de 2021.

KIRK, Russell. **Edmund Burke: Redescobrimos um gênio.** Tradução Márcia Xavier de Brito. 1ª edição. Editora É Realizações. São Paulo, 2016.

LEVIN, Yuval. **O grande debate: Edmund Burke, Thomas Paine e o nascimento da direita e da esquerda.** Tradução de Alessandra Bonruquer. Editora Record. Rio de Janeiro, 2017.

MELO Filho, Renato Soares de. **Ativismo judicial em investida ao estado democrático.** Editora Juruá. Curitiba, 2019.

OAKESHOTT, Michael. **Conservadorismo.** Tradução de André Bezamat. 6ª edição. Editora Âyné. Belo Horizonte – MG, 2020.

OLIVEIRA, Emerson Ademir Borges de. **Ativismo Judicial e Controle de Constitucionalidade: Impactos e Efeitos na Evolução da Democracia.** Editora Juruá. Curitiba, 2015.

PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica: teoria e prática.** 14ª ed. Ver. Atual. e amp. Florianópolis: EMais, 2018.

PIOVEZAN, Cláudia R. de Moraes. **Inquérito do Fim do Mundo: O Apagar das Luzes do Direito Brasileiro.** Ed. E.D.A. Educação, Direito e Alta Cultura. 1ª edição. Londrina. Paraná: 2020.

PIOVEZAN, Cláudia R. de Moraes. **Sereis como deuses: O STF e a Subversão da Justiça.** Ed. E.D.A. Educação, Direito e Alta Cultura. 1ª edição. Londrina. Paraná: 2021.

SALLES, Bruno Makowiecky. **Acesso à Justiça e Equilíbrio Democrático: Intercâmbios entre Civil Law e Common Law.** Vol. I e II. Ed. Dialética. São Paulo: 2021.

SCRUTON, Roger. **Como ser um Conservador.** Tradução de Bruno Garschagen. Ed. Record. 14ª edição. Rio de Janeiro: 2014.

SILVA, Alexandre Garrido da. **Pós-Positivismo e Democracia: Em defesa de um Neoconstitucionalismo Aberto do Pluralismo.** In Anais do XV Compedi.2006. Pag. 15.

STRECK, L.L. **Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. Editora Saraiva. São Paulo, 2017. Pag. 712.

TOCQUEVILLE, Alexis de. **O Antigo Regime e a Revolução**. Tradução de José Miguel Nanni Soares. Ed. Edipro. São Paulo: 2017.

A RELAÇÃO ENTRE ECONOMIA GLOBALIZADA E AS INSTITUIÇÕES DE DIREITO: O CONCEITO DE SEGURANÇA JURÍDICA E SUA IMPORTÂNCIA PARA A CLASSIFICAÇÃO DO BRASIL EM AGÊNCIAS DE AVALIAÇÃO

THE RELATIONSHIP BETWEEN GLOBALIZED ECONOMY AND INSTITUTIONS OF LAW: THE LEGAL SECURITY CONCEPT AND ITS IMPORTANCE FOR CLASSIFICATION OF A BRAZIL IN RATING AGENCIES

Fabiano Braga Pires¹

Resumo

O presente artigo pretende demonstrar a importância da classificação de um país como propenso a receber investimentos estrangeiros, através dos índices analisados pelas agências de *rating*², dando ênfase à segurança jurídica. O cenário que se vive, na atualidade, permite afirmar que se está em um ambiente de economia globalizada, no qual os países dependem uns dos outros para que sua economia avance, caso contrário, a estagnação e o fechamento econômico do mesmo, para capital oriundo do exterior, será uma sentença fatal. As arrecadações provenientes dos contribuintes de cada nação já não são mais suficientes para que a mesma possa investir em setores primordiais, tais como educação, saúde e segurança e esta necessidade, de se buscar investimento externo, é de grande importância para que o país se mostre uma boa opção para o capital estrangeiro.

Palavras-chave: Direito; Economia; Investidores Estrangeiros; Segurança Jurídica.

Abstract

This article intends to demonstrate the importance of classifying a country as prone to receive foreign investments, through the indices analyzed by rating agencies, emphasizing legal certainty. The current scenario allows us to affirm that we are in an environment of a globalized economy, in which countries depend on each other for their economy to advance, otherwise the stagnation and economic closure of the same, for capital from abroad, it will be a fatal sentence. The collections from taxpayers of each nation are no longer sufficient for it to invest in key sectors, such as education, health and security, and this need to seek foreign investment is of great importance for the country to show itself a good option for foreign capital.

Keywords: Right; Economy; Foreign Investors; Legal Security.

¹ Doutorando pela Universidade de Santa Cruz do Sul, RS – UNISC, na linha de pesquisa: Dimensões Instrumentais das Políticas Públicas; Mestre em Direito, pela Universidade de Passo Fundo, RS – UPF (2021); Mestre pelo Instituto Universitario del Agua y de las Ciencias Ambientales de la Universidad de Alicante, IUACA – Espanha (2021); Especializado em Criminologia, Política Criminal e Segurança Pública pela Universidade para o Desenvolvimento do Estado e da Região do Pantanal - UNIDERP (2014) e graduado em Direito pela Faculdade de Direito de Santa Maria, RS – FADISMA (2012). E-mail: fabiano@piresadv.com.br.

² Do inglês: Avaliação; classificação.

INTRODUÇÃO

O presente estudo possui o escopo de demonstrar a importância do índice de segurança jurídica, apresentado por um determinado país, utilizado como base fundamental para a nota de aptidão para recebimento de capital estrangeiro. Dito índice é medido pelas agências de avaliação, as quais são totalmente independentes e determinam, através das notas expedidas para um Estado, o fluxo de capital internacional.

A justificativa da escolha do presente tema se dá ante a importância teórica perante a comunidade científica, em especial aos operadores do direito, haja vista que, conforme a comunidade internacional se apresenta cada vez mais em um esquema de mundo globalizado economicamente, a atenção à economia aplicada ao direito deve ser relevante, pois conforme as operações financeiras/investimentos ficam cada vez mais vultuosos, o direito deve se ater ao seu papel como ator neste cenário, pois é, justamente, através das instituições jurídicas, respeito à legislação internacional e demonstração de uma segurança jurídica efetiva que os países atrairão cada vez mais capital externo para os seus cofres.

Contudo, é importante salientar, que o aporte de capital estrangeiro não se dá, exclusivamente, de um país para outro; as empresas, com sede em determinado país, serão privilegiadas ou prejudicadas de acordo com a nota recebida por uma agência de *rating* para aquele país, o que torna a responsabilidade política e jurídica daquela Estado ainda maior, pois assim, ocorre uma cadeia de investimentos e dependência entre o setor público e a iniciativa privada.

A pesquisa inicia sua abordagem pela apresentação do atual cenário econômico mundial, o qual se mostra, quase que em sua totalidade, globalizado e interdependente. Após, será demonstrada a importância da atuação das instituições jurídicas para a garantia da segurança jurídica nas transações comerciais e captação de investimentos estrangeiros, bem como, será apresentado o conceito de segurança jurídica e os principais índices utilizados pelas agências de avaliação para se qualificar um país como atrativo ou não para o recebimento de capital estrangeiro. Ao final será realizada uma correlação entre o índice de segurança jurídica apresentado pelo Brasil, bem como sua posição no cenário internacional, através de sua nota emitida pelas agências de *rating*, demonstrando-se, ao cabo do trabalho, a importância real que há em um determinado país dar prioridade aos seus índices de segurança jurídica que deverão ser levados em consideração quando da análise e avaliação das agências

envolvidas, incluindo aí todos o seu sistema judicial, havendo, assim, reflexos em todos os setores imprescindíveis para que ocorra um crescimento econômico, útil à toda a sociedade.

1. O CENÁRIO ATUAL DE UMA ECONOMIA GLOBALIZADA

Antes mesmo de se adentrar no assunto principal da presente pesquisa (correlação entre segurança jurídica e grau de investimento de um país), é mister realizar uma breve análise acerca do atual cenário econômico mundial, a fim de entender-se sobre o funcionamento desta grande máquina, na qual cada país representa uma engrenagem e, dessa forma, fica fácil entender que, caso alguma dessas engrenagens venha a apresentar falha, todo o sistema pode sofrer desgaste e vir a apresentar avarias indesejáveis.

O processo de globalização teve seu aperfeiçoamento no início do século XXI, onde surgiram, de forma exponencial, inovações nos campos tecnológico, político, econômico e social, tais modificações são provenientes de ações político-governamentais com foco no mercado.

Nas palavras de Baumann³,

A “globalização” está na ordem do dia; uma palavra da moda que se transforma rapidamente em um lema, uma encantação mágica, uma senha capaz de abrir as portas de todos os mistérios e futuros. Para alguns, “globalização” é o que devemos fazer se quisermos ser felizes; para outros, é a causa da nossa infelicidade. Para todos, porém, “globalização” é o destino irremediável do mundo, um processo irreversível; é também um processo que afeta a todos na mesma medida e da mesma maneira. Estamos todos sendo “globalizados” – e isso significa basicamente o mesmo para todos.

Já, no tocante a mercado, explicação melhor encontra respaldo nas palavras de Zylbersztajn e Sztajn⁴,

Mercado é uma coleção de compradores e vendedores que interagem, resultando na possibilidade de troca. Mercado é um conjunto de institutos jurídicos que garante as trocas. Mercado é uma forma de governar as transações econômicas, é uma estrutura de governança.

Ocorre que, no mundo globalizado, qualquer atividade ligada a economia possui vínculo a uma série de variáveis, sendo que as mesmas se inserem tanto nos mercados

³ BAUMANN, Zygmunt. Globalização: **as consequências humanas**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999. p. 7.

⁴ ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel. **Direito e economia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. Prefácio.

de produção quanto nos de consumo e, dessa forma, é crescente a importância que deve ser despendida no tocante ao aprofundamento e estudo do quadro econômico e jurídico do país com o qual se quer realizar uma transação econômica (seja ela entre governos, entre governo e iniciativa privada ou entre duas empresas).

É, justamente, o movimento econômico entre governos e empresas, por todo o globo, que se denomina cenário econômico mundial e isso, aliado à interdependência econômica entre produtores e consumidores, que levará a um aperfeiçoamento e adequação dos sistemas jurídicos dos países que possuem interesse em realizar qualquer tipo de transação internacional de forma que melhor se adaptem uns aos outros, reduzindo a quantidade de entraves jurídicos nas negociações.

Ademais, cumpre destacar que a compreensão da situação do cenário econômico mundial, por parte dos investidores, é essencial para que os mesmos busquem os lucros pretendidos e esta percepção de mercado deve ser inserida num contexto que envolva os indicadores econômicos, sociais, políticos, jurídicos, dentre outros, pois somente assim poderão antecipar tendências de mercado e realizarem as melhores escolhas.

2. A IMPORTÂNCIA DA ATUAÇÃO POSITIVA, NO MERCADO, DAS INSTITUIÇÕES JURÍDICAS

A impactante velocidade com a qual o capital circula no globo, aliado ao processo de transnacionalização do mercado, acaba por derrubar barreiras e fronteiras que antes eram praticamente intransponíveis, veja-se o exemplo do comércio entre as Coreias do Norte e do Sul, dito fluxo de mercado e capitais tende a relativizar a soberania nacional.

Frente aos novos rumos da economia mundial, interdependente, as instituições jurídicas dos países não podem ficar inertes, sendo que sua atuação vai delimitar se existirão entraves ou facilidades no mercado.

E é este o ponto nevrálgico para que o resultado seja positivo, uma vez que é interesse de qualquer Estado ter uma balança comercial favorável, além, é claro, de se buscar cada vez mais investidores externos para a sua economia, e são as instituições jurídicas, aliadas ao poder legislativo, que irão adequar ao cenário econômico mundial e, assim, formular as leis do país a que pertencem e que pretende se tornar atrativo ao capital externo.

Tamanha é a importância de se obterem normas que se coadunem, de forma

uníssona, entre os diversos países que constituem o cenário econômico mundial que, novamente, Zylbersztajn e Sztajn⁵ destacam,

A codificação procura, de forma metódica, desenhar o conjunto de regras que constitui instrumento voltado para a uniformização da aplicação da lei que limita o poder dos juizes no fazer regras. Imaginado sistema completo, nota-se, a partir da segunda metade do século passado, a pleora de normas especiais que refletem as transformações sociais fruto de avanço tecnológico e da globalização com o aparecimento microssistemas normativos que têm seu centro de gravitação não mais nos códigos de direito privado de elaboração do final do século XVIII e início do século XIX. Os microssistemas normativos gravitam ao redor de normas programáticas constitucionais.

Assim, é necessário que políticos e juristas, irmanados na busca de um crescimento econômico nacional, oriundo de capital externo, discutam e façam adequações necessárias na legislação de seu país a fim de que o mesmo possa receber e manter conglomerados industriais e captar investidores estrangeiros, mas para tal é extremamente necessário que se demonstre capacidade jurídica para prover, julgar e reconhecer questões jurídicas internacionais, pois do contrário não haverá interesse internacional algum.

A atuação das instituições jurídicas, com o propósito de atrair capital estrangeiro, deve ser positiva e crescente, e, ainda, deve atuar dessa maneira tanto no cenário interno quanto no externo, pois é essencial que a legislação interna de um país tenha a capacidade de, através de seus resultados, atuar para o bem comum, coletivo, de forma que não apresente efeitos negativos ante a distribuição de recursos, e, segundo, Zylbersztajn e Sztajn⁶,

O Direito, por sua vez, ao estabelecer regras de conduta que modelam as relações entre pessoas, deverá levar em conta os impactos econômicos que delas derivarão, os efeitos sobre a distribuição ou alocação dos recursos e os incentivos que influenciam o comportamento dos agentes econômicos privados. Assim, o Direito influencia e é influenciado pela Economia, e as Organizações influenciam e são influenciadas pelo ambiente institucional. A análise normativa encontra a análise positiva, com reflexos relevantes na metodologia de pesquisa nessa interface.

E, ainda, nas palavras de Wald e Lemes⁷,

A resolução das disputas comerciais entre as empresas precisa ser adequada e rápida, em virtude da globalização da economia, do desenvolvimento do comércio internacional, do incremento dos investidores estrangeiros no País e da posição do Brasil no ranking das grandes potências.

⁵ ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel. **Direito e economia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 140.

⁶ ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel. **Direito e economia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 3.

⁷ WALD, Arnoldo; LEMES, Selma Ferreira (Coord.). Arbitragem comercial internacional: **a Convenção de Nova Iorque e o direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 9.

É inconcebível que um Estado aprove leis sem clareza concreta e, até mesmo, sem fundamentação constitucional alguma e, pior ainda, altere leis sem que se estude previamente os impactos econômicos que ditas mudanças irão fazer ocorrer, tais atos são prejudiciais tanto aos contribuintes internos quanto aos investidores e empresas provenientes de outros países, esta é uma atuação legislativa que visa interesses espúrios e individuais, totalmente prejudiciais ao bem comum e econômicos do Estado.

A atuação das instituições jurídicas deve ser positiva no tocante ao buscar o crescimento econômicos do país ao qual faz parte, pois somente com clareza legislativa, empenho em disseminar os entraves comerciais, com a demonstração objetiva da existência de uma segurança jurídica e com o intuito de diminuição de qualquer impacto econômico negativo é que o Estado poderá se alinhar ao cenário econômicos mundial, demonstrando total capacidade para receber, administrar e multiplicar recursos recebidos do exterior, assim deve ser esta atuação, pautada na seriedade legislativa.

3. A SEGURANÇA JURÍDICA UTILIZADA COMO ÍNDICE DE AVALIAÇÃO PELAS AGÊNCIAS DE *RATING*

O poder judiciário de um Estado é o guardião que detém estável a legislação desse país, sendo que é através dele que se obtém a garantia da ordem e, quando se coaduna com a legislação pátria, julgando ao encontro das normas aprovadas pelo poder legislativo ocorre um cenário favorável a concretização da segurança jurídica.

Contudo, quando o poder judiciário julga com disparidade casos semelhantes, realiza interpretações erradas de acordo com a positivação do poder legislativo, incorre em morosidade nas soluções judiciais ou muda reiteradamente o seu entendimento ocorre a figura da insegurança jurídica.

Mas, afinal, o que seria o conceito de segurança jurídica?

O princípio da segurança jurídica diz respeito a um direito fundamental, o qual é um elemento básico do Estado Democrático de Direito, diz respeito a certeza de que as leis positivadas serão respeitadas quando da prolação de uma sentença, além de tratar casos semelhantes da mesma forma e com o mesmo teor das decisões terminativas dos juízos aos quais as causas estão adstritas. A segurança jurídica nada mais é do que a certeza de tratamento de acordo com a legislação vigente, sem que ocorra a diversidade de entendimentos e interpretações por parte de qualquer

magistrado, havendo aí uma interpretação uníssona, visando atingir a estabilidade e controle das decisões judiciais o que terá, como resultado, a efetividade da tutela jurisdicional, respeitando-se os direitos fundamentais em sua totalidade.

Para que se atinja a totalidade da segurança jurídica o Estado necessita de uma estabilidade no ambiente judicial, assegurando aos juristas e operadores do direito a previsibilidade das decisões prolatadas em qualquer grau de jurisdição, respeitando-se a coisa julgada e aceitando a sua imutabilidade, nas palavras de Silva⁸,

Podemos desde logo afirmar um princípio sobre o qual não existe controvérsia: a coisa julgada, no sentido em que dela trataremos a seguir, é um fenômeno peculiar e exclusivo de um tipo especial de atividade jurisdicional. Se nem todo o ato, ou processo jurisdicional, produz coisa julgada, é certo que não a produzem os atos dos demais Poderes do Estado (Executivo e Legislativo).

Tal princípio garante a segurança econômica dos investidores estrangeiros quando do aporte de altas quantias em um outro país, pois como já afirmado, para se atingir o êxito em uma aplicação de capital em qualquer Estado se faz necessário que o investidor tenha uma noção acerca de diversos fatores, tais como sociais, políticos, econômicos, jurídicos, dentre outros, e a segurança jurídica é um dos principais índices de garantia de risco.

As sentenças judiciais são, dentre outros conceitos, uma manifestação do poder estatal, contudo, sua liberdade de dizer o direito (jurisdição) não é, e nem pode ser, absoluta, uma vez que o Estado deve convergir com os parâmetros expressos da Constituição, sendo assim, é defeso à coisa julgada proteger inconstitucionalidades.

O princípio da segurança jurídica encontra respaldo, sendo um de seus fundamentos constitucionais, no inciso XXXVI, do artigo 5º, da Constituição Federal de 1988⁹, o qual, também, dá a base para a construção do Estado Democrático de Direito, conforme entendimento de Theodoro Júnior¹⁰,

Trata-se da segurança jurídica, que nosso legislador constituinte originário colocou com uma das metas a ser atingida pelo Estado Democrático de Direito, ao lado de outros valores igualmente relevantes, como a liberdade, o bem-estar, a igualdade e a justiça, todos eles guindados à categoria de 'valores supremos da uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social'.

⁸ SILVA, Ovídio Araújo Batista da. **Curso de Processo Civil (Processo de Conhecimento)**. Porto Alegre: Fabris, 1987, p. 415.

⁹ **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: [...] **XXXVI** - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada;

¹⁰ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Onda Reformista do Direito Positivo e suas Implicações com o Princípio da Segurança Jurídica**. In: Revista da Escola Nacional de Magistratura, n. 1, abr. 2006, p. 97.

Apresentado esse enfoque, acerca da segurança jurídica, verifica-se que a concretude e utilização de tal conceito é de suma importância para atrair recursos estrangeiros, pois é ele que vai garantir, aos investidores, que o seus capitais serão assegurados por meio da legislação vigente e, mais ainda, que não haverá, após o aporte de capital, uma mudança brusca de entendimento do judiciário, por tal fato as agências de *rating* (as quais são promotoras do mercado financeiro) analisam os desdobramentos da segurança, ou insegurança, jurídica de cada Estado avaliado.

Agências de *rating* existem há mais de um século¹¹ e sua primordial função é classificar os riscos econômicos (risco de inadimplemento de um devedor) de um Estado; de pessoas jurídicas de direito interno, quer seja público ou privado; e, ainda, de uma pessoa física, sendo assim, estas agências qualificam, avaliam, atribuem notas e classifica, em grande parte aos Estados que buscam atrair investimentos externos, sendo assim, são responsáveis por mensurar a facilidade que um Estado ou empresa terá para pagar um empréstimos, afetam as decisões de investimentos em fundos de pensão e de investimento em geral, atraem ou repelem investimentos em países e, ainda, influenciam os valores praticados nas bolsas de valores.

A forma como as classificações são emitidas pelas agências é melhor explicada nas palavras de Frazão Soares¹²

O parecer final é dado geralmente depois de seis semanas de perquirição, podendo haver revisões anuais ou em prazos distintos, sendo as notas emitidas por taxonomias próprias de cada agência, compostas de letras e sinais aritméticos, normalmente em uma escala de A (capacidade extremamente forte de atender os compromissos financeiros) a D (alto risco de inadimplemento).

Diante deste cenário e da importância das agências de *rating* para a avaliação e classificação de um país como “bom pagador” e garantidor do capital externo recebido, nota-se que a segurança de um Estado deve ser sopesada com importância primária, pois se um país apresenta insegurança jurídica há aí uma grande possibilidade do investidor não ter o retorno de seu lucro garantido, pelo simples fato de que se um Estado não consegue respeitar a interpretação legislativa própria, por que iria perder tempo preocupando-se em cuidar de capital estrangeiro?

Este questionamento, dentre outros, é levado em consideração por agências de classificação de riscos (*ratings agencies*), as quais, para chegarem ao resultado da

¹¹ Em 1909 surgia, nos EUA, a Moody's Investor Service.

¹² FRAZÃO SOARES, Carla de Almeida. **Da possibilidade de regulamentação das agências de rating no Brasil**. jul/2005. p. 21. Disponível em: http://www.cvm.gov.br/port/public/publ/ie_ufrj_cvm/Carla_de_Oliveira_Frazaio.pdf

classificação de um país, especificamente, consideram diferentes dados, dos quais destacam-se o produto interno bruto, déficit fiscal, índices financeiros e econômicos, ambiente político, sistema financeiro, aprovações realizadas pelo Congresso e, por óbvio, a segurança jurídica.

Havendo demonstrações positivas que o Estado conta com garantias legislativas e judiciais que primam pela segurança jurídica, respeitando-se os demais índices acima expostos, haverá uma classificação satisfatória do país e, por conseguinte, um alto grau de confiança dos investidores externos em relação à economia, pois assim, estes poderão analisar e comparar em qual Estado é mais seguro aportar seu capital.

A seguir destaca-se a tabela, utilizada em larga escala pelas agências de classificação de riscos, do ordenamento dos ratings de crédito de longo prazo¹³,

Investimento	AAA	Excepcional capacidade de cumprir com os seus compromissos financeiros. As emissões de obrigações com esta notação, que é a mais elevada, apresentam uma forte capacidade para liquidar os seus compromissos – amortização e juros.
	AA	Esta notação é também de grau muito elevado. A capacidade de liquidar os compromissos também é forte. A diferença entre ambas reside em aspectos de dimensão. Poderão apresentar margens de proteção menores, a volatilidade dos elementos de proteção pode ser superior ou poderão existir outros elementos que a longo prazo possam apresentar um risco superior.
	A	Compreende os casos de forte capacidade de pagamento de compromissos, porém são mais suscetíveis de sofrer os efeitos adversos de alterações nas circunstâncias envolventes ou nas condições econômicas gerais, do que as referidas em AAA e AA.
	BBB	É atribuída para as situações que apresentam uma capacidade adequada para liquidar compromissos. Embora apresentem com caráter regular parâmetros adequados de proteção, estão mais expostas aos efeitos adversos de alterações nas circunstâncias envolventes ou nas condições econômicas gerais, o que pode reduzir as capacidades de pagar as amortizações e os juros, mais fortemente do que nas três anteriores.
Especulativo	BB	As situações aqui incluídas levam a presumir a existência de elementos especulativos, embora sejam menos vulneráveis à possibilidade de não cumprimento, a curto prazo, do que as seguintes. Apresentam considerável incerteza ou exposição a situações operacionais, financeiras ou econômicas adversas, que poderão conduzir a reduções na capacidade para liquidar os compromissos. A notação BB também é atribuída à dívida subordinada à dívida principal ou sênior a que se atribui a categoria BBB. Situações que apresentam uma maior vulnerabilidade à possibilidade de não cumprimento, embora no presente

¹³ DOMINGOS FERREIRA. **Swaps e derivados de crédito**. São Paulo: Sílabo. 2008, p. 510.

		tenham capacidade para liquidar os compromissos.
	B	Condições operacionais, financeiras ou econômicas adversas são suscetíveis de enfraquecer a capacidade de liquidar os compromissos. A notação B também é atribuída à dívida subordinada principal ou sênior a que se atribui a categoria BB.
		Para situações que apresentem, já no corrente, vulnerabilidade identificável ao não cumprimento e estão dependentes de condições operacionais, financeiras e
	CCC	econômicas para cumprir os seus compromissos de forma adequada. No caso de situações operacionais, financeiras ou econômicas adversas é provável que não satisfaçam os compromissos. A notação CCC também é atribuída à dívida subordinada principal ou sênior que se atribui a categoria B.
Default	CC	É tipicamente atribuída à dívida subordinada à dívida principal ou sênior à qual é dada a categoria CCC.
		É tipicamente atribuída à dívida subordinada à dívida principal ou sênior à qual é dada a categoria CC. Também é
	C	utilizada para os casos em que foi apresentada situação de falência, mas cujos compromissos continuam a ser pagos.
		Para as situações de não cumprimento, quando os juros e as amortizações não são pagas nas datas devidas, mesmo que o
	D	período de graça aplicável ainda não tenha expirado, a não ser que a S&P ¹⁴ acredite que os compromissos serão liquidados naquele período de graça. É também justificada nos casos de apresentação de processo de falência e em que os compromissos não estão sendo pagos ou estão ameaçados.

4. CORRELAÇÃO ENTRE A SEGURANÇA JURÍDICA BRASILEIRA E SUA CLASSIFICAÇÃO COMO (IN)SEGURO PARA CAPTAR INVESTIMENTOS ESTRANGEIROS

A principal, e mais respeitada, agência de classificação de risco do mundo, a S&P, atribuiu¹⁵, no dia 11 de dezembro de 2019, a nota ao Brasil de “BB-”, dessa forma, ocorreu uma elevação de estável para positiva a perspectiva da nota brasileira.

Conforme a agência acima citada conclui em seu relatório, existe uma possibilidade de, nos próximos dois anos a nota do Brasil ser elevada, podendo-se atingir a nota BBB e alterando o seu grau de especulativo para o de investimento, tal mudança traria um incontável número de fatos positivos, tanto na economia, quanto no mercado e demais setores primários. Frise-se que países com grau de investimento, principalmente atribuídos pela S&P, atraem mais investidores estrangeiros, com uma maior captação de numerário.

Contudo, é preciso que o país faça a sua parte e adeque suas posições

¹⁴ S&P: Standard & Poor's. Com 28 escritórios em todo o mundo e uma história de mais de 150 anos, a S&P Global Ratings oferece inteligência de mercado de alta qualidade na forma de ratings de crédito, análise e artigos.

¹⁵ Disponível em: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2019-12/standard-poors-eleva-perspectiva-da-nota-do-brasil>

econômicas, políticas e, principalmente, jurídicas, de acordo com as regras internacionais das agências de classificação de riscos, pois antes de se buscar a atratividade do mercado financeiro é preciso implementar uma agenda econômica liberal, a qual, dentre outros fatores, buscará um novo ciclo de investimentos advindos de, principalmente, companhias internacionais.

É importante ter consciência, como anteriormente já afirmado, de que qualquer investidor estrangeiro, para se sentir atraído em investir no Brasil, precisa de incentivos e segurança, e o desrespeito e a incerteza em relação ao cumprimento das regras jurídicas estabelecidas tornam qualquer país um repelente do capital externo.

E o pensamento dos Tribunais Superiores, em relação ao respeito da segurança jurídica e a manutenção do entendimento e compreensão de um determinado tema devidamente positiva em lei, estão mudando, e podemos verificar esse enfoque no brilhante voto da Ministra Rosa Weber¹⁶ a seguir colacionado,

[...] anoto, em segundo lugar, questão que antecede, ontologicamente, o próprio dimensionamento da garantia fundamental assegurada no art. 5º, LVII, da Constituição, objeto do mérito, que diz com a segurança jurídica, segurança jurídica que, na minha compreensão, mais do que um princípio, consiste em um valor insito à democracia, ao estado de direito e ao próprio conceito de justiça, além de traduzir, na ordem constitucional, uma garantia dos jurisdicionados. Nesse enfoque, a imprevisibilidade, segundo entendo, por si só qualifica-se como elemento capaz de degenerar o Direito em arbítrio. Por isso aqui já afirmei, mais de uma vez, que, compreendido o Tribunal como instituição, a simples mudança de composição não constitui fator suficiente para legitimar a alteração da jurisprudência, como tampouco o são, acresço, razões de natureza pragmática ou conjuntural.

Ora, é evidente que o respeito à coisa julgada, a jurisprudência pacificada e, principalmente, à Constituição Federal e à legislação infraconstitucional trará benefícios ao país, tanto na esfera jurídica, quanto na posição do Brasil no cenário econômico mundial, haja vista que haverá um cuidado em garantir-se a segurança jurídica o que, de pronto, atrairá maior capital estrangeiro.

Isto posto, pode-se afirmar que a segurança jurídica, quando respeitada, encontra eco no ambiente de negócios, pois se há interpretação imediata das normas jurídicas, há previsão, mesmo que não seja total – pois isto é impossível, sobre a solução de uma lide que envolva capital externo, garantindo assim, previsibilidade e segurança a todos que compõem o processo, restando o mesmo livre de interpretações subjetivas e mudanças interpretativas intermediárias provenientes, muitas vezes, de

¹⁶ Voto da Ministra Rosa Weber, do STF, quando do julgamento do Habeas Corpus nº 152.752 – PR, de Relatoria do Ministro Edson Fachin. Disponível em: <https://www.jota.info/wp-content/uploads/2018/04/voto-rosa.pdf>

lobby e interesses pessoais.

Com o princípio da segurança jurídica insculpido na Constituição Federal de 1988, como já referido – no inciso XXXVI, do artigo 5º, o Brasil externou sua intenção de respeito ao referido instituto, de forma que, pode-se afirmar, que não há, de forma gritante, uma época de insegurança em termos jurídicos, contudo, não basta que tal segurança esteja prevista em nossa Carta Magna sem que os tribunais pátrios levem ao cabo tal previsão, o Supremo Tribunal Federal, como guardião e defensor da Constituição Federal deve primar pelas normas que lá estão previstas e não fazer, como vem tentando fazer, alterar o entendimento do que está positivado.

Dessa forma, tem-se que a realidade jurídica brasileira é bem avaliada no cenário internacional, no que tange à segurança jurídica, contudo, é necessário que ocorra uma evolução institucional do judiciário a fim de que o mesmo seja uníssono em suas decisões, afastando a possibilidade de dois processos idênticos possuírem sentenças totalmente divergentes, assim, o Brasil poderá almejar novos degraus, em direção ao topo do cenário econômico mundial, principalmente se comparado a outros países da América Latina, haja vista ser o maior país consumidor da América do Sul, com grande potencial de mercado e com diversas possibilidades de captação de investimentos advindos de outros países ou grandes companhias.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como visto, o respeito e a devida aplicação do princípio da segurança jurídica, estampado no inciso XXXVI, do artigo 5º, da Constituição Federal de 1988, é, dentre outros, um importante índice para a classificação do Brasil perante as agências de *rating*.

A segurança jurídica, como demonstrado, não se trata de um princípio absoluto na esfera judicial, contudo este encontra-se na base do ordenamento jurídico, sendo considerada uma das normas fundamentais de um estado democrático de Direito.

Conforme aqui exposto, vive-se em uma economia globalizada, na qual existe uma interdependência entre os atores mundiais, em especial os Estados e as grandes companhias, no qual aqueles buscam investimento destas, e é justamente a garantia de que há, no Brasil, respeito à segurança jurídica que tornará sua atratividade ao capital estrangeiro mais forte, podendo, inclusive, ser fator chave para a elevação de

sua nota junto a maior agência de *rating* do mundo a Standard & Poor's, dos Estados Unidos da América.

Assim, ambientes jurídicos nacionais desprovidos de segurança jurídica repelem os investidores que convivem em uma economia globalizada, possuindo, assim, o globo inteiro para investir, com a possibilidade de escolher aqueles países que lhes trarão menos riscos à perda de capital por conta de uma decisão judicial caso venha a ocorrer uma lide entre eles e um ente daquele Estado em que ocorreu o investimento.

Dessa forma, é possível afirmar-se que não há dúvidas de que o fato de desconsiderar a segurança jurídica é colocar a perder toda a atividade judicial e econômica de um país.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

BAUMANN, Zygmunt. **Globalização: as consequências humanas**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999. p. 7.

Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

DOMINGOS FERREIRA. **Swaps e derivados de crédito**. São Paulo: Sílabo. 2008, p. 510

FRAZÃO SOARES, Carla de Almeida. **Da possibilidade de regulamentação das agências de rating no Brasil**. jul/2005. p. 21. Disponível em: http://www.cvm.gov.br/port/public/publ/ie_ufrj_cvm/Carla_de_Oliveira_Frazaio.pdf Notícia da página Agência Brasil, de 11/12/2019. Disponível em: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2019-12/standard-poors-eleva-perspectiva-da-nota-do-brasil>

RIBEIRO, Elton Jony Jesus; SILVA, Edilson Benedito da. **Investimento Estrangeiro Direto no Brasil no período de 2003-2012: aspectos regionais e setoriais**. Boletim de política internacional do IPEA - BEPI, nº 14, mai/ago 2013. p. 31. Disponível em http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/4431/1/BEPI_n14_investimento.pdf

SILVA, Ovídio Araújo Batista da. **Curso de Processo Civil (Processo de Conhecimento)**. Porto Alegre: Fabris, 1987, p. 415.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Onda Reformista do Direito Positivo e suas Implicações com o Princípio da Segurança Jurídica**. In.: Revista da Escola Nacional de Magistratura, n. 1, abr. 2006, p. 97.

WALD, Arnaldo; LEMES, Selma Ferreira (Coord.). Arbitragem comercial internacional: **a Convenção de Nova Iorque e o direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 9.

ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel. **Direito e economia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. Prefácio.

Voto da Ministra Rosa Weber, do STF, quando do julgamento do Habeas Corpus nº 152.752 – PR, de Relatoria do Ministro Edson Fachin. Disponível em: <https://www.jota.info/wp-content/uploads/2018/04/voto-rosa.pdf>

FUNÇÕES ESSENCIAIS À JUSTIÇA E A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

ESSENTIAL FUNCTIONS TO JUSTICE AND THE EFFECTIVENESS OF FUNDAMENTAL RIGHTS

Beatriz John Kettermann¹

Isabelle Klein²

Resumo

As Funções Essenciais à Justiça, no modelo democrático de Estado instituído pela Carta Constitucional de 1988, alcançaram o mesmo patamar de importância das funções desempenhadas pelos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. Nesta seara esse trabalho teve como objetivo estudar o papel das funções essenciais à justiça na efetivação dos direitos fundamentais. O método utilizado na pesquisa foi o hipotético-dedutivo. A partir deste, utilizou-se como fonte bibliográfica de pesquisa doutrinas, textos, artigos provenientes da internet, bem como documentos legais para a construção teórica. A pesquisa foi finalizada com uns breves apontamentos quanto a concretização dos serviços prestados durante a pandemia, momento no qual o acesso à justiça restou fragilizado.

Palavras-chave: Acesso à Justiça; Direitos Fundamentais; Funções Essenciais à Justiça.

Abstract

The Essential Functions to Justice, in the democratic model of the State established by the Constitutional Charter of 1988, reached the same level of importance as the functions performed by the Executive, Legislative and Judiciary Powers. In this area, this work aimed to study the role of essential functions to justice in the realization of fundamental rights. The method used in the research was the hypothetical-deductive method. From this, doctrines, texts, articles from the internet, as well as legal documents for theoretical construction were used as a bibliographical source for research. The research ended with brief notes on the implementation of services provided during the pandemic, a moment in which access to justice remained fragile.

Keywords: Access to Justice; Fundamental Rights; Essential Functions to Justice.

INTRODUÇÃO

Para que os direitos fundamentais, como o direito à educação e a saúde, sejam garantidos, é necessário que todas as pessoas tenham a chance de exigí-los. Por isso, a Constituição Federal de 1988 prevê o direito de acesso à justiça como um dos direitos

¹ Mestranda em Direito da Universidade de Passo Fundo/RS. Endereço de e-mail: 189331@upf.br

² Mestranda em Direito da Universidade de Passo Fundo/RS. Endereço de e-mail: 128135@upf.br

fundamentais do cidadão. Os direitos constitucionais não seriam auferidos se não existissem na prática formas de acionar o Poder Judiciário em caso de violações.

Por este motivo que ao lado do Judiciário foram criadas algumas funções essenciais para o seu bom funcionamento, para fazer valer a imparcialidade do mesmo e, também, para equilibrar seu poder. Da mesma forma, as funções foram criadas para que o acesso ao Judiciário fosse o mais amplo possível, em face do princípio da inafastabilidade jurisdicional e do devido processo legal.

As funções essenciais à justiça foram materializadas em determinados órgãos que foram criados exatamente para o desempenho dessas funções, que estão rotuladas na Constituição Federal de 1988, em seu Capítulo IV, artigos 127 a 135. É o caso do Ministério Público, da Advocacia Pública, da Advocacia Privada e da Defensoria Pública.

Este trabalho apresenta uma abordagem individual de cada um desses institutos, destacando de forma simples e objetiva a sua importância jurídica para a sociedade. Tais funções serão brevemente abordadas em um estudo estruturado em quatro subtítulos. Inicialmente serão abordadas a Advocacia Pública e Privada. Posteriormente aborda-se a Defensoria Pública e, por fim, o Ministério Público.

1. ADVOCACIA PRIVADA

Em primeiro lugar aborda-se sobre a Advocacia Privada, uma vez que a indispensabilidade do advogado frente a justiça, conforme Alexandre de Moraes³ (2016, p. 968), “coaduna-se com a necessária intervenção e participação da classe dos advogados na vida de um Estado democrático de direito e, como salientado pelo Supremo Tribunal Federal, na aplicação e defesa da ordem jurídica”.

Para tanto, a atuação deste órgão somente estará legitimada se o indivíduo estiver subscrito no quadro de Advogados da Ordem dos Advogados do Brasil. A imposição do referido Exame de Ordem foi considerada, pelo Supremo Tribunal Federal, constitucional. Em que pese alguns profissionais afirmem ferir determinados princípios, o entendimento se dá pela admissibilidade de tal exigência normativa.

Moraes (2016) afirma que a indispensabilidade do advogado, conforme dispõe o artigo 133 da Constituição Federal, não é cabal, visto que, excepcionalmente há possibilidades de a lei conferir o *ius postulandi* a pessoa comum, como no caso de *habeas corpus* ou na revisão criminal.

³ MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 32 ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 968.

A imunidade atribuída aos profissionais no artigo 7º, parágrafo 2º, da Lei nº 8.906 de 1994⁴, que diz: “O advogado tem imunidade profissional, não constituindo injúria, difamação puníveis qualquer manifestação de sua parte, no exercício de sua atividade, em juízo ou fora dele, sem prejuízo das sanções disciplinares perante a OAB, pelos excessos que cometer” é de suma importância no que tange a possibilidade de exercer, de maneira ampla e autônoma a profissão.

Para tanto, a Constituição Federal também dispõe, em seu artigo 133, a garantia de imunidade aos profissionais da área. Imunidade essa que, conforme dispõe Pedro Lenza⁵ (2012, p. 794), “não é irrestrita, devendo obedecer aos limites definidos na lei (Estatuto da OAB — Lei n. 8.906/94) e restringir-se, como prerrogativa, às manifestações durante o exercício da atividade profissional de advogado”.

A advocacia privada é uma das principais portas de acesso à garantia constitucional do acesso à justiça. A sociedade busca a solução dos seus conflitos por intermédio da advocacia, é assim que se dá, historicamente, salvo naquelas hipóteses em que há outros atores, como por exemplo, o Ministério Público, a Defensoria Pública, é por meio do advogado que as partes irão a juízo ou aos demais métodos adequados de solução de conflito, como a mediação por exemplo, para buscar a respectiva solução, a aplicação do sistema jurídico à sua situação concreta.

Desta forma, torna-se indiscutível o papel do Advogado em benefício da sociedade. O profissional se encontra em posição de defesa da Constituição, do Estado Democrático de Direito e na busca por uma sociedade justa e igualitária, defendendo princípios constitucionais, dentre eles, o da legalidade.

2. ADVOCACIA PÚBLICA

O legislador constituinte, no Título IV, Capítulo IV, artigos 131 e 132 da Constituição Federal, incluiu a Advocacia Pública como função essencial à justiça, ao lado do Ministério Público, da Advocacia e da Defensoria Pública.

O artigo 131 da Constituição Federal trata especificamente da Advocacia-Geral da União. Já o artigo 132⁶ dispõe sobre a organização dos procuradores dos Estados e do Distrito Federal estabelecendo que:

⁴ BRASIL. **Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994**. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8906.htm. Acesso em: 19 out. 2021.

⁵ LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

⁶ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 19 out. 2021.

Os procuradores dos Estados e do Distrito Federal, organizados em carreira, na qual o ingresso dependerá de concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as suas fases, exercerão a representação judicial e a consultoria jurídica das respectivas unidades federadas.

Nota-se que os procuradores dos Municípios não foram expressamente incluídos no dispositivo constitucional que versa a respeito da Advocacia Pública. A omissão do texto constitucional, todavia, está prestes a ser sanada, pois foi aprovada na Comissão de Constituição e Justiça (CCJ) do Senado Federal a PEC nº 17/2012, que tem como escopo a expressa inclusão dos Municípios no texto do artigo 132 da Constituição Federal.

A referida proposta de emenda à Constituição, que reafirma a obrigatoriedade de concurso público para a contratação e a organização em carreira dos procuradores, em todos os Municípios brasileiros, foi amplamente discutida e está pronta para deliberação do Senado Federal, desde 2019, quando a matéria foi desarquivada, segundo informações obtidas junto à página do Senado Federal⁷, na internet.

De qualquer modo, certo é que a Advocacia Pública Municipal está implicitamente compreendida no artigo 132 da Constituição Federal. E tal conclusão decorre do fato de que os procuradores da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além das normas específicas oriundas do ente público ao qual se encontram vinculados, estão submetidos ao mesmo regramento jurídico geral – normas e preceitos constitucionais e legislação infraconstitucional.

A propósito, pode ser citada como exemplo a obrigatória observância, pelos procuradores dos entes federados, na qualidade de advogados, ao Estatuto da OAB⁸, Lei Federal nº 8.906/1994, que estabelece, inclusive, proibições e impedimentos ao advogado vinculado à administração pública, no exercício da função de procurador.

Além do mais, a autonomia político-administrativa e financeira dos Municípios encontra limites no princípio da simetria⁹, segundo o qual o ente da federação deve elaborar suas leis e organizar-se de forma compatível ao texto constitucional. Logo, não há dúvida de que na estrutura administrativa dos Municípios, assim como ocorre

⁷ SENADO FEDERAL. **Proposta de Emenda à Constituição nº 17, de 2012**. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/105021>. Acesso em: 19 out. 2021.

⁸ BRASIL. **Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994**. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8906.htm. Acesso em: 19 out. 2021.

⁹ “Art. 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”. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**.

nos demais entes da federação, os procuradores devem estar organizados em carreira, na qual o ingresso se dará exclusivamente por meio de concurso público.

O legislador constituinte, ao assim estabelecer, buscou assegurar a independência técnico profissional dos procuradores que desempenham importante função na estrutura administrativa dos entes federados, porquanto responsáveis pela defesa dos interesses da Administração Pública em Juízo e fora dele, função que foi qualificada como essencial à justiça pela Carta Magna de 1988.

Além da representação judicial, ao Advogado Público compete a defesa institucional da Administração Pública e o trabalho de prevenção de litígios, assessoramento e orientação ao governo, no sentido de assegurar que a atividade administrativa se desenvolva de acordo com a legalidade e o interesse público.

A independência técnica-profissional do Advogado Público, evidentemente, não confere a este a prerrogativa de por motivos de ordem pessoal, discordância ou divergência de ideais impedir ou criar obstáculos à efetivação das políticas públicas eleitas pelo administrador, caso esteja a política eleita conforme a lei e aos princípios que regem a administração.

De outro lado, em razão da mesma independência técnico-profissional deve-se garantir ao Advogado Público isenção política e autonomia para a defesa dos interesses institucionais da Administração Pública e da coletividade.

Nesse sentido, e por pertinente ao tema exposto, cabe a transcrição dos ensinamentos de Cristiane da Costa Nery¹⁰:

A independência e autonomia no trabalho desenvolvido pelos advogados públicos, assim como nas demais carreiras de estado, como se vê, são fundamentais para que as políticas a serem implementadas o sejam com isenção e correção, pois legitimadas por profissionais com comprometimento técnico e orgânico, sem qualquer vinculação com compromissos político-partidários, mas sim com o serviço público, com políticas de Estado.

A defesa das prerrogativas da função pública, portanto, nada mais é do que a defesa da própria instituição administrativa para satisfação do interesse público e da efetivação dos princípios constitucionais da impessoalidade e da eficiência. As garantias de independência são a garantia da institucionalização do ente de Estado que ele representa, quer seja União, Estado, Município, pois torna efetiva a ação controladora sobre a juridicidade dos atos do Poder Público. E toda e qualquer usurpação das prerrogativas do cargo deve ser combatida, seja mediante ações judiciais, seja mediante a busca da independência e autonomia funcionais, o que deve ser a base da atuação da advocacia pública, haja vista a sua importância para a justiça e o Sistema Federativo Brasileiro.

Deve, portanto, o Advogado Público possuir autonomia, a fim de expressar seu entendimento à luz do direito, salvaguardando os interesses coletivos de forma compromissada com os dispositivos e princípios constitucionais e legais que norteiam sua atuação. O servidor de carreira não está inserido na luta pelo poder

¹⁰ NERY, Cristiane da Costa. **A constitucionalização da carreira do Procurador Municipal: função essencial e típica do Estado**. Interesse Público – IP, Belo Horizonte, ano 12, n. 60, p. 250.

político-partidário, mas sim vinculado à causa institucional do ente que representa como expressão do seu trabalho.

Com efeito, a Constituição Federal de 1988, que conferiu aos Municípios o status de ente federado, com importante e fundamental papel na promoção da cidadania e oferta de bens e serviços públicos, não deixou de disciplinar e estabelecer diversas formas de controle das decisões e atos administrativos, delegando aos Advogados Públicos, a função de orientar a atuação do administrador público, com o intuito de assegurar a preservação da legalidade administrativa e do interesse público, acima de tudo.

Sabe-se que é no âmbito municipal que se reconhecem as necessidades da população e que se desenvolvem as ações necessárias à garantia e preservação dos direitos básicos e essenciais dos cidadãos, tais como saúde, educação, segurança, dentre outros, bem como que cresce sistematicamente o número de demandas exigindo dos Municípios meios aptos a assegurar a efetiva concretização desses direitos. De outro lado, sabe-se que toda e qualquer decisão do administrador, mesmo que tenha por propósito a garantia e efetividade de direitos fundamentais dos cidadãos, deve estrita obediência à Lei.

Daí o motivo por que, apesar da omissão do artigo 132 da Constituição Federal com relação aos Municípios, a qual será suprida com a aprovação da PEC nº 17/2012, não se discute a essencialidade das atividades desenvolvidas pela Advocacia Pública em qualquer um dos entes da federação.

Neste aspecto, importa consignar que a característica de função essencial à justiça conferida implicitamente à Advocacia Pública Municipal, pela Constituição Federal de 1988, é perceptível nas ações do Advogado Público que, no exercício das suas atribuições, em suas manifestações, opiniões e aconselhamentos, busca e almeja a efetiva concretização do interesse público.

As atividades desempenhadas pelo Advogado Público, em todas as unidades federativas, são de fundamental importância para a adequação das decisões de governo e atos administrativos à ordem jurídica, e para a efetividade dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e da eficiência, constitucionalmente consagrados (CF, art. 37)¹¹.

Por fim, o reconhecimento da Advocacia Pública Municipal como função essencial para a concretização da justiça reforça a compreensão de que todo e qualquer

¹¹ “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 e, também, ao seguinte”. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**.

Município, por menor que seja, precisa contar com assessoria jurídica efetiva, autônoma em suas opiniões, sob o aspecto da independência técnica-profissional, qualificada e comprometida com a defesa dos interesses institucionais da Administração Pública e, sobretudo, com a preservação do interesse público.

3. DEFENSORIA PÚBLICA

Não se pode deixar de mencionar que a Constituição Federal, garante, em seu artigo 5º, inciso LXXIV, a prestação de assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos. Tal direito e garantia fundamental faz jus ao princípio da igualdade e instrumentaliza-se por meio da Defensoria Pública, órgão responsável por resguardar e garantir o acesso à ampla defesa.

Para tanto, tornar-se-ia inalcançável tal garantia se, ao assegurar o tratamento igualitário de todos os indivíduos perante a lei, conforme dispõe o artigo 5º, *caput*, não trouxesse consigo o direito ao acesso universal à justiça, afirma Fábio Luís Mariani de Souza¹² (2011).

Ademais, conforme Souza (2011), sabe-se que, desde sua premissa, a sociedade procura por meios que possibilitem garantir a defesa daqueles que são considerados mais vulneráveis. Além disso, o fato de vivermos em uma sociedade cuja desigualdade social se faz presente em todos os segmentos, contribui para que a atuação concreta deste órgão frente às demandas por serviços fundamentais torne-se imprescindível à efetivação dos direitos elencados ao longo do artigo 5º da Constituição Federal.

Sendo, dessa maneira, um órgão que representa a expressão e o instrumento de um regime democrático. Souza (2011), afirma que, no Brasil, o acesso ao poder judiciário se dá, grande parte das vezes, através da Defensoria Pública, muito por conta de grande parte da população de baixa renda, logo, este órgão “desempenha, então, o papel de instrumento para a realização dos direitos fundamentais. Em especial, na seara do sistema punitivo, que é sabidamente seletivo e estigmatizante para esta parcela populacional” (p. 86).

Cabe destacar a importante evolução da assistência judiciária brasileira com a promulgação da Constituição Federal de 1988. Tal órgão alcançou um novo estágio através da Emenda Constitucional nº 45, que designou a instituição como essencial à função jurisdicional do Estado, tornando-se, a partir disso, segundo Pedro Lenza (2012), um instrumento que é incumbido pela orientação jurídica e pela defesa, em

¹² SOUZA, Fábio Luís Mariani de. **A Defensoria Pública e o acesso à justiça penal**. 1 ed. Porto Alegre: Núria Fabris, 2011.

todos os graus, dos hipossuficientes, nos termos do artigo 134, *caput*, da Constituição Federal e, ainda, detentora de autonomia funcional, administrativa e orçamentária.

Para tanto, além de pleitear a defesa dos indivíduos perante o judiciário, a partir da Emenda Constitucional nº 45 de 2004, a Defensoria Pública tornou-se órgão legitimado para proposição de Ação Civil Pública, podendo assim agir em defesa da efetivação de direitos coletivos dos necessitados. A Defensoria Pública, afirma Tiago Fensterseifer¹³ (2015), atua na promoção de direitos sociais individuais e coletivos voltados à educação, saúde, segurança, assistência aos desamparados, etc., possibilitando, em termos gerais, que as necessidades básicas da população sejam aferidas.

Nas palavras do ex-ministro do Supremo Tribunal Federal¹⁴, Marco Aurélio Mello (2001), seria esta “uma Instituição que, acima de tudo, estima-se ao alcance dos mais desvalidos, sabidamente os que carecem em demasia da Justiça e que, pelos vezos do próprio sistema, dificilmente obtém-na a contento [...] já que Justiça apartada do povo não é Justiça”.

A Defensoria Pública é, portanto, conforme Souza (2011), uma instituição inerente a um Estado Democrático de Direito, pois ao cumprir sua fundamental missão constitucional, qual seja promover o acesso à Justiça a milhões de pessoas, estará efetivando os princípios fundamentais presentes na Constituição Federal, especificamente os princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade material.

Portanto, reconhecidas constitucionalmente como provedoras de Justiça, na garantia e efetivação de direitos, as defensorias públicas brasileiras precisaram adaptar-se às restrições impostas pela pandemia de Covid-19. A adoção do trabalho remoto, imposta pela necessidade de distanciamento social, fez surgir formas alternativas ao clássico atendimento presencial.

A instituição teve que, de forma célere, se reinventar e buscar soluções para a manutenção de seus atendimentos, pois com a intensificação do uso dos meios digitais ficou evidente a necessidade de se pensar a relação entre a Defensoria Pública e a população sob uma nova perspectiva.

Conforme expôs José Alberto Oliveira de Paula Machado¹⁵, “a travessia para uma Defensoria multiportas foi acelerada por essa crise pandêmica”, inaugurando a versão

¹³ FENSTERSEIFER, Tiago. **Defensoria Pública, direitos fundamentais e ação civil pública**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

¹⁴ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ministro Marco Aurélio Mello – Inauguração da Sala da Defensoria Pública**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/vernoticiadetalle.asp?idconteudo=100065>>. Acesso em: 19 out. 2021.

¹⁵ MACHADO, José Alberto Oliveira de Paula. **Seja bem-vinda a versão híbrida da Defensoria Pública pós-Covid-19**. CONJUR. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jul-21/tribuna-defensoria-seja-bem-vinda-versao-hibrida-defensoria-publica-pos-covid-19>. Acesso em 09 nov. 2021.

híbrida da Defensoria Pública. Desta forma, um dos maiores desafios da Instituição no contexto do uso de novas tecnologias está relacionado à exclusão tecnológica/digital, tendo em vista que esta faz emergir mais uma barreira a ser enfrentada tanto pela pessoa assistida quanto pelos profissionais que atuam na defensoria: a vulnerabilidade digital.

Os hipossuficientes foram os que mais sofreram com os impactos gerados pela pandemia refletindo em um aumento da necessidade do serviço prestados pelos defensores públicos. Nesse sentido, a defensoria teve que aperfeiçoar os canais de atendimento, o que também ocorreu com os outros órgãos que exercem função essencial à busca pela justiça.

4. MINISTÉRIO PÚBLICO

Ainda como Função Essencial à Justiça, nos termos constitucionais originários (artigo 127), o Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Ressalta-se que o Ministério Público é um órgão que tem como função a proteção do equilíbrio entre os poderes e atuação como defensor da sociedade, através da ação penal pública e da ação civil pública.

Conforme Hugo Nigro Mazzilli¹⁶ (1989), Promotor de Justiça do Estado de São Paulo, ao Ministério Público é destinado constitucionalmente à defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, e lhe é conferido, tanto a iniciativa de algumas ações, como a intervenção noutras tantas delas.

Mazzilli (1989) afirma em sua obra “O acesso à Justiça e o Ministério Público”, que não apenas lhe é destinado a colaboração com a prestação jurisdicional do Estado, seja como órgão agente, seja como órgão interveniente, mas que o ofício do Ministério Público se desenvolve também na esfera extrajudicial.

Na área criminal, o Ministério Público pode investigar diretamente infrações penais, cabendo-lhe, ainda, o relevante papel de exercer o controle externo da atividade policial, na forma da lei complementar de cada Estado (MAZZILLI, 1989).

¹⁶ MAZZILLI, Hugo Nigro. **O acesso à Justiça e o Ministério Público**. Disponível em: <<http://mazzilli.com.br/pages/artigos/acjusmp.pdf>>. Acesso em: 19 out. 2021.

No campo extrapenal, pode exercitar a administração pública de interesses privados (como na aprovação de acordos extrajudiciais), bem como tem o dever de atender o público, um dos canais mais adequados para o zelo pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados na Constituição.

O Ministério Público, afirmam José Maria Rosa Tesheiner e Rennan Faria Krüger Thamay (2016)¹⁷, tem tido seu desempenho destacado pela propositura de ações visando à proteção de interesses difusos.

É essencial à prestação jurisdicional quando se trata de feitos nos quais estejam em jogo interesses sociais ou individuais indisponíveis. Além disso, sua responsabilidade de guardião da ordem jurídica pode ser considerada perante os outros Poderes do Estado e não apenas perante o Judiciário (CF., art. 129, II).

Observa-se que, na esfera criminal, tem o dever de promover em juízo a apuração dos delitos e a responsabilização dos seus autores. Na esfera cível, o papel do Ministério Público é tão importante quanto na esfera criminal, e ultimamente suas funções vêm crescendo bastante nesta área.

E é justamente nas questões que dizem respeito a interesses sociais ou individuais indisponíveis, e interesses difusos ou coletivos, que o Ministério Público aparece na defesa de relevantes valores democráticos, seja para possibilitar o acesso ao Judiciário, como para agir como fator de equilíbrio entre as partes no processo (TESHEINER e THAMAY, 2016).

O Ministério Público não age na defesa dos interesses dos governantes, mas sim na busca da realização dos interesses da sociedade. Seus princípios estão elencados no parágrafo 1º do artigo 127, suas funções no artigo 129 e suas subdivisões (MPU, MPF, MPT, MPM MPDFT e MPE) no artigo 128 da Constituição Federal.

Assim, é urgente que o Ministério Público (em todos os seus ramos/unidades e de forma conjugada) promova um amplo diagnóstico diante do novo contexto trazido à tona pela pandemia, levando em conta os obstáculos criados pelo distanciamento social ao acesso à justiça.

O posicionamento do Parquet como fiscal da lei deve ter como objetivo a fiscalização da continuidade do desenvolvimento das atividades institucionais dos órgãos públicos, pois as demandas continuam em curso.

¹⁷ TESHEINER, José Maria Rosa; THAMAY, Rennan Faria Krüger. **Teoria Geral do Processo: em conformidade com o novo CPC**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

Reflexo da pandemia em diversas áreas da atuação do MP foi o fechamento de Promotorias de Justiça, momento em que ocorreu a realização de trabalho remoto dos servidores, mas que rendeu diminuição das despesas e mesmo com a distância permitiu a maximização do direito fundamental do acesso à justiça.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

É notório que cada uma das Funções Essenciais à Justiça desempenha o importante papel de transpor os direitos elencados nos textos legais para o mundo real, operando no sentido de efetivar os direitos materiais. Pois, não é de hoje que no mundo em que se vive há violações constantes aos direitos fundamentais, inclusive aos mais básicos e necessários para o usufruto de uma vida minimamente digna.

A Defensoria Pública age na defesa dos necessitados e, no auxílio e proteção dos direitos dos carentes economicamente e vem ganhando campo de atuação cada vez maior. Pois é reconhecível a desigualdade existente entre os diferentes indivíduos e grupos que formam a sociedade.

O Ministério Público atua na propositura de ações visando à proteção de interesses difusos e vem intervindo muito nos processos coletivos através da Ação Civil Pública. Exerce a prestação jurisdicional como órgão do Estado, fazendo valer normas indisponíveis de ordem pública, como também auxilia particulares, ou substitui suas iniciativas, no zelo de interesses indisponíveis dos cidadãos.

Ambas as funções contribuem para a redução das desigualdades sociais e econômicas cooperando para a formação de um Estado mais justo e igualitário. Pois não existe democracia em um Estado incapaz de garantir o acesso à justiça.

E por fim, a Advocacia também contribui para o acesso à justiça, pois conforme a Constituição estabelece, o advogado é indispensável à administração da justiça operando na mobilização e preservação dos direitos humano-fundamentais de seus clientes.

A consagração de ampla possibilidade de acesso à justiça como decorrência da garantia constitucional da inafastabilidade do controle do direito foi extremamente positiva, sobretudo na medida em que assegura a todo titular de um direito ameaçado ou de um direito que sofra alguma lesão o acesso ao sistema judicial. Mas houve junto com isso um efeito colateral: essa garantia acarretou uma verdadeira avalanche de processos na justiça.

Esse alto índice de litigiosidade somado a morosidade na prestação da tutela jurisdicional constituem um problema grave, que deve ser enfrentado por todos nós, não só pelo Poder Judiciário, deve ser enfrentado pelo sistema judicial, que engloba todos nós, o Ministério Público, a Advocacia Privada, a Advocacia Pública e a Defensoria.

Como se não bastasse a habitual demora do Judiciário, em 2020 fomos abatidos por uma pandemia global que reduziu o número de servidores trabalhando nos fóruns, mas não diminuiu a demanda por atendimento.

O novo cenário trazido pela pandemia do coronavírus fez com que o acesso à justiça restasse prejudicado, pois parcela da população vulnerável não dispunha de acesso aos meios digitais, o que tornou necessária, em alguns casos, a manutenção de atividades que demandavam presença física.

No entanto, apesar dos apesares, todos que atuam nos órgãos ou instituições integrantes das Funções Essenciais à Justiça lutaram e seguem lutando em defesa dos direitos fundamentais dos cidadãos que os têm violados ou sob ameaça, exercendo, portanto, um relevante papel no Estado Democrático de Direito, sobretudo durante o período pandêmico enfrentado nos últimos meses.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

BRASIL. **Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994**. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18906.htm. Acesso em: 19 out. 2021.

FENSTERSEIFER, Tiago. **Defensoria Pública, direitos fundamentais e ação civil pública**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MACHADO, José Alberto Oliveira de Paula. **Seja bem-vinda a versão híbrida da Defensoria Pública pós-Covid-19**. CONJUR. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jul-21/tribuna-defensoria-seja-bem-vinda-versao-hibrida-defensoria-publica-pos-covid-19>. Acesso em 09 nov. 2021.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **O acesso à Justiça e o Ministério Público**. Disponível em: <<http://mazzilli.com.br/pages/artigos/acjusmp.pdf>>. Acesso em: 19 out. 2021.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 32 ed. São Paulo: Atlas, 2016.

NERY, Cristiane da Costa. **A constitucionalização da carreira do Procurador Municipal: função essencial e típica do Estado**. Interesse Público – IP, Belo Horizonte, ano 12, n. 60, p. 243-260.

SENADO FEDERAL. **Proposta de Emenda à Constituição nº 17, de 2012**. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/105021>. Acesso em: 19 out. 2021.

SOUZA, Fábio Luís Mariani de. **A Defensoria Pública e o acesso à justiça penal**. 1 ed. Porto Alegre: Núria Fabris, 2011.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ministro Marco Aurélio Mello – Inauguração da Sala da Defensoria Pública**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/vernoticiadetalle.asp?idconteudo=100065>. Acesso em: 19 out. 2021.

TESHEINER, José Maria Rosa; THAMAY, Rennan Faria Krüger. **Teoria Geral do Processo: em conformidade com o novo CPC**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

PODER LOCAL E SUSTENTABILIDADE FINANCEIRA

LOCAL GOVERNMENT AND FINANCIAL SUSTAINABILITY

Jander Rocha da Silva¹

Janaína Rigo Santin²

Resumo

A temática acerca da histórica crise das finanças no setor público brasileiro, é um tema que envolve todo o cenário político e econômico, pelo fato de impactar diretamente na prestação dos serviços públicos e nas políticas públicas destinadas à área social. Por sua vez, em se tratando da realidade dos entes federados locais brasileiros e, em especial do Estado do Rio Grande do Sul, a escassez sistêmica de recursos vem impondo severos desafios aos governadores que passam pelo Palácio Piratini desde meados da década de 70. Nessa esteira, o objetivo do presente artigo, por meio do método dedutivo e pesquisa de revisão bibliográfica, é fazer uma análise da perspectiva histórica desta crise. Avaliar o contexto em que se formou e se agravou o forte endividamento do Estado, as políticas adotadas pelos sucessivos governos para conter a crise e, sobretudo, analisar as suas consequências para as políticas públicas necessárias para efetivar os Direitos Sociais da população em âmbito local.

Palavras-chave: Administração Pública; Finanças Públicas; Estado do Rio Grande do Sul; Direitos Sociais; Políticas Públicas.

Abstract

The theme about the historic financial crisis in the Brazilian public sector is a topic that involves the entire political and economic scenario, due to the fact that it directly impacts the provision of public services and public policies aimed at the social area. In turn, when it comes to the reality of the local Brazilian federated entities, and in particular the State of Rio Grande do Sul, the systemic shortage of resources has been imposing severe challenges to the governors who pass through the Piratini Palace since the mid-1970s. In this vein, the objective of this article, through the deductive method and literature review research, is to make an analysis of the historical perspective of this crisis. To evaluate the context in which the State's heavy indebtedness was formed and worsened, the policies adopted by successive governments to contain the crisis, and, above all, to analyze its consequences for the public policies necessary to enforce the Social Rights of the population at the local level.

Keywords: Public Administration; Public Finance; State of Rio Grande do Sul; Social Rights; Public Policies.

¹ Mestrando em Direito pelo Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade de Passo Fundo. Pós-graduando em Direito Administrativo e Gestão Pública pela Fundação Escola Superior do Ministério Público. Endereço eletrônico: 154594@upf.br

² Pós Doutora em Direito Administrativo pela Universidade de Lisboa, Portugal, com apoio CAPES. Doutora em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Advogada e Professora Titular da Universidade de Passo Fundo. Docente permanente do Programa de Pós Graduação em História da Universidade de Passo Fundo/RS. 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-Africa. Colaboradora do PPGDIR/UCS. Endereço eletrônico: janainars@upf.br.

INTRODUÇÃO

A temática acerca da crise das finanças públicas no Brasil é um tema que vem tomando contido cenário político e econômico nos últimos anos e que foi agravada ainda mais a partir de 2020, pelo cenário de pandemia da Covid-19. Esta situação de crise recorrente trouxe consequências diretas no fluxo de pagamentos e na elaboração e execução das políticas públicas, sobretudo na incansável tarefa de busca pela efetivação dos Direitos Fundamentais Sociais, definidos no artigo 6º da Constituição Federal de 1988.

Diante disso, após o ano de 2014, o Brasil mergulhou em uma das mais profundas crises econômicas de sua história, o que trouxe consequências devastadoras para o setor Público, como o aumento do endividamento e a queda de receitas em decorrência da recessão econômica, a qual foi agravada com a pandemia.¹ Dentre os entes federativos mais afetados estão os Estados-membros, que viram suas receitas em “queda livre” e seu gasto aumentar de forma vertiginosa, chegando até mesmo a estourar os mecanismos de controle impostos pela Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar 101 de 2000) entre os anos de 2015 e 2016, no tocante ao gasto com pessoal. Alguns deles precisaram decretar estado de calamidade financeira sobre a Administração Pública, devido à situação de quase insolvência.

Dentre os Estados da federação mais prejudicados encontra-se o Rio Grande do Sul, cuja crise vem permeando as discussões no campo econômico, fiscal e político desde meados da década de 70. O grave quadro de sua dívida foi ocasionado por mais de 40 anos de sucessivos déficits orçamentários. Nessa esteira, o objetivo do presente trabalho é fazer uma análise da evolução desta crise até o panorama dos dias atuais, perpassando os diversos governos e suas medidas para o enfrentamento da permanente crise estrutural do Estado. E, por fim, tenciona-se discutir as severas implicações que um setor público completamente desregrado possui para a execução das políticas públicas e para o desenvolvimento econômico e social em âmbito do poder local estadual.

1. O CRESCENTE ENDIVIDAMENTO E A EVOLUÇÃO DA CRISE

No tocante à perspectiva histórica, a crise das finanças do Estado do Rio Grande do Sul teve sua noção embrionária na década de 1940, quando o Estado começou a contrair seus primeiros empréstimos. Já nas décadas seguintes, de 1950 e 1960, os

sucessivos governos como o do então Governador Ernesto Dornelles (1951-1955) e do Governador Leonel Brizola (1959- 1963) contraíram novos empréstimos com organismos internacionais, com vistas a viabilizar ambiciosos planos de infraestrutura, como a construção de estradas e escolas. Tratava-se de um período em que a sociedade necessitava da intervenção do Poder Público, sobretudo no interior, adotando-se uma economia de matriz desenvolvimentista para projetar o avanço econômico das diferentes regiões do país. Neste período, a dívida do Estado do Rio Grande do Sul frente aos seus credores já era maior que muitos outros Estados da federação brasileira. No entanto, a dívida estava em patamares sustentáveis com as receitas públicas da época, pois os valores das operações de crédito ainda não haviam sofrido correções, pesando pouco sobre os pagamentos do Estado.³

Adentrando na década de 1970, houve uma expansão do projeto desenvolvimentista no país. O desequilíbrio entre receitas e despesas foi intensificado com o chamado “milagre econômico brasileiro” oriundo do regime militar, em que o Governo Federal estimulou os Estados a contraírem empréstimos externos para grandes obras de infraestrutura, ocasionando assim um aumento significativo do endividamento estadual. Neste mesmo período, com o aval do então Ministro da Fazenda, Delfim Netto, o então Governador do Rio Grande do Sul Euclides Triches (1971-1975), em dezembro de 1972, “sancionou uma lei para poder emitir títulos com correção monetária, conhecidos como Letras do Tesouro (LTEs) e Obrigações Reajustáveis (ORTES)”⁴. Tais mecanismos de emissão de papéis foram considerados atrativos tanto pelo setor público, que a partir deles obtinha dinheiro para fazer frente aos seus gastos, quanto pelos investidores privados. Houve uma rápida aceitação por parte do mercado destes títulos, o que fez com que governo estadual conseguisse viabilizar a expansão do projeto de desenvolvimento e, por meio deles, se financiar⁵. Foi neste período que “a Dívida Mobiliária dos estados originou-se de sucessivos déficits fiscais ocorridos entre as décadas de 1970 até meados dos anos 1990” ⁶.

³ BUBLITZ, Juliana. **Saiba como surgiu e se formou a dívida do Estado do RS**. GZH, 01 de julho de 2016. Disponível em: <<https://gauchazh.clicrbs.com.br/politica/noticia/2016/07/saiba-como-surgiu-e-se-formou-a-divida-do-estado-do-rs-cj80qaofx00zj01mjnzr64uxo.html>> Acesso em 29 de março de 2021.

⁴ BUBLITZ, Juliana. **Saiba como surgiu e se formou a dívida do Estado do RS**. GZH, 01 de julho de 2016. Disponível em: <<https://gauchazh.clicrbs.com.br/politica/noticia/2016/07/saiba-como-surgiu-e-se-formou-a-divida-do-estado-do-rs-cj80qaofx00zj01mjnzr64uxo.html>> Acesso em 29 de março de 2021.

⁵ BUBLITZ, Juliana. **Saiba como surgiu e se formou a dívida do Estado do RS**. GZH, 01 de julho de 2016. Disponível em: <<https://gauchazh.clicrbs.com.br/politica/noticia/2016/07/saiba-como-surgiu-e-se-formou-a-divida-do-estado-do-rs-cj80qaofx00zj01mjnzr64uxo.html>> Acesso em 29 de março de 2021.

⁶ SILVA, Luciana Mettedi e. **O exame do equilíbrio financeiro da dívida renegociada sob o amparo da Lei nº 9.496/97 e do programa de incentivo à redução da presença do setor público estadual na atividade financeira bancária – PROES**. Tesouro do Estado do Rio Grande do Sul, 2014. Disponível em: <https://tesouro.fazenda.rs.gov.br/upload/1601407495_20171002145142exame_do_equilibrio_financeiro_da_divida_renegociada.pdf> Acesso em 29 de março de 2021.

Já entre a metade e o final da década de 1970, a crise mundial do petróleo atingiu também o Brasil e, por sua vez, o Estado do Rio Grande do Sul. O panorama era de juros nas alturas, receitas próprias despencando e as despesas crescendo, chegando a um crescimento da dívida externa estadual no percentual de 1.736%⁷. Ao chegar a década de 1980, ocorreu um aprofundamento ainda maior da crise financeira do Estado do Rio Grande do Sul, pois foi marcada pela hiperinflação e pela explosão do endividamento público. Nesse período, “os títulos lançados nos anos de 1970 começaram a expirar, e o Estado já não podia resgatá-los”⁸. Tal cenário provocou a falta de recursos para o pagamento de despesas básicas do Estado, como a folha de pagamento dos servidores públicos estaduais⁹.

Em março de 1983, o então Governador Jair Soares (1983 -1987) assume o Palácio Piratini com um quadro completamente delicado das finanças públicas estaduais, tendo em vista que em maio do mesmo ano corria-se um sério risco de não conseguir pagar os servidores públicos estaduais. A piora nas condições de vida e de trabalho dos professores estaduais ensejou importantes mobilizações, greves, lutas e manifestos da categoria dos professores e o governo do estado. O uso das “sinetas” como símbolo de luta dos educadores gaúchos surgiu na greve de 1985 e se tornou característico dos manifestos e embates na área da educação a partir daí¹⁰. Para se evitar o colapso o governo atendeu às reivindicações. Porém, o endividamento, que já alçava o patamar de 21% da renda interna estadual, nos anos de 1984 e 1985 passou para 48% ¹¹. Diante deste complexo cenário, realizavam-se “operações de crédito por antecipação da receita repetidas vezes. Isto é, recorreu ao mercado para adiantar o que ainda estava por arrecadar, pagando juros e correção”¹².

⁷ BUBLITZ, Juliana. **Saiba como surgiu e se formou a dívida do Estado do RS**. GZH, 01 de julho de 2016. Disponível em: <<https://gauchazh.clicrbs.com.br/politica/noticia/2016/07/saiba-como-surgiu-e-se-formou-a-divida-do-estado-do-rs-cj80qaofx00zj01mjnzr64uxo.html>> Acesso em 29 de março de 2021.

⁸ BUBLITZ, Juliana. **Saiba como surgiu e se formou a dívida do Estado do RS**. GZH, 01 de julho de 2016. Disponível em: <<https://gauchazh.clicrbs.com.br/politica/noticia/2016/07/saiba-como-surgiu-e-se-formou-a-divida-do-estado-do-rs-cj80qaofx00zj01mjnzr64uxo.html>> Acesso em 29 de março de 2021.

⁹ BUBLITZ, Juliana. **Saiba como surgiu e se formou a dívida do Estado do RS**. GZH, 01 de julho de 2016. Disponível em: <<https://gauchazh.clicrbs.com.br/politica/noticia/2016/07/saiba-como-surgiu-e-se-formou-a-divida-do-estado-do-rs-cj80qaofx00zj01mjnzr64uxo.html>> Acesso em 29 de março de 2021.

¹⁰ MARQUES, Mauro Luiz Barbosa. **A simbólica presença das sinetas nos embates entre trabalhadores em educação e governos (Rio Grande do Sul, 1985-1991)**. Revista Labor, v. 2, n. 18, ed. especial, p. 135-149, nov. 2017. Disponível em: http://repositorio.ufc.br/bitstream/riufc/38308/1/2017_art_mlbmarques.pdf. Acesso em 26 mar. 2021.

¹¹ GUIMARÃES, Raymundo Ferreira. **Agravamento da crise financeira do Estado do Rio Grande do Sul no período de 1979 a 1985 e suas consequências atuais**. Indicadores Econômicos FEE, Porto Alegre, v. 34, n. 4, p. 123-128, mar. 2007. Disponível em: <https://revistas.dee.spgg.rs.gov.br/index.php/indicadores/article/view/1530/1900>. Acesso em 29 mar. 2021.

¹² BUBLITZ, Juliana. **Saiba como surgiu e se formou a dívida do Estado do RS**. GZH, 01 de julho de 2016. Disponível em: <<https://gauchazh.clicrbs.com.br/politica/noticia/2016/07/saiba-como-surgiu-e-se-formou-a-divida-do-estado-do-rs-cj80qaofx00zj01mjnzr64uxo.html>> Acesso em 29 de março de 2021.

Em 1986, com a introdução do Plano Cruzado e a conversão da moeda de cruzeiro para cruzado, o orçamento público do Estado do Rio Grande do Sul caiu pela metade, aprofundando ainda mais uma crise que já era tida como gravíssima. Neste mesmo ano, é eleito Pedro Simon para comandar o Estado, tomando posse em 15 de março de 1987 com uma situação fiscal em profunda deterioração. Seus primeiros atos foram suspender o pagamento da folha e rever algumas decisões tomadas pelo seu antecessor, atingindo o salário do magistério gaúcho. Tal decisão desencadeou a maior greve do magistério do Estado do Rio Grande do Sul, novamente com “sinetaço” e agora também acampamento em frente do Palácio Piratini, somando em 1986 cerca de 96 dias de paralisação¹³.

Porém, todas estas medidas não resolveram o grave problema de endividamento do Estado. Na década de 1990 a crise sobre as finanças públicas continuou se aprofundando, e em março de 1991, quando o então Governador Alceu Collares assume o Governo do Rio Grande do Sul, a situação chega a tal ponto que os títulos emitidos pelo Estado precisavam ser “rolados” diariamente, sendo “necessário oferecer prêmios de risco para que os investidores continuassem financiando o rombo” estadual¹⁴.

Com o advento do Plano Real em 1994 os problemas dos estados brasileiros ganharam uma dimensão ainda maior. Com o controle inflacionário e a estabilização monetária do Brasil, a inflação, principal fonte de receitas dos governos estaduais, foi contida, o que acabou por aumentar de forma vertiginosa o passivo da dívida estadual, que duplicou em função da alta taxa dos juros. É válido enfatizar que esta problemática não foi apenas um caso exclusivo do Estado do Rio Grande do Sul, já que todos os estados brasileiros que se utilizavam do artifício inflacionário para aumentar as receitas públicas e mascarar seus orçamentos deficitários. Em 01 de janeiro do ano de 1995, toma posse o Governador Antônio Britto (1995- 1998) que teve mais uma vez como tarefa desafiadora, sanear as finanças públicas do Estado e abrir diálogo com o Governo Federal para uma nova tentativa de renegociação uso de outras fontes de receita, a partir das privatizações.

Após dois anos de negociação, o acordo entre o Estado do Rio Grande do Sul e a União se deu em 1998², onde a “União assumiu praticamente toda a dívida. O Estado

¹³ MARQUES JÚNIOR, Liderau dos Santos. **A crise financeira do RS e seus componentes**. Cartade Conjuntura FEE. Ano 24, n. 10, 2015. Disponível em: <http://carta.fee.tche.br/article/a- crise-financeira-do-rs-e-seus-componentes/>. Acesso em 25 mar. 2021.

¹⁴ BUBLITZ, Juliana. **Saiba como surgiu e se formou a dívida do Estado do RS**. GZH, 01 de julho de 2016. Disponível em: <https://gauchazh.clicrbs.com.br/politica/noticia/2016/07/saiba- como-surgiu-e-se-formou-a-divida-do-estado-do-rs- cj80qaofx00zj01mjnr64uxo.html>>Acesso em 29 de março de 2021.

ficou obrigado a pagar R\$ 7,9 bilhões em 30 anos, com juros anuais de 6% e correção pelo IGP-DI. Os repasses ficaram limitados a 13% da receita corrente líquida (RCL)”³. Todavia, apesar da federalização das dívidas dos Estados, o indexador proposto no acordo, o IGP-DI acrescido de uma taxa de juros de 6% ao ano e a prestação calculada pela tabela PRICE ocasionou uma elevação significativa da dívida ao longo dos anos subsequentes, agravada pela desvalorização do real e a adoção de um sistema de câmbio flutuante¹⁵.

Por sua vez, no período do Governo Olívio Dutra (1999-2002), sem os recursos gerados pelas altas taxas de inflação e sem a venda de empresas públicas, a crise das finanças públicas foi parcialmente contornada fazendo uso do “Caixa Único”⁴, bem como com o corte de investimentos. Em piores condições, o Governo Germano Rigotto (2003-2006), para fazer face à crise, novamente valeu-se da alternativa de diminuir a capacidade de investimento do Estado para tentar adequar as receitas e as despesas públicas. Porém, o que se percebe é que de 2000 a 2007, a crise não diminuiu, mesmo com a negociação da dívida com o governo federal em 1998 e as inúmeras tentativas de equacionar as contas públicas do Estado pelos governantes, “pois o comprometimento da receita corrente líquida com o serviço da dívida ficou muito alto, reduzindo os investimentos”¹⁶.

Destaca-se também a política do “Déficit Zero” implementado no Governo Yeda Crusius (2007-2010). Tratava-se de um robusto plano de austeridade fiscal, reestruturação de parte dos gastos, capitalização do Banrisul (banco estatal gaúcho) e empréstimo junto ao Banco Mundial, o que acabou por registrar neste período um superávit nas contas do Estado do Rio Grande do Sul. Apesar disso, o “déficit zero” foi alvo de duras críticas da oposição e “em 2010, no último ano da gestão tucana, o Estado voltou a entrar no vermelho. E não saiu mais”. Tarso Genro, governador que a sucedeu, destituiu a política do “déficit zero” e aprovou uma série de reajustes para os servidores públicos. Neste cenário, medidas extraordinárias precisaram ser tomadas com vistas a fazer frente às despesas do Estado, como a autorização para saques do Caixa Único⁵ e a utilização dos Depósitos Judiciais (conta vinculada ao Poder Judiciário Gaúcho), o que também acabou gerando questionamentos por parte da

¹⁵ ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO RIO GRANDE DO SUL. **Relatório Final da Comissão Especial da Dívida Pública do Estado do Rio Grande do Sul**. 2012. Disponível em: http://www.al.rs.gov.br/download/ComEspDivida_2012/RF_%20Divida_2012.pdf. Acesso em 26 mar. 2021.

¹⁶ GUIMARÃES, Raymundo Ferreira. Agravamento da crise financeira do Estado do Rio Grande do Sul no período de 1979 a 1985 e suas consequências atuais. **Indicadores Econômicos FEE**, Porto Alegre, v. 34, n. 4, p. 123-128, mar. 2007. Disponível em: <https://revistas.dee.sp.gov.br/index.php/indicadores/article/view/1530/1900>. Acesso em 29 mar. 2021.

oposição¹⁷.

Porém, ao adentrar na década de 2010, o endividamento só crescia, e a crise financeira do Estado se aprofundou ainda mais com o expressivo aumento dos gastos públicos promovidos entre 2011 e 2014, bem como a crise econômica de 2015 e 2016, que provocou uma recessão econômica e uma consequente queda na arrecadação tributária do Estado. O então governador José Ivo Sartori recebeu o Estado em 2015 em uma situação financeira crítica e adotou medidas de ajuste para reduzir o rombo nas contas públicas. Sem dinheiro suficiente em caixa, passou a parcelar salários de servidores do Poder Executivo e a atrasar pagamentos a fornecedores, repasses a municípios e as parcelas da dívida. Isso fez com que as contas passassem a ser bloqueadas mês a mês, para o sequestro dos valores devidos à União¹⁸.

Nesse ponto, tamanhas foram as dificuldades enfrentadas pelo Estado do Rio Grande do Sul, que em novembro de 2016 o Governo lança mão do Decreto nº 53.303 de 21 de novembro de 2016 que decreta “estado de calamidade financeira” sobre a administração pública estadual, permitindo assim a adoção de medidas excepcionais sobre a gestão, como se pode observar em alguns trechos do decreto:

Art. 1º Fica decretado estado de calamidade financeira no âmbito da Administração Pública Estadual.

Art. 2º Os Secretários de Estado e os Dirigentes máximos dos órgãos e das entidades da Administração Pública Estadual, sob a coordenação da Secretária da Casa Civil, ficam autorizadas a adotar as medidas excepcionais necessárias à racionalização de todos os serviços públicos, salvo aqueles considerados essenciais para que não sofram solução de continuidade, mediante a edição dos atos normativos competentes.¹⁹

O mesmo ajuste fiscal para tentar equacionar os gastos públicos foi seguindo pelo atual Governador do Estado, Eduardo Leite (2019-2022) e sua equipe, que também deram sequência a reformas estruturantes. Apesar de todos estes movimentos, a crise da dívida pública do Estado do Rio Grande do Sul com a União (dívida interna) persiste até os dias de hoje. Em se tratando dos patamares atuais da dívida do Estado, segundo o último relatório da Dívida Pública Estadual, divulgado

¹⁷ GAÚCHA ZH. **Saiba como surgiu e se formou a dívida do Estado do RS.** 01 jul. 2016. Disponível em: <https://gauchazh.clicrbs.com.br/politica/noticia/2016/07/saiba-como-surgiu-e-se-formou-a-divida-do-estado-do-rs-cj80qaofx00zj01mjnzt64uxo.html>. Acesso em 29 de março de 2021.

¹⁸ GAÚCHA ZH. **Saiba como surgiu e se formou a dívida do Estado do RS.** 01 jul. 2016. Disponível em: <https://gauchazh.clicrbs.com.br/politica/noticia/2016/07/saiba-como-surgiu-e-se-formou-a-divida-do-estado-do-rs-cj80qaofx00zj01mjnzt64uxo.html>. Acesso em 29 de março de 2021.

¹⁹ RIO GRANDE DO SUL. **Decreto 53.303 de 21 de novembro de 2016.** Disponível em: <https://leisestaduais.com.br/rs/decreto-n-53303-2016-rio-grande-do-sul-estado-de-calamidade-financeira-no-ambito-da-administracao-publica-estadual>. Acesso em 29 de março de 2021.

pela Secretaria Estadual da Fazenda – SEFAZ RS em 2020, com dados atualizados até dezembro de 2019, o Estado do Rio Grande do Sul finalizou o ano de 2019 com um passivo de R\$ 77,2 bilhões, sendo deste montante, R\$ 68,6 bilhões (88,8% do valor total) em dívida interna e R\$ 8,6 bilhões (11,2% do valor total) em dívida externa²⁰.

2. A CRISE E AS SUAS CONSEQUÊNCIAS

Diante do crônico cenário de crise vivenciado pelo Estado do Rio Grande do Sul, cabe agora discutir as consequências que este descompasso estrutural acaba por gerar nos setores econômicos do Estado, nos pagamentos e, sobretudo, na execução das políticas públicas em âmbito nível estadual.

Como se pode observar no tópico anterior, o Estado do Rio Grande do Sul desde meados da década de 70 vem vivenciando ano após ano, governo após governo, uma crônica crise estrutural em suas finanças. Crise esta, que nos últimos anos se aprofundou ainda mais em decorrência da instabilidade do cenário econômico, do padrão recessivo da economia brasileira, do descontrole dos gastos públicos e dos problemas estruturais que perseguem o Estado, como o descompasso entre receita e despesa e os problemas previdenciários no Regime Próprio de Previdência Social dos servidores públicos. Apesar dos esforços do atual governo em enquadrar o Estado no plano de Recuperação Fiscal do Governo Federal, na atualidade o sistema ainda é altamente deficitário, possuindo o título de Estado com o segundo maior déficit em números absolutos, atrás apenas do Estado de São Paulo. Porém, quando se vê o percentual do déficit por habitante, o Estado ocupa o primeiro lugar²¹.

As consequências da baixa capacidade de investimento do Estado do Rio Grande do Sul são refletidas nas mais diferentes áreas, dentre elas a infraestrutura e logística das rodovias estaduais, bem como também no acesso asfáltico aos municípios. Segundo levantamento de GaúchaZH, dos 497 municípios do Rio Grande do Sul, 54 não possuem acesso asfáltico e sofrem com a capacidade de escoamento da produção agrícola, reflexos que são sentidos de forma direta no desenvolvimento econômico destes municípios e consequentemente no Estado. O levantamento ainda revela que

²⁰ BUBLITZ, Juliana. **Saiba como surgiu e se formou a dívida do Estado do RS.** GZH, 01 de julho de 2016. Disponível em: <<https://gauchazh.clicrbs.com.br/politica/noticia/2016/07/saiba-como-surgiu-e-se-formou-a-divida-do-estado-do-rs-cj80qaofx00zj01mjnzr64uxo.html>> Acesso em 29 de março de 2021.

²¹ GAÚCHA ZH. **Saiba como surgiu e se formou a dívida do Estado do RS.** 01 jul. 2016. Disponível em: <https://gauchazh.clicrbs.com.br/politica/noticia/2016/07/saiba-como-surgiu-e-se-formou-a-divida-do-estado-do-rs-cj80qaofx00zj01mjnzr64uxo.html>. Acesso em 29 de março de 2021.

“dos 17.466 quilômetros de malha rodoviária que serpenteia o Estado, 21,31% ainda é de terra”²² ou seja, para “interligar todos esses municípios por asfalto significa pavimentar ainda 778,48 quilômetros de rodovias”²³. Recursos que hoje o Estado não dispõe em caixa para realização. Todavia, além da problemática do acesso asfáltico aos municípios, o Estado ainda carece de duplicação em algumas rodovias estaduais. Sendo o caso mais emblemático a duplicação da RS-118, uma importante rodovia que liga a capital Porto Alegre e cidades da região metropolitana ao litoral. A presente obra, iniciada em julho de 2006, é um dos reflexos mais memoráveis da crise das finanças públicas estaduais, que pelos escassos recursos para investimentos foi interrompida diversas vezes, passando assim por diversos governos e que atualmente no ano de 2020 está com 94% da obra concluída²⁴.

Além da infraestrutura e do desenvolvimento econômico, os reflexos da crise são sentidos de forma direta em uma área sensível aos direitos sociais, a saúde. Os sucessivos atrasos nos repasses de recursos por parte do Governo do Estado aos hospitais e clínicas municipais que executam algumas políticas públicas importantes para o Sistema Único de Saúde, é mais uma das facetas da crise, o que ocasionou nos últimos anos no fechamento de leitos clínicos, adiamento de cirurgias, atrasos salariais para trabalhadores da área da saúde e até mesmo fechamento de hospitais²⁵. Com o atraso dos repasses, a execução de políticas públicas em importantes áreas que dependem das verbas de incentivo do Estado, como leitos psiquiátricos e de atenção a usuários de drogas, captação de órgãos e tecidos para transplantes, UTI neonatal e rede de apoio ao Serviço Móvel de Urgência (Samu), o Programa de Estratégia de Saúde da Família (PSF), o Primeira Infância Melhor (PIM) e a manutenção de Unidades de Pronto Atendimento (UPA), acabam sendo afetadas drasticamente.

E essa situação por certo foi agravada com a pandemia da Covid-19. Para se ter uma ideia, até novembro de 2018, o Estado do Rio Grande do Sul acumulava um passivo com Hospitais e Municípios na ordem de R\$ 655 milhões, sendo R\$ 155

²² KERVALT, Marcelo. **No RS, 54 municípios ainda não tem acesso asfáltico e sofrem com poeira, buracos e dificuldades econômicas**. 21 de fevereiro de 2020. Disponível em: <

<https://gauchazh.clicrbs.com.br/geral/noticia/2020/02/no-rs-54-municipios-ainda-nao-tem-acesso-asfaltico-e-sofrem-com-poeira-buracos-e-dificuldades-economicas-ck6wm0wqt0l7401qdr1onait8.html>> Acesso em 29 de março de 2021.

²³ KERVALT, Marcelo. **No RS, 54 municípios ainda não tem acesso asfáltico e sofrem com poeira, buracos e dificuldades econômicas**. 21 de fevereiro de 2020. Disponível em: <<https://gauchazh.clicrbs.com.br/geral/noticia/2020/02/no-rs-54-municipios-ainda-nao-tem-acesso-asfaltico-e-sofrem-com-poeira-buracos-e-dificuldades-economicas-ck6wm0wqt0l7401qdr1onait8.html>> Acesso em 29 de março de 2021.

²⁴ JORNAL DO COMÉRCIO. **Duplicação da RS-118 deve ficar pronta fim do ano**. 23 de setembro de 2020. Disponível em: <https://www.jornaldocomercio.com/_conteudo/especiais/anuario_de_investimentos_2020/2020/09/757921-duplicacao-da-rs-118-deve-ficar-pronta-fim-do-ano.html> Acesso em: 29 de março de 2021.

²⁵ GAÚCHA ZH. **Saiba como surgiu e se formou a dívida do Estado do RS**. 01 jul. 2016. Disponível em: <https://gauchazh.clicrbs.com.br/politica/noticia/2016/07/saiba-como-surgiu-e-se-formou-a-divida-do-estado-do-rs-cj80qaofx00zj01mjnzr64uxo.html>. Acesso em 29 de março de 2021.

milhões com Santas Casas e Hospitais filantrópicos e R\$ 500 milhões com municípios²⁶.

Importante salientar, que o passivo de R\$ 216 milhões herdados pelo atual governo em 2019 foi quitado em 16 parcelas, tendo a última parcela paga em setembro do presente ano. E apesar dos crônicos problemas financeiros, o Estado do Rio Grande do Sul vem aplicando desde 2013 o percentual mínimo imposto pela Constituição Federal de 1988 para com os gastos em saúde²⁷. Ainda assim, após discorrer sobre as dificuldades históricas do Estado no quesito finanças públicas e suas implicações frente as políticas públicas, enfatiza-se também que a constante crise vivenciada pelo Rio Grande do Sul afeta de forma direta na elaboração de uma proposta de desenvolvimento econômico para o Estado. Todavia, a elaboração desta proposta passa por investimentos públicos e principalmente por investimentos do setor privado. No entanto, para superação da crise e criação de um quadro favorável ao investimento privado, é imprescindível a busca pelo equilíbrio das finanças públicas e a resolução dos problemas estruturais do Estado, que vêm se arrastando por décadas.

As medidas de ajuste fiscal que vem sendo implementadas desde 2015 foram de importante valia para o equacionamento do gasto público, ainda assim, soma-se a isso a busca pela adesão ao Regime de Recuperação Fiscal, por meio de um diálogo permanente com o Governo Federal, com vistas a iniciar um novo tempo na administração pública estadual que tenha por objetivo a construção de uma administração saudável, sustentável e que tenha como prioridade a eficiência e o resultado nas ações estatais. E nessa feita, construir um projeto claro de desenvolvimento econômico para o Estado que vise superar décadas de uma pauta de crise, sem dúvidas, passa pela modernização do setor público, novas parcerias com a sociedade civil e medidas de ajuste fiscal.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após discorrer sobre a crise enfrentada pelo Setor Público no Brasil, não restam dúvidas das inúmeras consequências que a crise fiscal tem gerado para a busca da efetivação do desenvolvimento econômico, estrutural e social do estado, convertendo-

²⁶ BUBLITZ, Juliana. **Com agravamento da crise, Governo do RS soma R\$ 655 milhões em atrasos na saúde.** GZH, 11 de novembro de 2018. Disponível em: <<https://gauchazh.clicrbs.com.br/politica/noticia/2018/11/com-agravamento-da-crise-governo-do-rs-soma-r-655-milhoes-em-atrasos-na-saude-cjodfvcs0d2k01pi0db5b3gd.html>> Acesso em 29 de março de 2021.

²⁷ G1RS. Governo do RS quita parcelamento na área da saúde com hospitais e prefeituras, 24 de setembro de 2020. Disponível em: <<https://g1.globo.com/rs/rio-grande-do-sul/noticia/2020/09/24/governo-do-rs-quita-parcelamento-na-area-da-saude-com-hospitais-e-prefeituras.ghtml>> Acesso em: 22 de dezembro de 2020.

se em um dos temas de grande relevância para o Direito Público na atualidade. Ao mesmo tempo, mostra-se um imenso desafio para os gestores em tempos de pandemia, recessão econômica e queda aguda na arrecadação.

Diante do contexto de crise das finanças públicas do Estado do Rio Grande do Sul e suas implicações na execução das políticas públicas, conclui-se que a evolução desta crise com o passar do tempo trouxe ao estado um grave retrocesso na elaboração e execução de projetos e políticas públicas, nas mais diferentes áreas da administração estadual. Isso pode ser observado com a redução significativa dos investimentos estatais à medida em que a crise se aprofunda, o que torna um desafio e tanto para os diferentes governadores que passaram e ainda irão passar pelo Palácio Piratini.

Ainda assim, a crise da dívida do Estado que se arrasta desde meados da década de 70 é outro fator que agrava a situação fiscal, pois com o passar do tempo inúmeras foram as tentativas lançadas pelo Governo Estadual e Federal para o equacionamento desta dívida. Todavia, se forem somados o fator de descompasso estrutural entre a receita e a despesa, nenhuma medida até o momento foi capaz de amenizar a grave situação do Rio Grande do Sul.

Apesar de ter havido um certo “respiro” para o Estado com o Acordo da Dívida com a União proveniente da Lei 9.496/97, a qual federalizou a dívida do Estado e passou a ter o Governo Federal como principal credor, o problema do endividamento crônico continuou se arrastando e agravando nos últimos anos, chegando em 2015 a ter sucessivos atrasos nos pagamentos e os consequentes bloqueios das contas estaduais, medidas de contenção já previstas no acordo da federalização da dívida.

Diante deste quadro histórico, reforça-se a necessidade de medidas permanentes de equilíbrio financeiro, de modernização da máquina pública, de responsabilidade e de auxílio do Governo Federal, para assim construir um amplo pacto pela superação deste contexto de crise presente desde a década de 1970.

Finaliza-se o trabalho enfatizando a necessidade de se construir uma verdadeira agenda de desenvolvimento para o Estado, capaz de priorizar investimentos públicos e privados em infraestrutura e logística e qualificação dos serviços públicos. Mas para isso ocorrer, sem dúvida, será necessário se não superar, estabilizar a crise financeira estadual, que relegou o Estado do Rio Grande do Sul, antes o grande “celeiro da nação”, em uma posição de subalternidade no pacto federativo brasileiro.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO RIO GRANDE DO SUL. **Relatório Final da Comissão Especial da Dívida Pública do Estado do Rio Grande do Sul**. 2012. Disponível em: http://www.al.rs.gov.br/download/ComEspDivida_2012/RF_%20Divida_2012.pdf. Acesso em 26 mar. 2021.

BUBLITZ, Juliana. **Saiba como surgiu e se formou a dívida do Estado do RS**. GZH, 01 de julho de 2016. Disponível em: <https://gauchazh.clicrbs.com.br/politica/noticia/2016/07/saiba-como-surgiu-e-se-formou-a-divida-do-estado-do-rs-cj80qaofx00zj01mjnzs64uxo.html>. Acesso em 29 de março de 2021.

BUBLITZ, Juliana. **Com agravamento da crise, Governo do RS soma R\$ 655 milhões em atrasos na saúde**. GZH, 11 de novembro de 2018. Disponível em: <https://gauchazh.clicrbs.com.br/politica/noticia/2018/11/com-agravamento-da-crise-governo-do-rs-soma-r-655-milhoes-em-atrasos-na-saude-cjodfvcsW0d2k01pi0db5b3gd.html>. Acesso em 29 de março de 2021.

GAÚCHA ZH. **Saiba como surgiu e se formou a dívida do Estado do RS**. 01 jul. 2016. Disponível em: <https://gauchazh.clicrbs.com.br/politica/noticia/2016/07/saiba-como-surgiu-e-se-formou-a-divida-do-estado-do-rs-cj80qaofx00zj01mjnzs64uxo.html>. Acesso em 29 de março de 2021.

G1RS. **Despesa com inativos toma mais da metade da folha de pagamento do governo do RS**. 07 de abril de 2017. Disponível em: <https://g1.globo.com/rs/rio-grande-do-sul/noticia/despesa-com-inativos-toma-mais-da-metade-da-folha-de-pagamento-do-governo-do-rs.ghtml>. Acesso em 29 de março de 2021.

G1RS. **Governo do RS quita parcelamento na área da saúde com hospitais e prefeituras**, 24 de setembro de 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/rs/rio-grande-do-sul/noticia/2020/09/24/governo-do-rs-quita-parcelamento-na-area-da-saude-com-hospitais-e-prefeituras.ghtml>. Acesso em: 22 de dezembro de 2020.

GOVERNO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. **RTF-Relatório de Transparência Fiscal: data base dezembro de 2020**. 4.ed. Porto Alegre: Secretaria de Estado da Fazenda do Rio Grande do Sul, 2020. Disponível em: <https://estado.rs.gov.br/upload/arquivos/relatorio-rtf-dezembro-20.pdf>. Acesso em 29 mar. 2021.

GUIMARÃES, Raymundo Ferreira. **Agravamento da crise financeira do Estado do Rio Grande do Sul no período de 1979 a 1985 e suas consequências atuais**. Indicadores Econômicos FEE, Porto Alegre, v. 34, n. 4, p. 123-128, mar. 2007. Disponível em: <https://revistas.dee.spgg.rs.gov.br/index.php/indicadores/article/view/1530/1900>. Acesso em 29 mar. 2021.

JORNAL DO COMÉRCIO. **Duplicação da RS-118 deve ficar pronta fim do ano**. 23 de setembro de 2020. Disponível em: https://www.jornaldocomercio.com/_conteudo/especiais/anuario_de_investimento

s_2020/2020/09/757921-duplicacao-da-rs-118-deve-ficar-pronta-fim-do-ano.html> Acesso em: 29 de março de 2021.

KERVALT, Marcelo. **No RS, 54 municípios ainda não tem acesso asfáltico e sofrem com poeira, buracos e dificuldades econômicas.** 21 de fevereiro de 2020. Disponível em: < <https://gauchazh.clicrbs.com.br/geral/noticia/2020/02/no-rs-54-municipios-ainda-nao-tem-acesso-asfaltico-e-sofrem-com-poeira-buracos-e-dificuldades-economicas-ck6wm0wqt0l7401qdr1onait8.html> > Acesso em 29 de março de 2021.

MARQUES, Mauro Luiz Barbosa. **A simbólica presença das sinetas nos embates entre trabalhadores em educação e governos (Rio Grande do Sul, 1985-1991).** Revista Labor, v. 2, n. 18, ed. especial, p. 135-149, nov. 2017. Disponível em: http://repositorio.ufc.br/bitstream/riufc/38308/1/2017_art_mlbmarques.pdf. Acesso em 26 mar. 2021.

MARQUES JÚNIOR, Liderau dos Santos. **A crise financeira do RS e seus componentes.** Carta de Conjuntura FEE. Ano 24, n. 10, 2015. Disponível em: <http://carta.fee.tche.br/article/a- crise-financeira-do-rs-e-seus-componentes/>. Acesso em 25 mar. 2021.

RIO GRANDE DO SUL. **Decreto 53.303 de 21 de novembro de 2016.** Disponível em: <<https://leisestaduais.com.br/rs/decreto-n-53303-2016-rio-grande-do-sul-estado-de-calamidade-financeira-no-ambito-da-administracao-publica-estadual>> Acesso em 29 de março de 2021.

SANTIN, Janaína Rigo; BITENCOURT, Jean Carlos Menegaz. **Pacto federativo e autonomia legislativa municipal. História: Debates e Tendências**, vol. 15, n. 1, 2015, pp.101-113. Redalyc, <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=552456385007>.

SILVA, Luciana Mettedi e. **O exame do equilíbrio financeiro da dívida renegociada sob o amparo da Lei nº 9.496/97 e do programa de incentivo à redução da presença do setor público estadual na atividade financeira bancária – PROES.** Tesouro do Estado do Rio Grande do Sul, 2014. Disponível em: < https://tesouro.fazenda.rs.gov.br/upload/1601407495_20171002145142exame_do-equilibrio_financeiro_da_divida_renegociada.pdf > Acesso em 29 de março de 2021.

A EDUCAÇÃO COMO FERRAMENTA PARA O FORTALECIMENTO DA DEMOCRACIA

EDUCATION AS A TOOL FOR STRENGTHENING DEMOCRACY

Patrícia da Luz Chiarello¹

Letícia Abati Zanotto²

Resumo

O presente artigo tem por objetivo apresentar uma reflexão sobre a importância dos investimentos na educação pública para a formação de cidadãos e, consequentemente, para o fortalecimento da democracia. Assim, tem-se o presente questionamento: de que forma a educação pode contribuir para o fortalecimento do modelo democrático no Brasil? Para chegar às conclusões do estudo apresenta-se, em um primeiro momento, uma análise acerca do conceito de democracia, com a abordagem de concepções de diferentes autores, sem a pretensão, contudo, de esgotar o assunto. Posteriormente, trata-se sobre o direito à educação e os recentes desinvestimentos no setor, e também sobre como a educação pode contribuir para o fortalecimento da democracia. Para fins do estudo proposto, recorre-se ao método de abordagem dedutivo e à pesquisa bibliográfica, sobretudo à consulta em livros, periódicos, relatórios e à legislação nacional e à internacional pertinentes.

Palavras-chave: Cidadãos; Democracia; Direitos sociais; Educação.

Abstract

This article aims to present a reflection on the importance of investments in public education for the formation of citizens and, consequently, for the strengthening of democracy. Thus, there is the present question: how can education contribute to the strengthening of the democratic model in Brazil? To reach the conclusions of the study, at first, an analysis of the concept of democracy is presented, with the approach of different authors' conceptions, without the intention, however, of exhausting the subject. Subsequently, it deals with the right to education and the recent disinvestments in the sector, as well as dealing with how education can contribute to the strengthening of democracy. For the purposes of the proposed study, the method of deductive approach and bibliographical research are used, especially the consultation in books, periodicals, reports and the relevant national and international legislation.

Keywords: Citizens; Democracy; Education; Social rights.

¹ Mestranda em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Passo Fundo. Bolsista CAPES. Advogada. E-mail: 130470@upf.br.

² Mestranda em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Passo Fundo. Bolsista CAPES. E-mail: 152562@upf.br.

INTRODUÇÃO

Apesar da educação de amplo acesso figurar entre os direitos assegurados pela Constituição Federal brasileira em razão de sua essencialidade para o desenvolvimento da pessoa, o que temos visto nos últimos anos é um grave descaso do governo com o setor, representado pelos constantes cortes nos investimentos públicos. Uma das principais medidas adotadas pelo governo para congelar os gastos com a educação foi a edição da EC95/2016, que prevê uma regra que limita o gasto primário do governo federal por um teto definido pelo montante gasto no ano de 2017. Referida Emenda representa um grave retrocesso social para a educação brasileira, indo em desencontro ao Plano Nacional de Educação – PNE, que estabelece como uma de suas metas a redução do analfabetismo no país.

Por se tratar de uma importante ferramenta para permitir que as pessoas possam desenvolver potencialidades a fim de compreender o processo democrático e tudo o que ele envolve, o sucateamento da educação, desde o ensino básico até o médio e superior, representa uma grave ameaça para a democracia. É sob esse viés que o presente estudo objetiva apresentar uma reflexão sobre a importância dos investimentos na educação pública para a formação de cidadãos e, conseqüentemente, para o fortalecimento da democracia.

A fim de responder ao questionamento inicial sobre de que forma a educação pode contribuir para o fortalecimento do modelo democrático no Brasil apresenta-se, em um primeiro momento, uma análise acerca do conceito de democracia através da exposição de concepções de diferentes autores. Posteriormente, trata-se sobre o direito à educação e os recentes desinvestimentos no setor, abordando a importância da educação como ferramenta imprescindível para o fortalecimento da democracia. Ademais, para fins do estudo proposto, recorre-se ao método de abordagem dedutivo e à pesquisa bibliográfica, sobretudo à consulta em livros, periódicos, relatórios e à legislação nacional e à internacional pertinentes.

Por fim, chega-se à conclusão de que a retomada dos investimentos no setor da educação é imprescindível para a formação de cidadãos conscientes e engajados com as questões sociais, sobretudo porque é através da educação que torna-se possível apropriar-se de meios para o desenvolvimento de um senso crítico em prol do comum, para além da lógica do mercado, bem como para compreender o real significado de democracia e do papel de cada indivíduo no seio social.

1. SOBRE O CONCEITO DE DEMOCRACIA

Democracia é uma das palavras mais utilizadas no contexto social e político da atualidade, mas seu real significado nem sempre é realmente compreendido. Nesse sentido, antes de adentrar na discussão que se pretende apresentar, entende-se ser imprescindível teorizar algumas das concepções de democracia. Gize-se, entretanto, que não tem-se a pretensão de adentrar em aspectos históricos e etimológicos, tampouco se busca esgotar o assunto adentrando nas diversas modalidades de democracia.

Aristóteles utilizava-se do termo democracia para designar uma das variantes de seu ideal de uma comunidade bem ordenada. Tal método, denominado de político, permitia indicar por quem e como as decisões são tomadas, razão pela qual, através da equiparação da tomada de decisões a governos, seria possível definir a democracia como governo do povo.³ De acordo com Schumpeter, no entanto, essa definição não pode ser considerada suficientemente exata, uma vez que há entre todas as definições possíveis do conceito *povo* (*demos*, o *populus* romano) e todas as possíveis definições do conceito *governar* (*kratein*), e também porque essas definições não são independentes do argumento sobre a democracia⁴.

Em sua obra *Capitalismo, Socialismo e Democracia*, o autor faz uma crítica à teoria clássica da democracia, expressa como “o arranjo institucional para se chegar a certas decisões políticas que realizam o bem comum, cabendo ao próprio povo decidir, através da eleição de indivíduos que se reúnem para cumprir-lhe a vontade”⁵. Schumpeter sustenta que uma das consequências dessa definição é concluir que existe um bem comum, quando na verdade não há um bem comum inequivocamente determinado que o povo aceite ou que possa aceitar por força de argumentação racional, ou seja, não é levado em consideração que para diferentes indivíduos e grupos o bem comum provavelmente terá significados distintos. Ademais, para o autor, ainda que houvesse um bem comum suficientemente definido, ainda assim não se teriam soluções igualmente definidas para os casos individuais.⁶

Para Schumpeter, a democracia é “um sistema institucional, para a tomada de decisões políticas, no qual o indivíduo adquire o poder de decidir mediante uma luta

³ SCHUMPETER, Joseph A. **Capitalismo, Socialismo e Democracia**. Editado por George Allen e Unwin Ltd. Tradução de Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Editora Fundo de Cultura, 1961, p. 298.

⁴ SCHUMPETER, Joseph A. **Capitalismo, Socialismo e Democracia**. p. 298.

⁵ SCHUMPETER, Joseph A. **Capitalismo, Socialismo e Democracia**. p. 307.

⁶ SCHUMPETER, Joseph A. **Capitalismo, Socialismo e Democracia**. p. 308.

competitiva pelos votos do eleitor”⁷. Percebe-se, pois, que na concepção do autor a democracia é compreendida como um método para a tomada de decisões, uma espécie de regras do jogo, e que sua teoria é proposta com atenção central na competição pela liderança política.

Com o objetivo de estabelecer um conceito mínimo de democracia na obra intitulada “O futuro da democracia; uma defesa das regras do jogo”, Bobbio também faz referência às regras do jogo. De acordo com o autor, considerar a democracia como um conjunto de regras (primárias e fundamentais) que estabelece quem está autorizado a tomar as decisões coletivas e com quais procedimentos é a única maneira de se chegar a um acordo quando se fala de democracia.⁸

O autor segue afirmando, no entanto, que mesmo para uma definição mínima de democracia, como é a aceita por ele, não basta a atribuição a um elevado número de cidadãos do direito de participar direta ou indiretamente da tomada de decisões coletivas ou a existência de regras de procedimento como a da maioria (ou, no limite, da unanimidade), também é necessário que aqueles que são chamados a decidir ou a eleger quem irá fazê-lo sejam colocados diante de alternativas reais e que estejam em condição de poder escolher entre tais alternativas. Nesse sentido, é imprescindível que os direitos de liberdade, de liberdade de opinião, de expressão, de reunião e de associação (dentre outros) sejam assegurados, visto que figuram como “pressuposto necessário para o correto funcionamento dos próprios mecanismos predominantemente procedimentais que caracterizam um regime democrático”⁹.

Não obstante, a democracia é habitualmente compreendida como o poder do povo de assumir as decisões públicas, seja diretamente ou através de seus representante. Essa noção de democracia pode ser entendida como formal ou procedimental, uma vez que identifica a democracia como formas ou procedimentos para legitimar as decisões como expressões diretas ou indiretas da vontade popular. Trata-se do “quem” (o povo ou seus representantes) e do “como” das decisões (o sufrágio universal e a regra da maioria), independentemente de seus conteúdos (o que se decide)¹⁰.

⁷ SCHUMPETER, Joseph A. **Capitalismo, Socialismo e Democracia**. p. 329.

⁸ BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia; uma defesa das regras do jogo**. Tradução Marco Aurélio Nogueira. 6ª ed. São Paulo: Editora Paz e Terra, 1997, p. 17.

⁹ BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia; uma defesa das regras do jogo**. p. 19

¹⁰ FERRAJOLI, Luigi. **Poderes selvajes**: La crisis de la democracia constitucional. Tradução de Perfecto Andrés Ibañez. Madrid: Editorial Trotta, 2011. FERRAJOLI, Luigi. **Democracia y garantismo**. Edición de Miguel Carbonel. Madrid: Editorial Trotta, 2008. FERRAJOLI, Luigi. **Constitucionalismo más allá del Estado**. Madrid: Editorial Trotta, 2018.

De acordo com Ferrajoli¹¹, essa noção formal de democracia compreende uma característica certamente necessária para falar-se em democracia, porém não se trata de uma condição suficiente para que seja possível qualificar um sistema político de democrático, especialmente uma democracia constitucional, tendo em vista que essa dimensão não leva em consideração que nas atuais democracias constitucionais o respaldo popular já não é suficiente para legitimar qualquer decisão.

Para o autor, é necessário que se estabeleça também limites e vínculos substanciais de conteúdo, ou seja, o que não é lícito decidir ou o que não decidir. É o que Ferrajoli denomina de esfera do indecidível, que “integrada por los derechos de libertad, que prohíben como inválidas las decisiones que los contradicen, y la esfera de lo no decidable que no, formada por los derechos sociales, que imponen como debidas las decisiones dirigidas a satisfacerlos”¹².

Nesse sentido, devido à mudança de paradigma gerado pelo constitucionalismo rígido na estrutura das democracias, os poderes legislativos e os governos passaram a estar juridicamente limitados, não só em relação às formas, mas também em relação ao conteúdo. Assim, os direitos constitucionalmente estipulados passaram a operar como limites e vínculos de conteúdo a vontade das majorias, sendo que se não existissem tais limites e vínculos a vontade da maioria seria absoluta¹³, razão pela qual esses direitos constitucionalmente previstos comportam a dimensão constitucional da democracia (substancial). De acordo com Ferrajoli, “es así como se obtiene un paradigma complejo - de la democracia constitucional - que incluye, junto a la dimensión política o <formal>, también una dimensión que bien podemos llamar <substancial>, dado que se refiere a contenidos o a la sustancia de las decisiones”¹⁴, ou seja, a democracia constitucional é o produto da integração das duas dimensões, formal e substancial, da democracia¹⁵.

Wendy Brown, por sua vez, assevera que “‘democracia’ es el nombre de una forma política en que la totalidad del pueblo rige el gobierno y, por consiguiente, a ellos mismos”¹⁶. Para a autora, a grande questão é saber qual é a melhor maneira de fazer isso acontecer e mediante quais condições e práticas econômicas, sociais, culturais e teológicas. E é por essa razão que existem muitas teorias e modalidades de democracia:

¹¹ FERRAJOLI, Luigi. **Poderes selvajes**: La crisis de la democracia constitucional. p. 28.

¹² FERRAJOLI, Luigi. **Poderes selvajes**: La crisis de la democracia constitucional. p. 29.

¹³ FERRAJOLI, Luigi. **Poderes selvajes**: La crisis de la democracia constitucional. p. 29.

¹⁴ FERRAJOLI, Luigi. **Democracia y garantismo**. p. 79.

¹⁵ FERRAJOLI, Luigi. **La democracia a través de los derechos**: El constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político. Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez. Madrid: Editorial Trotta, 2014. p. 35.

¹⁶ BROWN, Wendy. **El pueblo sin atributos**: la secreta revolución del neoliberalismo. Traducción de Víctor Altamirano. Barcelona: Malpaso Ediciones, 2015, p. 142.

direta, representativa, liberal, socialista, libertária, republicana, social, anárquica, plebiscitária, dentre outras.¹⁷

No entanto, Brown segue afirmando que:

Como mínimo, no obstante, la democracia requiere que el pueblo autorice sus propias leyes y las grandes decisiones políticas, sin importar si esto ocurre de modo directo o mediante representantes electos, y también que participen de modo modesto en otros poderes no legales que rigen sus vidas. Cualquier cosa menor a esto implica que el pueblo no gobierna.

[...] Además de los principios básicos, la democracia tiene ciertas condiciones sin las que no puede nutrirse o sostenerse, ni siquiera mínimamente. La democracia no necesita de igualdad social y económica absoluta, pero no puede soportar extremos grandes y fijos de riqueza y pobreza, porque socavan la obra de legislar en común.¹⁸

De acordo com a autora, extremos limitados de riqueza e pobreza concentradas, orientação para a democracia como uma prática de consideração do bem público, e cidadãos que discernem modestamente os caminhos do poder, a história, a representação e a justiça são elementos essenciais para a existência democrática, elementos estes que são constantemente afetados pelos valores neoliberais, pela governança e pelo desmantelamento do Estado social.¹⁹

Assim, abordadas de forma breve algumas das concepções acerca da democracia, oportuno desde de já referir que sob qualquer viés que se observe, apesar de todos os problemas que permeiam a efetivação da democracia e de todos os fatores relacionados à crise democrática brasileira, especialmente diante do enfraquecimento de valores através da supressão gradativa dos meios que permitem aos indivíduos compreender os processos democráticos, a democracia é o melhor caminho até então conhecido para a consolidação do bem comum, razão pela qual deve ser fortalecida através de ferramentas como a educação.

2. A EDUCAÇÃO NO BRASIL: DO TRATAMENTO JURÍDICO À IMPORTÂNCIA PARA O FORTALECIMENTO DA DEMOCRACIA

A educação encontra expressa previsão como um dos direitos sociais no artigo 6º da Constituição Federal brasileira de 1988, sendo de competência privativa da União legislar sobre as diretrizes e bases da educação nacional (art. 22, XXIV), e da União, Estados e Distrito Federal a competência de legislar concorrentemente sobre educação,

¹⁷ BROWN, Wendy. **El pueblo sin atributos**: la secreta revolución del neoliberalismo.

¹⁸ BROWN, Wendy. **El pueblo sin atributos**: la secreta revolución del neoliberalismo. p. 142-243.

¹⁹ BROWN, Wendy. **El pueblo sin atributos**: la secreta revolución del neoliberalismo. p. 143.

cultura, ensino, desporto, ciência, tecnologia, pesquisa, desenvolvimento e inovação (24, IX). Ademais, em seu artigo 205, o texto constitucional dispõe que “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”.²⁰

Ainda sobre o tratamento Constitucional da educação, cumpre referir que o artigo 206²¹ estabelece que o ensino será ministrado com base nos princípios da I - igualdade de condições para o acesso e permanência na escola; da II - liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber; do III - pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas e coexistência de instituições públicas e privadas de ensino; da IV - gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais; da V - valorização dos profissionais do ensino, garantindo, na forma da lei planos de carreira para o magistério público, com piso salarial profissional e ingresso exclusivamente por concurso público de provas e títulos; da VI - gestão democrática do ensino público, na forma da lei; e da VII - garantia de padrão de qualidade.

Importante aliada na consecução dos objetivos estabelecidos pela Constituição Federal de 1988, o Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei nº 8.069²², de 13 de Julho de 1990, dispõe que crianças e adolescentes gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata o Estatuto, sendo-lhes asseguradas todas as oportunidades e facilidades a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade (art. 3º). Não obstante, a Lei também estabelece, em seu artigo 53, que crianças e adolescentes têm direito à educação, visando ao pleno desenvolvimento de sua pessoa, preparo para o exercício da cidadania e qualificação para o trabalho.

Outra normativa importante no que diz respeito à educação é a edição da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, de 1996²³, que disciplina a educação escolar, reforçando que a educação abrange os processos formativos que se desenvolvem na vida familiar, na convivência humana, no trabalho, nas instituições de ensino e pesquisa, nos movimentos sociais e organizações da sociedade civil e nas

²⁰ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: Acesso em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. 26 jul. 2021.

²¹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**.

²² BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de Julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 26 jul. 2021.

²³ BRASIL. **Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996**. Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9394.htm. Acesso em: 26 jul. 2021.

manifestações culturais (art. 1º), sendo dever da família e do Estado e tendo por finalidade o pleno desenvolvimento do educando, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho (art. 2º). De acordo com a Lei (art. 21) a educação escolar é composta pela educação básica (formada pela educação infantil, ensino fundamental e ensino médio) e pela educação superior.

Apesar do esforço normativo para regulamentar e assegurar o acesso à educação, seja de crianças, adolescentes ou adultos, o que se verifica no Brasil é um elevado índice de analfabetismo e o crescente sucateamento da educação, que se dá em razão dos constantes desinvestimentos no setor, resultando no fechamento de escolas, de cursos universitários e até mesmo de universidades públicas. Isso sem falar na má-remuneração de professores e dos cortes na área de pesquisa. A educação, ferramenta importante para o desenvolvimento da cidadania, sofre constantes ataques por parte de representantes democraticamente eleitos para a tomada de decisões.

De acordo com a Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua - PNAD Contínua 2019²⁴, realizada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, no ano de 2019 havia no Brasil cerca de 11 milhões de pessoas com 15 anos ou mais de idade analfabetas, o equivalente a uma taxa de analfabetismo de 6,6%, sendo que destas pessoas 56,2% (6,2 milhões) viviam na Região Nordeste e 21,7% (2,4 milhões de pessoas) na Região Sudeste, o que evidencia as desigualdades regionais no país. Conforme os dados, o analfabetismo está diretamente relacionado ao fator etário (quanto mais velho o grupo populacional, maior a proporção de analfabetos), havendo também uma diferença significativa relacionada aos fatores gênero (mulheres 6,3% e homens 6,9%) e raça (brancos 3,6% e pretos ou pardos 8,9%).

Sob esse viés, apesar do Plano Nacional de Educação - PNE, instituído pela Lei n. 13.005/2014²⁵ e considerado uma das principais políticas educacionais vigentes, estabelecer na Meta número 9 a redução da taxa de analfabetismo de pessoas de 15 anos ou mais para 6,5%, em 2015, e a erradicação do analfabetismo ao final da vigência do Plano, em 2024, o que se verifica na prática é um cenário totalmente distinto. Desde 2016 as Regiões Sul, Sudeste e Centro-Oeste haviam cumprido a meta intermediária, ao passo que as Regiões Norte e Nordeste se deparavam com taxas ainda

²⁴ INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA – IBGE. **Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua - PNAD Contínua 2019.** Disponível em: https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101736_informativo.pdf. Acesso em 27 jul. 2021.

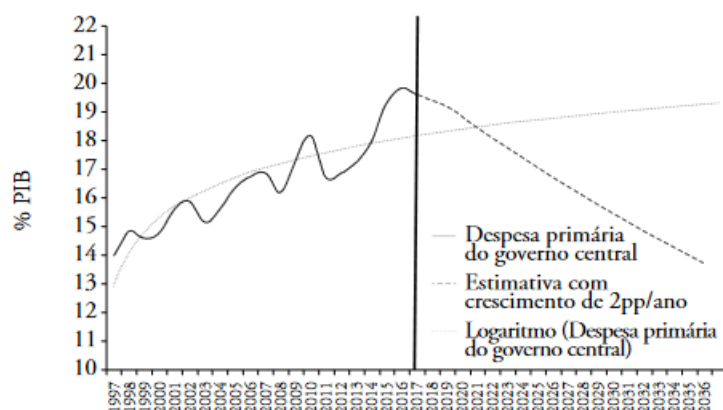
²⁵ BRASIL. **Lei nº 13.005, de 25 de Junho de 2014.** Aprova o Plano Nacional de Educação - PNE e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l13005.htm#anexo. Acesso em: 27 jul. 2021.

acima da meta intermediária de 2015 no ano de 2019. Além disso, para a erradicação do analfabetismo até 2024, os desafios são diversos entre as todas as regiões do país.²⁶

Dentre as medidas adotadas pelo governo brasileiro que corroboram para essa triste realidade cita-se a restrição dos investimento na área da educação através da edição da Emenda Constitucional nº 95/2016²⁷, que estabelece um novo regime fiscal com a instituição de uma regra para as despesas primárias do Governo Federal, com duração para 20 anos e possibilidade de revisão (restrita ao índice de correção e em 10 anos). A regra impõe uma limitação ao gasto primário do governo federal por um teto definido pelo montante gasto no ano de 2017, com reajuste pela inflação acumulada, medida pelo Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo – IPCA.²⁸

Na medida em que a regra determina uma espécie de congelamento nas despesas do governo, de modo que os gastos públicos acabam não acompanhando o crescimento da renda e da população²⁹, têm-se que a EC95 representa uma grave imposição de retrocesso social, consubstanciado na violação de direitos constitucionalmente tutelados, como é o caso do acesso à educação.

Nesse sentido, a fim de demonstrar que a EC95 propõe retroceder nos próximos 20 anos o que o país avançou nos últimos 20 anos, Rossi, Oliveira, Arantes, Dweck apresentam a seguinte representação gráfica, com base em dados do tesouro nacional:



Gasto primário do Governo Federal em porcentagem do produto interno bruto (PIB), antes da Emenda Constitucional nº 95 (EC 95) e projeção até 2037.³⁰

²⁶ INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA – IBGE. **Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua - PNAD Contínua 2019**.

²⁷ BRASIL. **Emenda Constitucional nº 95, de 15 de Dezembro de 2016**. Altera o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, para instituir o Novo Regime Fiscal, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc95.htm. Acesso em: 27 jul. 2021.

²⁸ ROSSI, Pedro; OLIVEIRA, Ana L.M; ARANTES, Flávio; DWECK, Esther. Austeridade fiscal e o financiamento da educação no Brasil. **Revista Educação & Sociedade**, v. 40, e0223456, 2019. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/es/a/kPwjLRdn8xtJwxpt4T8R4NH/?lang=pt&format=pdf>. Acesso em 27 jul. 2021. p. 09-10.

²⁹ ROSSI, Pedro; OLIVEIRA, Ana L.M; ARANTES, Flávio; DWECK, Esther. **Austeridade fiscal e o financiamento da educação no Brasil**.

³⁰ ROSSI, Pedro; OLIVEIRA, Ana L.M; ARANTES, Flávio; DWECK, Esther. **Austeridade fiscal e o financiamento da educação no Brasil**. p. 10.

De acordo com os autores, o gráfico apresenta o gasto primário do governo central do PIB desde 1997, em porcentagem, e uma projeção de 2017 até 2037. Ademais, também demonstra que em 20 anos, no período de 1997 -2017, o gasto primário do governo central cresceu de 14 para 19% do PIB, que reflete a regulamentação dos direitos sociais pela Constituição Federal de 1988, sendo que nos próximos 20 anos (2017-2037), estima-se que o gasto primário do governo retornará para a casa de 14% do PIB.³¹

Na prática, a regra proposta pelo governo representa um considerável desinvestimento em diversos setores considerados primordiais para o desenvolvimento social, como na educação. Escolas e universidades públicas passam a receber menos recursos para a manutenção e desenvolvimento de suas atividades, fazendo com que muitas passem a trabalhar no limite ou, nos casos mais graves, fechando suas portas. A infraestrutura das escolas brasileiras são precárias, os professores mal pagos, o ensino não é ofertado com a qualidade que deveria. Faltam livros, faltam docentes, falta merenda, faltam escolas, faltam alunos, faltam vagas em universidades públicas, faltam cidadãos.

Na obra intitulada “El pueblo sin atributos: la secreta revolución del neoliberalismo”, Brown afirma que a educação superior de amplo acesso e custeável é uma das grandes perdas ocasionadas pelo domínio neoliberal. Na referida obra, a autora aborda a forma como esta perda pode ser considerada uma grave ameaça para a democracia, uma vez que os cidadãos não podem governar a si mesmos, assumir a tomada de decisões ou eleger quem o faça sem compreender os poderes e os problemas envolvidos. Segundo Brown, “proporcionar herramientas para este entendimiento ha sido una premisa esencial de la educación pública secundaria y superior [...]”³².

Brown assertivamente afirma que cortes na educação pública representam decisões econômicas pela governança neoliberal, e não decisões políticas, ou seja “caso a “realidade” do mercado assim requeira, os indivíduos mais responsabilizados podem ser legitimamente jogados ao mar”³³. De acordo com a autora, quando há a supressão neoliberal de valores democráticos no discurso político, com o constante desinvestimento na educação, em especial na educação não técnica, e com a substituição baseada na governança e na eficácia de prestação de contas em matéria

³¹ ROSSI, Pedro; OLIVEIRA, Ana L.M; ARANTES, Flávio; DWECK, Esther. **Austeridade fiscal e o financiamento da educação no Brasil**. p. 10.

³² BROWN, Wendy. **El pueblo sin atributos: la secreta revolución del neoliberalismo**. p. 140.

³³ BROWN, Wendy. **Cidadania sacrificial, neoliberalismo, capital humano e políticas de austeridade**. Tradução Juliane Bianchi Leão. Rio de Janeiro: Zazie Edições, 2018, p. 46-47.

de políticas públicas e econômicas, o resultado não é simplesmente a erosão do poder popular, mas sua eliminação do imaginário político democrático³⁴.

Infelizmente a erosão democrática e o enfraquecimento de valores imprescindíveis para o exercício da democracia podem ser facilmente visualizados no Brasil. Através da adoção de medidas orientadas por valores neoliberais, seguindo a lógica do mercado, o governo têm deixado de realizar importantes investimentos na educação, ocasionando graves rupturas em importantes políticas públicas e cortes nos orçamentos de escolas e universidades públicas. Diante da importância da educação para a formação social coletiva e, conseqüentemente, para o fortalecimento da democracia, resta evidenciada a necessária (e urgente) retomada dos investimentos no setor.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo do desenvolvimento do estudo proposto foi possível analisar as distintas concepções e abordagens sobre o que se compreende por democracia, assim como também foi possível verificar como o governo brasileiro vem adotando medidas em evidente contradição com os objetivos constitucionais e com o próprio Plano Nacional de Educação – PNE.

Uma vez que a educação é uma importante ferramenta para o fortalecimento da democracia, tendo em vista que esta fornece os meios necessários para a real compreensão do papel de cada indivíduo na formação dos processos democráticos, assim como permite a formação consciente de cidadão para a tomada de decisões (ou para a eleição de seus representantes) objetivando o bem estar comum, para além de uma lógica exclusivamente econômica sob o domínio da racionalidade neoliberal, torna-se imprescindível a retomada dos investimentos no setor, desde o ensino básico até o médio e superior.

Somente a partir de um olhar atento para a educação, com incentivos e investimentos públicos em formação docente, infraestrutura, material didático, pesquisas e pesquisadores e nas universidades públicas é que se poderá falar em formação cidadã e no fortalecimento da democracia.

³⁴ BROWN, Wendy. *Cidadania sacrificial, neoliberalismo, capital humano e políticas de austeridade*. p. 29.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia; uma defesa das regras do jogo**. Tradução Marco Aurélio Nogueira. 6ª ed. São Paulo: Editora Paz e Terra, 1997.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: Acesso em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. 26 jul. 2021.

BRASIL. **Emenda Constitucional nº 95, de 15 de Dezembro de 2016**. Altera o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, para instituir o Novo Regime Fiscal, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc95.htm. Acesso em: 27 jul. 2021.

BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de Julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 26 jul. 2021.

BRASIL. **Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996**. Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19394.htm. Acesso em: 26 jul. 2021.

BRASIL. **Lei nº 13.005, de 25 de Junho de 2014**. Aprova o Plano Nacional de Educação - PNE e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/113005.htm#anexo. Acesso em: 27 jul. 2021.

BROWN, Wendy. **Cidadania sacrificial, neoliberalismo, capital humano e políticas de austeridade**. Tradução Juliane Bianchi Leão. Rio de Janeiro: Zazie Edições, 2018.

BROWN, Wendy. **El pueblo sin atributos: la secreta revolución del neoliberalismo**. Traducción de Víctor Altamirano. Barcelona: Malpaso Ediciones, 2015.

FERRAJOLI, Luigi. **Constitucionalismo más allá del Estado**. Madrid: Editorial Trotta, 2018.

FERRAJOLI, Luigi. **Democracia y garantismo**. Edición de Miguel Carbonel. Madrid: Editorial Trotta, 2008.

FERRAJOLI, Luigi. **La democracia a través de los derechos: El constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político**. Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez. Madrid: Editorial Trotta, 2014.

FERRAJOLI, Luigi. **Poderes selvajes: La crisis de la democracia constitucional**. Tradução de Perfecto Andrés Ibáñez. Madrid: Editorial Trotta, 2011.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA – IBGE. **Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua - PNAD Contínua 2019**. Disponível em: https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101736_informativo.pdf. Acesso em 27 jul. 2021.

ROSSI, Pedro; OLIVEIRA, Ana L.M; ARANTES, Flávio; DWECK, Esther. Austeridade fiscal e o financiamento da educação no Brasil. **Revista Educação & Sociedade**, v. 40, e0223456, 2019. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/es/a/kPwjLRdn8xtJwxpt4T8R4NH/?lang=pt&format=pdf>. Acesso em 27 jul. 2021.

SCHUMPETER, Joseph A. **Capitalismo, Socialismo e Democracia**. Editado por George Allen e Unwin Ltd. Tradução de Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Editora Fundo de Cultura, 1961.

AS TRANSFORMAÇÕES DO ESTADO LIBERAL E OS REFLEXOS NOS DIREITOS FUNDAMENTAIS, NA DEMOCRACIA E NO CONCEITO DE JUSTIÇA

THE TRANSFORMATIONS OF THE LIBERAL STATE AND THE REFLECTIONS ON FUNDAMENTAL RIGHTS, DEMOCRACY AND THE CONCEPT OF JUSTICE

Érico Antonio P. Santos¹

Júlia Francieli Neves de Oliveira ²

Resumo

A presente pesquisa insere-se no âmbito dos estudos da sociologia e da filosofia constitucional. E surge em decorrência da problemática observada nas transformações da democracia liberal e os reflexos na garantia dos direitos humanos, dos direitos fundamentais e no conceito de justiça. Tendo como objetivo demonstrar que o processo de globalização e as transformações do Estado Liberal proporcionaram uma diminuição das garantias fundamentais e dos direitos humanos, haja vista o surgimento de uma incompatibilidade entre Democracia e Liberalismo. Para tanto, será necessário investigar a corrosão da base da democracia e do liberalismo e suas consequências para o conceito de justiça na sociedade moderna. Por conseguinte, verificar como ocorre o processo de transformação entre a democracia liberal e o liberalismo antidemocrático. E, portanto, espera-se constatar que, a corrosão da base da democracia liberal e o surgimento de um liberalismo sem direito tendem a provocar uma transformação no conceito de justiça e na garantia dos direitos humanos e dos direitos fundamentais. E, por fim, em conclusão, constatar que para uma garantia da democracia liberal se faz necessário o equilíbrio entre a proteção dos direitos fundamentais e o liberalismo econômico, haja vista a possibilidade de uma ruptura do paradigma constitucional.

Palavras-chave: Contrato Social; Democracia Liberal; Liberalismo Antidemocrático.

Abstract

This research is part of the scope of the studies of sociology and constitutional philosophy. And it arises as a result of the problematic observed in the transformations of liberal democracy and the reflexes in the guarantee of human rights, fundamental rights and in the concept of justice. Aiming to demonstrate that the globalization process and the transformations of the Liberal State provided a reduction in fundamental guarantees and human rights, given the emergence of an incompatibility between Democracy and Liberalism. Therefore, it will be necessary to investigate the erosion of the basis of democracy and liberalism and their consequences for the

¹Mestrando em direito no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Passo Fundo. Advogado. E-mail: 185620@upf.br

²Doutora no Programa de Pós-Graduação em Direito Público da UNISINOS, bolsista taxa PROEX (2016/2019). Realizou doutorado Sanduíche no Exterior na École de Droit de la Sorbonne Université Paris 1 - Panthéon-Sorbonne (2018). Pós-Doutoranda em Direito da Universidade de Passo Fundo UPF (2019). Mestre no Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI), Campus Santo Ângelo. Advogada Trabalhista. Servidora da PGE/RS. E-mail: julianeves15@hotmail.com.

concept of justice in modern society. Therefore, to verify how the transformation process between liberal democracy and anti-democratic liberalism takes place. And, therefore, it is expected that the erosion of the basis of liberal democracy and the emergence of a liberalism without rights tend to provoke a transformation in the concept of justice and in the guarantee of human rights and fundamental rights. And, finally, in conclusion, it should be noted that, in order to guarantee liberal democracy, a balance between the protection of fundamental rights and economic liberalism is necessary, given the possibility of a rupture in the constitutional paradigm.

Keywords: Social Contract; Liberal Democracy; Anti-democratic liberalism.

INTRODUÇÃO

O desaparecimento da sociedade feudal, com a queda do Estado Absolutista e o advento da sociedade moderna, pautada pelo Estado Liberal faz surgir um novo paradigma para a civilização ocidental.

Advindo, portanto, uma sociedade moderna, mas com estruturas complexas. Fato que tem revelado os mais variados conflitos sociais abstrusos emanados das relações entre os indivíduos contemporâneos.

Observou-se que, diversos fatores contribuíram para a evolução desses novos conflitos, em especial o advento do sistema capitalista, o fenômeno da globalização, as mudanças sobre a concepção de Estado, dentre outras.

Chama-se à atenção que, todos os fatores adquiriram influências pelo contínuo desenvolvimento do Estado Liberal. Deste modo, faz mister a necessidade de examinar as transformações desta nova concepção de Estado e as consequências sob os aspectos da democracia, dos direitos fundamentais e da justiça.

Nesse sentido assevera Rawls que, a concepção de liberalismo pressupõe uma pluralidade de amplas doutrinas e mesmo que incompatíveis, sejam frutos da racionalidade humana, de modo a integrarem as estruturas das instituições do estado democrático, e ainda que dentro desse vasto pluralismo de ideias racionais existam doutrinas pouco razoáveis, irracionais ou até mesmo absurdas devem ser integradas a unidade de justiça e da sociedade, restando somente o problema de como administrá-las³.

Entretanto, a evolução do liberalismo político modificou sobremaneira os conceitos de direito e de justiça, inclusive realocando a figura do homem no processo social, bem como uma nova observação do contrato social.

³ RAWLS, John. **O Liberalismo Político**. Tradução Dinah de Abreu Azevedo, 2ª edição. São Paulo – SP: Editora Ática, 2000, p. 24.

Por tais fatos, Boaventura de Souza Santos anota que, não obstante, as “promessas auspiciosas” e “grandiloquentes”, fundadas pelos princípios da igualdade, liberdade e fraternidade, a sociedade moderna tem acumulado um relevante espólio de dívidas⁴.

Deste modo, adotando-se o método indutivo, pautando-se em periódicos publicados por revistas científicas eletrônica e utilizando-se da doutrina, a presente análise tentará demonstrar que, as transformações do Estado Liberal impactaram sobremaneira o aspecto de democracia, dos direitos fundamentais e de justiça.

1. QUAL LIBERALISMO: O COOPERATIVISMO DO ESTADO E O DISCURSO LIBERAL

Não obstante, as transformações absorvidas pelo transcorrer da evolução social, o liberalismo ergueu-se sob o ideal da pluralidade de ideais racionais, pautando-se sob o crivo da justiça e adquirindo os contornos dos ideais colhidos pela Revolução Francesa, apresenta a sua moderna estrutura, sob os princípios de liberdade, igualdade e fraternidade.

A peculiaridade genuína do liberalismo pode ser observada diante da emancipação da sociedade face ao poder político dos soberanos⁵. O maior e mais relevante bem da civilização é constituído pela liberdade e pela igualdade⁶. Ademais, os antigos observam que o limite do poder do Estado poderia ser regulado pela liberdade racional do homem.

Em ato contínuo a evolução social da humanidade, o sentido clássico de liberdade impregna na memória do tempo contornos oriundos resultantes desse avanço civilizatório, e, portanto, a liberdade já não mais resulta somente em uma limitação aos abusos do poder estatal.

Pode-se associar que, no momento em que o público e o privado deixam de observar as barreiras que os separam, a liberdade também perde o seu cunho de proteção contra as arbitrariedades do poder estatal.

E nesse sentido, Habermas identifica que, a perda do discurso da crítica racional, ou seja, quando a burguesia deixa de atuar como principal instrumento

⁴ SANTOS, Boaventura de Souza. **Para uma Revolução Democrática da Justiça**. 3ª edição. Cortez Editora. São Paulo, 2011, p. 13.

⁵ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 7ª Triagem, São Paulo: Ed. Campus, 2004, p. 40.

⁶ ROUSSEAU, Jean Jacques. **Do Contrato Social**. Edição Especial. Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira, 2016, p. 60.

crítico do poder soberano e passa a assumir o controle da política estatal e de mercado, perde-se a acepção clássica do liberalismo.⁷

Portanto, o ideal moderno de liberdade não possui mais o cunho regulador de controle face ao poder estatal, conforme o ideal clássico. O crescimento do mercado e a globalização são alguns fatores que contribuem para a desintegração genuína da acepção do liberalismo.

Nesse sentido assevera Bobbio que, a concepção mais comum do liberalismo é de que o Estado possui poderes e função limitada, portanto, sendo a antítese do Estado absolutista⁸. Entretanto, as políticas liberais adotadas atualmente pelos Estados, em especial no que concerne às políticas de mercado são cada vez mais livres de regulação ou controle.

Em Rawls, observa-se que, sem a construção de uma posição original, que disponha de um ideal cooperativo e equitativo entre os indivíduos que formam a sociedade não poderá existir uma ideia de liberdade e igualdade⁹. Portanto, extrai-se que, sem uma cooperação mútua por parte da sociedade não existirá um ideal de justiça, e, conseqüentemente, não existirá liberdade.

No discurso do liberalismo tradicional de Rawls, o contrato social depende de um empenho cooperativo da sociedade, visão liberal que fora deturpada com as políticas do novo liberalismo. Não é atoa as críticas tecidas face a este pensamento do autor.

Nesse diapasão, contrapondo o ideal liberal de Rawls, analisa-se que, uma posição original construída pelas escolhas dos princípios através dos seus indivíduos não atingirá um ideal de justiça, uma vez que cada sujeito possui necessidades distintas, ademais, a referida ideia liberal rawlsiana amoldar-se-ia mais a um sistema utilitarista.¹⁰

Não obstante, as críticas lançadas àqueles que sustentam o discurso do liberalismo dos antigos, verificou-se que, a prática das políticas do neoliberalismo opõem-se claramente ao ideal erguido pelo liberalismo clássico, haja vista a constatação que se dá diante da inexistência de regulação do Estado perante as políticas nominadas liberais desenvolvidas pelo mercado, e, portanto, o que enxerga-se é uma relevante desigualdade social, crises ambientais, a desconstitucionalização

⁷ HABERMAS, Junger. **Mudança Estrutural da Esfera Pública: investigações sobre uma categoria da sociedade burguesa**. Traduzido por Denilson Luís Werle. 1ª Edição. São Paulo: Ed. UNESP, , 2014, p. 29.

⁸ BOBBIO Norberto. **Liberalismo e democracia**. São Paulo: Editora Edipro., 2017, p. 39.

⁹ RAWLS, John. **O Liberalismo Político**. p. 114, 115.

¹⁰ GARGARELA. Roberto. **As teorias da justiça depois de Rawls: Um breve manual de filosofia política**. São Paulo – SP: Editora Martins Fontes, 2008, p. 3; 14.

dos direitos, dentre outros, logo é de fácil percepção que o liberalismo pregado pelos modernos abandonou os princípios do liberalismo clássico.

É perceptível que o liberalismo moderno dissociou-se da sua concepção clássica erguida pelo Estado Liberal, sob os princípios da igualdade, liberdade e fraternidade, de modo que àquela sociedade constituída por sujeitos livres e iguais, que exercem um ideal racional crítico e com o objetivo de limitar o poder estatal fora desintegrado ao longo da evolução social.

O atual discurso liberal esqueceu os ideais de justiça e de limitação do poder e adotou um ideal de liberdade absoluta, em especial para as políticas de mercado. Entretanto, essa inexistência de controle do poder tornou-se seletiva, referida afirmação justifica-se quando se vislumbra, por exemplo, à atuação estatal face ao mercado e ao corpo social de indivíduos.

Na recessão econômica de 2008, quando a colonização da informação praticada pelos meios de comunicação de massa manipulou o pensamento do cidadão em fazê-lo acreditar que a crise financeira dos Estados perpassava exclusivamente pelas políticas sociais e assistencialista, ao invés de apresentarem o verdadeiro motivo daquela crise, qual seja, as políticas liberais de mercado.

Nesse sentido assevera Castells que:

A crise financeira, transformada em crise econômica e do emprego, que explodiu nos Estados Unidos e na Europa no outono de 2008. Foi, na realidade, a crise de um modelo de capitalismo, o capitalismo financeiro global, baseado na interdependência do mercado [...] fez colapsar uma parte substancial do sistema financeiro e esteve prestes a gerar uma catástrofe sem precedentes. A beira do precipício, os governos com nosso dinheiro, salvaram o capitalismo¹¹.

Na mencionada anotação o autor aduz sobre as práticas especulativas do mercado financeiro, onde a AIG (American International Group), seguradora dos maiores bancos mundiais, a beira do precipício recebeu ajuda do governo americano¹². Há que se consignar que, a referida crise tomou proporção mundial, inclusive no Brasil.

Pode-se mencionar ainda o atual cenário econômico causado pela pandemia da COVID-19, quando no caso brasileiro a assistência financeira do Estado às grandes empresas. Sem deixar de mencionar ainda o colapso financeiro e a revolução das

¹¹ CASTELLS, Manuel. **Ruptura**. Rio de Janeiro – RJ. Ed. Jorge Zahar Editor Ltda., edição brasileira, 2018, p.16.

¹² CASTELLS, Manuel. **Ruptura**. p. 16.

panelas na Islândia¹³, quando o mercado especulativo interno colapsou e o país entrou em uma recessão sem precedentes.

Os exemplos mencionados materializam a distorção dos ideais pregados pelo novo liberalismo face ao pensamento clássico.

Não obstante, o liberalismo em sua forma clássica tenha sido o precursor da democracia liberal, inclusive através das revoluções que garantiram a derrubada do poder absolutista e asseguraram direitos fundamentais, as transformações adquiridas pelo Estado Liberal no decorrer da evolução social tem feito acumular o espólio de dívidas desse movimento, de modo que não basta o simples discurso de liberdade para que o indivíduo possa viver bem perante a sociedade.

A sociedade tornou-se complexa, o ideal liberal já não se adere a realizada social. “Muitas teorias liberais baseiam-se no “atomismo”, em uma psicologia moral completamente simplista, segundo a qual os indivíduos são autosuficientes fora da sociedade”¹⁴. É indiscutível que a desigualdade social e de oportunidades observada na sociedade moderna impede que o cidadão exercite a sua autodeterminação.

Nesse sentido, para Habermas, o liberalismo enfrenta um obstáculo que lhe gera preocupação, no sentido de como obter um consenso básico de liberdade para os indivíduos¹⁵. O sentimento de liberdade e igualdade almejado pelos antigos foi transformado em um propósito distante, haja vista os contornos modernos assumidos pelo liberalismo.

Deste modo, verifica-se que, as transformações ocorridas no liberalismo, sendo a maior parte delas enxergadas pelo rápido avanço global do mercado tornou-se distante as promessas de liberdade, igualdade e fraternidade, princípios básicos deste movimento que somente podem ser alcançados mediante a garantia dos direitos fundamentais e da justiça racional e equilibrada.

2. DIREITOS FUNDAMENTAIS E DEMOCRACIA NA SOCIEDADE MODERNA LIBERAL

Como já constatado, as promessas de uma sociedade liberal, fraterna e igualitária, assumiu atualmente uma mera posição localização no campo utópico da filosofia. Com efeito, ainda que alguns critiquem essa ideia do imaginário, vale

¹³ CASTELLS, Manuel. **Redes de Indignação e Esperança**. Editora Zahar, Rio de Janeiro – RJ, 2013, p. 26.

¹⁴ KYMLICKA, Will. **Filosofia Política Contemporânea: uma introdução**. Tradução Carlos Borges. Editora Martins Fontes. São Paulo – SP, 2006, p. 277.

¹⁵ HABERMAS, Jürgen. **A Inclusão do Outro**. Tradução Denilson Luís Werle. Editora Unesp. São Paulo – SP, 2018, p. 152.

ressaltar que, a o sentido utópico garante o desejo e o êxtase de galgar um dia esse sentimento.

O liberalismo foi à fonte da democracia liberal, que se ergueu com a ruptura do absolutismo. Contudo, visa demonstrar que as transformações experimentadas pelo liberalismo, em especial concernentes a globalização e o capitalismo foram possivelmente responsáveis pelo espólio de dívidas não cumpridas.

O ideal liberal dos antigos, bem como as diretrizes encontradas em Rawls e Sean, busca-se um liberalismo pautado na racionalidade e em uma sociedade plural, mas justa. Entretanto, as políticas perpetradas pelo liberalismo moderno materializam um paradoxo evidente.

As consequências de um liberalismo político ilimitado e desregulado por qualquer tipo de controle tem se materializado pelo expressivo aumento da desigualdade social, pelas crises emigratórias, com os problemas ambientais, dentre outros. A justiça do homem deve ser concebida por uma ordem que exprima equilíbrio e garanta a harmonia entre os indivíduos, assemelhando-se à natureza.¹⁶

A justiça moderna pauta-se pela racionalidade, valorizando o homem perante o seu espaço social, com a devida integração da coletividade na sociedade¹⁷. Uma unanimidade entre os estudiosos modernos é de que sem a observância e a aplicação dos direitos fundamentais não há como se falar em um sistema democrático justo respaldado pelo Estado Constitucional.

Ao destacar-se dois momentos da história da civilização, a revolução francesa e o período nazista alemão, constatar-se-á que o ideal liberal de igualdade, liberdade e fraternidade foram relevantes para o surgimento de um novo paradigma civilizatório. Ademais, uma fator que pode-se destacar que vincula esses dois pontos da história, é a luta pela garantia e a aplicação dos direitos fundamentais.

No primeiro momento, pode-se citar a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, já em uma segunda observação, o surgimento do constitucionalismo moderno, erguido pela refundação democrática tendo os direitos fundamentais como arma antifascista.¹⁸

Já na antiguidade, por meio do *jusnaturalismo* se observava a necessidade do ideal de justiça e de direito desenvolver-se sob a observância dos direitos naturais,

¹⁶ GELAIN, Itamar Luís. **Uma Introdução à filosofia do direito**. Editora Unijuí, Coleção direito, política e cidadania. Ijuí – RS, 2015. P. 38.

¹⁷ GELAIN, Itamar Luís. **Uma Introdução à filosofia do direito** p. 32.

¹⁸ FERRAJOLI, Luigi. **Democracia y Garantismo**. Organización Miguel Carbonell. Madrid: Editora Trotta., 2008, p. 28; 29.

respeitando-se uma ordem da natureza¹⁹. Pode-se observar inclusive tal assertiva nos diálogos de Platão.

O pensamento liberal de democracia dissimula os problemas sociais das minorias, que inclusive pode ser melhor observado e entendido pelo comunitarismo²⁰. Dirimindo sobre a necessidade de se preocupar com a inclusão do indivíduo na sociedade, Habermas estabelece uma crítica ao pensamento liberal de autodeterminação.

As políticas de mercado exercidas pelo liberalismo moderno impedem claramente a autodeterminação do indivíduo na sociedade. Nesse sentido, observa-se o pensamento de Habermas:

O sentido inclusivo dos direitos humanos esgota-se no gozo privado de liberdades liberais iguais, ao passo que o exercício cidadão das liberdades políticas deve obedecer a uma lógica inteiramente diferente [...] só podem participar da dominação democrática os cidadãos que de pessoas privadas se transformaram em membros de uma nação politicamente consciente²¹.

Conclui-se, portanto, que as transformações do sistema liberal criaram uma antítese no seu próprio ideal de liberdade, desintegrando-se a integração do indivíduo em uma sociedade justa e equilibrada.

Sem embargos, as consequências das políticas praticadas pelo liberalismo podem ser observadas diante da nefasta pobreza que assola os Estados Liberais, as crises migratórias e ambientais, sem deixar de mencionar a desconstitucionalização dos Estados Democráticos.

Assevera Boaventura de Souza que, deve-se abandonar a cultura contra-hegemónica que se praticam face aos direitos humanos, haja vista o multiculturalismo presente nas sociedades modernas²². Em sociedades cada vez mais cosmopolitas a observação aos direitos fundamentais respeitando as diferenças deve ser um pilar para o Estado de Direito.

Um problema presente no Estado Democrático moderno é a dominação autoritária da maioria impondo sempre a sua cultura de vida, refletindo um desrespeito ao princípio da igualdade e da liberdade cultural²³. Hamel assevera que, “o compromisso do liberalismo de proteger os indivíduos em sua autonomia causa um

¹⁹ GELAIN, Itamar Luís. **Uma Introdução à filosofia do direito**, p. 39.

²⁰ HABERMAS, Jünger. **A Inclusão do Outro**. p. 250.

²¹ HABERMAS, Jünger. **A Inclusão do Outro**. p. 239.

²² SANTOS, Boaventura de Souza. **Por uma concepção multicultural de direitos humanos**. Revista Crítica de Ciências Sociais. Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra e Centro de Estudos Sociais, nº 48, junho, 1997, p. 19.

²³ HABERMAS, Jünger. **A Inclusão do Outro**. p. 250.

compromisso de assegurar direitos individuais, cuja consequência negativa reside numa linguagem individualista do direito²⁴”.

Com efeito, um fato que se observa diante das políticas de mercado do Estado Liberal é a negação aos direitos, por um processo de desconstitucionalização, destoando-se do antigo ideal liberal.

A perda de identidade do Estado, o aumento da desigualdade social, o problema do processo emigratório, o controle econômico mundial gerido por apenas alguns Estados ricos, as crises econômicas sem precedentes que assolam os países subdesenvolvidos e pobres, bem como a precarização dos direitos trabalhistas são frutos das promessas do Estado Liberal.

Bobbio assevera que, as revoluções liberais e socialistas resultantes dos últimos séculos trouxeram a ilusão de um mundo de ilusão e progresso e que o homem não se converteu em deuses, mas os Estados tornaram-se cada vez maiores e mais populosos, as fortunas aumentaram e as desigualdades cresceram em especial nos Estados democráticos²⁵.

Com efeito, a liberdade desenfreada do mercado faz renascer um novo absolutismo. Agora sem o cedro e a coroa do rei, ou sem o traje majestático do imperador, mas sim vestido com a armadura inquebrável do poder econômico, que destrói o meio ambiente, que sobrepõe o individualismo ao coletivismo, que encerra as relações entre os indivíduos e extingue a liberdade do ser humano.

Nesse sentido destaca-se o pensamento de Byung-Chul:

O dever tem um limite: o poder não [...]. A liberdade é a antagonista da coerção [...]. O sujeito neoliberal como empreendedor de si mesmo é incapaz de se relacionar *livre de qualquer propósito* [...]. O neoliberalismo é um sistema muito eficiente – diria até inteligente – na exploração da liberdade: tudo aquilo que pertence às práticas às e formas de expressão da liberdade (como a emoção, o jogo e a comunicação) é explorado²⁶.

O mercado neoliberal representado pelas multinacionais, transnacionais, Organismos Internacionais etc, veem assumindo o controle políticos dos Estados Democráticos, fazendo com que os representantes do povo legislem e executem leis que beneficie exclusivamente os seus anseios.

Diante desse cenário, relevante mencionar o que assevera Castells:

²⁴ HAMEL, Márcio Renan. **O Espaço do direito na Teoria da Justiça de Axel Honneth**. Revista Direito e Práxis. Rio de Janeiro – RJ, 2020. Disponível em: www.scielo.br/scielo.php. Acesso em: 20/11/2021.

²⁵ BOBBIO, Norberto. **O Futuro da Democracia: uma defesa das regras do jogo**. Rio de Janeiro – RJ: Ed. Paz e Terra, 2018, p. 172.

²⁶ BYUNG, Chun Han. **Psicopolítica – O neoliberalismo e as novas técnicas de poder**. 1ª Edição, Belo Horizonte – MG: Editora Ayine, 2018, p. 10; 11.

[...] trabalhadores locais desvalorizados pela deslocalização industrial, alijados pela mudança tecnológica e desprotegidos pela desregulação trabalhista. A desigualdade social resultante entre valorizadores e desvalorizadores é a mais alta história recente [...] os ricos estão cada vez mais ricos, sobretudo no vértice da pirâmide e os pobres cada vez mais pobres [...]²⁷.

Por derradeiro, constata-se que, as políticas do neoliberalismo podem ser apontadas como fatores causadores de parte dos problemas que assolam a sociedade moderna.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em síntese, verificou-se que as transformações do modelo liberal, somadas ao fenômeno da globalização podem ser mencionadas como responsáveis pelo complexo cenário social moderno.

Verificou-se ainda que, as políticas de mercado instituídas pelo novo liberalismo são responsáveis pela expansão da desigualdade social, crise imigratória e da desconstitucionalização dos direitos, em especial a negação aos direitos humanos e as garantias fundamentais.

E por fim, constatou-se que, o neoliberalismo criou um paradoxo ao compará-lo ao pensamento liberal clássico, que pautava-se pautando na racionalidade e cooperação entre os indivíduos na sociedade, como garantia de justiça e liberdade.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 7ª Triagem, São Paulo: Ed. Campus, 2004.

_____. **O Futuro da Democracia: uma defesa das regras do jogo**. Rio de Janeiro/RJ: Ed. Paz e Terra, 2018.

_____. **Liberalismo e democracia**. São Paulo/SP: Editora Edipro, 2017.

CASTELLS, Manuel. **Redes de Indignação e Esperança**. Rio de Janeiro – RJ: Editora Zahar, 2013.

_____. **Ruptura**. Rio de Janeiro – RJ: Ed. Jorge Zahar Editor Ltda., edição brasileira, 2018.

FERRAJOLI, Luigi. **Democracia y Garantismo**. Organización Miguel Carbonell. Madrid: Editora Trotta, 2008.

GARGARELA, Roberto. **As teorias da justiça depois de Rawls: Um breve manual de filosofia política**. São Paulo/SP: Editora Martins Fontes., 2008.

²⁷ CASTELLS, Manuel. **Ruptura**. p. 14.

GELAIN, Itamar Luís. **Uma Introdução à filosofia do direito**. Ijuí/RS: Editora Unijuí, Coleção direito, política e cidadania, 2015.

HABERMAS, Jünger. **A Inclusão do Outro**. Tradução Denilson Luís Werle. São Paulo – SP: Editora Unesp, 2018.

_____. **Mudança Estrutural da Esfera Pública: investigações sobre uma categoria da sociedade burguesa**. Traduzido por Denilson Luís Werle. 1ª Edição. São Paulo – SP: Ed. UNESP, 2014.

HAMEL, Márcio Renan. **O Espaço do direito na Teoria da Justiça de Axel Honneth**. Revista Direito e Práxis. Rio de Janeiro – RJ, 2020. Disponível em: www.scielo.br/scielo.php. Acesso em: 20/11/2021.

KYMLICKA, Will. **Filosofia Política Contemporânea: uma introdução**. Tradução Carlos Borges. São Paulo/SP: Editora Martins Fontes, 2006.

SANTOS. Boaventura de Souza. **Para uma Revolução Democrática da Justiça**. 3ª edição. São Paulo: Cortez Editora, 2011.

_____. **Por uma concepção multicultural de direitos humanos**. Revista Crítica de Ciências Sociais. Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra e Centro de Estudos Sociais, nº 48, junho, 1997.

RAWLS, John. **O Liberalismo Político**. Tradução Dinah de Abreu Azevedo, 2ª edição. São Paulo/SP: Editora Ática, 2000.

ROUSSEAU, Jean Jacques. **Do Contrato Social**. Edição Especial. Rio de Janeiro – RJ: Editora Nova Fronteira, 2016.

A REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA URBANA, NO BRASIL, E APLICAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À MORADIA A PARTIR DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988¹

URBAN LAND LEGAZILITION IN BRAZIL AND APPLICATION OF FUNDAMENTAL RIGHT TO HOUSING FROM THE 1988 FEDERAL CONSTITUTION

Flávio Braga Pires²

Suzana Valle Salgado³

Resumo

O presente artigo tem o objetivo de analisar se há efetividade positiva no Estatuto da Cidade, no que tange à garantia do direito fundamental à moradia para os cidadãos brasileiros, através da conceituação e análise das normas constitucionais e infraconstitucionais que tratam sobre o tema. A regularização fundiária tem, por finalidade primordial, a efetivação do direito à moradia, devendo ser destacado que o referido direito deve vir acompanhado de requisitos essenciais para que se torne uma política social eficaz e, aliado a existência de condições mínimas que permitam uma estruturação física, deve buscar a existência de um ambiente habitável e a possibilidade concreta de uma devida regularização de acesso à moradia. Por sua vez, pretende-se demonstrar que, através da vigência da Constituição Federal de 1988, houveram mudanças significativas no cenário nacional, principalmente no que diz respeito a incidência de políticas públicas de cunho social, das quais, o direito à moradia é um exemplo claro. Adiante, será apresentado o conceito determinante acerca do direito à moradia e como o mesmo vem sendo aplicado no Brasil. Ao final, do presente artigo, será demonstrado se há efetividade, quando da aplicação da regularização fundiária, do direito à moradia insculpido no artigo 6º da Constituição Federal de 1988.

Palavras-chave: Direito à moradia, regularização fundiária, ações estatais e aplicação constitucional.

Abstract

This article aims to analyze whether there is positive effectiveness in the City Statute, regarding the guarantee of the fundamental right to housing for Brazilian citizens, through the conceptualization and analysis of the constitutional and infra-constitutional norms that deal with the subject. Land regularization has, as its primary purpose, the realization of the right to housing, and it should be noted that this right must be accompanied by essential requirements for it to become an effective social policy and, allied to the existence of minimum conditions that allow a physical

¹ Artigo referente à disciplina de Direito, Estado e Constituição, ofertada pelo PPGD UPF, ministrada pelo Professor Doutor Liton Lanes Pilau Sobrinho durante o 2º semestre de 2021.

² Mestrando em Direito, pela Universidade de Passo Fundo, RS, na linha de pesquisa: Jurisdição Constitucional e Democracia; e graduado em Direito pela Universidade de Cruz Alta, RS – UNICRUZ (1994). E-mail: flaviopires@piresadv.com.br.

³ Mestranda em Direito, pela Universidade de Passo Fundo, RS, na linha de pesquisa: Jurisdição Constitucional e Democracia; e graduada em Direito pela Universidade de Cruz Alta, RS – UNICRUZ (1999).. E-mail: suzanavvalgado@gmail.com.

structure, must seek the existence of a habitable environment and the concrete possibility of proper regularization of access to housing. In turn, it is intended to demonstrate that, through the validity of the Federal Constitution of 1988, there were significant changes in the national scenario, especially with regard to the incidence of public policies of a social nature, of which the right to housing is an example clear. Below, the determining concept of the right to housing and how it has been applied in Brazil will be presented. At the end of this article, it will be demonstrated whether there is effectiveness, when applying land title regularization, of the right to housing inscribed in Article 6 of the Federal Constitution of 1988.

Keywords: Right to housing, land tenure regularization, state actions and constitutional application.

INTRODUÇÃO

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, conhecida como a Constituição Cidadã, diversas inovações normativa-constitucionais se concretizaram, dentre as quais se destacam as previstas em seu Título II (Dos Direitos e Garantias Fundamentais), sendo o artigo 6º (Dos Direitos Sociais), onde se observa o direito à moradia. Assim, para a correta elucidação da presente pesquisa, será atribuída ênfase ao referido direito social, em especial, no que diz respeito ao direito à propriedade, o qual se mostra como um dos supedâneos basilares para uma sociedade igualitária, haja vista que, para que cada cidadão desenvolva suas capacidades de forma plena é fundamental ter sua morada.

Contudo, dita previsão constitucional só veio a ter vigência a partir do ano 2000 onde, por meio da Emenda Constitucional nº 26, ocorrera a alteração do artigo 6º da Constituição Federal.

Tendo em vista o fim social de direito à moradia, no território brasileiro, mediante a busca de melhorias na qualidade de vida, o legislador ordinário apresenta a Lei de Regularização Fundiária (Lei nº 13.465/2017), onde se estabelecem as normas e os procedimentos que aplicam ao tema, os quais visam a viabilização de núcleos urbanos informais a fim de obtenção de títulos de propriedade aos seus ocupantes informais.

Dessa forma, houve um lapso temporal de quase doze anos, desde a promulgação da Constituição Federal de 1988 até a inserção do direito à moradia como sendo um direito social no corpo normativo constitucional.

Mas, mesmo com a previsão do direito à moradia ser uma norma social constitucional, se pode afirmar que a incidência da mesma, combinada com a Lei de Regularização Fundiária, é marcada por efetividade positiva? Em outras palavras, a elevação do direito à moradia como direito social e a consequente edição de legislação

específica trouxe benefícios aos cidadãos brasileiros mais necessitados, se podendo afirmar que a referida lei atua como um verdadeiro exemplo de incidência de política pública social? É o que se pretende expor no presente trabalho.

Sendo assim, destina-se a presente pesquisa a explorar o conceito do direito à moradia, sua previsão constitucional e infraconstitucional, além de apresentar uma conclusão acerca se o referido direito social possui efetividade no Brasil. Para tanto, na primeira parte, será apresentada uma síntese acerca do momento histórico-jurídico que antecedeu a promulgação da Constituição Federal de 1988. No segundo tópico serão expostos o conceito e a aplicação efetiva do direito à moradia e, na parte final, será demonstrada a evolução legislativa, bem como, se há efetividade em sua aplicação prática no Brasil.

1. UMA NOVA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Tendo em vista o final do regime autoritário dos governos militares, marcado pela Constituição Federal de 1967, bem como pela Emenda Constitucional nº 01/1967, no ano de 1985 foi convocada a Assembleia Nacional Constituinte, a qual fora imbuída de poder originário com o fito de apresentar uma nova Constituição Federal.

Em 05 de outubro de 1988, após ter sido aprovada pela Assembleia Constituinte, foi promulgada a nova Constituição Federal Brasileira (importante salientar que a mesma não deve ser chamada de Carta, uma vez que apenas as Constituições outorgadas têm essa nomenclatura).

Ocorre que, por conta de uma transição política pacífica, o novo conjunto normativo constitucional se apresentou mediante larga participação popular, sem a interferência dos militares ou de qualquer outro sujeito estranho ao Poder Constituinte.

Dentre as diversas inovações inseridas no corpo normativo constitucional se destacam a ampliação dos direitos individuais, assim como a reinserção das garantias individuais presentes na Constituição Federal de 1946 e suprimidas pelos militares. Ademais, os direitos sociais foram consagrados, sobretudo os que se referem a educação, saúde, alimentação, trabalho, transporte, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância e, em especial – por conta do tema aqui eleito – o direito à moradia.

Porém, quando se analisa o período transitório entre a derrocada da Constituição Federal de 1967 e a promulgação da de 1988, se faz menção a uma nova constituição, no entanto, esta nomenclatura precisa ser melhor desdobrada e é, justamente, na obra de Atria⁴ que se encontra esta conceituação,

Em rigor, habiendolo hecho, el conjunto de normas difíciles de modificar habrá cambiado, por lo que será un nuevo conjunto. Siendo la constitución el conjunto de normas difíciles de modificar, un nuevo conjunto de estas normas es una nueva constitución. Aquí estaríamos usando la expresión nueva constitución conforme el siguiente criterio:

(5) cualquier modificación de cualquiera de las normas difíciles de modificar es un cambio de ese conjunto; siendo ese conjunto la constitución, cualquier modificación es una nueva constitución.

Sendo assim, se verifica que qualquer mudança de normas difíceis de serem modificadas, em especial se tratando de normas constitucionais rígidas, de acordo com o autor supracitado, já se terá um novo corpo normativo, porém, quando há a mudança total do texto constitucional – havendo ou não revolta, guerra, a fundação de um novo Estado ou de maneira pacífica – que o justifique, poder-se-á falar em uma nova constituição.

A alteração do texto constitucional de 1967 para 1988 foi consequência de um forte movimento político no Brasil, as diretas já, onde a população foi às ruas exigir uma nova Constituição Federal que atendesse os seus anseios, dito movimento popular, e que encontrou eco nas camadas políticas, é, nas palavras de Paulo e Alexandrino⁵,

Denomina-se constitucionalismo o movimento político, jurídico e ideológico que concebeu ou aperfeiçoou a ideia de estruturação racional do Estado e de limitação do exercício de seu poder, concretizada pela elaboração de um documento escrito destinado a representar sua lei fundamental e suprema.

Dessa forma o povo, movido por pleitos pessoais, exige a elaboração de um novo texto constitucional, no qual as mazelas oriundas do regime autoritário que se desfazia no país seriam deixadas para trás. Uma nova sociedade estava dando os seus primeiros passos, uma sociedade marcada pela cidadania, pelo respeito aos direitos humanos, às diferenças, garantidora dos direitos individuais e coletivos e, sobretudo, onde, mais tarde, o direito à moradia seria elevado ao patamar de um direito social previsto e garantido no corpo constitucional.

⁴ ATRIA, Fernando Lamaitre. **La constitución tramposa**. 1. ed. Santiago: LOM ediciones, 2013. p. 31-32.

⁵ PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito constitucional descomplicado**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 1.

O povo saiu às ruas para exigir um novo paradigma, qual seja, a existência prática, social, jurídica e, principalmente, jurídica de um Estado Democrático de Direito, para que a sua Constituição Federal fosse liberadora o que, nas palavras de Acosta⁶, remonta ao seguinte,

A própria vigência e sustentabilidade da ordem constitucional dependerão da capacidade de propor uma "Constituição liberadora, tolerante, equitativa e sem prejuízos". Necessitamos de uma Constituição plural, que forme um país somando e respeitando as diversidades nacionais: sociais, culturais, étnicas; uma Constituição flexível, que nos permita adentrarmos sem freios dogmáticos no complexo processo econômico internacional.

Os direitos sociais – ou de segunda geração – foram conceituados e aperfeiçoados no início da transição entre o Estado liberal e o do bem-estar social, apontado por Meireles⁷, como sendo *“consagrado pela expressão francesa laissez-faire, laissez-passer, para o Estado de Bem-estar social, também conhecido como Welfare State.”*

Importante salientar que, ao se referir aos direitos fundamentais, se está fazendo menção aqueles direitos que dizem respeito à proteção do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, estando previstos entre os artigos 5º e 17 da Constituição Federal de 1988, e são considerados como os direitos básicos individuais, coletivos, sociais e políticos.

Cumprir destacar que categoria básica supracitada não deve ser confundida com os Direitos Humanos, haja vista que estes possuem aplicação além das fronteiras e, por este motivo, são considerados supranacionais e invariáveis. Já os Direitos Fundamentais se apresentam mediante positivação constitucional de uma nação – justamente conforme insculpido na Constituição Federal de 1988 -, podendo variar entre um país e outro.

2. A CONCEITUAÇÃO E ELEVAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À MORADIA COMO UM DIREITO SOCIAL

Basicamente o direito à moradia diz respeito à possibilidade de um indivíduo possuir um lar para morar. Contudo, ao se analisar as consequências jurídicas e sociais deste simples conceito, se verificam características importantes para a presente pesquisa.

⁶ ACOSTA, Alberto. El Estado como solución: **Algunas reflexiones desde la economía**. Ecuador: Ildis, 1998, p. 21.

⁷ MEIRELES, Ana Cristina Costa. **A eficácia dos direitos sociais**. Salvador: Juspodivm, 2008. p. 38.

O direito à moradia está insculpido na Declaração Universal dos Direitos Humanos, da Organização dos Direitos Humanos - ONU, e, tendo em vista que o Brasil signatário do referido documento, é seu dever, assim como os demais países membros, que ocorra uma efetivação do que está previsto no artigo XXV⁸ da referida declaração.

Toda pessoa tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis.

Ademais, o Brasil é país signatário de outro tratado internacional, o Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais⁹, com entrada em vigor em 03 de janeiro de 1976, o qual refere, em seu artigo 11, que,

Os Estados Partes no presente Pacto reconhecem o direito de todas as pessoas a um nível de vida suficiente para si e para as suas famílias, incluindo alimentação, vestuário e alojamento suficientes, bem como a um melhoramento constante das suas condições de existência. Os Estados Partes tomarão medidas apropriadas destinadas a assegurar a realização deste direito reconhecendo para este efeito a importância essencial de uma cooperação internacional livremente consentida.

Sendo assim, é necessário que se busque, no país, medidas capazes de assegurarem o acesso e a realização deste direito, reconhecendo a importância essencial da efetivação do mesmo, o qual foi elevado a categoria de direito social em 2000 – ou seja, quase doze anos após a entrada em vigor da Constituição Federal de 1988 -, através da Emenda Constitucional nº 26¹⁰, de 14 de fevereiro, a qual deu nova redação ao artigo 6º da Constituição Federal, conforme se colaciona,

São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Ainda, o artigo 23, inciso IX, da Constituição Federal prevê que é de competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico.

⁸ ORGANIZAÇÃO DA NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Resolução 217 A III, de 10 de dezembro de 1948. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em 02 ago. 2021.

⁹ ONU. **Fundo de População das Nações Unidas**. Disponível em: http://www.unfpa.org.br/Arquivos/pacto_internacional.pdf. Acesso em 15 ago. 2021.

¹⁰ BRASIL. **EC nº 26**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc26.htm. Acesso em 14 ago.2021.

Assim, se pode constatar que a norma constitucional se preocupou em garantir o mínimo de acesso à moradia aos cidadãos, de forma que trouxe previsões legais a fim de amparar o referido direito.

O direito à moradia não se resume em um simplório ato do direito de propriedade, é mais do que isso, é o endereço da residência do indivíduo, e o local sagrado para o seu desenvolvimento como pessoa, como cidadão e como sujeito portador de direitos e obrigações. Tal assertiva encontra eco nas palavras de Souza¹¹,

O desejo do indivíduo de estabelecer o lugar ao qual se vincula é primordial ao exercício dos direitos. Sem isso, poderia impossibilitar a execução dos seus atos da vida civil, como por exemplo, a simples aquisição de um bem ou o reconhecimento de seu endereço para defender-se, em uma eventual citação de uma ação judicial.

A partir do momento que o direito à moradia é incluído no rol das garantias constitucionais o mesmo se torna, dessa forma, uma garantia da democracia, como bem fundamenta Ferrajoli¹²,

Si todo esto es cierto, las garantías constitucionales de los derechos fundamentales son también garantías de la democracia. [...] Son garantías *negativas* las prohibiciones correspondientes a expectativas negativas, como todos los derechos a no ser lesionados por los otros, tal cual el derecho real de propiedad, el derecho de libertad y el derechos a la vida; son, en cambio, *garantías positivas* las obligaciones correspondientes a expectativas positivas, como todos los derechos a prestaciones de otros, de los derechos de crédito a los derechos sociales [...]

No entanto, tendo em vista que a Constituição Federal não apresenta diretrizes capazes de demonstrarem como se dará uma elaboração de planejamentos que visem o desenvolvimento urbano e, inserido neste, ocorra uma efetividade prática e positiva – no sentido de ser realizada com viabilidade – o legislador infraconstitucional precisou apresentar estas soluções, conforme se demonstrará no próximo item.

3. LEGISLAÇÃO ATRIBUÍDA À REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA URBANA E SUA EFETIVIDADE

Regularização fundiária se refere a legalizar ou legitimar, através de processo que compreende medidas jurídicas, urbanísticas, sociais e ambientais, toda a porção

¹¹ SOUZA, Sérgio Iglesias Nunes de. **Direito à moradia e de habitação**: análise comparativa e suas implicações teóricas e práticas com os direitos da personalidade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004

¹² FERRAJOLI, Luigi. **Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional**. Prólogo y traducción de perfecto Andrés Ibáñez. Madrid: Minima Trotta, 2011, p. 39-40.

de terra que se encontra irregular na vigência normativa, além de buscar a incorporação dos núcleos, urbanos ou rurais, informais ao ordenamento condizente e, ainda, à titulação de seus ocupantes.

Tendo em vista que o mote da presente pesquisa diz respeito à regularização fundiária urbana e, a fim de que a mesma não se confunda com a rural, evidencia-se como zona urbana a área onde há grande incidência de edificações, além de seu uso se caracterizar pela destinação de fins sociais, culturais, industriais, habitacionais e comerciais. Compreende a área de expansão urbanística de um município.

Por outro lado, a fim de não incidirem dúvidas, a zona rural – assunto não abordado no presente estudo - se refere às áreas, concentradas em qualquer região geográfica, desde que não sejam classificadas como urbanas e, por isso, não podem ser urbanizáveis ou destinadas ao crescimento urbano. Ainda, devem se destinar às atividades agropecuárias, agroindustriais, extrativistas, destinadas à silvicultura e de conservação ambiental. Sendo assim, a zona rural possui características preponderantes de rusticidade e uso agrário.

Ainda, o Estatuto da Terra¹³, Lei 4.504/64, define no inciso I, do artigo 4º que,

Art. 4º Para os efeitos desta Lei, definem-se:

I - "Imóvel Rural", o prédio rústico, de área contínua qualquer que seja a sua localização que se destina à exploração extrativa agrícola, pecuária ou agroindustrial, quer através de planos públicos de valorização, quer através de iniciativa privada;

Feitas as considerações conceituais supramencionadas, importante adentrar no estudo da legislação infraconstitucional vigente, que preceitua a incidência da regularização fundiária urbana, como evidência prática da efetividade da garantia do direito fundamental à moradia.

Aprovada pela Câmara dos Deputados Federais em 28 de junho de 2017, a medida provisória nº 759/2016, apresentava em sua exposição de motivos o seguinte trecho,

É que o reconhecimento, pelo Poder Público, dos direitos reais titularizados por aqueles que informalmente ocupam imóveis urbanos, permite que estes imóveis sirvam de base para investimento do capital produtivo brasileiro, à medida que poderão ser oferecidos em garantia de operações financeiras, reduzindo custos de crédito, por exemplo.

¹³ BRASIL. **Lei nº 4.504/64** (Planalto). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4504.htm. Acesso em 04 set. 2021.

Sendo sancionada pelo Presidente da República, em 11 de julho do mesmo ano, foi nomeada como Lei de Regularização Fundiária Rural e Urbana, sob o nº 13.365/2017.

Conforme o acima exposto, se pode verificar que a pretensão do legislador ordinário foi a de assegurar a maior incidência de práticas, oriundas do governo federal, para garantir o direito social, insculpido no artigo 6º da Constituição Federal, referente à moradia de todo e qualquer cidadão, permitindo que os mesmos possam viver e se desenvolver com dignidade e segurança.

A principal ação governamental está inserida a partir do momento que o mesmo reconhece a existência de núcleos informais de moradia, cuja titulação é precária ou inexistente e, por conta deste reconhecimento, atribui aptidão jurídica para torná-los núcleos urbanos com o propósito de recebimento de investimentos públicos para que possam ser efetivadas ações sociais urbanas, dentre elas a principal é a regularização fundiária urbana para a aquisição de moradias.

Com isso, o Poder Público, mediante o reconhecimento jurídico de áreas ocupadas clandestinamente ou de maneira precária, atribui valoração de direito social, evidenciado na prática, para a regularização fundiária urbana. Porém, é necessário que ocorra a definição destas áreas, o que vem exposto no artigo 11 da Lei nº 13.465/2017,

I – núcleo urbano: assentamento humano, com uso e características urbanas, constituído por unidades imobiliárias de área inferior à fração mínima de parcelamento prevista na Lei nº 5.868, de 12 de dezembro de 1972, independentemente da propriedade do solo, ainda que situado em área qualificada ou inscrita como rural;

II – núcleo urbano informal: aquele clandestino, irregular ou no qual não foi possível realizar, por qualquer modo, a titulação de seus ocupantes, ainda que atendida a legislação vigente à época de sua implantação ou regularização;

III – núcleo urbano informal consolidado: aquele de difícil reversão, considerados o tempo da ocupação, a natureza das edificações, a localização das vias de circulação e a presença de equipamentos públicos, entre outras circunstâncias a serem avaliadas pelo Município;

IV – demarcação urbanística: procedimento destinado a identificar os imóveis públicos e privados abrangidos pelo núcleo urbano informal e a obter a anuência dos respectivos titulares de direitos inscritos na matrícula dos imóveis ocupados, com o fim de realizar a averbação na matrícula destes imóveis da viabilidade da regularização fundiária, a ser promovida a critério do Município;

V – Certidão de Regularização Fundiária (CRF): documento expedido pelo Município ao final do procedimento da Reurb, constituído do projeto de regularização fundiária aprovado, do termo de compromisso relativo a sua execução e, no caso da legitimação fundiária e da legitimação de posse, da listagem dos ocupantes do núcleo urbano informal regularizado, da devida qualificação destes e dos direitos reais que lhes foram conferidos;

VI – legitimação de posse: ato do poder público destinado a conferir título conversível em aquisição de direito real de propriedade na forma desta Lei, por meio do qual é reconhecida a posse de imóvel objeto da Reurb e são identificados seus ocupantes, o tempo da ocupação e a natureza da posse;

VII – legitimação fundiária: mecanismo de reconhecimento da aquisição originária do direito real de propriedade sobre unidade imobiliária objeto da Reurb;

VIII – ocupante: *aquela que mantém poder de fato sobre lote ou fração ideal de terras públicas ou privadas em núcleos urbanos informais*”.

Após a devida identificação dos núcleos urbanos informais que devam ser regularizados, a Lei de Regularização Fundiária prevê a sua organização e, conseqüentemente, a prestação de serviços públicos essenciais que, até então, por conta da irregularidade das condições da área, não eram prestados. Tal ação visa a melhoria das condições de vida e habitabilidade do local, uma vez que regulariza o fornecimento de água, energia elétrica, transporte, coleta de lixo, dentre outros.

Realizada a reestruturação pública do local, o mesmo estará apto a receber a população de baixa renda, sendo garantida, pelo poder público, a sua permanência nestes locais a fim de ampliar o acesso à terra urbanizada e, agora, juridicamente formalizada e reconhecida.

Assim, com estas ações o poder público busca garantir o direito social à moradia, garantir a efetivação da função social da propriedade, ordenar o desenvolvimento das cidades, garantindo, desta maneira, o bem-estar de seus habitantes, além de concretizar o princípio da eficiência na ocupação e no uso do solo.

O direito social à moradia, há pouco tempo, teve o seu devido reconhecimento pela Constituição Federal e, por conta disto, ainda enfrenta problemas que, de maneira efetiva, assegurem a sua garantia, conforme se vislumbra nas palavras de Aith¹⁴ ,

Os Direitos individuais possuem muito mais respaldo jurídico e garantias judiciais efetivas do que os direitos sociais. Enquanto existem instrumentos como o Habeas Corpus, Mandado de Segurança, o princípio da legalidade, entre outros, destinados à garantia do cidadão contra arbitrariedades estatais, verificamos a absoluta falta de instrumentos e garantias jurídicas que protejam, com a mesma eficácia, os direitos sociais, culturais e econômicos. Enquanto os direitos civis e políticos exigem, basicamente, uma abstenção por parte do Estado, os direitos sociais exigem uma ação efetiva do Estado.

É indiscutível que qualquer norma constitucional possui eficácia jurídica, vez que tudo aquilo que for contra a mesma será revogado por incompatibilidade jurídico-normativa. No entanto, a norma social constitucional pode não alcançar a efetividade necessária na prática, pois, no Brasil, o direito social à moradia visa orientar o poder

¹⁴ AITH, Fernando Abujamra. O Direito à Moradia nos Sistemas Nacional e Internacional de Proteção dos Direitos Humanos, tese apresentada no **1º Encontro Brasileiro de Direitos Humanos**, no Grupo de Trabalho: "Moradia, Educação e Saúde: Papel do Estado (essencial ou residual)?", realizado na Pontifícia Universidade Católica-SP, dez. 1999.

público para que políticas públicas sejam implementadas com o intuito de assegurar a efetividade deste “novo direito”.

Este direito social, tão caro aos mais necessitados, por vezes é vilipendiado destes sujeitos de direitos pertencentes a tão fraca realidade social e, conforme aduz Piovesan¹⁵,

[...] a violação aos direitos sociais, econômicos e culturais é resultado tanto da ausência de forte suporte e intervenção governamental, como da ausência de pressão internacional em favor dessa intervenção.

Portanto, no Brasil, mesmo que tardiamente – uma vez que se passaram quase doze anos para que o direito social à moradia fosse reconhecido e garantido pela Constituição Federal – há uma movimentação positiva, por parte do poder público, no intuito de se garantir e, concretamente, efetivar o direito à moradia, uma vez que as camadas sociais menos favorecidas são beneficiárias de uma política pública, de cunho social, que visa a efetivação da obtenção de um lar.

É notório que muitas ações devem ser realizadas, principalmente na facilidade de acesso ao processo de regularização, bem como na divulgação ampla desta política pública aos que mais podem se beneficiar, contudo, há uma luz no fim do túnel e o direito à moradia, que atua no pleno desenvolvimento social e até mesmo econômico dos indivíduos está em um patamar de garantia, tanto na esfera constitucional, quanto na esfera infraconstitucional e, principalmente, é atribuído e garantido pelo poder público.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de todo o exposto, no presente trabalho, verifica-se que o direito à moradia consta, desde o ano 2000, elencado no rol dos direitos sociais, insculpidos no artigo 6º da Constituição Federal de 1988, e, por conta disso, foi elevado à categoria das necessidades básicas do indivíduo.

Tais necessidades são imprescindíveis para que o ser humano se desenvolva em sua plenitude, seja na esfera social ou econômica, uma vez que o lar é necessário para a própria sobrevivência deste.

O reconhecimento, por parte do poder público, de que áreas ocupadas clandestinamente ou de maneira irregular, devam ser priorizadas para a

¹⁵ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 2 ed. São Paulo: Max Limonad, 1997 p. 200.

implementação e efetivação do direito social à moradia é um avanço legislativo e, ainda, repercute dentro do direito internacional, pois o país está se coadunando à legislação internacional que, há bastante tempo, vem atuando nestas frentes sociais a fim de que as capacidades mínimas de desenvolvimento dos seres humanos sejam respeitadas, garantidas e efetivadas.

Com isso, é evidente que houve um ganho no que tange à efetividade do direito social à moradia, mesmo que tais ações ocorram com menor incidência, tendo em vista a falta de disseminação das informações necessárias para a aplicação da regularização fundiária para quem mais precisa, porém, esta política pública, de caráter social, quando advinda do governo e do judiciário não podem ser ignoradas.

Esta luta pela concretização da reforma urbana é um consectário do acúmulo populacional nas cidades, o qual é presente na realidade nacional desde o período da redemocratização, sendo que se apresenta como um grande desafio, pois, antes mesmo de se buscar a efetivação deste direito, é necessário que se definam quais são as causas e consequências advindas da regularização, é preciso que se aponte quais áreas podem ser classificadas como aptas a integrarem esta regularização.

Ainda há muito o que se fazer, até pela tenra idade de vigência da legislação aplicável, contudo, esta gama de complexidades referentes à aplicação da política pública de regularização tende só a aumentar, haja vista a quantidade de trabalho que deve ser aplicada por parte da administração pública a fim de destinar mão-de-obra para que o direito à moradia seja garantido.

Dessa forma, se verifica que, com a Lei de Regularização Fundiária, a propriedade ganha novas vestimentas no direito pátrio, uma vez que o imóvel, com o intuito de cumprimento de sua função social, deixa de ser um direito absoluto, ilimitado e que perpetuava no decorrer dos anos – uma vez que os direitos de usar, fruir e dispor do mesmo, passa a sofrer mudanças no que tocante ao seu uso -, para ser reconhecido como o núcleo fundamental da propriedade urbana.

A sociedade urbana passa a se amoldar como uma coletividade social, fundamentada na liberdade, no respeito às diferenças e ao pluralismo, todas estas características devidamente embasadas na Constituição Federal de 1988, a constituição cidadã, a qual fora exigida pela população nas ruas, no período que antecedeu o marco histórico e político das diretas já até culminar com a promulgação desta.

Vida longa à Lei de Regularização Fundiária Rural e Urbana, à Constituição Federal de 1988 e ao respeito e efetividade dos direitos sociais, para que os cidadãos

continuem a ter resguardados os seus direitos básicos em prol do desenvolvimento pleno de suas capacidades sociais, financeiras, culturais e cívicas.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ACOSTA, Alberto. El Estado como solución: **Algunas reflexiones desde la economia**. Ecuador: Ildis, 1998.

AITH, Fernando Abujamra. O Direito à Moradia nos Sistemas Nacional e Internacional de Proteção dos Direitos Humanos, tese apresentada no **1º Encontro Brasileiro de Direitos Humanos**, no Grupo de Trabalho: "Moradia, Educação e Saúde: Papel do Estado (essencial ou residual)?", realizado na Pontifícia Universidade Católica-SP, dez. 1999.

ATRIA, Fernando Lamaitre. **La constitución tramposa**. 1. ed. Santiago: LOM ediciones, 2013.

FERRAJOLI, Luigi. **Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional**. Prólogo y traducción de perfecto Andrés Ibáñez. Madrid: Minima Trotta, 2011, p. 39-40.

MEIRELES, Ana Cristina Costa. **A eficácia dos direitos sociais**. Salvador: Juspodivm, 2008.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito constitucional descomplicado**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 2 ed. São Paulo: Max Limonad, 1997.

SOUZA, Sérgio Iglesias Nunes de. **Direito à moradia e de habitação: análise comparativa e suas implicações teóricas e práticas com os direitos da personalidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

SITES PESQUISADOS

BRASIL. **EC nº 26**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc26.htm. Acesso em 14 ago.2021.

BRASIL. **Lei nº 4.504/64** (Planalto). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4504.htm. Acesso em 04 set. 2021.

ORGANIZAÇÃO DA NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Resolução 217 A III, de 10 de dezembro de 1948. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em 02 ago. 2021.

ONU. **Fundo de População das Nações Unidas**. Disponível em: http://www.unfpa.org.br/Arquivos/pacto_internacional.pdf. Acesso em 15 ago. 2021.

DEMOCRACIA DELIBERATIVA E SEPARAÇÃO DE PODERES: CONTRIBUIÇÕES DA TEORIA HABERMASIANA

DELIBERATIVE DEMOCRACY AND SEPARATION OF POWERS: CONTRIBUTIONS OF HABERMASIAN THEORY

Isabelle Klein¹

Resumo

É notória a crise institucional enfrentada no Brasil. Em especial, a crise dos Poderes, no qual um Poder acaba ultrapassando os limites das funções de outro Poder. Nesse sentido, o estudo proposto utilizou-se do método indutivo, a partir de revisão de literatura relevante ao tema. Nessa perspectiva, intenta-se estudar o filósofo alemão Habermas e sua ideia de democracia deliberativa fundada na teoria do discurso. Com efeito, o que Habermas produz é uma fundamentação da configuração constitucional da separação dos poderes de modo que atenda às exigências normativas da democracia deliberativa. A questão da democracia é de extrema importância já que é o instrumento pelo qual a justiça pode ser procedimentalizada e realizada, com controle do poder administrativo, bem como com capacidade de representar e fazer valer o poder comunicativo advindo da esfera pública política. Assim, o que pretende-se com o estudo é verificar se a teoria desenvolvida por Habermas permite refletir a teoria clássica da separação de poderes, de modo a verificar se ela recepciona os desafios da atual sociedade e que atenda às exigências da teoria discursiva do direito.

Palavras-chave: Separação de Poderes. Crise institucional. Jurgen Habermas. Democracia deliberativa. Teoria do discurso.

Abstract

The institutional crisis faced in Brazil is notorious. In particular, the crisis of Powers, in which a Power ends up going beyond the limits of the functions of another Power. In this sense, the study used the inductive method, based on a literature review relevant to the topic. From this perspective, we intend to study the German philosopher Habermas and his idea of deliberative democracy based on discourse theory. What Habermas produces is a foundation for the constitutional configuration of the separation of powers so that it meets the normative requirements of deliberative democracy. The issue of democracy is extremely important to the philosopher, considering that it is the instrument through which justice can be proceduralized and carried out, with control of administrative power, as well as the ability to represent and enforce the communicative power arising from the sphere public policy. Thus, the aim of the study is to verify whether the theory developed by Habermas allows us to reflect the classical theory of separation of powers, in order to verify whether it accepts the challenges of current society and that it meets the requirements of the discursive theory of law.

Keywords: Separation of Powers. Institutional crisis. Jurgen Habermas. Deliberative democracy. Discourse theory.

¹ Mestranda em Direito pela Universidade de Passo Fundo/RS. Endereço de e-mail: 128135@upf.br.

INTRODUÇÃO

O tema trazido ao presente estudo, qual seja, os problemas da teoria da separação de poderes na atualidade, é complexo. Isso porque se trata de um entendimento perpetuado desde o século XVIII por Montesquieu – ou até antes disso, por Aristóteles, na Grécia Antiga que, para muitos, teria sido o precursor da mencionada teoria.

Fato é que a teoria tripartite expressa na Constituição Federal de 1988, em que os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário são harmônicos entre si já não possui mais aceitação diante das complexas dinâmicas sociais e políticas estabelecidas no país – não apenas no Brasil, como no mundo. O que se verifica, é que um poder ultrapassa sua função estatal, refletindo no poder do outro.

Nesse sentido, nas democracias modernas órgãos com poderes semelhantes têm embaraçado a tripartição dos poderes, como é o caso das agências reguladoras, do banco central e do Ministério Público, que vem sendo bastante defendido na doutrina nacional como um “quarto poder”. Contudo, a problemática do tema não se restringe à possibilidade ou não de “novos poderes”, mas também – e principalmente - às dinâmicas políticas e desenhos institucionais que foram se definindo nos próprios poderes clássicos.

Assim sendo, esta nova configuração acaba por gerar um problema de déficit democrático. Com efeito, observa-se não ser possível debater acerca da teoria da separação de poderes de forma desassociada da teoria da democracia, que neste estudo irá focar nos ensinamentos de Jürgen Habermas.

Dessa forma, o que se pretende é buscar uma reflexão acerca da atualidade da teoria tripartite sob a perspectiva do entendimento de Jürgen Habermas, importante filósofo alemão, que desenvolveu a teoria do discurso, que ocorre por meio do agir comunicativo, bem como que idealizou ensinamentos sobre democracia deliberativa.

1. TEORIA DO DISCURSO, DEMOCRACIA DELIBERATIVA E DIREITO SOB A PERSPECTIVA DE JÜRGEN HABERMAS

Jürgen Habermas é um dos maiores filósofos da atualidade, propõe modelos de atuação política de forma concreta na realidade social. Nascido em 1929, na Alemanha, ele é autor de diversos livros de cunho filosófico e que trata de questões jurídicas. Ainda, pertinente apontar dois momentos importantes no pensamento de Habermas:

No primeiro deles, desde a sua formação até o final da década de 1960, embebeu-se do marxismo e do hegelianismo, hauridos do seu contato com os pensadores da Escola de Frankfurt, como Adorno e Horkheimer. Num segundo momento, ao se aproximar das correntes de pensamento liberais e pragmáticas dos anglosaxões, dialoga com outros pensadores e promove uma espécie de virada linguística (*linguistic turn*) em suas ideias. É a partir desse momento que seu pensamento se torna presente de modo avassalador no ambiente universitário e jurídico ocidental²

A virada de chave para Habermas foi sua formulação do agir comunicativo. Para Habermas, “o fundamento da sociabilidade reside na comunicação, e, portanto, os problemas maiores da filosofia hão de se dirigir à questão do entendimento entre os indivíduos e os grupos sociais”³. Nesse cenário, o consenso é o maior projeto político habermasiano, sendo que o direito serve como ferramenta superior ao consenso⁴.

No entendimento de Habermas, a interação comunicacional entre os indivíduos, através de certas relações culturais estruturadas entre si, em relação ao grupo social e mesmo em relação à natureza, é que constrói o espaço fundamental da própria sociabilidade. As referências, as possibilidades linguísticas, a cultura se referem à própria interação comunicacional. ⁵ “O nível da interação comunicacional passa a ser o fundamento da própria construção social”⁶. Ainda:

As exigentes afirmações normativas da teoria do discurso estão voltadas exatamente para a incrementação da cidadania e da autonomia dos cidadãos, de cujo agir deverá resultar um processo de aprofundamento da vida democrática. [...] A transformação social está, nesse sentido, mais na dependência da capacidade de os atores social exercerem poder comunicativo do que na capacidade de a teoria produzir recortes conceituais precisos do termo justiça. ⁷

Com efeito, a interação entre os indivíduos, em sociedade, pode produzir consensos através da comunicação e a estabilidade desses consensos representa a perspectiva do que se entende por razão⁸. Nesse sentido, conforme comentado acima, Habermas considera o direito como elemento fundamental para esse consenso e, além disso, o direito “é o *locus* privilegiado do agir comunicativo superior, garantidor da

² MASCARO, Alysson Leandro. *Filosofia do Direito*. São Paulo: Atlas, 2021. 8. ed. p. 313.

³ Ibid., p. 313.

⁴ Ibid., p. 313.

⁵ Ibid., p. 315.

⁶ Ibid., p. 315.

⁷ BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. *Teoria do Estado - Filosofia Política e Teoria da Democracia*. São Paulo: Atlas, 2016. 5. ed. p. 392.

⁸ MASCARO, 2021, p. 316.

democracia, da liberdade e da interação igualitária entre os sujeitos e os grupos sociais”.⁹

O direito para Habermas não pode ser considerado como uma manifestação natural, já que ele depende da vontade da sociedade e pelo fato de ele ser uma ferramenta de democratização ética. Nesse sentido, leciona o filósofo:

[...] se discursos (e, como veremos, negociações, cujos procedimentos são fundamentados discursivamente) constituem o lugar no qual se pode formar uma vontade racional, a legitimidade do direito apoia-se, em última instância, num arranjo comunicativo: enquanto participantes de discursos racionais, os parceiros do direito devem poder examinar se uma norma controvertida encontra ou poderia encontrar o assentimento de todos os possíveis atingidos. Por conseguinte, o almejado nexos interno entre soberania popular e direitos humanos só se estabelecerá, se o sistema dos direitos apresentar as condições exatas sob as quais as formas de comunicação – necessárias para uma legislação política autônoma – podem ser institucionalizadas juridicamente [...].¹⁰

Assim, observa-se que para Habermas o direito deve ser compreendido a partir dos níveis de interação comunicativa entre os sujeitos sociais, por meio do agir comunicativo. E esse agir comunicativo torna possível formar uma racionalidade, que é tão cara ao filósofo, da opinião e da vontade pública, dando saída para o reinvestimento ético e democrático do direito:

Partindo do pressuposto de que uma formação política racional da opinião e da vontade é possível, o princípio da democracia simplesmente afirma como esta pode ser institucionalizada – através de um sistema de direitos que garante a cada um igual participação num processo de normatização jurídica, já garantido em seus pressupostos comunicativos. Enquanto o princípio moral opera no nível da constituição interna de um determinado jogo de argumentação, o princípio da democracia refere-se ao nível da institucionalização externa e eficaz da participação simétrica numa formação discursiva da opinião e da vontade, a qual se realiza em formas de comunicação garantidas pelo direito.¹¹

Dessa forma, a questão da democracia é o principal elemento da teoria política habermasiana, focada na ideia de diálogo e de desenvolvimento à cidadania pela esfera pública. A “democracia, no sentido habermasiano, não é uma atividade do Estado, do poder administrativo, mas acima de tudo a expressão e a consagração das interações racionais oriundas da intersubjetividade comunicativa na esfera pública”¹².

Nesse sentido, ao desenvolver o conceito de democracia deliberativa, Habermas se preocupa com a maneira em que os cidadãos embasam racionalmente as regras do

⁹ MASCARO, 2021, p. 319.

¹⁰ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia*: entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. 1. p. 128.

¹¹ Ibid., p. 146.

¹² BITTAR, 2021, p. 393.

jogo democrático. Para a teoria democrática "convencional" a fundamentação do governo democrático ocorre através do voto. Todavia, para o filósofo esse meio não é suficiente para legitimar a democracia, assim, a teoria do discurso propõe um procedimento que seria ideal para a deliberação e tomada de decisão que avançaria em termos da fundamentação e legitimação das regras democráticas¹³. Na teoria do discurso,

[...] a razão prática passa dos direitos humanos universais ou da substância ética concreta de uma determinada comunidade para as regras do discurso e para as formas de argumentação, que extraem seu conteúdo normativo das bases de validade da ação orientada pelo entendimento e, em última instância, da estrutura de comunicação lingüística e da ordem insubstituível da socialização comunicativa.¹⁴

Portanto, para a teoria, a legitimação do processo democrático forma-se através dos procedimentos e dos pressupostos comunicativos da formação democrática da vontade e da opinião que, por seu turno, funcionam como canais para a racionalização discursiva das decisões do governo e da administração. Essa formação da vontade e da opinião democrática, associada ao poder administrativo, fiscaliza o exercício do poder político.

2. SEPARAÇÃO DE PODERES E DEMOCRACIA DELIBERATIVA: DESAFIOS CONTEMPORÂNEOS

Delineados pertinentes apontamentos acerca da teoria discursiva de Habermas, bem como de seu conceito de democracia deliberativa, imperioso se faz vincular as mencionadas teorias aos problemas da atualidade no que se refere ao princípio da separação de poderes. Nesse cenário, o alemão considera não ser possível discutir sobre separação de poderes de forma desassociada da teoria da democracia.

É sabido que o Órgão Legislativo possui a função estatal legislativa, o Executivo, a função administrativa e o Judiciário, a função estatal jurisdicional. Todavia, não é difícil verificar que um Poder acaba por transcender os limites da função estatal dos outros Poderes, ocasionando tensões na famigerada harmonia da teoria tripartite. Seja através de medida provisória pelo Poder Executivo, ou, seja por meio, diante da inércia do legislativo, de decisões de cunho estatal proferidas pelo poder judiciário.

¹³ BITTAR, 2021, p. 396.

¹⁴ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia*: entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. 2. p. 19.

Conforme se verificou, a filosofia do direito de Jürgen Habermas, com fulcro na teoria do discurso, oferece contribuições a diversos problemas da sociedade moderna. Considerando a complexidade dos Estados, o aumento da população e a inércia dos poderes, em especial da classe política, o filósofo torna possível, diante de um cenário de incertezas, a participação popular na esfera política.¹⁵

Com efeito, para a teoria da democracia deliberativa, o filósofo combina alguns aspectos da visão liberal, em que a disputa pelo voto se desenvolve em um mercado político que molda a formação da vontade pública, facilitando aos partidos políticos o acesso ao poder; com o modelo republicano, que tem como objetivo a formação da vontade política fundada na comunicação e entendimento mútuo, dando um fundamento ético para a política.¹⁶

Entretanto, são justamente estes aspectos que são rejeitados por Habermas na formulação do modelo de democracia deliberativa, tendo em vista que ele não considera o Estado enquanto comunidade ética, tampouco o Estado como protetor de uma sociedade estruturada envolta de um “mercado”. O objeto de estudo de Habermas tende ao procedimento de deliberação, de tomada de decisão, bem como traz legitimidade da democracia deliberativa como condição de comunicação e como procedimento institucionalizado.¹⁷

A questão principal para este modelo do filósofo Jürgen Habermas é a “intersubjetividade de alto nível dos processos comunicativos que se desenvolve, de um lado, nas deliberações institucionalizadas dos órgãos parlamentares, e, de outro, as redes informais da esfera pública”¹⁸ (tradução da autora)¹⁹. Habermas leciona que o poder comunicativo modela o poder executivo.²⁰

Outrossim, na democracia deliberativa a legitimidade do direito se funda nas condições de comunicação e nos procedimentos institucionalizados que, ao viabilizar o equilíbrio dos diversos interesses e ideais que convivem em uma sociedade plural levam à formação de uma vontade política que cria regras relevantes de forma mais ou menos racionais:

¹⁵ HAMEL, Marcio Renan. *A política deliberativa em Habermas: uma perspectiva para o desenvolvimento da democracia brasileira*. Passo Fundo: Editora Méritos, 2009. p. 140.

¹⁶ ROCHA, Jean Paul C. V. da. Separação de Poderes e Democracia Deliberativa. In: NOBRE, Marcos; TERRA, Ricardo R. (Coord.). *Direito e democracia: um guia de leitura de Habermas*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 179.

¹⁷ Ibid., p. 179.

¹⁸ HABERMAS, Jürgen. *The inclusion of the other: studies in political theory*. Editado por Ciaran Cronin e Pablo de Greiff. Cambridge, Massachusetts: The MIT Press, 1998.

¹⁹ “[...] higher-level intersubjectivity of communication processes that unfold in the institutionalized deliberations in parliamentary bodies, on the one hand, and in the informal networks of the public sphere” (HABERMAS, 1998, p. 248)

²⁰ ROCHA, 2008, p. 180.

As implicações normativas são óbvias: a força integradora da solidariedade, que não pode ser obtida exclusivamente de fontes de ação comunicativa, deveria desenvolver-se através de procedimentos de deliberação democrática e de tomada de decisões juridicamente institucionalizadas, ganhando suficiente força para se defender contra as outras duas forças sociais – dinheiro e poder administrativo.²¹ (tradução da autora)²².

Nesse sentido, Habermas formula princípios do Estado de direito, sob o âmbito de sua teoria do discurso. Na ocasião, ele elabora tais princípios para auxiliar as instituições a garantirem um efetivo exercício da autonomia política a fim de que o poder comunicativo de uma vontade racionalmente formada possa desenvolver a força de integração social.²³

O primeiro princípio é o da soberania popular, o qual leciona que os cidadãos devem, através de um processo democrático institucionalizado, criar suas próprias leis que os vinculam, de modo que os discursos e negociações sejam formulados para as questões políticas receberem um tratamento racional²⁴. O princípio do pluralismo político serve de base complementar para o primeiro princípio, de maneira em que doutrina que “todo o poder político emana do poder comunicativo dos cidadãos”.²⁵

No que tange ao segundo princípio, qual seja, o da ampla proteção jurídica do indivíduo garantida por um Judiciário independente, verifica-se que na visão de Habermas há diferenciação entre as competências de legislar e de aplicar o direito. Para ele, o Legislativo possui um discurso de justificação e o poder Judiciário possui um discurso de aplicação de normas, já que este último atua como um representante imparcial da comunidade jurídica e aquele deve pautar sua atuação nas pretensões jurídicas dos indivíduos.²⁶

No que tange ao terceiro princípio, o da legalidade da atuação da administração pública, é onde reside para Habermas a questão central da separação dos poderes. A finalidade é assegurar a aplicação do poder administrativo ao direito normatizado democraticamente, de maneira que o poder administrativo apenas se justifique através do poder comunicativo dos cidadãos. Nesse sentido, leciona Jean Paul Rocha:

Se a lei emana do poder comunicativo dos cidadãos, e se a administração pública só pode atuar de acordo com a lei, o princípio da legalidade garante a submissão do poder administrativo ao poder comunicativo. Assim, todas as normas

²¹ HABERMAS, 1998, p. 249.

²² “The normative implications are obvious: the integrative force of solidarity, which can no longer be drawn solely from sources of communicative action, should develop through widely expanded autonomous public spheres as well as through legally institutionalized procedures of democratic deliberation and decision making and gain sufficient strength to hold its own against the other two social forces—money and administrative power” (HABERMAS, 1998, p. 249).

²³ ROCHA, 2008, p. 181.

²⁴ HABERMAS, 1998, p. 250.

²⁵ ROCHA, 2008, p. 181.

²⁶ ROCHA, 2008, p. 181.

(regulamentos, portarias, resoluções, etc.) e atos administrativos que contrariem uma lei ou uma Constituição podem ser anulados nos tribunais.²⁷

Quanto ao quarto e último princípio, o da separação entre Estado e sociedade, Habermas reconhece que é difícil que a sociedade civil neutralize as diferenças de riqueza e de poder de maneira que facilite a formação do poder comunicativo. Neste cenário, contextualiza Marcio Renan Hamel:

Habermas, ao formular a teoria da ação comunicativa, com consequente desdobramento na ética do discurso e na teoria discursiva do direito, da moral e da democracia, o faz pressupondo um certo grau de politização dos sujeitos, o que apenas poderia ser pensado em nível europeu, não num contexto paupérrimo como o latino-americano. Porém, ainda que, efetivamente, se tenha um contexto pouco politizado e ainda bastante pobre no Brasil, apresenta-se esta defesa acerca da possibilidade, viabilidade e, também, dos limites do modelo discursivo habermasiano no caso brasileiro.²⁸

Nessa perspectiva, o modelo da democracia deliberativa com fulcro na teoria do discurso apresenta pertinentes reflexões acerca da separação de poderes na sociedade heterogênea. A primeira reflexão verifica-se que no modelo é reconhecida a ação estratégica que indivíduos e grupos exercem para a defesa de seus interesses concretos, uma vez que ele não manifesta uma postura idealista. A outra reflexão reside no fato de que o modelo pode apenas conduzir o uso do poder administrativo em determinada situação, mas não estimula uma expectativa de que a vontade pública comanda diretamente os rumos da sociedade e o funcionamento do sistema econômico²⁹.

Dessa forma, é possível verificar que esta última reflexão do pensamento de Habermas em relação ao significado de separação de poderes deve ser cultivada no âmbito da democracia deliberativa e não de acordo com o modelo liberal predominante no Brasil, nem segundo o republicanismo do pensamento jurídico francês. Logo, é plausível

[...] pensar a separação de poderes de modo que a dinâmica constitucional esteja a serviço não da soberania popular, tal como ela é concebida em termos republicanos, mas funcionando em prol da institucionalização dos procedimentos que permitam a uma sociedade complexa, em meio à imensa diversidade de interesses, ideias e culturas, controlar de forma democrática o poder administrativo que, imbricado com o dinheiro, mantém a coesão social. Em outras palavras, a separação de poderes deve estar a serviço do reforço da relação entre o poder comunicativo e o poder administrativo.³⁰

²⁷ Ibid., p. 182

²⁸ HAMEL, 2009, p. 138.

²⁹ ROCHA, 2008, p. 183.

³⁰ Ibid, p. 183.

Assim, o pensamento de Habermas é no sentido de que configuração constitucional da separação de poderes seja de acordo com as exigências normativas da democracia deliberativa. Além disso, o direito deve ser o médium que transforma o poder comunicativo em poder administrativo e não apenas o código de poder conforme funciona o processo administrativo³¹.

Outra situação interessante é que, enquanto na democracia liberal o controle de constitucionalidade é visto como atentatório à teoria clássica de separação dos poderes, na democracia deliberativa “ele só será ilegítimo se sacrificar o respeito às condições procedimentais para a gênese democrática das leis em prol de uma pretensa ordem objetiva de valores”³². Ainda, o modelo de democracia deliberativa fundamentada na teoria do discurso oferece

[...] critérios normativos para que o controle de constitucionalidade possa ser criticado e redirecionado para uma prática judicial que, ao buscar a garantia concomitante das autonomias pública e privada do cidadão, contribua para reduzir dos efeitos perversos da juridificação do Estado Social, sem que isso implique o bloqueio da ação estatal que visa à quebra das assimetrias de poder que se escondem por trás da igualdade formal. ³³

No cenário da democracia participativa ou deliberativa, que são sinônimos para o Autor, Hamel argumenta:

É inegável que, no caso do Brasil, a combinação entre democracia participativa e democracia representativa permite a argumentação e a justiça distributiva, bem como a necessária partilha do poder político, que, como se sabe através da história brasileira, sempre foi hegemônico e elitista.

Nesse sentido, Marcio Renan Hamel³⁴ defende a democracia deliberativa no caso da realidade brasileira, uma vez que a teoria permite, além da escolha de representantes típica de uma democracia representativa, também a possibilidade de ser deliberado, de forma pública, acerca de questões que afetam a sociedade como um todo. “O direito de participar, pela proposição habermasiana da política deliberativa, das decisões públicas que afetam a todos os cidadãos em seu bem-estar cotidiano, é o que define a invenção de uma nova sociedade”³⁵.

³¹ Ibid, p. 185.

³² Ibid, p. 185.

³³ ROCHA, 2008, p. 186.

³⁴ HAMEL, 2009, p. 150.

³⁵ Ibid., p. 151.

Portanto, o que se observa é que Habermas propõe uma reestruturação da teoria tripartite para que, mesmo que para ele haja predominância do Legislativo, este possa ouvir os anseios da população, através do poder comunicativo, sendo que este último seria quem controlaria as arbitrariedades do Poder Executivo. Ainda, Habermas acredita que em determinadas situações o Legislativo pode delegar decisões ao Poder Judiciário, que passaria a exercer uma função “quase-legislativa”, ao utilizar em suas decisões o discurso de justificação, que seria próprio do Poder Legislativo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, verificou-se que a intenção de Habermas ao desenvolver a democracia deliberativa amparada na teoria do discurso foi dar voz aos anseios da vontade pública racional, de forma não representativa e sim de maneira participativa, de modo que todo poder político derive do poder comunicativo dos cidadãos. Para isso, o alemão propõe o estudo de alguns princípios como da soberania popular, completado pelo princípio do pluralismo político; princípio da ampla proteção jurídica do indivíduo; da legalidade da atuação da administração pública e o princípio da separação entre Estado e sociedade.

Com efeito, o que se observa é que o desafio apontado por Habermas seria uma nova institucionalização da separação dos poderes, que permita assimilar e examinar as dinâmicas e desenhos constitucionais a partir dos problemas apresentados na democracia atual. Ao realizar a distribuição dos diferentes argumentos e formas de comunicação, o alemão proporciona instrumentos para a realização de uma crítica à “sala de máquinas” constitucional.

Assim, constatou-se que o que Habermas produz é uma fundamentação da configuração constitucional da separação dos poderes de modo que atenda às exigências normativas da democracia deliberativa. Ainda, o filósofo leciona que a separação de poderes deve funcionar de modo que a sociedade complexa atual, tendo em vista a diversidade de ideias, culturas e interesses, possa, por via do poder comunicativo, controlar democraticamente o poder administrativo. Assim, verifica-se que a teoria desenvolvida por Habermas permite refletir a teoria clássica da separação de poderes, de modo que ela recepcione os desafios da atual sociedade e que atenda às exigências da teoria discursiva do direito.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **Teoria do Estado - Filosofia Política e Teoria da Democracia**. São Paulo: Atlas, 2016. 5. ed. 9788597007947. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597007947/>. Acesso em: 11. nov. 2021.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. 1.

_____. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. 2.

_____. **The inclusion of the other: studies in political theory**. Editado por Ciaran Cronin e Pablo de Greiff. Cambridge, Massachusetts: The MIT Press, 1998.

HAMEL, Marcio Renan. **A política deliberativa em Habermas**: uma perspectiva para o desenvolvimento da democracia brasileira. Passo Fundo: Editora Méritos, 2009.

MASCARO, Alysson Leandro. **Filosofia do Direito**. São Paulo: Atlas, 2021. 8. ed.

ROCHA, Jean Paul C. V. da. Separação de Poderes e Democracia Deliberativa. In: NOBRE, Marcos; TERRA, Ricardo R. (Coord.). **Direito e democracia**: um guia de leitura de Habermas. São Paulo: Malheiros, 2008.

GT 6 - DIREITO, CIDADANIA E DESENVOLVIMENTO TECNOLÓGICO

Objetivos: Refletir sobre o papel das novas tecnologias no mundo globalizado como subsídio do acesso à cidadania. Promover a discussão dos saberes relacionados ao desenvolvimento tecnológico em prol da evolução jurídico-social. Analisar o direito frente à informática, ao governo eletrônico, à segurança da informação e à inteligência artificial.

COMBATE A CORRUPÇÃO NO BRASIL: AS DISFUNCIONALIDADES DO CONTROLE EXTERNO CRIMINALIZAM A ATIVIDADE POLÍTICA?

THE COMBAT AGAINST CORRUPTION: HOW DO THE DISFUNCTIONS OF OVERSIGHT INSTITUTIONS CRIMINALIZE POLITICS?

Pedro Henrique Pasquali¹

Janaína Rigo Santin²

Resumo

Permanente óbice para o bom exercício da administração pública no Brasil, hodiernamente a corrupção é assunto latente em toda a sociedade, bem como as inúmeras operações policiais e sanções administrativas e judiciais que têm como fito combatê-la, de forma que sempre salutar é porfiar acerca destes assuntos. Utilizou-se a metodologia dedutiva e de revisão bibliográfica, tendo por objetivo tomar nota quanto a importância e as consequências do combate aos esquemas de malversação do dinheiro público em *terrae brasilis*, tal qual apontar suas falhas e disfuncionalidades e buscando-se verificar a existência do fenômeno chamado de criminalização da política, o presente trabalho estrutura-se em cinco capítulos que abordarão breve histórico da corrupção no Brasil (e a necessidade de abnegá-la), as disfuncionalidades das instituições republicanas de controle externo, a administrativização do direito penal e o gestor público como inimigo e o apagão das canetas como corolário do medo de decidir.

Palavras-chave: corrupção; administração pública; controle externo; criminalização da política; apagão das canetas.

¹ Bacharelado em Direito pela Universidade de Passo Fundo (UPF); email: 173361@upf.br; Plataforma Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6831691768155206>.

² Pós-doutorado em Direito pela Universidade de Lisboa, Portugal (Bolsa CAPES). Doutora em Direito Universidade Federal do Paraná, Brasil. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina, Brasil. Advogada e Professora Titular da Universidade de Passo Fundo, Brasil, docente permanente do PPGHistória da UPF. Professora da Universidade de Caxias do Sul, Brasil. Professora Visitante do Mestrado em Direito da Universidade Agostinho Neto, em Luanda, Angola. Email: janainars@upf.br. Plataforma lattes: <http://lattes.cnpq.br/3213900043864696>.

Abstract

A permanent obstacle for the good exercise of public administration in Brazil, corruption is a latent issue throughout society today, as well as police operations and administrative and judicial sanctions aimed at combating it, so that it is always healthy to debate about these matters. The deductive and bibliographic review methodology was used, aiming to take note of the importance and consequences of combating public money misuse schemes in Brazil, as well as pointing out their failures and dysfunctionalities and seeking to verify the existence of the phenomenon called the criminalization of politics, the present work is structured in five chapters that will address a brief history of corruption in Brazil (and the need to abnegate it), as dysfunctionalities of republican institutions of external control, the administration of criminal law and the manager public as an enemy and the blackout of pens as a corollary of the fear of deciding.

Keywords: corruption; public administration; external control; criminalization of politics; fear of signing;

INTRODUÇÃO

Tem-se registrado cada vez mais grandes esquemas de desvio e malversação dolosa de dinheiro público no Brasil, indubitavelmente ocasionando enormes prejuízos a administração pública e gerando sentimento de revolta na sociedade. Tais atos têm mostrado, infelizmente, sólida permanência no cotidiano da República, em que seus autores utilizam métodos corruptivos de há muito historicamente conhecidos.

Com o fito de reduzir tanto quanto possível tais práticas ilícitas, que sobrepõe interesses privatísticos a interesses coletivos, as instituições republicanas de controle externo têm atuado sistematicamente para desvendá-los e punir gestores públicos ímprobos e corruptos. É profícuo ao país que se tenha polícia judiciária, Ministério Público e Tribunal de Contas, em todas as esferas de poder, engajados no cumprimento de suas respectivas funções legais.

Entretanto, exsurge nas últimas décadas diversas operações policiais, investigações ministeriais e decisões judiciais que têm evidenciado certas disfuncionalidades do controle externo no Brasil, de modo que o ordenamento jurídico democrático não tem sido devidamente observado. Torna-se, pois, fundamental perquirir se há a ocorrência do fenômeno da administrativização do direito penal no Brasil, bem como se o gestor público tem sido visto como inimigo da ordem jurídica.

Reputa-se que esta temática é fundamental a vivência em sociedade, por refletir-se na qualidade dos serviços públicos prestados, muito principalmente por ter ocorrência frequente de esquemas de corrupção ao longo da história brasileira, e no

respaldo social do Estado Democrático de Direito como um todo, tendo-se utilizado o método dedutivo e de revisão bibliográfica.

1. BREVE DIGRESSÃO HISTÓRICA DA CORRUPÇÃO NO BRASIL

Inicialmente, partindo-se do ponto de vista histórico, o Brasil como consequência de seu processo de colonização portuguesa sempre teve dificuldades em separar os bens públicos dos bens particulares. Os cidadãos que durante a marcha da história tiveram participação na vida do Estado foram culturalmente forjados em longa trajetória patrimonialista e com tendências marcantes a desvios de conduta corruptivos.

O Estado Português de natureza patrimonial trazido ao Brasil pelos colonizadores era estruturalmente constituído por uma incorporação do modelo familiar como padrão administrativo. O soberano comandava os interesses estatais para com a sociedade como se uma comunidade familiar fosse³. De interesse “público” era todas as relações socioeconômicas, devendo-se sempre prestar contas à Coroa. Assim, “Para garantir a satisfação contínua de seus desejos, o soberano comandava seus subordinados como se fossem servidores pessoais, exercendo sua autoridade como senhor absoluto e proprietário de tudo e de todos”.⁴

O Estado, assim, passa a ser uma extensão do patrimônio do soberano, em que o relacionamento entre Poder Público e sociedade se dava por meio de favores, privilégios e benesses – que variavam de questões fiscais e jurídicas até empregos, cargos e funções públicas - concedidos pela Coroa àqueles que lhe dessem o respaldo necessário, não havendo interesse que envolvam competência, eficiência ou quaisquer critérios objetivos, mas somente dominação do príncipe aos seus súditos.

Segundo Faoro (apud CARDOSO)⁵, “a própria empresa colonizadora, depois da descoberta, menos do que um empreendimento econômico foi uma ocupação territorial com objetivos políticos”. Destaque na obra de Holanda⁶, a sociedade portuguesa colonizadora do Brasil não detinha grande apreço ao trabalho e a disciplina, daí decorrente a falta de organização e estabilidade da vida social. Daí “Podemos dizer que

³GHIZZO NETO, Affonso. **Corrupção, Estado Democrático de Direito e Educação**. Dissertação (Mestrado em Direito), Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 290 p., 2008.

⁴ GHIZZO NETO, Affonso. **Corrupção, Estado Democrático de Direito e Educação**. p.22.

⁵CARDOSO, Fernando Henrique. **Pensadores que inventaram o Brasil**. 1.ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2013. p.231.

⁶HOLANDA, Sergio Buarque de. **Raízes do Brasil**. 27.ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2014. p.45-46.

de lá nos veio a forma atual de nossa cultura; o resto foi matéria que se sujeitou mal ou bem a essa forma.”⁷

Em se tratando da natureza do Estado Português trazido ao Brasil colonizado, denota Holanda⁸ que “Não era fácil aos detentores das posições públicas de responsabilidade, formados por tal ambiente, compreenderem a distinção fundamental entre os domínios do privado e do público”. Dispõe Ghizzo Neto⁹ que “Reproduzindo o modo de proceder real, servidores públicos acostumaram-se a burlar o ordenamento legal, disseminando a mentalidade do ganho fácil, do suborno, do tráfico de influências, enfim, da corrupção generalizada”.

Com efeito, pode-se perceber que a história brasileira remete ainda ao Brasil Colônia seus aspectos patrimonialistas e com tendências de utilização da coisa pública para fins particulares. Ademais, a tradição política tupiniquim desenvolveu per si outros fenômenos regionais de perpetuação de poder, dentre os quais destacam-se o coronelismo e o clientelismo.

Por coronelismo pode-se entender como “um aparato político originário no Brasil imperial” e “consubstanciado pelo conjunto de relações entre os coronéis e o poder público”¹⁰. Quanto ao fenômeno do clientelismo, este surge na sociedade capitalista em que o voto passa a ser fonte direta de ganhos econômicos, pois estar-se-á tratando de uma mercadoria¹¹. Por óbvio, a política clientelista impõe dominação por parte das classes elitistas por meio da compra de votos, excluindo-se, assim, os menos abastados do jogo democrático.

Por conseguinte, pode-se verificar que fenômenos ilícitos e antidemocráticos de dominação política são conhecidos da história brasileira. Outrossim, o patrimonialismo presente até os dias atuais – exercido por meio de coronelismos e clientelismos -, estabeleceu em *terrae brasilis* um verdadeiro círculo vicioso na gestão da “coisa pública”. Atos de corrupção e malversação dolosa de dinheiro do contribuinte são graves ataques a democracia e que, portanto, precisam ser combatidos e repelidos pelas instituições da república, respeitando-se sempre os direitos e garantias fundamentais presentes na Constituição Federal de 1988.

⁷HOLANDA, Sergio Buarque de. **Raízes do Brasil**. p.46.

⁸ HOLANDA, Sergio Buarque de. **Raízes do Brasil**. p.175.

⁹ GHIZZO NETO, Affonso. **Corrupção, Estado Democrático de Direito e Educação**. p.47.

¹⁰LUZ, Alex Faverzani da; SANTIN, Janaína Rigo. Coronelismo e poder local no Brasil: uma análise histórica. **XIX Encontro Nacional do CONPEDI**, Fortaleza, jun. 2010.

¹¹ SANTIN, Janaína Rigo; FAVRETTO, Mariane. Poder Local, Participação Popular e Clientelismo. **Revista Direito, Estado e Sociedade**, n. 50, jan./jun. 2017. Disponível em: <http://direitoestadosociedade.jur.puc-rio.br/media/artigo%20corrigido%201.pdf>. Acesso em: 20/02/2021.

2. AS DISFUNCIONALIDADES DO CONTROLE EXTERNO NO BRASIL

Conforme demonstrado alhures, a corrupção e a malversação de dinheiro público no Brasil têm longo currículo e prejudicam em muito a administração pública. Nos dizeres do deputado Ulysses Guimarães, presidente da Assembleia Nacional Constituinte, quando do discurso de promulgação da Constituição Federal de 1988, referiu que “A corrupção é o cupim da República. República suja pela corrupção impune tomba nas mãos de demagogos que a pretexto de salvá-la a tiranizam.”¹²

É cristalina a necessidade de se prevenir e combater atos que atentem contra a administração pública. Nada obstante, o ordenamento jurídico brasileiro - e também a construção jurisprudencial dos tribunais - tem se mostrado disfuncional, isto é, tem-se buscado curar uma doença grave do Poder Público aplicando-se um remédio com efeitos colaterais tão danosos quanto a doença.

Imperioso citar a doutrina de Santos¹³, a qual adota como conceito de disfunção administrativa ocasionada pelo excesso de controle da administração pública “toda atuação insuficiente, ineficiente ou ilegal da Administração decorrente da atuação direta ou indireta dos órgãos de controle externo, que podem produzir condutas ou resultados prejudiciais ao desempenho de função administrativa”.

As disfuncionalidades do controle externo da administração pública manifestam-se em ações desmedidas e irracionais, levadas a cabo mormente pelo Ministério Público e pelos Tribunais de Contas, que tem por presunção a falta de ética e a desonestidade dos gestores públicos, colocando em xeque todas e quaisquer decisões tomadas por estes, mesmo que técnica e juridicamente embasadas, gerando-lhes notável insegurança e amedrontamento no exercício de suas funções, bem como ficando clara a intervenção descabida de membros do *Parquet* e das Cortes de Contas na atividade política.¹⁴

Neste sentido, prossegue Santos¹⁵ afirmando que os detentores da legitimidade para o exercício da democracia são os partidos políticos e que a crise do sistema democrático-representativo não é privilégio brasileiro. Ademais, “No afã moralizante a busca por respostas não raro excede os limites constitucionalmente aceitáveis”,

¹²BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Íntegra do discurso presidente da Assembleia Nacional Constituinte dr. Ulysses Guimarães**. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/radio/programas/277285-integra-do-discurso-presidente-da-assembly-nacional-constituente-dr-ulysses-guimaraes-10-23/>. Acesso em: 12/02/2021.

¹³SANTOS, Rodrigo Valgas dos. **Direito administrativo do medo: risco e fuga da responsabilização dos agentes públicos**. 1.ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

¹⁴SANTOS, Rodrigo Valgas dos. **Direito administrativo do medo: risco e fuga da responsabilização dos agentes públicos**. p.128-129.

¹⁵SANTOS, Rodrigo Valgas dos. **Direito administrativo do medo: risco e fuga da responsabilização dos agentes públicos**. p.134-135.

gerando inúmeros prejuízos políticos, econômicos, sociais e morais aos agentes públicos ordenadores de despesas (eleitos e/ou não-eleitos, como os chamados “servidores de carreira”).

Como corolário de tais disfuncionalidades, vejamos os equívocos legislativos e judiciais quanto às ações de improbidade administrativa - juridicamente estabelecidas de acordo com a Lei nº 8.492 de 02 de junho de 1992. O mais grave dos desconsertos previstos na Lei de Improbidade Administrativa reside no *caput* de seu Art. 11, o qual engendra como punível o ato que atentar contra os princípios da administração pública. Conforme salienta Mascarenhas¹⁶, estar-se-á tratando de “tipos superabertos”. Isto é, a previsão legal vinculada no aludido diploma jurídico não condensa critérios objetivos e claros para a estipulação de punições contra os gestores públicos, ocasionado grande temor nos tomadores de decisões, visto que qualquer ato de ofício pode ser visto como contrário às balizas axiológicas.

Ainda sobre a Lei de Improbidade Administrativa, imprescindível é denunciar as sanções impostas a agentes públicos por improbidade administrativa na forma culposa – em seu Art. 10, *caput*. Para Santos¹⁷, “Nunca se ouviu dizer que alguém é desonesto por acidente”, portanto inconcebível “que os comportamentos culposos, apesar de indenizáveis, não podem ser objetos de ações de improbidade, e do extenso feixe de sanções de ordem política e civilmente qualificadas”, sendo “evidente o descompasso da Lei 8.429/92 com o texto constitucional (art.37, §4º, da CR)”.

É também relevante salientar que a LIA apresenta impropriedade quanto a aplicação das sanções (Art.12). Apesar de o referido diploma legal estabelecer o rol de sanções aplicáveis, este não os correlaciona aos seus tipos superabertos. Desta forma, “a dosimetria das sanções por improbidade fica à livre disposição dos magistrados, que podem justificar a incidência ou não das sanções conforme lhes aprouver”¹⁸.

Quanto aos tribunais de contas, Santos¹⁹ refere que “talvez a mais grave das disfuncionalidades no âmbito dos tribunais de contas está nas presunções de reponsabilidade civil dos gestores públicos” visto que “parte-se da premissa que há responsabilidade de determinado agente público em face de sua posição funcional e hierárquica, na pressuposição que teria obrigação e responsabilidade em ressarcir o

¹⁶MASCARENHAS, Rodrigo Tostes de Alencar. O medo e o ato administrativo. **Revista Direito do Estado**, Ano 2016, n. 289, nov. 2016. Disponível em: <http://direitodoestado.com.br/colunistas/rodrigo-tostes-mascarenhas/o-medo-e-o-ato-administrativo>. Acesso em: 20/02/2021.

¹⁷ SANTOS, Rodrigo Valgas dos. **Direito administrativo do medo: risco e fuga da responsabilização dos agentes públicos**. p.178.

¹⁸SANTOS, Rodrigo Valgas dos. **Direito administrativo do medo: risco e fuga da responsabilização dos agentes públicos**. p.181.

¹⁹SANTOS, Rodrigo Valgas dos. **Direito administrativo do medo: risco e fuga da responsabilização dos agentes públicos**. p.201.

erário por alegada obrigação e dever de agir de modo onisciente que não encontra contraponto no mundo real”. Grosso modo, significa dizer que o gestor público é alvo de responsabilidade objetiva, quando, em verdade, deveria ser aplicada sempre a responsabilidade civil subjetiva²⁰. Ou seja, a simples prática de ato administrativo que gere prejuízos a administração pública não deve(ria) ensejar sanções por improbidade, restando somente sancionamento em casos de conduta dolosa ou de erro grosseiro, demonstrado, por óbvio, o nexo causal.

Destaca também Santos²¹ que a Súmula Vinculante 5/2008 do Supremo Tribunal Federal exarou que não há obrigatoriedade de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar, possibilitando a autodefesa do processado. Ressalte-se que a grande maioria dos agentes políticos brasileiros não detém expertise em direito administrativo e contabilidade pública, ficando, pois, à mercê dos tribunais de contas. Além disso, não há um devido processo legal claro para as deliberações das cortes especializadas, em que, no mais das vezes, não se possibilita a oitiva de testemunhas e nem a realização de perícias, tolhendo-se o desígnio de aferir o exato grau de responsabilização do processado.

Neste sentido, Almeida aduz: “o cerceamento de defesa, em seus mais variados aspectos, produz estigma indelével às decisões proferidas, por flagrante inconstitucionalidade e por ofender frontalmente os baldrames da concepção do estado democrático de direito”.²²

Todas estas questões suscitadas acima se refletem sobre toda a ordem de direitos fundamentais dos gestores públicos, atingindo-os com larga incidência em seus direitos políticos, haja vista que a rejeição de contas por irregularidades insanáveis e condenações em ações por improbidade administrativa podem gerar inelegibilidades. A atividade política é da natureza do Estado Democrático de Direito e somente se realiza por meio dos próprios políticos que, bem ou mal, abrem mão de suas vidas particulares para administrarem a coisa pública.

3. O GESTOR PÚBLICO ELEITO COMO INIMIGO NO DIREITO PENAL

²⁰SANTOS, Rodrigo Valgas dos. **Direito administrativo do medo**: risco e fuga da responsabilização dos agentes públicos. p.201.

²¹SANTOS, Rodrigo Valgas dos. **Direito administrativo do medo**: risco e fuga da responsabilização dos agentes públicos. p.205.

²²ALMEIDA, Reuder Rodrigues Madureira de. Devido processo legal: observância do contraditório e da ampla defesa nos processos administrativos de controle. **Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais**, Belo Horizonte, out./nov./dez., 2013. Disponível em: <https://revista1.tce.mg.gov.br/Content/Upload/Materia/2286.pdf>. Acesso em: 20/02/2021.

A dogmática jurídica majoritária revela que o Direito Penal se constitui na *ultima ratio* para intervenção do Estado na esfera de valores e direitos elementares da sociedade²³. O Poder Público só deve lançar mão da *persecutio criminis* na busca pela solução de conflitos em que houver grave lesão a bem jurídico tutelado de modo que nenhum outro ramo da ciência jurídica possua ferramentas suficientes para fazê-lo.

Conforme ditames da doutrina moderna, o texto constitucional brasileiro logrou êxito ao positivizar diversos direitos e garantias fundamentais cujo fito se manifesta em limitar o arbítrio estatal e adequar o exercício do *ius puniendi* ao Estado Democrático de Direito. O Poder Constituinte Originário implementou no Estatuto Jurídico Maior brasileiro diversos princípios de ordem *jusfilosófica* elencados ao longo de todo o seu rol normativo que demonstram estar-se diante de um Direito Penal da culpabilidade, mínimo e garantista²⁴. Conspícuo perceber que a Constituição Cidadã repele os excessos estatais e valora a defesa dos direitos humanos e das liberdades públicas.

Nada obstante, infelizmente, os preceitos constitucionais liberais (garantistas) têm sido permanentemente descumpridos ao mero sabor de interesses políticos e de ideologias arraigadas nas instituições da república²⁵. Sem sombra de dúvidas, hodiernamente, está-se diante de notória e grave expansão do Direito Penal no Brasil, insubordinando outras áreas fundamentais da ciência jurídica a menoscabo.

Conforme salienta Silva²⁶, dois fatores são essenciais para a expansão do Direito Penal, quais sejam, a) o avanço tecnológico que engendra novos conceitos e bens jurídicos a serem estudados e tutelados e b) o difundido sentimento de injustiça e impunidade que paira na sociedade brasileira. Com efeito, a administrativização do Direito Penal consiste na busca por punir além dos delitos já cometidos ainda prevenir possíveis fatos típicos, antijurídicos e culpáveis futuros, mormente relacionados a bens transindividuais e questões de ordem econômica e ambiental.

O fenômeno da administrativização do direito penal caracteriza-se, eminentemente, pela combinação de fatores como a introdução de novos objetos de proteção, a antecipação das fronteiras de proteção penal e transição definitiva do modelo de “delito de lesão de bens individuais” para o modelo de “delito de perigo de bens supra-individuais”²⁷.

²³BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. 23.ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

²⁴BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. p.52.

²⁵SANTOS, Rodrigo Valgas dos. **Direito administrativo do medo**: risco e fuga da responsabilização dos agentes públicos. p.135-136.

²⁶SILVA, Lucas do Monte. O corrupto como inimigo no direito penal brasileiro. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Itajaí, v.10, n.3, p.1459-1496, 2015. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/rdp/article/view/7915/4495>. Acesso em: 20/02/2021.

²⁷DINIZ NETO, Eduardo. Sociedade de risco, direito penal e política criminal. **Revista de Direito Público**, Londrina, v.5, n.2, p.202-220, ago., 2010. Disponível em: <http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/direitopub/article/view/7385/6515>. Acesso em: 20/02/2021.

A partir da efetivação deste fenômeno, Direito Penal e Direito Administrativo passam a ter grandes semelhanças, tutelando por vezes os mesmos bens jurídicos e igualando-se como instrumentos de controle social, diferenciando-se somente na natureza das sanções impostas. *Ipso facto*, “O Direito Penal administrativizado, assim, nega diversos princípios e garantias fundamentais essenciais desse ramo, como a intervenção mínima, pessoalidade, legalidade, a título de exemplo”²⁸. Na prática, poder-se-ia citar as disfuncionalidades na Lei de Improbidade Administrativa, demonstradas alhures, como padrões de processos punitivos insidiosos a vida privada dos gestores públicos que marcam a administrativização do Direito Penal.

Outra notória característica da expansão da lei penal além da sua característica de *ultima ratio* é a tentativa de se adotar, retórica e legalmente, o chamado Direito Penal do Inimigo. Esta teoria, elaborada por Gunther Jakobs, pressupõe que o delito é a frustração das expectativas normativas e que a pena é a confirmação da norma infringida, mostrando-se umbilicalmente ligada à finalidade preventiva geral da pena²⁹.

Em linhas gerais, para a teoria de Jakobs o Direito Penal pode ser organizado a partir de características pessoais ínsitas aos próprios autores dos delitos. Nesta senda, duas classificações possíveis: i) cidadãos – compreendidos como pessoas que, embora eventualmente criminosas, não representam uma ameaça ao ordenamento jurídico *per si*, as quais garantem um mínimo escopo de liberdades públicas, bem como direitos e garantias fundamentais; ii) inimigos – estes *per si* representariam uma fonte de perigo iminente a ser neutralizada, que podem (devem) ser punidos até mesmo em seus pensamentos, não tendo qualquer esfera de liberdades, direitos e garantias preservadas.

Consoante Jakobs (apud GRECO)³⁰: “Um indivíduo que não se deixa coagir a viver num estado de civilidade, não pode receber as bençãos do conceito de pessoa”, sendo que os indivíduos caracterizados com a pecha de inimigos são “a rigor não-pessoas” tendo-se que “neutralizar uma fonte de perigo, como um animal selvagem”.

²⁸SILVA, Lucas do Monte. O corrupto como inimigo no direito penal brasileiro. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Itajaí, v.10, n.3, p.1459-1496, 2015. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/rdp/article/view/7915/4495>. Acesso em: 20/02/2021.

²⁹BIZARRIA, Breno Timbó Magalhães. O direito penal do inimigo aplicado a um estado democrático de direito. **Revista Acadêmica da Escola Superior do Ministério Público do Estado do Ceará**, Fortaleza, Ano 4, n. 2, 2012. Disponível em: <http://tmp.mpce.mp.br/esmp/publicacoes/Edital-n-03-2012/Artigos/Breno-Timbo-Magalhaes-Bizarria.pdf>. Acesso em: 20/02/2021.

³⁰GRECO, Luís. Sobre o chamado direito penal do inimigo. **Revista da Faculdade de Direito de Campos**, Ano VI, n. 7, p.211-247, Dezembro, 2005. Disponível em: <http://www.uniflu.edu.br/arquivos/Revistas/Revista07/Docente/07.pdf>. Acesso em: 20/02/2021.

Características do direito penal do inimigo são uma extensa antecipação das proibições penais, sem a respectiva redução da pena cominada, e a restrição das garantias processuais do estado de direito, tal qual é o caso principalmente nos âmbitos da delinquência sexual e econômica, do terrorismo e da chamada legislação de combate à criminalidade. Na mais recente manifestação, são mencionados como ulteriores exemplos de direito penal do inimigo alguns pressupostos da prisão preventiva, as medidas de segurança, a custódia de segurança e as prisões de Guantánamo.³¹

Neste sentido, cumpre-nos trazer às claras fatos da realidade jurídico-social brasileira para elucidar as tentativas de se estabelecer um Direito Penal do Inimigo para com os gestores públicos eleitos. Conforme G1³², membros do Ministério Público Federal (MPF) lançaram em 2015 uma campanha cujo mote era pressionar o Congresso Nacional a aprovar um projeto de lei de iniciativa popular para positivar no ordenamento jurídico pátrio dez medidas “contra a corrupção” – em que muitas delas se mostraram flagrantemente punitivistas e inconstitucionais, reduzindo as esferas de direitos e garantias fundamentais dos cidadãos. Com forte apelo midiático, a campanha chegou a ter um portal oficial para divulgação.³³

Logo na primeira sugestão do Ministério Público Federal já se percebe o caráter autoritário das medidas: visava-se criar “o teste de integridade dos agentes públicos”, em que no Art. 3º constava: “Os testes de integridade consistirão na simulação de situações sem o conhecimento do agente público, com o objetivo de testar sua conduta moral e predisposição para cometer ilícitos contra a Administração Pública.”³⁴

Em caso de resultado positivo no “teste de integridade”, o servidor público seria alvo de processos “disciplinares, bem como para a instrução de ações cíveis, inclusive a de improbidade administrativa, e criminais” (Art. 2º). Ou seja, buscava o Ministério Público Federal tornar lei um teste em os agentes públicos seriam punidos por crimes ainda nem cometidos, por pura “predisposição”. Está-se diante uma tentativa de se antecipar a punição ao ato ilícito, conforme doutrinava Jakobs em seu Direito Penal do Inimigo.

³¹GRECO, Luís. Sobre o chamado direito penal do inimigo. *Revista da Faculdade de Direito de Campos*, Ano VI, n. 7, p.211-247, Dezembro, 2005. Disponível em: <http://www.uniflu.edu.br/arquivos/Revistas/Revista07/Docente/07.pdf>. Acesso em: 20/02/2021.

³²G1. Procuradores lançam projeto de lei com 10 medidas contra corrupção. 16 de agosto de 2015. Disponível em: <http://g1.globo.com/fantastico/noticia/2015/08/procuradores-lancam-projeto-de-lei-com-10-medidas-contra-corrupcao.html>. Acesso em: 20/02/2021.

³³BRASIL. MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. **10 medidas contra a corrupção**: conheça as medidas. Disponível em: <http://www.dezmedidas.mpf.mp.br/apresentacao/conheca-as-medidas>. Acesso em: 20/02/2021.

³⁴BRASIL. MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. **Medida 1: investimento em prevenção**. Disponível em: http://www.dezmedidas.mpf.mp.br/apresentacao/conheca-as-medidas/docs/medida_1-versao-2015-06-25.pdf. Acesso em: 20/02/2021.

Nas medidas dois³⁵ e três³⁶, respectivamente, alterar-se-ia o Código Penal brasileiro para positivar o crime de enriquecimento ilícito – em que a tipicidade da conduta seria presumida pela incompatibilidade de rendimentos do servidor e seus bens, mesmo que emprestados por terceiro - e aumentar-se-ia as penas para crimes contra a administração pública, bem como alterar-se-ia a Lei dos Crimes Hediondos.

Na medida de número quatro³⁷, propôs o Ministério Público Federal drásticas alterações na legislação processual, modificando diversas possibilidades de recursos, mormente reduzindo drasticamente a competência do *habeas corpus* – remédio constitucional que visa a manutenção da liberdade de seu paciente quando a ordem de prisão for ilegalmente fundada.

A medida de número cinco³⁸, objetivava alterar a Lei de Improbidade Administrativa, no sentido de torna-la mais célere e punitiva, aumentando-se ainda mais as disfunções anteriormente observadas e ampliando-se seu lastro de punições.

Dispõe Lopes Junior³⁹ que “é importante compreender que *repressão* e *garantias processuais* não se excluem, senão coexistem” e “Considerando que risco, violência e insegurança sempre existirão, é sempre melhor *risco com garantias processuais* do que *risco com autoritarismo*.” Assim, viu-se que o projeto de iniciativa popular elaborado pelo Ministério Público Federal em 2015 tinha como objetivo a redução de diversos direitos e garantias fundamentais previstos no ordenamento jurídico brasileiro e o aumento das disfuncionalidades do controle externo, dando ainda maior azo a ideologização das instituições republicanas.

É evidente que há, de fato, uma expansão indevida do Direito Penal a acarretar o menoscabo de outras importantes áreas da ciência jurídica, como o próprio Direito Administrativo que tem sido paulatinamente tomado pelo Direito Penal. Também é verdadeira a afirmação de que o gestor público brasileiro (probo e improbo) tem sido midiaticamente, por meio de campanhas como as Dez Medidas Contra a Corrupção, do MPF, carimbado com a pecha de inimigo da sociedade a ser sistematicamente perseguido.

³⁵BRASIL. MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. **Medida 2: criminalização do enriquecimento ilícito de agentes públicos.** Disponível em: http://www.dezmedidas.mpf.mp.br/apresentacao/conheca-as-medidas/docs/medida_2_versao-2015-06-25.pdf. Acesso em: 20/02/2021.

³⁶BRASIL. MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. **Medida 3: corrupção com pena maior e como crime hediondo segundo o valor.** Disponível em: http://www.dezmedidas.mpf.mp.br/apresentacao/conheca-as-medidas/docs/medida_3_versao-2015-06-25.pdf. Acesso em: 20/02/2021.

³⁷BRASIL. MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. **Medida 4: aperfeiçoamento do sistema recursal penal.** Disponível em: http://www.dezmedidas.mpf.mp.br/apresentacao/conheca-as-medidas/docs/medida_4_versao-2015-06-25.pdf. Acesso em: 20/02/2021.

³⁸BRASIL. MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. **Medida 5: maior eficiência da ação de improbidade administrativa.** Disponível em: http://www.dezmedidas.mpf.mp.br/apresentacao/conheca-as-medidas/docs/medida_5_versao-2015-06-25.pdf. Acesso em 20/02/2021.

³⁹LOPES JUNIOR, Aury. **Fundamentos do processo penal:** introdução crítica. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

4. O MEDO DE DECIDIR E O APAGÃO DAS CANETAS

Aludindo-se todo este cenário demonstrado alhures, que em maior ou menor grau recai sobre os ombros do gestor público no dia a dia, há que se tomar nota acerca das consequências deste na administração pública. A insegurança jurídica vivida no Brasil atual é bastante relevante quando se trata da enorme responsabilidade que é gerir o dinheiro dos pagadores de impostos, o qual deve ser revertido em serviços públicos prestados com qualidade, como saúde, alimentação, educação, entre outros.

O medo de tomar decisões é presente na administração pública brasileira. O risco de o gestor público ser responsabilizado – administrativa, civil e criminalmente, todas com reflexos eleitorais - por quaisquer atos discricionários emanados durante o exercício de suas funções, majoritariamente pautados por pareceres técnicos, têm sérios reflexos na forma como os serviços estatais chegam até a população.

O entendimento de Santos⁴⁰ vai no sentido de que as disfuncionalidades apresentadas anteriormente no que tange ao controle externo “está a produzir um tipo inédito de disfunção burocrática com graves consequências para a aplicação das normas do Direito Administrativo: *o exercício medroso da função administrativa*.”

Para Mascarenhas⁴¹, quando se fala em “medo” na administração pública, a primeira reflexão a se fazer é “medo de que e de quem”, para a qual existe três possibilidades: i) a primeira, é o medo de prejudicar a vida de terceiros; ii) a segunda diz respeito ao impacto político e eleitoral do ato administrativo emanado; iii) a terceira concerne as consequências diretas ao agente, subdivididas em duas esferas – o medo de ser vítima de lesões e agressões por parte de alguém insatisfeito com uma determinada decisão ou de sofrer sanções pelos órgãos de controle.

Desta forma, a administração pública brasileira tem corrido o sério risco de ser acometida pelo risco de imobilismo, isto é, de paralisia na tomada de decisões⁴². Ao presente trabalho é interessante se analisar o medo das consequências diretas ao agente no que tange a sanções impostas pelos órgãos de controle, muito principalmente pela dificuldade de se entender a real feição das normas jurídicas e suas respectivas aplicações.

⁴⁰SANTOS, Rodrigo Valgas dos. **Direito administrativo do medo**: risco e fuga da responsabilização dos agentes públicos. p.35.

⁴¹MASCARENHAS, Rodrigo Tostes de Alencar. O medo e o ato administrativo. **Revista Direito do Estado**, Ano 2016, n. 289, nov. 2016. Disponível em: <http://direitodoestado.com.br/colunistas/rodrigo-tostes-mascarenhas/o-medo-e-o-ato-administrativo>. Acesso em: 20/02/2021.

⁴²MASCARENHAS, Rodrigo Tostes de Alencar. O medo e o ato administrativo. **Revista Direito do Estado**, Ano 2016, n. 289, nov. 2016. Disponível em: <http://direitodoestado.com.br/colunistas/rodrigo-tostes-mascarenhas/o-medo-e-o-ato-administrativo>. Acesso em: 20/02/2021.

Levando-se em conta as disfuncionalidades do controle externo retrocitadas, a adminitrativização do Direito Penal e a tentativa se de impor ao gestor a pecha de “inimigo da sociedade”, é notável – e até compreensível – o medo dos agentes públicos de serem punidos por atos administrativos entendidos como necessários e oportunos, inclusive pelos setores técnicos dos órgãos estatais⁴³.

Não é à toa que, como assegura Guimarães⁴⁴, embora necessário e louvável o controle externo sobre a atividade administrativa, “O administrador público vem, aos poucos, desistindo de decidir”, tendo em vista a insegurança jurídica enorme – que impede a análise técnica dos riscos de punições – forçando os agentes públicos (eleitos e não-eleitos) a permanecerem na zona de conforto, sem maiores exposições. Ainda para Guimarães, “intalou-se o que e poderia denominar de crise da ineficiência pelo controle: acuados, os gestores não mais atuam apenas na busca da melhor solução ao interesse administrativo, mas também para se proteger”, aduzindo que “tomar decisões sensíveis pode significar ao administrador o risco de ser processado criminalmente. Como consequência inevitável da retração do administrador instala-se a ineficiência administrativa”.⁴⁵

Importante consignar a ressalva de que a “cultura do controle” – que fez disseminar na sociedade a ideia de que “quanto mais controle, melhor” e que os aspectos finalísticos do incremento da burocracia controladora não devem ser levados em conta – não limitou a corrupção. Pelo contrário, o que se vê é a corrupção se infiltrando no escopo burocrático do Estado, conseguindo se esconder atrás desta⁴⁶.

Por conseguinte, é visível a dificuldade dos gestores públicos de se posicionarem em diversos temas de relevância social, por medo das sanções arbitrariamente impostas pelo controle externo disfuncional. Se o objetivo do incremento da burocracia controladora era inibir fenômenos prejudiciais a administração pública – e consequentemente aos serviços prestados por este -, tem-se visto exatamente o oposto (imobilismo ocasionado pelo medo e, *ipso facto*, serviços públicos mal prestados).

⁴³MASCARENHAS, Rodrigo Tostes de Alencar. O medo e o ato administrativo. **Revista Direito do Estado**, Ano 2016, n. 289, nov. 2016. Disponível em: <http://direitodoestado.com.br/colunistas/rodrigo-tostes-mascarenhas/o-medo-e-o-ato-administrativo>. Acesso em: 20/02/2021.

⁴⁴GUIMARÃES, Fernando Vernalha. O direito administrativo do medo: a crise da ineficiência pelo controle. **Revista Direito do Estado**, Ano 2016, n.71, jan. 2016. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/fernando-vernalha-guimaraes/o-direito-administrativo-do-medo-a-crise-da-ineficiencia-pelo-controle>. Acesso em: 20/02/2021.

⁴⁵GUIMARÃES, Fernando Vernalha. O direito administrativo do medo: a crise da ineficiência pelo controle. **Revista Direito do Estado**, Ano 2016, n.71, jan. 2016. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/fernando-vernalha-guimaraes/o-direito-administrativo-do-medo-a-crise-da-ineficiencia-pelo-controle>. Acesso em: 20/02/2021.

⁴⁶GUIMARÃES, Fernando Vernalha. O direito administrativo do medo: a crise da ineficiência pelo controle. **Revista Direito do Estado**, Ano 2016, n.71, jan. 2016. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/fernando-vernalha-guimaraes/o-direito-administrativo-do-medo-a-crise-da-ineficiencia-pelo-controle>. Acesso em: 20/02/2021.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A análise do desenvolvimento histórico brasileiro revela a infeliz permanência de fenômenos corruptivos, patrimoniais e antidemocráticos no bojo da administração pública. A República tem sido vítima de reiteradas práticas ilegais por parte de agentes públicos que se utilizam da burocracia para enriquecimento ilícito. A natureza patrimonialista do Estado brasileiro, herdada da matriz colonizadora portuguesa, faz perdurar até os tempos atuais a utilização das instituições estatais para fins privatísticos.

A corrupção é grave e precisa ser duramente combatida. Entretanto, o fortalecimento das instituições de controle externo não pode ser açodado nem desconectado da realidade prática da administração pública brasileira – como vem acontecendo. Pôde-se perceber, a partir do exposto, que a insegurança jurídica oriunda de leis mal elaboradas e muito mal aplicadas pelo Ministério Público, Tribunal de Contas e Poder Judiciário tem paralisado o gestor público probo e correto.

Deixar de tomar decisões importantes ao interesse público por medo das consequências advindas dos tipos superabertos da Lei de Improbidade Administrativa, das decisões controversas dos Tribunais de Contas Brasil à fora, da administrativização do Direito Penal e da tentativa de se colocar o gestor eleito como inimigo da sociedade tem sido a tônica dos agentes públicos nos últimos anos.

Não há dúvidas quanto a boa intenção das instituições de controle externo. Por outro lado, o excesso de entes controladores – e suas sanções aplicadas tendo por fundamento questões puramente interpretativas – tem gerado exatamente aquilo que desejam acabar: serviços públicos pouco eficientes, mas desta vez ocasionados pela interferência externa no dia a dia do agente político que o amedronta, paralisando-o.

Controle externo disfuncional, administrativização do Direito Penal e as reiteradas tentativas de impor aos agentes políticos a chaga de inimigos da sociedade tem levado a paralisia dos serviços públicos pelo medo que estes têm de decidir questões relevantes para a sociedade. A atividade política criminalizada, mostra a digressão histórica, é terreno fértil para autoritarismos, por vezes em forma de “caçadores de marajás” e “candidatos-messias”, e por vezes em forma de projetos de lei que visam reduzir os direitos e garantias fundamentais dos cidadãos brasileiros.

É importante consignar que os direitos e garantias fundamentais – corolários básicos de um Estado Democrático de Direito – não são entraves ao combate a malversação de dinheiro público, mas sim balizas civilizatórias, que quando negadas

pelo Estado fazem jus ao dito Direito Penal do Inimigo. Nesta banda, é preciso readequar o controle externo da administração pública tendo por referência maior a Constituição Federal de 1988, buscando-se reduzir as disfuncionalidades daquele e consubstanciar uma segurança jurídica que permita aos gestores públicos probos e honestos a gestão de riscos, arrefecendo seus medos sanções arbitrárias a partir de atos administrativos corriqueiros.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ALMEIDA, Reuder Rodrigues Madureira de. Devido processo legal: observância do contraditório e da ampla defesa nos processos administrativos de controle. **Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais**, Belo Horizonte, out./nov./dez., 2013. Disponível em: <https://revista1.tce.mg.gov.br/Content/Upload/Materia/2286.pdf>. Acesso em: 20/02/2021.

BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Íntegra do discurso presidente da Assembleia Nacional Constituinte dr. Ulysses Guimarães**. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/radio/programas/277285-integra-do-discurso-presidente-da-assembleia-nacional-constituente-dr-ulysses-guimaraes-10-23/> > Acesso em: 12/02/2021.

BRASIL. MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. **10 medidas contra a corrupção**: conheça as medidas. Disponível em: <http://www.dezmedidas.mpf.mp.br/apresentacao/conheca-as-medidas>. Acesso em: 20/02/2021.

BRASIL. MINISTÉRIO PÚBLICO. **Medida 1: investimento em prevenção**. Disponível em: http://www.dezmedidas.mpf.mp.br/apresentacao/conheca-as-medidas/docs/medida_1_versao-2015-06-25.pdf. Acesso em: 20/02/2021.

BRASIL. MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. **Medida 2: criminalização do enriquecimento ilícito de agentes públicos**. Disponível em: http://www.dezmedidas.mpf.mp.br/apresentacao/conheca-as-medidas/docs/medida_2_versao-2015-06-25.pdf. Acesso em: 20/02/2021.

BRASIL. MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. **Medida 3: corrupção com pena maior e como crime hediondo segundo o valor**. Disponível em: http://www.dezmedidas.mpf.mp.br/apresentacao/conheca-as-medidas/docs/medida_3_versao-2015-06-25.pdf. Acesso em: 20/02/2021.

BRASIL. MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. **Medida 4: aperfeiçoamento do sistema recursal penal**. Disponível em: http://www.dezmedidas.mpf.mp.br/apresentacao/conheca-as-medidas/docs/medida_4_versao-2015-06-25.pdf. Acesso em: 20/02/2021.

BRASIL. MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. **Medida 5: maior eficiência da ação de improbidade administrativa**. Disponível em:

http://www.dezmedidas.mpf.mp.br/apresentacao/conheca-as-medidas/docs/medida_5-versao-2015-06-25.pdf. Acesso em 20/02/2021.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. 23.ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

BIZARRIA, Breno Timbó Magalhães. O direito penal do inimigo aplicado a um estado democrático de direito. **Revista Acadêmica da Escola Superior do Ministério Público do Estado do Ceará**, Fortaleza, Ano 4, n. 2, 2012. Disponível em: <http://tmp.mpce.mp.br/esmp/publicacoes/Edital-n-03-2012/Artigos/Breno-Timbo-Magalhaes-Bizarria.pdf>. Acesso em: 20/02/2021.

CARDOSO, Fernando Henrique. **Pensadores que inventaram o Brasil**. 1.ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2013.

DINIZ NETO, Eduardo. Sociedade de risco, direito penal e política criminal. **Revista de Direito Público**, Londrina, v.5, n.2, p.202-220, ago., 2010. Disponível em: <http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/direitopub/article/view/7385/6515>. Acesso em: 20/02/2021.

GRECO, Luís. Sobre o chamado direito penal do inimigo. **Revista da Faculdade de Direito de Campos**, Ano VI, n. 7, p.211-247, Dezembro, 2005. Disponível em: <http://www.uniflu.edu.br/arquivos/Revistas/Revista07/Docente/07.pdf>. Acesso em: 20/02/2021.

GUIMARÃES, Fernando Vernalha. O direito administrativo do medo: a crise da ineficiência pelo controle. **Revista Direito do Estado**, Ano 2016, n.71, jan. 2016. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/fernando-vernalha-guimaraes/o-direito-administrativo-do-medo-a-crise-da-ineficiencia-pelo-controle>. Acesso em: 20/02/2021.

GHIZZO NETO, Affonso. **Corrupção, Estado Democrático de Direito e Educação**. Dissertação (Mestrado em Direito), Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 290 p., 2008.

G1. Procuradores lançam projeto de lei com 10 *medidas contra corrupção*. 16 de agosto de 2015. Disponível em: <http://g1.globo.com/fantastico/noticia/2015/08/procuradores-lancam-projeto-de-lei-com-10-medidas-contracorrupcao.html>. Acesso em: 20/02/2021.

HOLANDA, Sergio Buarque de. **Raízes do Brasil**. 27.ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2014.

LOPES JUNIOR, Aury. **Fundamentos do processo penal**: introdução crítica. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

LUZ, Alex Faverzani da; SANTIN, Janaína Rigo. Coronelismo e poder local no Brasil: uma análise histórica. **XIX Encontro Nacional do CONPEDI**, Fortaleza, jun., 2010.

MASCARENHAS, Rodrigo Tostes de Alencar. O medo e o ato administrativo. **Revista Direito do Estado**, Ano 2016, n. 289, nov. 2016. Disponível em: <http://direitodoestado.com.br/colunistas/rodrigo-tostes-mascarenhas/o-medo-e-o-ato-administrativo>. Acesso em: 20/02/2021.

SANTIN, Janaína Rigo; FAVRETTO, Mariane. Poder Local, Participação Popular e Clientelismo. **Revista Direito, Estado e Sociedade**, n. 50, jan./jun. 2017. Disponível em: <http://direitoestadosociedade.jur.puc-rio.br/media/artigo%20corrigido%201.pdf> > Acesso em: 20/02/2021.

SANTOS, Rodrigo Valgas dos. **Direito administrativo do medo**: risco e fuga da responsabilização dos agentes públicos. 1.ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

SILVA, Lucas do Monte. O corrupto como inimigo no direito penal brasileiro. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Itajaí, v.10, n.3, p.1459-1496, 2015. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/rdp/article/view/7915/4495>. Acesso em: 20/02/2021.

ACESSO À JUSTIÇA EM TEMPOS PANDÊMICOS: DESAFIOS FRENTE À EXCLUSÃO DIGITAL NO BRASIL

ACCESS TO JUSTICE IN PANDEMIC TIMES: CHALLENGES FACING THE DIGITAL EXCLUSION IN BRAZIL

Lourdes Regina Jorgeti¹

Ana Clara Ianoski Camargo dos Anjos²

Resumo

O presente artigo tem como objetivo a apresentação de estudo e breve análise acerca do posicionamento do sistema processual brasileiro durante a pandemia da Covid-19, tendo como ênfase a observância do princípio constitucional do acesso à justiça, face aos inúmeros desafios e benefícios advindos da implementação da tecnologia no sistema do Poder Judiciário. Para a elaboração do presente artigo, utilizou-se do método dedutivo, tendo como substrato as ocorrências cotidianas derivadas desse novo cenário, com revisão bibliográfica e análise de estatísticas. Pretende-se analisar a necessidade de adequação do Poder Judiciário à essa nova realidade.

Palavras-chave: COVID-19. Acesso à justiça. Poder Judiciário. Tecnologia. Exclusão digital.

Abstract

This article aims to present a study and a brief analysis of the positioning of the Brazilian procedural system during the Covid-19 pandemic, with an emphasis on compliance with the constitutional principle of access to justice, given the numerous challenges and benefits arising from its implementation technology in the Judiciary System. For the elaboration of this article, the deductive method was used, having as substrate the daily occurrences derived from this new scenario, with bibliographic review and statistical analysis. It is intended to analyze the need to adapt the Judiciary to this new reality.

Keywords: COVID-19. Access to justice. Judicial power. Technology. Digital exclusion.

INTRODUÇÃO

A pandemia causada pelo novo coronavírus paralisou o mundo, com milhares de infectados e mortos, de modo que os decretos de quarentena obrigatória em muitos países - inclusive no Brasil - foram necessários para reduzir o risco de contágio.

A crise proveniente da pandemia escancarou a importância de um Estado

¹ Professora da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie - São Paulo. Doutora em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Advogada e Mediadora. E-mail: regina.jorgeti@mackenzie.br

² Bacharel em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie - São Paulo. Estagiária na Defensoria Pública do Estado de São Paulo. E-mail: anaianoski@gmail.com

organizado, que possa garantir o funcionamento das instituições fundamentais e afastar o risco do colapso dos sistemas sociais e de segurança pública.

Destarte, o presente trabalho tem como objeto de estudo a implantação dos meios eletrônicos pelo Poder Judiciário disciplinados pelas regras processuais e dos provimentos dos respectivos Tribunais durante a pandemia da Covid-19. É um estudo sobre o acesso à justiça no cenário pandêmico atual no Judiciário, com ênfase na análise dos problemas advindos da atuação judiciária remota e dos benefícios trazidos pelo uso de programas digitais em processos judiciais.

1. O ACESSO À JUSTIÇA EM TEMPOS PANDÊMICOS

Com a chegada da Covid-19, o mundo se viu em uma situação jamais enfrentada na era pós-moderna. Ainda que com toda tecnologia à disposição, as questões relacionadas à desigualdade e falta de acesso à informação permeavam e perturbaram o Poder Judiciário. Em meio à crise global e diante da quarentena, o Judiciário brasileiro se viu na obrigação de permanecer acessível para todas as camadas da população para enfrentar as questões decorrentes dessa nova realidade.

A Constituição Federal brasileira, em seu artigo 5º, XXXV, prevê que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito”³, tornando-se o acesso à justiça historicamente uma garantia na busca pela equidade no que tange às questões socioeconômicas na relação entre Estado e população, em um processo voltado para a contínua cidadania.

Cappelletti e Garth³ propuseram uma visão atualizada entre justiça e sociedade moderna. Em sua obra “Acesso à Justiça” buscaram estimular o exame dos problemas sociais, tais como a dignidade da pessoa humana e exclusão social, os quais necessitam de maior atenção dentro do Judiciário, conceituado tal garantia como:

[...] expressão “acesso à Justiça” é reconhecidamente de difícil definição, mas serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico – o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado. Primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos.⁴

Importante ressaltar a necessidade de atualização e revisão com que se deve

³ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 outubro de 1988. **Diário Oficial**, Brasília/DF, 05. Out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 25 Nov. 2020.

⁴ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002. p. 08.

estudar o princípio do acesso à justiça, levando-se em consideração não somente a possibilidade do direito de ação, mas também, e principalmente, o direito conferido ao jurisdicionado “à obtenção de uma tutela adequada à natureza do direito material controvertido e que venha a conferir ao jurisdicionado, num prazo razoável e observado o princípio do devido processo legal, exatamente aquilo que tem o direito de obter.” ⁵

Na busca da efetividade, o movimento de acesso à justiça oportuniza a utilização de técnicas processuais diferenciadas para tornar a Justiça mais próxima da população, e não pode ser visto tão somente como o Direito de se ingressar em juízo⁶. A noção de acesso à justiça compreende também os obstáculos que dificultam, quando não impedem, o cidadão de buscar e de ver atendidos os seus reclamos, e sua garantia a promoção de acessibilidade generalizada e a simplificação do Direito, de forma que as partes estejam a par do que acontece⁷.

O Poder Judiciário já lidava com a fragilização social e várias outras questões estruturais e operacionais. Com o advento do contexto pandêmico, as atividades presenciais em todos os ramos do Judiciário foram suspensas, de modo que a única forma de acesso e comunicação com a Justiça se tornou unicamente através da utilização de meios tecnológicos como forma a preservar o isolamento social.

Os Tribunais tiveram que se adaptar a essa nova realidade permitindo pela primeira vez a realização de sessões virtuais, por intermédio de aplicativos e do fórum de conciliação virtual, facilitando o acesso à justiça de modo a flexibilizar a participação, rapidez na solução e redução de custos, evitando, desta forma, o deslocamento desnecessário dos envolvidos, o que era primordial diante do isolamento social causado pela pandemia.

O uso de meios eletrônicos se tornou inevitável e, sobretudo, indispensável para o acesso ao Sistema de Justiça. A aplicação das ferramentas processuais eletrônicas ganhou relevante importância pela razão de efetivar o acesso à justiça nesse momento tão crucial. A pandemia expandiu a necessidade de o Judiciário conceder prestação jurisdicional de modo adverso e efetivo a todos os cidadãos, adequando-se aos novos tempos, em especial, no que diz respeito ao ambiente digital, aliado às novas tecnologias de informação e comunicação.

⁵ CARACIOLA, Andrea; SOUZA, André Pagani; SIMARDI FERNANDES, Luis Eduardo. Princípios informadores do Direito Processual Civil. In: DELLORE, Luiz [et al.] **Teoria Geral do Processo Contemporâneo**. São Paulo: Atlas, 2016. p.61.

⁶ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002. p. 08.

⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**, v. 01. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 184.

2. A EXCLUSÃO DIGITAL NO MUNDO VIRTUAL-PROCESSUAL BRASILEIRO E AS EXIGÊNCIAS DO ACESSO À JUSTIÇA NO CONTEXTO PANDÊMICO

O acesso aos meios digitais no Brasil é um cenário precário e preocupante e a exclusão digital sempre se fez presente na vida da população brasileira. No cenário pandêmico, esse quadro se agravou diante da transferência das atividades cotidianas para o meio digital; no mundo jurídico, muitos cidadãos não foram inseridos nessa nova realidade e deixaram de propor e/ou acompanhar suas demandas.

Um dos maiores obstáculos que se verifica para a concretização de amplo acesso à Justiça é o custo financeiro que precisa ser dispensado, sobretudo pelo fato de o Brasil sofrer com uma das maiores taxas de desigualdade social e econômica do mundo, fato este que dificulta a formação e o exercício da cidadania, com resultante limitação de alcance à Justiça⁸.

O estudo técnico conhecido como Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua - Tecnologia da Informação e Comunicação (PNAD Contínua TIC) de 2019, apresentado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), demonstrou que cerca de um em 12,6 milhões de domicílios no Brasil não possui conexão com a *internet*, seja devido à falta de interesse (32,9%), ao serviço de acesso ser considerado caro (26,2%) ou por nenhum morador saber usar a *internet* (25,7%)⁹. De acordo com a pesquisa deste órgão, o Brasil conta com quase 134 milhões de usuários de *internet* em 2019, sendo que, no entanto, outros 46 milhões - o que corresponde a 26% dos brasileiros - não usam a *internet*, fator este que evidencia a exclusão digital no País.

A revista eletrônica Forbes¹⁰ divulgou que 45% das famílias brasileiras com renda de até um salário-mínimo não possuem acesso à *internet*; que 35% dos lares na região Nordeste sofrem de exclusão digital; e, por fim, que apenas em 14% das residências das classes D e E existe um computador¹¹.

⁸ GALINDO, Eloah; BARBOSA, Maria Lúcia (Orient.). **O acesso à justiça e as pessoas com hipervulnerabilidade econômica**. 2018. 37 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) - Faculdade de Direito do Recife - CCJ - Universidade Federal de Pernambuco - UFPE, Recife, 2018. Disponível em: <https://repositorio.ufpe.br/handle/123456789/34098#:~:text=O%20presente%20trabalho%20tem%20o,enfoque%20em%20quem%20se%20encontra>. Acesso em 20 Out. 2020.

⁹ **Pesquisa nacional por amostra de domicílios contínua**: Acesso à internet e posse de telefone móvel celular para uso pessoal 2019. Rio de Janeiro, 2020. Informativo. Coleção Ibgeana. Disponível em: https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101705_informativo.pdf. Acesso em 13 mar. 2021.

¹⁰ MARI, Angelica. Negros e pobres sofrem com exclusão digital durante a pandemia. **Revista Forbes**, [S.l.], 27 Mar. 2020. Disponível em: <https://forbes.com.br/forbes-insider/2020/05/negros-e-pobres-sofrem-com-exclusao-digital-durante-a-pandemia/>. Acesso em 13 mar. 2021.

¹¹ Ainda, acrescenta-se que o sítio eletrônico UOL constatou que: a) 45,9 milhões de brasileiros não possuem nenhum acesso à internet (cerca de 25% da população brasileira); b) 41,6% dos excluídos digitalmente sustentaram que não sabiam usar a internet; c) 17,5% das pessoas deste universo afirmaram que os equipamentos de acesso à internet lhe são caros demais; d) 13,8% das pessoas sem acesso à internet, da região norte, destacaram ausência do serviço em sua localidade. (AMORIM, Daniela. Internet chega a 4 em cada 5 lares, diz IBGE; excluídos digitais somam 45,960 mi. **Uol**

Uma vez que grande parcela da população brasileira se encontra desamparada nesse sentido, a realidade se torna extremamente complexa ao se identificar que esta é um reflexo de problemas socioeconômicos nacionais, diante da exclusão de uma grande parcela de cidadãos ao acesso digital, o que exige um posicionamento político, econômico e jurídico.

Importante apresentar os dados registrados pelo relatório “Justiça em Números”, realizado pelo Conselho Nacional de Justiça, no ano de 2021 (ano-base de 2020)¹², que analisou o acesso à justiça no Brasil, se deparando com a informação de que, a cada grupo de 100.000 habitantes, 10.675 destes em média ingressaram com uma ação judicial no ano de 2020, o que significou uma redução de 12,3% se comparado ao ano de 2019, considerando apenas os processos de conhecimento e de execução de títulos extrajudiciais, de modo a excluir as execuções judiciais iniciadas.

A pesquisa realizada pelo CNJ no Relatório “Justiça em Números”¹³, concluiu que cerca de 46 milhões de brasileiros permanecem sem acesso à *internet*, o que é um fator extremamente preocupante tendo em vista a sua relação direta com o acesso à informação e, conseqüentemente, com o acesso à justiça.

No âmbito do Poder Judiciário, foram expedidas diversas diretrizes pelo Conselho Nacional de Justiça para determinar a adoção de medidas temporárias de prevenção ao contágio da doença. A Resolução CNJ nº 313¹⁴, editada em 19 de março de 2020, preservou a atividade jurídica à época, suspendendo os prazos processuais, sem deixar de dar a devida importância para os casos com caráter de urgência e que demandavam deferimento de tutelas provisórias, sendo a solução encontrada através dos plantões.

Desta forma, o CNJ obrigou os órgãos judiciais a inovarem e manterem comunicação com os cidadãos e advogados por canais de atendimentos remotos, e, de forma repentina, descobriu-se que é possível continuar prestando jurisdição de qualquer lugar, mesmo distante das instalações dos fóruns.

Notícias, [S.l.], 29 Nov. 2020. Economia – Conteúdo Estadão. Disponível em: <https://economia.uol.com.br/noticias/estadao-conteudo/2020/04/29/internet-chega-a-4-em-cada-5-lares-diz-ibge-excluidos-digitais-somam-45960-mi.htm>. Acesso em 13 mar. 2021).

¹² **Justiça em Números 2021**: Ano-base 2020. Brasília, 2021. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/09/relatorio-justica-em-numeros2021-12.pdf>. Acesso em 01 out. 2021. p. 111.

¹³ **Justiça em Números 2021**: Ano-base 2020. Brasília, 2021. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/09/relatorio-justica-em-numeros2021-12.pdf>. Acesso em 01 out. 2021. p. 111

¹⁴ **Resolução CNJ nº 313, de 19 de março de 2020**. Estabelece, no âmbito do Poder Judiciário, regime de Plantão Extraordinário, para uniformizar o funcionamento dos serviços judiciários, com o objetivo de prevenir o contágio pelo novo Coronavírus – Covid-19, e garantir o acesso à justiça neste período emergencial. **Diário de Justiça Eletrônico – Conselho Nacional de Justiça**, Brasília/DF, 19 mar. 2020. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/03/Resolu%C3%A7%C3%A3o-n%C2%BA-313-5.pdf>. Acesso em 15 Jan. 2021.

A pluralidade de medidas adotadas de forma excepcional, mas com caráter de urgência, chocam-se com o preceito da ininterrupção da prestação do amparo jurisdicional, em relação às suspensões ocorridas nas atividades do Poder Judiciário. Entretanto, o problema central é a distância dos cidadãos excluídos digitalmente em relação ao acesso à informação e, conseqüentemente, ao acesso à Justiça, tendo esse afastamento razões não apenas econômicas, mas também sociais e culturais. Em um cenário de pandemia, com o aparato judiciário operando em sistema remoto, tal distância se torna ainda maior e mais aparente.

O Poder Judiciário tem desenvolvido medidas que tratam especificamente sobre a garantia ao direito de acesso à justiça no contexto pandêmico, como por exemplo, o Juízo 100% Digital, Balcão Virtual e o Programa Justiça 4.0¹⁵, implementados por meio de Resoluções, em âmbito nacional.

Pode-se entender o direito ao acesso digital como um meio de inclusão social, sendo imprescindível o favorecimento da inclusão da *internet* para todos os cidadãos, para que, em contrapartida, a exclusão digital não se evidencie como uma nova forma de discriminação social.

A disseminação do coronavírus e o prolongamento das quarentenas pelo território nacional, exigem que os poderes Legislativo, Executivo e Judiciário combatam a pandemia sem que haja negligência da efetivação dos direitos fundamentais de todos os indivíduos.

O acesso digital à Justiça pode, dessa forma, representar um significativo avanço para proporcionar um maior alcance demográfico e operacional, uma vez que o mundo virtual-processual já é uma realidade. Entretanto, a exclusão digital mostra-se como um dos grandes desafios a serem enfrentados para a consolidação e ampla utilização do acesso à justiça hoje em dia no País.

3. O ACESSO DIGITAL À JUSTIÇA, TECNOLOGIA E SOCIEDADE BRASILEIRA

Em um mundo em que a maioria dos cidadãos se utilizam da tecnologia cotidianamente para hábitos sociais comuns, “estar conectado” pode ser comparado à uma questão de direitos fundamentais¹⁶, equiparado aos direitos essenciais como cidadania, educação, lazer e dignidade da pessoa humana. Conforme será visto,

¹⁵ **Justiça em Números 2021**: Ano-base 2020. Brasília, 2021. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/09/relatorio-justica-em-numeros2021-12.pdf>. Acesso em 01 out. 2021. p. 13

¹⁶ HARTMANN, Ivar Alberto Martins. O acesso à internet como direito fundamental. **Revista de Derecho Informático**, [S.l.], n. 118, mai. 2008. Artigo digital. Disponível: https://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/ivar_hartmann.pdf. Acesso em 20 nov. 2020. p. 02.

Geovana Freire e Tainah Sales defendem a inclusão digital como direito fundamental e instrumento para concretização do exercício democrático:

Com o advento das novas tecnologias, pode-se perceber que o indivíduo passou a ter amplo acesso a informações, a se comunicar com pessoas do mundo inteiro de maneira mais prática, rápida e econômica, passou a realizar transações e consultar o Poder Público com maior transparência e menos burocracia. Tais mudanças sociais e tecnológicas alicerçam e potencializam novas formas de exercício da cidadania, além de ampliar a capacidade de agir e estar no mundo.¹⁷

O “digital” passa a não mais ser sinônimo de “virtual”, ganhando mais um significado prático, pois seu desenvolvimento sistematiza e universaliza seu próprio valor, passando a interferir em outros fenômenos que se integram mundialmente, como economias, comércios, pesquisas mídias e transportes¹⁸. Pela óptica do Direito, o termo “digital” se mostra presente desde a interpretação das normas até o processo de tomada de decisões, bem como na garantia do acesso à justiça.

Destarte, o acesso à justiça também é passível de sofrer alterações e ganhar novos significados e novos desafios conforme as alterações socioculturais contemporâneas, de forma que o acesso adequado à justiça não pode ser compreendido de forma estável e independente de variações temporais, pois cada circunstância de espaço e tempo informará necessidades, exigências e anseios sociais que representam desafios para o pleno e justo acesso ao Judiciário.

Na atual sociedade da informação aliada à crise pandêmica, o Poder Judiciário “inconscientemente” exige que, para a plena satisfação do acesso à justiça, cada cidadão possua o conhecimento técnico necessário para interagir com as ferramentas digitais que possibilitam o acesso aos procedimentos tecnológicos.

Com rápida disseminação do novo Coronavírus, o trâmite dos processos judiciais do ambiente físico para o digital ocorreu na mesma velocidade, de modo que magistrados, servidores, advogados e cidadãos foram inserido repentinamente na dinâmica da atividade jurisdicional *online*, normalizando-se os atendimentos de advogados por ferramentas digitais, as audiências por videoconferência, a mediação e a conciliação virtuais; e o acesso à justiça ficou em dependência da de uma inclusão digital plena.

¹⁷ FREIRE, Geovana Maria Cartaxo De Arruda; SALES, Tainah Simões. A inclusão digital como direito fundamental e instrumento para concretização do exercício democrático. In: XX Encontro Nacional do CONPEDI, 22, 23, 24 e 25 de Junho de 2011, Belo Horizonte/MG. **Anais** [Recurso Eletrônico], Florianópolis: Fundação Boiteux, 2011, pp. 4433/4445. Disponível em: https://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/cartaxo_-_6.pdf. Acesso em 20 ago. 2020. p. 4434.

¹⁸ LÉVY, Pierre. **Cibercultura**. Tradução de Carlos Irineu da Costa. São Paulo: Editora 34, 2011. p. 115.

Através da norma jurídica, tem-se que acesso ao ambiente digital faz parte dos direitos considerados essenciais à personalidade humana na contemporaneidade e, por consequência, promover inclusão digital para fins de acesso à justiça, torna-se um dever para fins de adequação à norma e de sustentação do ordenamento jurídico, elevando o acesso à *internet* ao *status* de exercício do direito de cidadania, conforme prevê o Marco Civil da Internet, Lei nº 12.965/2014, em seu artigo sétimo: “O acesso à internet é essencial ao exercício da cidadania”¹⁹.

A Lei nº 12.965/2014 assegura também, em seu art. 4º, I²⁰, o direito amplo de acesso à *internet*, de modo que, sem inclusão digital, não há como discutir ou promover acesso à justiça na sociedade moderna. Entretanto, muitos brasileiros ainda não possuem esse serviço, tampouco existe a consciência disto, não sendo atribuída a devida importância por parte do poder estatal de que devem ser implementadas políticas públicas direcionadas para atender determinado contingenciamento, de maneira que questões econômicas ainda atrapalham a universalização da Justiça no âmbito virtual.

Anterior à conjuntura pandêmica atual, a exclusão digital e o acesso digital à justiça já eram fortemente discutidos e abordados como desafio para o Judiciário:

Mais modernamente, tem-se identificado novas espécies, a exemplo vulnerabilidade digital, que engloba tanto o modo analógico (off-line) – a exemplo da coleta de dados em estabelecimentos comerciais – como o modo digital (on-line ou cibervulnerabilidade) – quando, por exemplo, há coleta de dados através do uso de smartphones. A vulnerabilidade digital tem sido objeto de debate entre defensores públicos de todo o país através de grupo de aplicativo de comunicação (WhatsApp). Em diálogo ali estabelecido, os defensores públicos Roger Feichas e Bheron Rocha observaram que este possivelmente será o novo desafio da Defensoria Pública, principalmente no que diz respeito aos dados sensíveis previstos na Lei Geral de Proteção de Dados (Lei 13.709/2018).²¹

Como consequência dessa nova realidade, que agravou o abismo existe, é imprescindível que os Estados assumam com urgência o compromisso de desenvolver medidas e políticas públicas para garantir o acesso universal à *internet*, tendo em vista a urgência que se encontra o País e a dificuldade do acesso ao Judiciário. Logo, é essencial a cooperação nas relações institucionais com os demais Poderes, bem como

¹⁹ Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Diário Oficial da União, Brasília/DF, 24 abr. 2014. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm. Acesso em 15 fev. 2021.

²⁰ Art. 4º, inciso I, Lei nº 12.965/14: “Art. 4º A disciplina do uso da internet no Brasil tem por objetivo a promoção: I - do direito de acesso à internet a todos; [...]”. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaoconsolidado.htm. Acesso em 25 nov. 2020.

²¹ GONÇALVES FILHO, Edilson. **Defensoria Pública e a tutela coletiva dos direitos: teoria e prática**. 2 ed. Salvador: Juspodivm, 2020. p. 184.

dos entes jurídicos e demais órgãos, com propósito de que o acesso digital à justiça chegue nas periferias, firmando uma rede de atendimento mais abrangente e efetiva.

Catalina Botero Mariano apresenta os seguintes pontos sobre o papel do Estado para efetivação do acesso digital à Justiça são eles: (i) a necessidade de extensão da conectividade a todo o território nacional, adotando-se uma estrutura justa de preços, que promova a inclusão digital de comunidades rurais ou marginalizadas por suas condições econômicas; e (ii) a capacitação dos usuários para manuseio das ferramentas digitais, pois o “hiato digital” não está apenas relacionado à disponibilidade da *internet*, mas também ao conhecimento técnico para sua operação²².

As medidas têm como objetivo superar o “hiato digital”, ou seja, “a separação entre quem tem acesso efetivo às tecnologias digitais e da informação, em particular à internet, e quem tem um acesso muito limitado ou carece de acesso”²³. Espera-se das autoridades e do Estado o esforço e iniciativa para adoção de políticas e estratégias eficazes e concretas para superar progressivamente o “hiato digital”, na medida em que este não está ligado apenas à disponibilidade do acesso à *internet*, mas também à qualidade, à informação e aos conhecimentos técnicos necessários para que o acesso à *internet* seja útil e proveitoso para os usuários²⁴.

O acesso digital à Justiça exige a conscientização de todos os agentes e, para universalizar o atendimento digital é necessário, primeiramente, que o serviço chegue até os 46 milhões de brasileiros excluídos digitalmente, não podendo, pois, o processo eletrônico ser considerado ao reduto de poucos.

A partir da desigualdade de condições presente no País neste momento tão específico, não cabe a aplicação uniforme da solução digital para todos os casos de maneira indistinta, sob pena de se gerar situações ainda mais injustas e aumentar ainda mais o distanciamento que existe entre o Poder Judiciário e a parte mais vulnerável da sociedade.

Percebe-se que, sem a existência de programas de inclusão digital e cooperação efetiva entre Poder Judiciário e órgãos institucionais, o acesso à justiça por meio do

²² **Liberdade de expressão e *internet***: Relatoria Especial para a Liberdade de Expressão da Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Relatora especial para a Liberdade de Expressão: Catalina Botero Marino. [S.l.], 2013. Disponível em:

http://www.oas.org/pt/cidh/expressao/docs/publicaciones/2014%2008%2004%20Liberdade%20de%20Express%C3%A3o%20e%20Internet%20Rev%20%20HR_Rev%20LAR.pdf. Acesso em 25 ago. 2020. pp. 07 e 18/19.

²³ **Relatório Especial sobre a Promoção e Proteção do Direito à Liberdade de Opinião e Expressão** - A/HRC/17/27. Relator Frank La Rue. [S.l.], 16 Mai. 2011. Disponível para consulta em: https://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/17session/A.HRC.17.27_en.pdf. Acesso em 15 fev. 2021. pp. 16/17.

²⁴ **As tecnologias da informação e as comunicações para o desenvolvimento** - A/RES/66/184. [S.l.], 06 fev. 2012. Disponível para consulta em: https://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/66/184&Lang=S. Acesso em 15 fev. 2021.

processo eletrônico ocorrerá apenas para uma parcela da população. Como abordado anteriormente, nem todos possuem a infraestrutura necessária para a navegação e nem o conhecimento técnico suficiente para seu domínio. Sendo assim, promessas de acesso democrático e inclusivo ficarão apenas nas letras dos dispositivos legais e nas páginas das obras que refletem sobre a importância do acesso à justiça para o Estado Democrático de Direito. Para isto, a inclusão digital democrática é a ferramenta mais apta a colaborar com este objetivo processual e constitucional que é o acesso democrático à justiça.

Conforme mencionado, é inegável que a inovação tecnológica do Judiciário trouxe transformações para a sociedade brasileira em geral, de modo que a inteligência artificial foi incorporada à justiça para promover maior eficiência, qualidade e celeridade nos serviços prestados, visando eliminar a morosidade do sistema judicial brasileiro e garantir o acesso à justiça aos cidadãos.

Os recursos tecnológicos constituem um meio bastante promissor no estreitamento das distâncias existentes entre a sociedade brasileira e o Judiciário. O amparo das garantias fundamentais, dentre as quais emana o acesso à justiça, há de ser consolidado a partir de um cenário jurídico que inspire credibilidade das instâncias judiciais junto à comunidade em geral. Um ambiente virtual mais democratizado auxilia diretamente no aperfeiçoamento da imagem estrutural do Judiciário, ao buscar encurtar as desigualdades sociais. Certamente, “a efetivação das liberdades depende sobretudo de condições socioculturais e institucionais”²⁵.

Neste ponto, o “Estudo da Imagem do Judiciário Brasileiro” revela que:

Apesar desses e outros avanços apresentados pelo levantamento anual do CNJ, a percepção sobre a atuação do Judiciário, reiterada sistematicamente, ainda é marcada pelas ideias de morosidade e burocracia como demonstram os dados subsequentes a respeito das razões para não recorrer à Justiça e a adesão a conceitos negativos sobre o Judiciário.²⁶

Tal estudo obteve, ao analisar a “adesão aos conceitos negativos sobre o judiciário”, os seguintes dados: “Resultados aproximados em três desses itens – Justiça lenta (95%), linguagem jurídica pouco compreensível (80%) e funcionamento não é moderno (65%)”²⁷.

²⁵ MIRANDA, Jorge. **Direitos fundamentais: uma perspectiva de futuro**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2017. p. 121.

²⁶ **Estudo da Imagem do Judiciário Brasileiro**. [S.l.] Dez. 2019. Disponível em: https://www.amb.com.br/wp-content/uploads/2020/04/ESTUDO_DA_IMAGEM_DO_JUDICIARIO_BRASILEIRO_COMPLETO.pdf. Acesso em 20 ago. 2020. p. 26.

²⁷ **Estudo da Imagem do Judiciário Brasileiro**. [S.l.] Dez. 2019. Disponível em: https://www.amb.com.br/wp-content/uploads/2020/04/ESTUDO_DA_IMAGEM_DO_JUDICIARIO_BRASILEIRO_COMPLETO.pdf. Acesso em 20 ago. 2020. p. 28.

O distanciamento entre a população brasileira e o Judiciário apontado pela pesquisa foi, de certa forma, construída pela desconfiança nutrida por percepções e experiências negativas de alguns. Nesse sentido, se tal distanciamento já ocorria presencialmente, virtualmente esse afastamento toma outras proporções tendo em vista a realidade da desigualdade e acesso às tecnologias no País²⁸.

Com base na análise do Relatório Justiça em Números²⁹ e do Estudo da Imagem do Judiciário, nota-se que a instalação da realidade pandêmica no País trouxe à tona as vulnerabilidades jurídica e social existentes, agravando o distanciamento da população à justiça e causando maior estranhamento à nova forma de acesso ao Judiciário. Destarte, o isolamento social aliado à exclusão digital impulsionou as dificuldades e a egressão entre a população brasileira e Judiciário.

O abeiramento entre o Judiciário e a sociedade só será estreitado quando existirem campanhas e políticas públicas informando o correto papel da Justiça no combate às arbitrariedades e na garantia dos direitos fundamentais, tal como o efetivo acesso à justiça. Importante salientar que isto somente ocorrerá por meio da publicidade institucional e cooperação dos operadores do direito.

Os meios digitais podem minimizar as diferenças estruturais e possibilitar a universalização dos serviços jurisdicionais, além de torná-los mais céleres e acessíveis, influenciando o desenvolvimento de políticas públicas voltadas para o atendimento da crescente necessidade de inclusão digital e para garantia de acesso à justiça e à informação, extrapolando as fronteiras territoriais e, sobretudo, as sociais.

Tendo em vista o “hiato digital” presente no País, em contrapartida à eficácia e grande alcance da *internet* nas relações jurídicas, a implementação de políticas públicas e privadas de inclusão aos meios digitais se torna essencial. O Estado deve tomar para si a responsabilidade de inclusão dos meios digitais nos serviços jurisdicionais, usar os avanços tecnológicos para o Judiciário e levar informação ao público, informatizando, desta forma, os cidadãos. Na atual época, a aplicação da inteligência artificial na gestão processual é a realidade, sendo que, nessa perspectiva, a *internet* se torna a ferramenta mais importante para a democratização dos serviços judiciais, de modo que se deve ampliar o acesso à justiça para as plataformas digitais.

²⁸ **Estudo da Imagem do Judiciário Brasileiro.** [S.l.] Dez. 2019. Disponível em: https://www.amb.com.br/wp-content/uploads/2020/04/ESTUDO_DA_IMAGEM_DO_JUDICIARIO_BRASILEIRO_COMPLETO.pdf. Acesso em 20 ago. 2020. p. 29.

²⁹ **Justiça em Números 2021:** Ano-base 2020. Brasília, 2021. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/09/relatorio-justica-em-numeros2021-12.pdf>. Acesso em 01 out. 2021.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O acesso à justiça assegurado constitucionalmente se revelou, em tempos pandêmicos, um desafio ao enfrentamento das dificuldades inerentes à novidade dos fatos e cerceamentos. O Poder Judiciário manteve o dever de prestar o efetivo acesso à justiça a todos os cidadãos. Neste ponto, o isolamento social resultante da pandemia causada pela Covid-19 escancarou a exclusão digital que assola a população brasileira e, desse modo, impôs a necessidade premente da prestação jurisdicional efetiva através do ambiente digital, aliada às novas tecnologias de informação e comunicação.

Destarte, o que se buscou com o presente trabalho foi trazer um panorama da situação pela qual passa a população frente às novas mudanças, por meio da investigação e viabilização das possíveis saídas viáveis que favoreçam o acesso à justiça dentro de um cenário de desigualdade social, analfabetismo digital, intangibilidade da justiça e exclusão digital, inserindo-se em um contexto de crise pública global sanitária, econômica e social.

Neste contexto, o avanço do uso das novas tecnologias da informação, ainda mais no presente momento, mostra-se adequado e imprescindível face à necessidade de transformações e acesso à informação bem como a necessidade de adequação do Poder Judiciário à essa nova realidade, tendo como objetivo a busca da plena garantia do acesso à justiça, independente do ambiente em que ela for realizada.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

AMORIM, Daniela. Internet chega a 4 em cada 5 lares, diz IBGE; excluídos digitais somam 45,960 mi. **Uol Notícias**, [S.l.], 29 nov. 2020. Economia – Conteúdo Estadão. Disponível em: <https://economia.uol.com.br/noticias/estadao-conteudo/2020/04/29/internet-chega-a-4-em-cada-5-lares-diz-ibge-excluidos-digitais-somam-45960-mi.htm> . Acesso em 13 mar. 2021.

ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS – AMB; FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS – FGV; INSTITUTO DE PESQUISAS SOCIAIS, POLÍTICAS E ECONÔMICAS – IPESPE. **Estudo da Imagem do Judiciário Brasileiro**. [S.l.] Dez. 2019. Disponível em: https://www.amb.com.br/wp-content/uploads/2020/04/ESTUDO_DA_IMAGEM_DO_JUDICIARIO_BRASILEIRO_COMPLETO.pdf. Acesso em 20 ago. 2020.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência**. São Paulo: Editora Malheiros, 2009.

BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. **Diário Oficial**, Brasília/DF, 17 Jan. 1973. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869.htm. Acesso em 15 jan. 2021.

_____. Constituição da República Federativa Brasil, de 05 outubro de 1988. **Diário Oficial**, Brasília/DF, 05. Out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 25 nov. 2020.

_____. Lei nº 8.245, de 18 de outubro de 1991. Dispõe sobre as locações dos imóveis urbanos e os procedimentos a elas pertinentes. **Diário Oficial**, Brasília/DF, 21 Out. 1991. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18245.htm. Acesso em 10 jan. 2021.

_____. Lei nº 9.800, de 26 de maio de 1999. Permite às partes a utilização de sistema de transmissão de dados para a prática de atos processuais. **Diário Oficial**, Brasília/DF, 27 mai. 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19800.htm. Acesso em 10 Jan. 2021.

_____. Medida provisória nº 2.200-2, de 24 de agosto de 2001. Institui a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil, transforma o Instituto Nacional de Tecnologia da Informação em autarquia, e dá outras providências. **Diário Oficial**, Brasília/DF, 27 ago. 2001. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/mpv/antigas_2001/2200-2.htm. Acesso em 10 Jan. 2021.

_____. Lei nº 11.419, de 19 de dezembro de 2006. Dispõe sobre a informatização do processo judicial; altera a Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil; e dá outras providências. **Diário Oficial**, Brasília/DF, 20 Jun. 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111419.htm. Acesso em 10 jan. 2021.

_____. Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. **Diário Oficial da União**, Brasília/DF, 24 abr. 2014. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm. Acesso em 15 fev. 2021.

_____. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília/DF, 17 Mar. 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em 30 out. 2020.

_____. Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2º do art. 6º da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997. **Diário Oficial da União**, Brasília/DF, 29 Jun. 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/L13140.htm. Acesso em 16 jan. 2021.

_____. Lei nº 13.994, de 24 de abril de 2020. Altera a Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, para possibilitar a conciliação não presencial no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis. **Diário Oficial da União**, Brasília/DF, 27 Abr. 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Lei/L13994.htm. Acesso em 16 jan. 2021.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

CARACIOLA, Andrea; SOUZA, André Pagani; SIMARDI FERNANDES, Luis Eduardo. Princípios informadores do Direito Processual Civil. In : DELLORE, Luiz [et al.] Teoria Geral do Processo Contemporâneo. São Paulo: Atlas, 2016.

CENTRO REGIONAL PARA O DESENVOLVIMENTO DE ESTUDOS SOBRE A SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO - CETIC.BR. **TIC Domicílios 2019**: Principais resultados. [S.l.], 26 Mai. 2020. Disponível em: https://cetic.br/media/analises/tic_domicilios_2019_coletiva_imprensa.pdf. Acesso em: 20 fev. 2021.

CICHOCKI NETO, José. **Limitações ao acesso à justiça**. Curitiba: Juruá, 2001.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA – CNJ. Resolução CNJ nº 227, de 15 de junho de 2016. Regulamenta o teletrabalho no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. **Diário de Justiça Eletrônico – Conselho Nacional de Justiça**, Brasília/DF, 17 jun. 2016. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/files/resolucao_227_15062016_17062016161058.pdf. Acesso em 15 Jan. 2021.

_____. **Justiça em Números 2020**: Ano-base 2019. Brasília, 2020. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/WEB-V3-Justi%C3%A7a-em-N%C3%BAmoros-2020-atualizado-em-25-08-2020.pdf>. Acesso em 13 dez. 2020.

_____. **Justiça em Números 2021**: Ano-base 2020. Brasília, 2021. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/09/relatorio-justica-em-numeros2021-12.pdf>. Acesso em 01 out. 2021.

_____. Resolução CNJ nº 313, de 19 de março de 2020. Estabelece, no âmbito do Poder Judiciário, regime de Plantão Extraordinário, para uniformizar o funcionamento dos serviços judiciários, com o objetivo de prevenir o contágio pelo novo Coronavírus – Covid-19, e garantir o acesso à justiça neste período emergencial. **Diário de Justiça Eletrônico – Conselho Nacional de Justiça**, Brasília/DF, 19 mar. 2020. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/03/Resolu%C3%A7%C3%A3o-n%C2%BA-313-5.pdf>. Acesso em 15 jan. 2021.

_____. Resolução CNJ nº 314, de 20 de abril 2020. Prorroga, no âmbito do Poder Judiciário, em parte, o regime instituído pela Resolução nº 313, de 19 de março de 2020, modifica as regras de suspensão de prazos processuais e dá outras providências. **Diário de Justiça Eletrônico – Conselho Nacional de Justiça**, Brasília/DF, 20 abr. 2020. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3283>. Acesso em 15 fev. 2021.

_____. Resolução CNJ nº 322, de 01 de junho de 2020. Estabelece, no âmbito do Poder Judiciário, medidas para retomada dos serviços presenciais, observadas as ações necessárias para prevenção de contágio pelo novo Coronavírus – Covid-19, e dá outras providências. **Diário de Justiça Eletrônico – Conselho Nacional de Justiça**, Brasília/DF, 01 jun. 2020. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3333>. Acesso em 20 fev. 2021.

_____. Portaria nº 61, de 31 de março de 2020. Institui a plataforma emergencial de videoconferência para realização de audiências e sessões de julgamento nos órgãos do Poder Judiciário, no período de isolamento social, decorrente da pandemia Covid-19. **Diário de Justiça Eletrônico – Conselho Nacional de Justiça**, Brasília/DF, 01 abr. 2020. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3266>. Acesso em 16 jan. 2021.

DIAS, Maria Sara de Lima; PEREIRA, Álaba Cristina Tecnologia, trabalho e teletrabalho no Poder Judiciário: discussões iniciais. In: GUILHERME, Willian Douglas (Org.). **Desafios e soluções da sociologia** - Volume 02. Ponta Grossa: Atena, 2019, pp. 141/150.

FACHIN, Melina Girardi; SOARES, Desa Inês Virgínia Prado. A vigilância do sistema de justiça pelos ODS em tempos de coronavírus. **Migalhas**, [S.l.], 17 abr. 2020. Migalhas de Peso Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/depeso/324962/a-vigilancia-do-sistema-de-justica-pelos-ods-em-tempos-de-coronavirus>. Acesso em 11 abr. 2021.

FREIRE, Geovana Maria Cartaxo De Arruda; SALES, Tainah Simões. A inclusão digital como direito fundamental e instrumento para concretização do exercício democrático. In: XX Encontro Nacional do CONPEDI, 22, 23, 24 e 25 de Junho de 2011, Belo Horizonte/MG. **Anais** [Recurso Eletrônico], Florianópolis: Fundação Boiteux, 2011, pp. 4433/4445. Disponível em: https://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/cartaxo_-_6.pdf. Acesso em 20 ago. 2020.

GALINDO, Eloah; BARBOSA, Maria Lúcia (Orient.). **O acesso à justiça e as pessoas com hipervulnerabilidade econômica**. 2018. 37 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) - Faculdade de Direito do Recife - CCJ - Universidade Federal de Pernambuco - UFPE, Recife, 2018. Disponível em: <https://repositorio.ufpe.br/handle/123456789/34098#:~:text=O%20presente%20trabalho%20tem%20o,enfoque%20em%20quem%20se%20encontra>. Acesso em 20 out. 2020.

GONÇALVES FILHO, Edilson. **Defensoria Pública e a tutela coletiva dos direitos: teoria e prática**. 2 ed. Salvador: Juspodivm, 2020.

HARTMANN, Ivar Alberto Martins. O acesso à internet como direito fundamental. **Revista de Derecho Informático**, [S.l.], n. 118, Mai. 2008. Artigo digital. Disponível: https://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/ivar_hartmann.pdf. Acesso em 20 nov. 2020.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA – IBGE. Coordenação de Trabalho e Rendimento. **Pesquisa nacional por amostra de domicílios contínua: Acesso à internet e posse de telefone móvel celular para uso pessoal 2019**. Rio de Janeiro, 2020. Informativo. Coleção Ibgeana. Disponível em:

https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101705_informativo.pdf. Acesso em 13 mar. 2021.

LÉVY, Pierre. **Cibercultura**. Tradução de Carlos Irineu da Costa. São Paulo: Editora 34, 2011.

MARI, Angelica. Negros e pobres sofrem com exclusão digital durante a pandemia. **Revista Forbes**, [S.l.], 27 Mai. 2020. Disponível em: <https://forbes.com.br/forbes-insider/2020/05/negros-e-pobres-sofrem-com-exclusao-digital-durante-a-pandemia/>. Acesso em 13 mar. 2021.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**, v. 01. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MARINONI. Luiz Guilherme. **Curso de processo civil: teoria geral do processo**, v. 01. São Paulo: Revista dos tribunais, 2006.

MIRANDA, Jorge. **Direitos fundamentais: uma perspectiva de futuro**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2017.

MUDANÇAS de comportamento e na forma de consumir mídia durante a quarentena indicam novas tendências. **Kantar Ibope Media**, São Paulo, 10 Jul. 2020. Disponível em: <https://www.kantaribopemedia.com/mudancas-de-comportamento-e-na-forma-de-consumir-midia-durante-a-quarentena-indicam-novas-tendencias/>. Acesso em: 26 set. 2020.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. 5ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS - ONU. Assembleia Geral. **Relatório Especial sobre a Promoção e Proteção do Direito à Liberdade de Opinião e Expressão - A/HRC/17/27**. Relator Frank La Rue. [S.l.], 16 Mai. 2011 Disponível para consulta em: https://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/17session/A.HRC.17.27_en.pdf. Acesso em 15 fev. 2021.

_____. Assembleia Geral. **As tecnologias da informação e as comunicações para o desenvolvimento - A/RES/66/184**. [S.l.], 06 Fev. 2012. Disponível para consulta em: https://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/66/184&Lang=S. Acesso em 15 fev. 2021.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS – OEA. Comissão Interamericana De Direitos Humanos – CIDH. **Liberdade de expressão e internet**: Relatoria Especial para a Liberdade de Expressão da Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Relatora especial para a Liberdade de Expressão: Catalina Botero Marino. [S.l.], 2013. Disponível em: http://www.oas.org/pt/cidh/expressao/docs/publicaciones/2014%2008%2004%20Liberdade%20de%20Express%C3%A3o%20e%20Internet%20Rev%20%20HR_Rev%20LAR.pdf. Acesso em 25 ago. 2020.

SENADO FEDERAL. **Atividade Legislativa**: Projeto de Lei nº 3883, de 2019. Brasília/DF, 2020. Disponível em:

<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/143583>. Acesso em 30 out. 2020.

SILVA, Marcelo Mesquita. **Processo Judicial Eletrônico Nacional**. São Paulo: Milenium, 2012.

SANTOS JÚNIOR, Rubens Fernando Clamer dos. Evolução do processo brasileiro: história e perspectiva do processo judicial eletrônico. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 18ª Região**, Goiânia, v. 12., pp. 177/192, 2012.

SORRENTINO, Luciana Yuki; COSTA NETO, Raimundo Silvino da. O Acesso digital à Justiça: A imagem do Judiciário Brasileiro e a prestação jurisdicional nos novos tempos. **TJDFT – Artigos**, [S.l.], nov. 2020. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/campanhas-e-produtos/artigos-discursos-e-entrevistas/artigos/2020/o-acesso-2013-digital-2013-a-justica-a-imagem-do-judiciario-brasileiro-e-a-prestacao-jurisdicional-nos-novos-tempos>. Acesso em: 15 fev. 2021.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – STF. Resolução n.º 672, de 26 de março de 2020. Permite o uso de videoconferência nas sessões de julgamento presencial do Plenário e das Turmas. **Diário de Justiça Eletrônico – Supremo Tribunal Federal**, Brasília/DF, 27 mar. 2020. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/Resolucao672.pdf>. Acesso em 15 jan. 2021.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO – SP. Conselho Superior da Magistratura – CSM. Provimento CSM n.º 2.554/2020. **Diário de Justiça**, São Paulo, 24 abr. 2020. Disponível em: <https://bit.ly/3gjfh8>. Acesso em 21 Ago. 2020.

_____. Provimento CSM n.º 2.557/2020. **Diário de Justiça**, São Paulo, 24 Abr. 2020. Disponível em : <https://bit.ly/3gkgez8>. Acesso em 21 ago. 2020.

TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO – TST. Resolução administrativa n.º 1499, de 1º de fevereiro de 2012. Regulamenta o teletrabalho no âmbito Do Tribunal Superior do Trabalho e dá outras providências. **Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho**, Brasília/DF, 03 fev. 2012. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/documents/10157/3695914/RESOLU%C3%87%C3%83O+ADMINISTRATIVA+N%C2%BA%201499+-+TST+-+DJe+3-2-2012?version=1.0>. Acesso em 15 jan. 2021.

O ADVENTO DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL (IA) E OS IMPACTOS NAS RELAÇÕES DE TRABALHO

THE ADVENT OF ARTIFICIAL INTELLIGENCE AND THE IMPACTS ON LABOR RELATIONS

Sobre o advento da Quarta Revolução Industrial: “As mudanças são tão profundas que, da perspectiva da história humana, nunca houve um momento tão promissor e, ao mesmo tempo, mais arriscado.”¹

Sonia Aparecida de Carvalho²

Maira Angélica Dal Conte Tonial³

Resumo

O objetivo geral do artigo é pesquisar o advento da inteligência artificial e os impactos nas relações laborais no ambiente de trabalho. Nessa perspectiva, o artigo questiona os impactos da inteligência artificial nas relações laborais no ambiente de trabalho, e se esses impactos causam a extinção e substituição dos postos de trabalho ou promovem novas possibilidades de inserção de postos de trabalho? Também, questiona se os impactos do advento das novas tecnologias causam o fim dos empregos? Os objetivos específicos do artigo são estudar a evolução do mundo do trabalho desde os primórdios até a contemporaneidade, como a transição da sociedade industrial e moderna para a sociedade digital. Investigar o surgimento e o desenvolvimento das novas tecnologias e seus impactos, como a da inteligência artificial e sua aparição e aplicação nas relações laborais, como os efeitos do aparecimento da Revolução digital ou tecnológica na modernidade. Analisar o desenvolvimento e avanço da inteligência artificial como ferramenta de extinção e substituição do trabalho humano pelo trabalho das máquinas, no ambiente de trabalho. Na pesquisa do artigo, utilizou o método indutivo, utilizando as técnicas do referente, a categoria, o conceito operacional e a pesquisa bibliográfica.

Palavras-chave: Inteligência Artificial; Impacto; Relação de Trabalho; Tecnologia.

Abstract

The general objective of the article is to research the advent of artificial intelligence and its impacts on labor relations in the workplace. From this perspective, the article questions the impacts of artificial intelligence on labor relations in the work environment, and whether these impacts cause the extinction and replacement of jobs or promote new possibilities for the insertion of jobs? Also, question whether the impacts of the advent of new technologies cause the end of jobs? The specific objectives of the article are to study the evolution of the world of work from its beginnings to

¹ SCHAWB, Klaus. **A quarta Revolução Industrial**. Tradução de Daniel Moreira Miranda. 1. ed. São Paulo: Edipro, 2016, s. p.

² Pós - Doutora 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 de Direito na UNISM/Faculdade de Ciências Jurídicas de Santa Maria. E-mail: sonia.adv.2008@hotmail.com.

³ Doutoranda em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí-UNIVALI- SC. Mestra em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos-UNISINOS- RS. Advogada e Professora de Direito na UPF. E-mail: mairatonial@upf.br.

contemporaneity, such as the transition from the industrial and modern society to the digital society. Investigate the emergence and development of new technologies and their impacts, such as artificial intelligence and its appearance and application in labor relations, such as the effects of the emergence of the digital or technological revolution in modernity. Analyze the development and advancement of artificial intelligence as a tool for extinction and replacement of human work by machine work in the workplace. In researching the article, the inductive method was used, using the techniques of referent, category, operational concept and bibliographic research

Keywords: Artificial intelligence; Impact; Work Relationship; Technology.

INTRODUÇÃO

O objetivo geral do artigo é pesquisar o advento das novas tecnologias de trabalho, especialmente a inteligência artificial e o seu impacto nas relações laborais no ambiente de trabalho.

Nessa perspectiva, o artigo questiona os impactos da inteligência artificial nas relações laborais no ambiente de trabalho, e se esses impactos causam a extinção e substituição dos postos de trabalho ou promovem novas possibilidades de inserção de postos de trabalho? Também, questiona se os impactos do advento das novas tecnologias causam o fim dos empregos e trabalhos no mercado de trabalho?

Inicialmente, os objetivos específicos do artigo são estudar a evolução do mundo do trabalho desde os primórdios até a contemporaneidade, como a transição da sociedade industrial e moderna para a sociedade tecnológica e digital.

Em seguida, investigar o surgimento e o desenvolvimento das novas tecnologias e seus impactos, como a da inteligência artificial e sua aparição e aplicação nas relações laborais, como os efeitos e impactos do aparecimento da Revolução digital e tecnológica na modernidade.

Posteriormente, analisar o desenvolvimento e avanço da inteligência artificial como ferramenta de extinção e substituição do trabalho humano pelo trabalho das máquinas e do computador, no ambiente de trabalho.

Finalmente, na pesquisa do artigo, utilizou o método indutivo, utilizando as técnicas do referente, a categoria, o conceito operacional e a pesquisa bibliográfica.⁴

1. A EVOLUÇÃO DO TRABALHO: TRANSIÇÃO DA SOCIEDADE INDUSTRIAL E MODERNA PARA A SOCIEDADE TECNOLÓGICA E DIGITAL

⁴ PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica: teoria e prática**. 12. ed. rev. São Paulo: Conceito Editorial, 2011, p. 104-105.

A Primeira Revolução Industrial caracterizou-se pela invenção da máquina a vapor e sua aplicação na produção têxtil. A Segunda Revolução Industrial teve um impacto significativo no século XX e caracterizou-se pelo aparecimento simultâneo do fornecimento centralizado de energia elétrica, da era do petróleo, do automóvel abriram caminho para uma sociedade de consumo de massa.⁵

Nos anos de 1990 e na primeira década de do século XXI, a Revolução das Tecnologias de Informação e Comunicação surgiu dos efeitos da Terceira Revolução Industrial. Embora as Tecnologias de Informação e Comunicação aumentassem a produtividade nas indústrias e criassem novas oportunidades de negócios, empregos e trabalhos, não conseguiria atender a demanda e oferta de produtos e serviços na sociedade tecnológica.⁶

Na década de 1990, a revolução das tecnologias da informação transformou o processo de trabalho e o mercado de trabalho, através de novas formas de divisão social e técnica do trabalho.⁷ Na década de 1990, vários fatores aceleraram a transformação do processo de trabalho: a tecnologia da computação, as tecnologias de rede, a internet⁸, pois o avanço tecnológico em todo o mundo aumentou a aquisição e a utilização do trabalho da tecnologia em grande escala nas empresas e indústrias.

No processo acelerado da sociedade moderna e tecnológica, o ser humano/homem evolui para acompanhar o avanço da tecnologia, pois as ferramentas e as máquinas são inseparáveis da evolução da natureza humana e do desenvolvimento do ser humano. A sociedade moderna e pós-moderna encontra-se na era digital ou tecnológica. O avanço tecnológico na comunicação permitiu que todas as pessoas do mundo pudessem ter acesso à notícia ou a informação e comunicação de modo simultâneo. As notícias ou informações e comunicação são transmitidas ao vivo, em tempo real e de qualquer lugar do mundo.⁹

Os efeitos positivos, em longo prazo, das novas tecnologias industriais causam transformações na sociedade, no crescimento econômico, na qualidade de vida e na conquista humana. A evolução “da difusão da máquina a vapor e das novas máquinas

⁵ RIFKIN, Jeremy. **A Terceira Revolução Industrial**: como o poder lateral está transformando a energia, a economia e o mundo. São Paulo: Makron Books do Brasil, 2012, s. p.

⁶ RIFKIN, Jeremy. **A Terceira Revolução Industrial**: como o poder lateral está transformando a energia, a economia e o mundo. São Paulo: Makron Books do Brasil, 2012, p. 43.

⁷ CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**: a era da informação. Tradução de Roneide Venâncio Majer. 6. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1999, p. 304.

⁸ CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**: a era da informação. Tradução de Roneide Venâncio Majer. 6. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1999, p. 306.

⁹ PINHEIRO, Patrícia Peck. **Direito Digital**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 41.

e equipamentos”¹⁰ causaram inovações tecnológicas. Conforme afirma Castells¹¹ “a inovação tecnológica não é uma ocorrência isolada”, pois o progresso tecnológico, principalmente as tecnologias de produção mudaram várias indústrias e setores.

A sociedade tecnológica está no período da cibercultura, pois se relaciona com o progresso da indústria cultura. Deste modo, “a cibercultura poderia ser definida descritivamente como o conjunto de fenômenos de costumes que nasce à volta das novíssimas tecnologias de comunicação, da chamada informática de comunicação.”¹² e informação.

Na era tecnológica, surgem muitos impactos positivos e negativos das novas tecnologias de informação e comunicação na sociedade e na cultura. Deste modo, “a técnica, cultura e sociedade, em vez de enfatizar o impacto das tecnologias, poderíamos igualmente pensar que as tecnologias são produtos de uma sociedade e de uma cultura.”¹³

O mundo está no período tecnológico e digital, conseqüentemente, de um lado, é possível ligar o ser humano com a tecnologia. De outro lado, é impossível separar o ser humano de seu ambiente material ou do mundo da tecnologia. O uso do ambiente material ou do mundo da tecnologia:

Em lugar e época determinados cristalizam relações de força sempre diferentes entre seres humanos. As máquinas a vapor escravizaram os operários das indústrias têxteis do século XIX, enquanto os computadores pessoais aumentaram a capacidade de agir e de comunicar dos indivíduos durante os anos 80 de nosso século.¹⁴

No século XXI, na era da sociedade digital, ocorrem dois tipos de transformações: dos seres humanos/homens e das estruturas sociais: por um lado, a tecnologia, por outro lado, a informação e comunicação.¹⁵ Com o progresso das tecnologias na sociedade digital, a transformação dos seres humanos/homens caracteriza a modificação na vida social, e a transformação das estruturas sociais caracteriza a mudança na relação de trabalho e emprego.

O avanço das tecnologias de informação e comunicação baseadas no computador, e particularmente na internet, permite as redes exercer sua flexibilidade

¹⁰ CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**: a era da informação. Tradução de Roneide Venâncio Majer. 6. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1999, p. 73.

¹¹ CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**: a era da informação. Tradução de Roneide Venâncio Majer. 6. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1999, p. 73.

¹² RUDIGER, Francisco. **Cibercultura e pós-humanismo**. Porto Alegre: EdiPUCRS, 2008, p. 26.

¹³ LÉVY, Pierre. **Cibercultura**. Tradução de Carlos Irineu da Costa. São Paulo: Editora 34, 1999, p. 19.

¹⁴ LÉVY, Pierre. **Cibercultura**. Tradução de Carlos Irineu da Costa. São Paulo: Editora 34, 1999, p. 20.

¹⁵ CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**: a era da informação. Tradução de Roneide Venâncio Majer. 6. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1999, p. s. p.

e adaptabilidade. Ao mesmo tempo, essas tecnologias de informação e comunicação permitem a coordenação de tarefas e de trabalhos e atividades no ambiente laboral.¹⁶

A nova plataforma tecnológica surgiu e desenvolveu a partir da Segunda Revolução Industrial, acelerando o capitalismo. No século XXI, a junção da Internet da Comunicação com a Internet das Coisas, originou a Terceira Revolução Industrial. A Internet das Coisas acelera a produtividade a ponto de o custo marginal de produção de muitos bens e serviços se aproximar de zero, tornando-os basicamente gratuitos e partilháveis na comunidade dos bens comuns colaborativos.¹⁷

A economia é composta por um lado, pelo mercado capitalista e, por outro, pela economia da partilha na comunidade dos bens comuns colaborativos. As inovações tecnológicas que reduzem o custo marginal também afetam o trabalho, através da substituição da mão de obra humana. O surgimento da Internet das Coisas tem levado à ascensão de um novo sistema econômico - os bens comuns colaborativos - que está transformando nosso modo de vida. A Internet das Comunicações está conectando tudo a todos na Internet das Coisas.¹⁸

A Terceira Revolução Industrial terá um impacto tão significativo no século XXI quanto a Primeira Revolução Industrial teve no século XIX. A organização da sociedade que caracterizou a vida econômica, social e política das revoluções industriais baseadas em combustíveis fósseis, está baseada nas relações colaborativas e distributivas da era industrial da energia verde.¹⁹

A Terceira Revolução Industrial é o período de transição da indústria de produção de mudança da era industrial para a era colaborativa caracterizando o desenvolvimento econômico. Entretanto, esse período de mudança da era industrial para a era colaborativa causa o aumento da produtividade e a perda de empregos:

Os aumentos na produtividade ao longo do tempo não levaram automaticamente a aumentos na demanda do consumidor e a mais emprego, mas em alguns casos, causaram o efeito oposto, e perda de empregos e do poder de compra.²⁰

¹⁶ CASTELLS, Manuel. **A galáxia da internet**: reflexões sobre a internet, os negócios e a sociedade. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Zahar, 2003, p. 3.

¹⁷ RIFKIN, Jeremy. **A sociedade do custo marginal zero**: a internet das coisas, a comunidade dos bens comuns e o eclipse do capitalismo. Tradução de Sara M. Felício. Lisboa: Bertrand Editora, 2016, p. 28.

¹⁸ RIFKIN, Jeremy. **Sociedade com custo marginal zero**: a internet das coisas, os bens comuns colaborativos e o eclipse do capitalismo. São Paulo: Makron Books, 2015, s. p.

¹⁹ RIFKIN, Jeremy. **A Terceira Revolução Industrial**: como o poder lateral está transformando a energia, a economia e o mundo. São Paulo: Makron Books do Brasil, 2012, p. 57.

²⁰ RIFKIN, Jeremy. **A Terceira Revolução Industrial**: como o poder lateral está transformando a energia, a economia e o mundo. São Paulo: Makron Books do Brasil, 2012, p. 279.

Nesse sentido, Rifkin²¹ explica que a oferta e a demanda de produtividade são essenciais a junção das duas tecnologias do século XXI, a internet e as energias renováveis. Essas tecnologias são baseadas na economia de energia verde, pois faz a economia retornar o crescimento e gerar empregos para um futuro sustentável e um modelo colaborativo e distributivo.

O surgimento da era digital na sociedade pós-moderna tem causado a necessidade de repensar o avanço da tecnologia na indústria, no comércio e no trabalho. A transição que a sociedade está passando é a Quarta Revolução Industrial ou Revolução Tecnológica ou Digital, assim como a Revolução Industrial modificou, no período passado, o modelo do mundo moderno, a Revolução Digital está transformando, no período presente, o modelo do mundo moderno e pós – moderno.²²

Enquanto a sociedade industrializada era a quantidade de trabalho investida nos produtos e serviços que servia de paradigma de valor, na sociedade digitalizada será a quantidade de informação e conhecimento que tais produtos e serviços conseguirem agregar que determinará a formação do paradigma.²³

Nos últimos anos, ocorreu o crescimento acelerado da tecnologia, principalmente da Inteligência Artificial (IA) no mundo do trabalho, especialmente na relação de trabalho, como também, aumentou com velocidade o efeito da IA aos diversos setores da economia mundial. No entanto, a preocupação com a automação já existe há muito tempo, pois a IA causa risco para a economia mundial, pelo motivo de tornar o ser humano redundante diante das máquinas ultra inteligente.

Seja uma máquina ultra inteligente definida como uma máquina que pode superar de longe todas as atividades intelectuais de qualquer homem, por mais inteligente que seja. Como o projeto de máquinas é uma dessas atividades intelectuais, uma máquina ultra inteligente poderia projetar máquinas ainda melhores; haveria, então, inquestionavelmente, uma “explosão de inteligência” e a inteligência do homem seria deixada para trás. Assim, a primeira máquina ultra inteligente é a última invenção que o homem precisa fazer sempre, desde que a máquina seja dócil o suficiente para dizer nos como mantê-lo sob controle.²⁴

O rápido desenvolvimento de novas tecnologias denominadas de quatro eixos para extração, armazenamento, transmissão e processamento de dados, provocaram a expansão da IA. Os avanços no primeiro eixo, extração de dados, ocorreram por meio

²¹ RIFKIN, Jeremy. **A Terceira Revolução Industrial**: como o poder lateral está transformando a energia, a economia e o mundo. São Paulo: Makron Books do Brasil, 2012, s. p.

²² PINHEIRO, Patrícia Peck. **Direito Digital**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 21.

²³ PINHEIRO, Patrícia Peck. **Direito Digital**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 21.

²⁴ GOOD, 1966 *apud* CARVALHO, André Carlos Ponce de Leon Ferreira de. Inteligência Artificial: riscos, benefícios e uso responsável. **Estudos Avançados**. v. 35, n. 101, p. 21-35, 2021, p. 26.

do desenvolvimento de novos sensores, incluindo câmeras. No segundo eixo, o de armazenamento de dados também, foi possível por causa do uso de novos materiais que aumentaram a capacidade de armazenamento. No terceiro eixo, a transmissão de dados, os avanços estão associados não apenas à queda no custo e no aumento da capacidade dos meios físicos utilizados, mas também à revolução trazida pelas redes de computadores e pela internet, que conecta mais dispositivo, ou coisas, do que pessoas.²⁵ no mundo virtual.

No início de seu uso, a internet servia para conectar as pessoas em diferentes partes do mundo, bastando para isso um computador e um ponto de acesso. Em 2008, a internet das pessoas foi superada pela internet das coisas. No quarto eixo, os computadores cada vez mais eficientes e acessíveis, que aumentam na rapidez com que processam os dados.²⁶ Também, nestes últimos anos, esses avanços tecnológicos levaram à geração do chamado de big data.

O que está compreendido pela expressão big data criou uma grande demanda por ferramentas computacionais capazes de explorar os dados gerados, extraindo conhecimento novo, útil e relevante. Esse conhecimento tem sido cada vez mais utilizado para tomada de decisões.²⁷

Portanto, Carvalho²⁸ explica que a IA afetará o mercado de trabalho, pois “as atividades profissionais desaparecerão, sendo substituídas por atividades que até o momento são desconhecidas ou inimagináveis”. A IA causará no mercado de trabalho a substituição e extinção de profissões, com maior probabilidade de desaparecer no futuro. Consequentemente, a IA causará no mercado de trabalho a substituição e extinção de empregos e trabalhos, no futuro do mundo do trabalho.

2. O DESENVOLVIMENTO DAS NOVAS TECNOLOGIAS E OS IMPACTOS DA REVOLUÇÃO TECNOLÓGICA E DIGITAL NO MERCADO DE TRABALHO

A partir do século XX, o trabalho tem sido parte essencial da existência do ser humano. Desde o século XX, o trabalho humano está sendo eliminado do processo de produção, pois a sociedade industrial e moderna está no período de transição do fim

²⁵ CARVALHO, André Carlos Ponce de Leon Ferreira de. Inteligência Artificial: riscos, benefícios e uso responsável. **Estudos Avançados**. v. 35, n. 101, p. 21-35, 2021, p. 21.

²⁶ CARVALHO, André Carlos Ponce de Leon Ferreira de. Inteligência Artificial: riscos, benefícios e uso responsável. **Estudos Avançados**. v. 35, n. 101, p. 21-35, 2021, p. 21-22.

²⁷ CARVALHO, André Carlos Ponce de Leon Ferreira de. Inteligência Artificial: riscos, benefícios e uso responsável. **Estudos Avançados**. v. 35, n. 101, p. 21-35, 2021, p. 22.

²⁸ CARVALHO, André Carlos Ponce de Leon Ferreira de. Inteligência Artificial: riscos, benefícios e uso responsável. **Estudos Avançados**. v. 35, n. 101, p. 21-35, 2021, p. 28.

dos empregos e trabalhos. Também, o trabalho em massa no setor do mercado será eliminado em todas as nações industrializadas do mundo.²⁹ Desde o século XX, há o contínuo crescimento do desemprego em todo o mundo.

As mudanças tecnológicas vêm reformulando a vida humana e o trabalho há séculos. A mecanização que começou com a Revolução Industrial permitiram melhorias significativas no bem-estar e qualidade de vida do ser humano e nas relações de trabalho. O mundo está passando por uma era de revolução tecnológica em inteligência artificial e robótica que pode transformar o crescimento econômico e as relações de trabalho.³⁰

O avanço das tecnologias no mundo do trabalho iniciou com revolução tecnológica. A terceira revolução industrial provocou o fim dos empregos e reduziu a força de trabalho humano do mundo, como também gerou o contínuo crescimento do desemprego em todo o mundo.

A terceira revolução industrial é o resultado do surgimento de novas tecnologias, como o processamento de dados, a robótica, as telecomunicações e as demais tecnologias. Ao mesmo tempo, as máquinas estão substituindo as atividades realizadas por seres humanos. A terceira revolução industrial provocou o uso das máquinas, a utilização dos computadores nas atividades de trabalho.³¹

Enquanto as primeiras tecnologias industriais substituíram a força física do trabalho humano, trocando a força muscular por máquinas, as novas tecnologias baseadas no computador promete substituir a própria mente humana, colocando máquinas inteligentes no lugar dos seres humanos em toda a escala da atividade econômica.³²

Nesse sentido, Rifkin³³ afirma que está iniciando o período de sociedade tecnológica ou digital, pois há um avanço das novas tecnologias de trabalho e produção nas nações industrializadas, e que “as máquinas automatizadas, robôs e computadores cada vez mais sofisticados podem desempenhar muitas tarefas.” e atividades de trabalho. As máquinas automatizadas, robôs e computadores estão substituindo as tarefas e atividades desempenhadas pelos seres humanos.

²⁹ RIFKIN, Jeremy. **O fim dos empregos**: o contínuo crescimento do desemprego em todo o mundo. São Paulo: Makron Books, 2004, p. 3.

³⁰ AUTOR, David; MINDELL, David; REYNOLDS, Elisabeth. Inteligência Artificial e Trabalho: O trabalho do futuro: moldando a tecnologia e as instituições. **Panorama Setorial da Internet**. n. 4, a. 12, Dezembro, 2020, p. 1.

³¹ RIFKIN, Jeremy. **O fim dos empregos**: o contínuo crescimento do desemprego em todo o mundo. São Paulo: Makron Books, 2004, s. p.

³² RIFKIN, Jeremy. **O fim dos empregos**: o contínuo crescimento do desemprego em todo o mundo. São Paulo: Makron Books, 2004, p. 5.

³³ RIFKIN, Jeremy. **O fim dos empregos**: o contínuo crescimento do desemprego em todo o mundo. São Paulo: Makron Books, 2004, p. 5.

Também, o avanço das novas tecnologias de trabalho e produção Rifkin³⁴ explica que “as nações em desenvolvimento estão enfrentando o desemprego tecnológico, à medida que as empresas multinacionais constroem instalações de produção com tecnologia em todo o mundo”, causando o fim do emprego e do trabalho desempenhado pelo ser humano ou pela força física.

Desse modo, “as novas tecnologias aumentarão a produção econômica agregada e impulsionarão a riqueza das nações. As tecnologias novas admitirão que as pessoas alcancem melhores padrões de vida e melhores condições de trabalho”.³⁵

Consequentemente, “os robôs e computadores realizarão provavelmente ou certamente muitos dos trabalhos que agora são feitos por humanos”. Existe a possibilidade de as máquinas eliminarem empregos, e de essas tecnologias proporcionarem padrões de vida mais elevados³⁶ no mercado de trabalho.

Diferente das revoluções anteriores que possuíam uma tecnologia matriz que impulsionava a revolução industrial, como é o caso da máquina a vapor, a indústria automobilística e a microeletrônica. [...] Há várias tecnologias que impulsionarão esta nova revolução industrial, tendo como eixo a conectividade digital.³⁷

As alterações no mundo do trabalho se modificarão além da quarta revolução industrial, por outros fatores que não tecnológicos, como fatores sociais, econômicos e políticos, que poderá resultar em um mercado de trabalho mais individualizado e desigualdade social na relação de trabalho.

O avanço das novas tecnologias do século XXI está extinguindo e substituindo trabalhadores no mercado de trabalho. “No passado, quando novas tecnologias substituíram trabalhadores em determinado setor, novos setores sempre surgiam para absorver os trabalhadores demitidos do trabalho”.³⁸

Hoje, na sociedade tecnológica e digital, todos os três setores: economia, agricultura, indústria e serviços, estão sendo afetados pelo advento das novas tecnologias, na relação de trabalho e emprego, causando impactos no mercado de trabalho e acarretando desempregos e o fim dos empregos, no âmbito mundial.

³⁴ RIFKIN, Jeremy. **O fim dos empregos**: o contínuo crescimento do desemprego em todo o mundo. São Paulo: Makron Books, 2004, p. 5.

³⁵ AUTOR, David; MINDELL, David; REYNOLDS, Elisabeth. Inteligência Artificial e Trabalho: O trabalho do futuro: moldando a tecnologia e as instituições. **Panorama Setorial da Internet**. n. 4, a. 12, Dezembro, 2020, p. 2.

³⁶ AUTOR, David; MINDELL, David; REYNOLDS, Elisabeth. Inteligência Artificial e Trabalho: O trabalho do futuro: moldando a tecnologia e as instituições. **Panorama Setorial da Internet**. n. 4, a. 12, Dezembro, 2020, p. 2.

³⁷ TAMASHIRO, Ricardo de Melo; GANAKA, Cristiane; CARDOSO, André. A quarta revolução industrial. Klaus Schwab. Tradução Daniel Moreira Miranda. São Paulo: Edipro, 2016. **Revista Ciências do Trabalho**, n. 9, dezembro, p. 127-134, 2017, p. 128-129.

³⁸ RIFKIN, Jeremy. **O fim dos empregos**: o contínuo crescimento do desemprego em todo o mundo. São Paulo: Makron Books, 2004, p. 1.

As tecnologias de informação e de comunicação estão avançando no mercado de trabalho, pois de acordo com Rifkin³⁹, os computadores ou “as máquinas inteligentes estão substituindo seres humanos em diversas tarefas” e atividades, no ambiente de trabalho. Consequentemente, os computadores ou as máquinas inteligentes estão substituindo os empregados e trabalhadores por *software*.

Diante do advento das novas tecnologias, por um lado, há a certeza: “as novas tecnologias mudarão drasticamente a natureza do trabalho em todos os setores e ocupações. A incerteza fundamental tem a ver com a quantidade de postos de trabalho que serão substituídos pela automação”⁴⁰. Além disso, de outro lado, há a “incerteza fundamental tem a ver com a quantidade de postos de trabalho que serão substituídos pela automação”⁴¹ ou máquinas.

Conforme explica Harari⁴² o progresso da humanidade divide-se em três grandes revoluções: A revolução cognitiva ou conhecimento que é o avanço da espécie humana. A revolução agrícola que é a utilização dos recursos naturais através da atividade humana. E a revolução científica que através do conhecimento da tecnologia coloca em risco a existência da humanidade, como também, os riscos das consequências futuras dos avanços científicos e tecnológicos.

Os tempos modernos estão transformando a sociedade industrial. A Revolução Industrial abriu caminho para a linha de engenharia social e transformações na vida cotidiana e na mentalidade humana. Um exemplo entre muitos é a substituição de produção da agricultura tradicional pela produção de produtos em série da indústria.⁴³

A Revolução Industrial abriu novos caminhos de produção para converter energia e produzir bens e serviços. Dessa maneira, “a Revolução Industrial transformou a grade horária e a linha de montagem em um modelo para quase todas as atividades humanas. Logo depois que as fábricas impuseram seus cronogramas ao comportamento humano”.⁴⁴

³⁹ RIFKIN, Jeremy. **O fim dos empregos**: o contínuo crescimento do desemprego em todo o mundo. São Paulo: Makron Books, 2004, p. 3.

⁴⁰ SCHAWB, Klaus. **A quarta Revolução Industrial**. Tradução de Daniel Moreira Miranda. 1. ed. São Paulo: Edipro, 2016, p. 30.

⁴¹ SCHAWB, Klaus. **A quarta Revolução Industrial**. Tradução de Daniel Moreira Miranda. 1. ed. São Paulo: Edipro, 2016, p. 30.

⁴² HARARI, Yuval Noah. **Sapiens**: uma breve história da humanidade. Tradução de Janaína Marcoantonio. Porto Alegre: L&PM Editores, 2015, s. p.

⁴³ HARARI, Yuval Noah. **Sapiens**: uma breve história da humanidade. Tradução de Janaína Marcoantonio. Porto Alegre: L&PM Editores, 2015, p. 361-362.

⁴⁴ HARARI, Yuval Noah. **Sapiens**: uma breve história da humanidade. Tradução de Janaína Marcoantonio. Porto Alegre: L&PM Editores, 2015, p. 361-362.

3. O DESENVOLVIMENTO DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NAS RELAÇÕES DE TRABALHO

O termo Inteligência Artificial surgiu na 1ª Conferência de Inteligência Artificial, realizada na Faculdade de *Dartmouth*, nos Estados Unidos da América (EUA), em 1956. O conceito de inteligência artificial foi definido como “a arte de criar máquinas que executam funções que requerem inteligência quando executadas por pessoas”.⁴⁵ O termo Inteligência Artificial surgiu em 1955, na 1ª Conferência de Inteligência Artificial, em *Dartmouth College*. A evolução da IA foi baseada na inteligência similar à humana, o sistema foi definido como a ciência e engenharia de produzir máquinas inteligentes.⁴⁶

A inteligência artificial é um ramo da ciência da computação que busca simular a inteligência humana em uma máquina. Os sistemas de Inteligência Artificial (IA) são regidos por algoritmos usando técnicas como *machine learning* e *deep learning* para demonstrar comportamento inteligente. [...] É a inteligência similar à humana exibida por sistemas de *software*. [...] A inteligência artificial é o estudo e projeto de agentes inteligentes.⁴⁷

Desse modo, “a inteligência artificial, empregada à era da modernização, representa um avanço na área da robótica e automação, devido às suas versatilidade e aplicabilidade”.⁴⁸ De acordo com o entendimento de Prado *apud* De Angeli *et al* ⁴⁹, “a inteligência artificial causará impactos positivos e negativos em questões sociais e econômicas, ligados especificamente à área industrial e tecnológica”.

Do mesmo modo, conforme explica Rifkin⁵⁰ a computação mecânica ou “os computadores estão assumindo tarefas cada vez mais complexas”, e no processo de trabalho, estão mudando os conceitos de individualidade e de sociedade, como também, as relações de trabalho e de emprego.

A inteligência artificial substituirá ou extinguirá o ser humano ou criará novas áreas de trabalho? A inteligência artificial causará impacto nas relações de trabalho. O crescimento das novas tecnologias e a ligação da automação industrial e da

⁴⁵ RIFKIN, Jeremy. **O fim dos empregos**: o contínuo crescimento do desemprego em todo o mundo. São Paulo: Makron Books, 2004, p. 61.

⁴⁶ RIFKIN, Jeremy. **O fim dos empregos**: o contínuo crescimento do desemprego em todo o mundo. São Paulo: Makron Books, 2004, p. 61.

⁴⁷ WIKIPÉDIA. A Enciclopédia Livre. Inteligência artificial, 2021.

⁴⁸ DE ANGELI, Pedro Henrique et al. A evolução da inteligência artificial e a substituição do trabalho humano. **Revista Ambiente Acadêmico**, v.5, n.1, jan./jun., p. 7-25, 2019, p. 8.

⁴⁹ DE ANGELI, Pedro Henrique et al. A evolução da inteligência artificial e a substituição do trabalho humano. **Revista Ambiente Acadêmico**, v.5, n.1, jan./jun., p. 7-25, 2019, p. 8.

⁵⁰ RIFKIN, Jeremy. **O fim dos empregos**: o contínuo crescimento do desemprego em todo o mundo. São Paulo: Makron Books, 2004, p. 61.

inteligência artificial causam impactos na sociedade, especificamente nas relações de trabalho.⁵¹

Diante dos impactos negativos causados pelas novas tecnologias e a ligação da automação industrial e da inteligência artificial, “muitos empregos serão eliminados; mas será preciso preparar as pessoas para que executem atividades que ainda não existem, pois novas ocupações e cargos serão criados através de inovações no ambiente tecnológico.”⁵²

Todos os empregos atuais podem ser afetados pelas novas tecnologias, como a Inteligência Artificial e robótica. Os trabalhadores cujas habilidades são complementadas ou substituídas de várias maneiras por essas tecnologias. “Todos os empregos serão afetados por essas tecnologias, seja direta ou indiretamente”.⁵³

De tal modo, “a mecanização e a automação eliminavam muitos trabalhos indesejáveis, ao mesmo tempo em que criavam trabalhos mais desejáveis, aumentando a produtividade e proporcionando padrões de vida mais elevados” ⁵⁴ e criando mais postos de trabalho.

As tecnologias digitais remodelam a divisão de trabalho entre pessoas e máquinas. A era da produção em massa gerou oportunidades de ganhos para os operários em fábricas e empresas, ao mesmo tempo em que criou perspectivas para os trabalhadores qualificados.⁵⁵

Mas, as novas tecnologias muitas vezes aumentam a produtividade dos trabalhadores em suas tarefas de trabalho atuais, e com as tecnologias de substituição de trabalho, também, essas novas tecnologias de trabalho aumentam a produtividade e substituem o trabalho humano e suas tarefas pelas máquinas ou computadores.⁵⁶

A terceira revolução industrial surgida na década de 60 iniciou a revolução digital ou do computador. A quarta revolução industrial surgida na virada do século surgiu à inteligência artificial, a robótica e a internet das coisas. O avanço da atual revolução tecnológica causa mudanças econômicas, sociais e culturais, no âmbito mundial. Nos últimos anos, iniciou a quarta revolução industrial no mundo.

⁵¹ DE ANGELI, Pedro Henrique et al. A evolução da inteligência artificial e a substituição do trabalho humano. **Revista Ambiente Acadêmico**, v.5, n.1, jan./jun., p. 7-25, 2019, p. 9.

⁵² DE ANGELI, Pedro Henrique et al. A evolução da inteligência artificial e a substituição do trabalho humano. **Revista Ambiente Acadêmico**, v.5, n.1, jan./jun., p. 7-25, 2019, p. 9.

⁵³ AUTOR, David; MINDELL, David; REYNOLDS, Elisabeth. Inteligência Artificial e Trabalho: O trabalho do futuro: moldando a tecnologia e as instituições. **Panorama Setorial da Internet**, n. 4, a. 12, Dezembro, 2020, p. 2-3.

⁵⁴ AUTOR, David; MINDELL, David; REYNOLDS, Elisabeth. Inteligência Artificial e Trabalho: O trabalho do futuro: moldando a tecnologia e as instituições. **Panorama Setorial da Internet**, n. 4, a. 12, Dezembro, 2020, p. 3.

⁵⁵ AUTOR, David; MINDELL, David; REYNOLDS, Elisabeth. Inteligência Artificial e Trabalho: O trabalho do futuro: moldando a tecnologia e as instituições. **Panorama Setorial da Internet**, n. 4, a. 12, Dezembro, 2020, p. 2-3.

⁵⁶ AUTOR, David; MINDELL, David; REYNOLDS, Elisabeth. Inteligência Artificial e Trabalho: O trabalho do futuro: moldando a tecnologia e as instituições. **Panorama Setorial da Internet**, n. 4, a. 12, Dezembro, 2020, p. 5.

Schwab⁵⁷ afirma que a quarta revolução industrial causa vários impactos na economia, nos negócios, nos governos e países, na sociedade e nos indivíduos. A quarta revolução industrial ocasiona grande impacto na economia global, pois o crescimento da produtividade causa a extinção e substituição do emprego e do trabalho, no âmbito mundial.

Apesar do potencial impacto positivo da tecnologia no crescimento econômico, é essencial, contudo, abordar o seu possível impacto negativo, pelo menos em curto prazo, no mercado de trabalho. Os temores dos impactos da tecnologia sobre os empregos não são novos.⁵⁸

O aumento do desemprego e a substituição e extinção do emprego causado pelos computadores acendeu o debate que os “meios de economizar o uso de trabalho ultrapassam o ritmo no qual podemos encontrar novos usos para o trabalho”. Durante os últimos anos, reacendeu-se o debate, pois os computadores estavam substituindo vários empregos e trabalhos.⁵⁹

O aumento do armazenamento e o processamento das informações irá transformar radicalmente a forma que a sociedade se organiza em seus diversos aspectos. Ao mesmo tempo em que estão surgindo ou se reformulando: modelos de negócio, padrões de consumo, formas de se produzir e trabalhar; outros processos estão sendo descontinuados.⁶⁰

Nesse sentido, Schwab⁶¹ afirma que “as novas tecnologias mudarão drasticamente a natureza do trabalho em todos os setores e ocupações. A incerteza fundamental tem a ver com a quantidade de postos de trabalho que serão substituídos pela automação. Quanto tempo isso vai demorar e aonde chegará?” A extinção e substituição de trabalhos e empregos estão muito mais acelerados do que aquele ocorrido no mercado de trabalho pelas revoluções industriais nos períodos anteriores.

Além disso, ha uma tendência de maior polarização do mercado de trabalho. O emprego cresceu em relação a ocupações e cargos criativos e cognitivos de altos salários e em relação às ocupações manuais de baixos salários; mas irá diminuir consideravelmente em relação aos trabalhos repetitivos e rotineiros.⁶²

⁵⁷ SCHAWB, Klaus. **A quarta Revolução Industrial**. Tradução de Daniel Moreira Miranda. 1. ed. São Paulo: Edipro, 2016, p. 24.

⁵⁸ SCHAWB, Klaus. **A quarta Revolução Industrial**. Tradução de Daniel Moreira Miranda. 1. ed. São Paulo: Edipro, 2016, p. 30.

⁵⁹ SCHAWB, Klaus. **A quarta Revolução Industrial**. Tradução de Daniel Moreira Miranda. 1. ed. São Paulo: Edipro, 2016, p. 30.

⁶⁰ TAMASHIRO, Ricardo de Melo; GANAKA, Cristiane; CARDOSO, André. A quarta revolução industrial. Klaus Schwab. Tradução Daniel Moreira Miranda. São Paulo: Edipro, 2016. **Revista Ciências do Trabalho**, n. 9, dezembro, p. 127-134, 2017, p. 128.

⁶¹ SCHAWB, Klaus. **A quarta Revolução Industrial**. Tradução de Daniel Moreira Miranda. 1. ed. São Paulo: Edipro, 2016, p. 42.

⁶² SCHAWB, Klaus. **A quarta Revolução Industrial**. Tradução de Daniel Moreira Miranda. 1. ed. São Paulo: Edipro, 2016,

A tecnologia “pode ser controlada e o conhecimento compartilhado é o caminho para moldar um futuro coletivo e o bem comum”. Ao mesmo tempo em que o avanço tecnológico remodela e domina, a tecnologia pode ser controlada para o bem comum, pois a “tecnologia e o conhecimento são medidas para diminuir os custos, aumentar a produtividade e gerar mais lucro”⁶³ no setor industrial.

No que se refere ao emprego, “o impacto negativo da quarta revolução industrial sobre o mercado de trabalho no curto prazo. A substituição do trabalhador pela máquina não é só em razão dos algoritmos, robôs e outras formas de ativos”,⁶⁴ mas sim em razão da produtividade do trabalho. Nas empresas e indústrias, a substituição do trabalhador pela máquina e pelo computador acarreta a simplificação do trabalho e permite o trabalho virtual ou internet.

Portanto, a sociedade moderna e pós-moderna baseada na sociedade tecnológica e digital está no período do surgimento de novas tecnologias que interligam os mundos físico, digital e biológico, com impactos não só na indústria, mas em todos os setores sociais e econômicos.⁶⁵

Atualmente, o ser humano questiona a sociedade moderna e pós-moderna baseada na utilização do trabalho do ser humano diante do trabalho das máquinas e computadores. Também, o ser humano interroga a sociedade tecnológica e digital fundamentada na inteligência humana ante a inteligência artificial das máquinas ou computadores. Hoje em dia, todo o empregado será afetado com o surgimento da IA, pois a inteligência artificial vai extinguir e substituir muitos empregos, mas vai instalar e possibilitar outros empregos e admitir novos postos de trabalho, no mercado de trabalho. Os impactos tanto positivos quanto negativos da inclusão dos algoritmos de Inteligência Artificial na sociedade tecnológica e digital já são percebidos nas relações de trabalho e emprego.

p. 33.

⁶³ TAMASHIRO, Ricardo de Melo; GANAKA, Cristiane; CARDOSO, André. A quarta revolução industrial. Klaus Schwab. Tradução Daniel Moreira Miranda. São Paulo: Edipro, 2016. **Revista Ciências do Trabalho**, n. 9, dezembro, p. 127-134, 2017, p. 128.

⁶⁴ TAMASHIRO, Ricardo de Melo; GANAKA, Cristiane; CARDOSO, André. A quarta revolução industrial. Klaus Schwab. Tradução Daniel Moreira Miranda. São Paulo: Edipro, 2016. **Revista Ciências do Trabalho**, n. 9, dezembro, p. 127-134, 2017, p. 131.

⁶⁵ SCHAWB, Klaus. **A quarta Revolução Industrial**. Tradução de Daniel Moreira Miranda. 1. ed. São Paulo: Edipro, 2016, s. p.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A proposta do artigo pesquisou o advento das novas tecnologias de trabalho, especialmente a inteligência artificial e o seu efeito e impacto nas relações laborais no ambiente de trabalho.

Diante dessa perspectiva, o artigo questionou os impactos da inteligência artificial nas relações laborais no ambiente de trabalho, e se esses impactos causam a extinção e substituição dos postos de trabalho ou promovem novas possibilidades de inserção de postos de trabalho? Também, indagou se os impactos do advento das novas tecnologias causam o fim dos empregos e trabalhos?

Diante do questionamento proposto na pesquisa do artigo, constatou que nas passagens dos períodos das revoluções industriais, houve a evolução do mundo do trabalho desde os primórdios baseado no trabalho humano até a contemporaneidade fundamentada no trabalho das máquinas.

Também, houve a transição da sociedade industrial e moderna baseada na utilização do trabalho das máquinas para a sociedade tecnológica e digital fundamentada no uso do trabalho das novas tecnologias, dos computadores, especialmente da inteligência artificial.

A proposta do artigo demonstrou que a evolução do mundo do trabalho acarretou o surgimento e o desenvolvimento das novas tecnologias e seus impactos, como a da inteligência artificial e sua aparição e aplicação nas relações de emprego e trabalho, no ambiente laboral.

Também, o artigo evidenciou os efeitos e impactos do aparecimento da Revolução digital e tecnológica na modernidade. Ainda, que o desenvolvimento e o uso da inteligência artificial na atividade laboral são ferramenta de extinção e substituição do trabalho humano pelo trabalho das máquinas, no ambiente de trabalho.

Portanto, comprovou na pesquisa do artigo que, todos os empregados e trabalhadores serão afetados com o surgimento da IA, pois a inteligência artificial vai extinguir e substituir muitos empregos e trabalhos, mas vai instalar e possibilitar outros empregos e trabalhos, no mercado de trabalho. Os impactos tanto positivos quanto negativos da inclusão dos algoritmos de Inteligência Artificial na sociedade tecnológica e digital já são percebidos nas relações de trabalho e emprego.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

AUTOR, David; MINDELL, David; REYNOLDS, Elisabeth. Inteligência Artificial e Trabalho: O trabalho do futuro: moldando a tecnologia e as instituições. **Panorama Setorial da Internet**, n. 4, a. 12, Dezembro, 2020. Disponível em: https://cetic.br/media/docs/publicacoes/6/20201223152932/panorama_setorial_a_no-xii_n_4_inteligencia_artificial_trabalho.

BRAIDOTTI, Rosi. **Lo posthumano**. Traducción de Juan Carlos Gentile Vitale. Barcelona; España: Editorial Gedisa, S.A, 2015.

CARVALHO, André Carlos Ponce de Leon Ferreira de. Inteligência Artificial: riscos, benefícios e uso responsável. **Estudos Avançados**, v. 35, n. 101, p. 21-35, 2021. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ea/a/ZnKyrerLVqzhZbXGgXTwDtn/?format=pdf&lang=pt>.

CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede: a era da informação**. Tradução de Roneide Venâncio Majer. 6. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1999. v. 1.

_____. **A galáxia da internet: reflexões sobre a internet, os negócios e a sociedade**. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Zahar, 2003.

CHUL HAN, Byung. **Psicopolítica: neoliberalismo y nuevas técnicas de poder**. Traducción de Alfredo Bergés. Barcelona: Herder Editorial, 2014.

_____. **Psicopolítica: o neoliberalismo e as novas técnicas de poder**. Tradução de Maurício Liesen. 7. ed. Belo Horizonte: Ayiné, 2020.

_____. **Sociedade do cansaço**. Tradução de Ênio Paulo Giachini. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2017.

DE ANGELI, Pedro Henrique *et al.* A evolução da inteligência artificial e a substituição do trabalho humano. **Revista Ambiente Acadêmico**, v.5, n.1, jan./jun., p. 7-25, 2019. Disponível em: <https://multivix.edu.br/wp-content/uploads/2019/10/revista-ambiente-academico-v05-n01-artigo01.pdf>.

HARARI, Yuval Noah. **Sapiens: uma breve história da humanidade**. Tradução de Janaína Marcoantonio. Porto Alegre: L&PM Editores, 2015.

LÉVY, Pierre. **Cibercultura**. Tradução de Carlos Irineu da Costa. São Paulo: Editora 34, 1999.

MANNRICH, Nelson (Org.). **Relações de trabalho e desafios da tecnologia em ambiente pós-pandemia**. São Paulo: Editora Mizuno, 2021.

PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica: teoria e prática**. 12. ed. rev. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

PISCITELLI, Alejandro. **Ciberculturas 2.0: en la era de las máquinas inteligentes**. Buenos Aires: Paidós, 2002.

PINHEIRO, Patrícia Peck. **Direito Digital**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

RIFKIN, Jeremy. **O fim dos empregos**: o contínuo crescimento do desemprego em todo o mundo. São Paulo: Makron Books, 2004.

_____. **A sociedade do custo marginal zero**: a internet das coisas, a comunidade dos bens comuns e o eclipse do capitalismo. Tradução de Sara M. Felício. Lisboa: Bertrand Editora, 2016.

_____. **Sociedade com custo marginal zero**: a internet das coisas, os bens comuns colaborativos e o eclipse do capitalismo. São Paulo: Makron Books, 2015.

_____. **A Terceira Revolução Industrial**: como o poder lateral está transformando a energia, a economia e o mundo. São Paulo: Makron Books do Brasil, 2012.

RUDIGER, Francisco. **Cibercultura e pós-humanismo**. Porto Alegre: EdiPUCRS, 2008.

SCHAWB, Klaus. **A quarta Revolução Industrial**. Tradução de Daniel Moreira Miranda. 1. ed. São Paulo: Edipro, 2016.

TAMASHIRO, Ricardo de Melo; GANAKA, Cristiane; CARDOSO, André. A quarta revolução industrial. Klaus Schwab. Tradução Daniel Moreira Miranda. São Paulo: Edipro, 2016. **Revista Ciências do Trabalho**, n. 9, dezembro, p. 127-134, 2017. Disponível em: <https://rct.dieese.org.br/index.php/rct/article/view/154>.

WIKIPÉDIA. A Enciclopédia Livre. **Inteligência artificial**. Disponível em: https://pt.wikipedia.org/wiki/Intelig%C3%A2ncia_artificial. Acesso em: 30 nov. 2021.

SHARENTING NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO: ENTRE O DIREITO À PRIVACIDADE E A LIBERDADE DE EXPRESSÃO

THE INFORMATION SOCIETY AND THE SHARENTING PRACTICES: THE RIGHT TO PRIVACY AND FREEDOM OF EXPRESSION

Carla Lerin¹

Resumo

Este trabalho tem por objetivo analisar a prática do *Sharenting* na atual sociedade da informação, com vistas a desvendar sua extensão em meio ao o Direito à Privacidade e a Liberdade de Expressão, ambos garantidos pela Constituição Federal de 1988 e pela Lei Nº 12.965/14 (Marco Civil da Internet). Por meio da pesquisa bibliográfica e documental, verifica-se a forma como o *Sharenting* se desenvolve na sociedade da informação através do uso da internet e das redes sociais, o que desencadeia na violação de direitos de personalidade e privacidade ao passo que a liberdade de expressão é exercida.

Palavras-chave: *Sharenting*; Sociedade da Informação; Privacidade; Liberdade de Expressão.

Abstract

This paper aims to analyze the *Sharenting* practice in the current information society, with the intention of unveiling its extension amid the Right to Privacy and Freedom of Expression, both guaranteed by the Federal Constitution of 1988 and by Law No. 12.965/14 (Civil Rights Framework for the Internet). Through bibliographical and documental research, it is verified how *Sharenting* develops in the information society through the use of the internet and social networks, which triggers the violation of personality and privacy rights while freedom of expression is exercised.

Keywords: *Sharenting*; Information Society; Privacy; Freedom of expression.

INTRODUÇÃO

Nos últimos anos a sociedade deu um salto no que se refere a tecnologia nos mais diversos setores. Neste seguimento, a internet é talvez a tecnologia que melhor representa este salto gigantesco, uma vez que em pouquíssimo tempo esta se tornou uma ferramenta essencial passando a guiar a vida humana pelo emaranhado de suas redes.

De fato, com o avanço e popularização da internet os serviços de entretenimento e comunicação ganharam força e atualmente o mundo real e o mundo virtual se

¹ Mestranda em Direito no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina. Bolsista CAPES. E-mail: carla_lerin@hotmail.com.

confundem e com isto a necessidade de estar conectado é cada vez maior. Logo, é neste contexto que se fundamenta o uso das redes sociais e a vontade de compartilhar a vida pessoal e/ou profissional com o mundo.

Neste viés, muitos são os pais que firmados na sua liberdade de expressão e poder familiar, compartilham nas imagens, vídeos, localização e rede de amigos de seus filhos desde o nascimento. De fato, esta prática é comum nas redes sociais e se dá de forma acentuada, comumente com a intenção de mostrar a criança e cada conquista sua aos amigos e familiares.

Todavia, esta prática, que recebe o nome de *Sharenting*, gera alguns problemas fáticos, uma vez que a exposição nas redes pode causar desde crimes de ordem física, quando divulgada a localização da criança, até crimes digitais envolvendo sua imagem ou dados pessoais.

Portanto, este trabalho busca analisar, por meio da pesquisa bibliográfica e documental, a forma como o *Sharenting* se desenvolve na atual sociedade da informação tendo em vista dois principais pilares, estabelecidos tanto pela Constituição Federal de 1988 quanto pela Lei Nº 12.965/14 conhecida como Marco Civil da Internet, sendo eles o direito à privacidade e a liberdade de expressão, de forma a compreender a coalisão existente entre estes dois princípios quando o contexto é o ambiente virtual e o compartilhamento de informações pessoais de crianças pelos próprios pais.

Dessa forma, cabe primeiramente uma contextualização acerca das novas tecnologias, principalmente do surgimento da internet e com ela a formação de redes sociais. Após isto, será analisado a conceituação e as características principais do que é tido como *Sharenting* e posteriormente será abordado a respeito da forma como os direitos de personalidade, em especial a privacidade das crianças, podem ser violados ao passo que os pais exercem sua liberdade de expressão ao compartilhar informações sobre seu filho nas redes.

1. O SURGIMENTO DAS REDES

Vive-se em uma era caracterizada pela enorme quantidade de informações que é disponibilizada nas redes virtuais. Todavia, para se chegar no contexto atual, as principais conquistas na área da tecnologia da informação surgiram por volta dos anos 1970, paralelamente aos avanços na área da engenharia genética, em um contexto histórico específico que propiciou a interação da sociedade com a tecnologia. Dessa

forma, foi nos Estados Unidos, que sugeriram os principais avanços, não havendo nenhuma explicação específica que justifique esta localização e sim uma série de fatores institucionais, econômicos e culturais que em conjunto propiciariam que a partir do conhecimento empregado em uma tecnologia desenvolvida, outras novas surgissem².

É neste ambiente que se constrói a sociedade da informação, também conhecida como a terceira revolução industrial ou era da comunicação. Esta sociedade estabelecia uma nova forma de perceber as relações sociais, não mais baseada na indústria, mas sim, em um novo olhar para o trabalho e conseqüentemente para o crescimento. Neste sentido, a sociedade da informação vem com uma perspectiva mais liberal, acompanhando a globalização e as trocas transnacionais, de forma a ocasionar uma circulação da informação³.

Entre o período de 1980 a 1990 atingiu-se uma nova fase de alargamento do alcance da informação com a expansão da internet⁴. De fato, a internet surgiu em 1969, na *Advanced Research Projects Agency* (ARPA), uma agência integrante do Departamento de Defesa norte-americano, que desenvolveu a Arpanet, um programa que visava o compartilhamento de informações entre vários computadores que trabalhavam para a agência. Após isto, nos anos de 1970 e 1971, esta ideia passou a conectar mais computadores, mas sempre para fins científicos e sobre o controle do governo, formando “uma rede de redes”⁵.

No ano de 1983 houve a transição da Arpanet para a *National Science Foundation Network* (NSFNET), pertencente ao *National Science Foundation* (NSF) que tinha supervisão do governo dos Estados Unidos. Assim, a internet, apesar de atingir mais usuários continuava reservada apenas ao uso voltado a pesquisa e educação e sendo controlada pelo Estado. Já no ano de 1991, foram autorizadas as trocas comerciais através da rede e em 1992 a administração da internet passou a pertencer *Internet Society* (Isoc), uma organização sem fins lucrativos, o que possibilitou seu uso de forma interna pelas empresas⁶.

No decorrer dos anos 90, foi criada a interface gráfica da internet conhecida como *World Wide Web* (www) e com ela a linguagem *HyperText Markup Language* (HTML) que

² CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. Tradução de Roneide Venancio Majer. São Paulo: Paz e Terra, 2016. v. 1. (A era da informação: economia, sociedade e cultura). p. 109.

³ LOVELUCK, Benjamin. **Redes, liberdade e controle: uma genealogia política da internet**. Tradução de Guilherme João de Freitas Teixeira. Petrópolis (RJ): Vozes, 2018. p. 111.

⁴ LOVELUCK, Benjamin. 2018. p.114.

⁵ CASTELLS, Manuel. **A galáxia da internet: reflexões sobre a internet, os negócios e a sociedade**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003. p. 14.

⁶ LOVELUCK, Benjamin. 2018. p. 118.

possibilitava a localização das informações que estavam na rede a partir de um protocolo de acesso que veio a ser chamado de *Universal Resource Locator* (URL), o que ficou conhecido como a rede mundial⁷. Foi a partir disso, em conjunto com as novas tecnologias que eram desenvolvidas em microcomputadores, que nos anos 2000 houve verdadeira explosão da internet.

Dessa forma, percebeu-se que não se tratava de um espaço livre de interferência estatal e separado economicamente, e sim um espaço que necessitava de limites. Isto ficou evidente com ações judiciais, que de certa forma, buscavam uma territorialização do ciberespaço ao combater a violação de direitos autorais e o compartilhamento de arquivos que se constituíam em crimes virtuais, como por exemplo, pornografia infantil e roubo de dados pessoais e bancários⁸.

Além disso tudo, a internet passou então a mediar a comunicação humana através de sua rede, englobando desde pessoas físicas até instituições, empresas, associações, aptas a criar seus próprios sites, que permitiriam o acesso de várias outras pessoas, formando, conforme preconiza Castells⁹ uma “Teia de Alcance Mundial para comunicação individualizada, interativa”. Neste sentido, as redes interativas criadas neste espaço virtual foram se aprimorando ao longo dos anos de acordo com a flexibilidade da rede o que permitiu o uso cada vez maior de usuários comuns, sem conhecimento técnico especializado na área, que passaram a ser capazes de participar de forma ativa, produzindo informações, avaliando e comentando conteúdos de acordo com seus interesses¹⁰. Vale ressaltar, portanto, que “os consumidores da internet também são produtores, pois fornecem conteúdo e dão forma à teia”¹¹.

No entanto, até se chegar no formato das redes sociais que se conhece hoje, muitos foram os investimentos de empresas focadas na interação virtual, começando ainda no ano de 1995 com a Classmates.com, a primeira rede interativa, onde era possível reencontrar os antigos colegas de escola, seguido em 1997 com o surgimento os sites em formato de *blog* que já continham um bate-papo com o envio de mensagens instantâneas. Já no ano de 2002 surgiu o *Friendster*, o *MySpace* e *LinkedIn*, as primeiras redes interativas reconhecidas como redes sociais. Mas, foi no ano de 2004 que as redes sociais se tornaram populares com a criação do *Orkut*, *Flickr*, *Digg* e

⁷ CASTELLS, Manuel. 2003. p.18.

⁸ LOVELUCK, Benjamin. 2018. p. 166.

⁹ CASTELLS, Manuel. 2016. p.440.

¹⁰ CALAZANS, Janaina de Holanda Costa; LIMA, Cecília Almeida Rodrigues. Sociabilidades virtuais: do nascimento da Internet à popularização dos sites de redes sociais online. In: 9º ENCONTRO NACIONAL DE HISTÓRIA DA MÍDIA, 9, 2013, Ouro Preto. *Anais...* Ouro Preto: UFOP, 2013. p. 1-15. Disponível em: <<http://www.ufrgs.br/alcar/encontros-nacionais-1/9o-encontro-2013/artigos/gt-historia-da-midia-digital/sociabilidades-virtuais-do-nascimento-da-internet-a-popularizacao-dos-sites-de-redes-sociais-online>> Acesso em: 22 out. 2020. p. 10.

¹¹ CASTELLS, Manuel. 2016. p.439

YouTube, as quais obtiveram milhares de adeptos. As redes sociais continuaram a sua expansão, com o surgimento em 2006 do Facebook e do Twitter¹².

De fato, muitas destas redes sociais já não são utilizadas atualmente e muitas outras novas surgiram nos últimos anos. Entretanto, as que seguiram as constantes evoluções da tecnologia, se adaptando de acordo com as demandas da sociedade, continuam com milhares de adeptos.

Com efeito, dados da *International Telecommunication Union* (UTI) revelam que no final de 2018 metade da população mundial era usuária da internet, cerca de 3,9 bilhões de pessoas¹³. Em contrapartida, uma pesquisa realizada pelo *We Are Social* em parceria com *Hootsuite*, atesta no que ano de 2019, 45% da população mundial era usuária de redes sociais, o que soma em torno 3,5 bilhões de pessoas¹⁴.

Estes dados comprovam o uso massivo de redes sociais, que são acessadas principalmente por dispositivos móveis, contabilizando cerca de 3,4 bilhões de pessoas que acessam por estes dispositivos¹⁵. Estas novas tecnologias da informação facilitam o acesso rapidamente e em qualquer lugar, fazendo parte da vida cotidiana de cada internauta, muitas vezes chegando ao ponto de uma integração entre a vida real e a virtual.

Neste contexto, cabe uma análise do objeto central deste trabalho, a prática conhecida como *Sharenting*, quando o uso das redes sociais é feito por adultos, entretanto, estes compartilham fotos de seus filhos, que ainda não atingiram 18 anos de idade e sem a permissão destes. O que acaba por ocasionar um conflito entre o direito à privacidade da criança e a liberdade de expressão dos pais.

2. SHARENTING NO CONTEXTO DE REDES SOCIAIS

Este termo, *Sharenting*, possui seu significado fundado nas palavras da língua inglesa *Share* (compartilhar) e *Parenting* (paternidade) no sentido de que os compartilhamentos são feitos por quem exerce o poder familiar sobre a criança¹⁶. Neste

¹² CALAZANS, Janaina de Holanda Costa; LIMA, Cecília Almeida Rodrigues. 2013. p. 11.

¹³ ITU. International Telecommunication Union. Measuring the Information Society Report 2018. Volume 1. Disponível em: <[¹⁴ WE ARE SOCIAL; HOOTSUITE. Digital 2019 Q4 Global Digital Statshot Report. 2019. Disponível em: <<https://wearesocial.com/blog/2019/01/digital-2019-global-internet-use-accelerates>> Acesso em: 22 out. 2020.](https://www.itu.int/en/ITU-D/Statistics/Pages/publications/misr2018.aspx#:~:text=Executive%20Summary&text=The%20report%20presents%20a%20quantitative,emerging%20trends%20and%20measurement%20issues.&text=The%20analytical%20report%20is%20complemented,the%20ITU%20ICT%20Price%20Basket.> Acesso em: 22 out. 2020. p. 04.</p></div><div data-bbox=)

¹⁵ WE ARE SOCIAL; HOOTSUITE. 2019.

¹⁶ EBERLIN, Fernando Büscher von Teschenhausen. *Sharenting*, liberdade de expressão e privacidade de crianças no ambiente digital: o papel dos provedores de aplicação no cenário jurídico brasileiro. **Rev. Bras. Polít. Públicas**, Brasília, v. 7, n° 3, 2017 p. 255-273. Disponível em: <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP>>. Acesso em: 23 out. 2020. p. 258.

viés, o termo *Sharenting* é usado para descrever o uso exacerbado de adultos nas redes sociais para a postagem de conteúdo baseado em crianças que estão sob sua responsabilidade¹⁷.

De fato, esta é uma realidade muito comum, normalmente envolvendo pais que postam imagens, vídeos ou outros dados pessoais de seus filhos com a intenção de que os amigos e familiares possam acompanhar o crescimento. Todavia, muitas vezes ocorre de os pais começarem as postagens antes mesmo do nascimento da criança, postando imagens das ultrassonografias e até mesmo criando perfis próprios com o nome da criança para postar experiências vivenciadas durante a gravidez e após o nascimento.

Dessa forma, cabe elucidar o significado de dado pessoal, trazido pela Lei nº 13.709/18, conhecida como Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), a qual estabelece em seu artigo 5º, inciso I, que dado pessoal é uma “informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável”¹⁸. Como por exemplo quando os pais postam o nome, a data de nascimento, ou imagens da certidão de nascimento, entre outras informações que quando analisadas em separado ou de forma conjunta é possível identificar a pessoa¹⁹.

Em consequência disso, a empresa de segurança digital AVG, realizou em 2010, uma pesquisa com as mães residentes nos Estados Unidos, Canadá, Reino Unido, França, Itália, Alemanha, Espanha, Austrália, Nova Zelândia e Japão, que revelou que 81% das crianças com menos de 2 anos de idade possuem algum perfil ou algum rastro digital com imagens. Nesta pesquisa, o país que apresentou maior índice foi os Estados Unidos com 92% das crianças e o menor índice foi alcançado pelo Japão com 43%²⁰.

Assim, quando os pais expõem seus filhos nas redes a criança não controla a disseminação destas informações. Mas, diferente é a situação em que os adultos ou adolescentes postam suas informações pessoais nas redes, pois estes estão conscientes do que está sendo postado, mesmo que por vezes não imaginem a dimensão que isto possa atingir²¹.

¹⁷ SHARENTING. In: Online Macmillan Dictionary. 2015. Disponível em: <<https://www.macmillandictionary.com/us/dictionary/american/sharenting>>. Acesso em: 23 out. 2020.

¹⁸ BRASIL, Lei Geral de Proteção de Dados nº 13.709, de 14 de agosto de 2018. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm> Acesso em: 24 out. 2020.

¹⁹ EBERLIN, Fernando Büscher von Teschenhausen. 2017. p. 258.

²⁰ BW, Business Wire. Digital Birth: Welcome to the Online World. 2010. Disponível em: <<https://www.businesswire.com/news/home/20101006006722/en/Digital-Birth-Online-World>>. Acesso em 22 out. 2020.

²¹ STEINBERG, Stacey B. Sharenting: Children's Privacy in the Age of Social Media. **Emory Law Journal**. v. 66. 2017. Disponível em: <<https://scholarlycommons.law.emory.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1094&context=elj>>. Acesso em: 23 out. 2020. p. 846.

Por certo, as redes sociais detêm o potencial de criar um rastro digital sobre as informações postadas desde a infância, podendo afetar a criança somente quando esta chegar à adolescência ou a vida adulta. Por outro lado, alguns pontos positivos surgem quando a situação for observada do ponto de vista dos pais, na medida em que a postagem de imagens, dados, etc, permite uma certa união da família e amigos uma vez que estes poderão interagir nas postagens, dando a sensação de proximidade²².

Todavia, há também certos pontos negativos que afetam tanto o direito à privacidade como a segurança da criança. Na medida em que esta corre o risco de ser exposta indevidamente a diversos fatores como: corretores de dados (empresas que farão o rastreamento e recolhimento dos dados gerados na rede e venderão para outras empresas para que estas possam oferecer produtos de acordo com o perfil do usuário), perfilamento (quando é traçado o perfil comportamental do usuário), *hacking*, rastreamento de reconhecimento facial, pedofilia, pornografia infantil e até mesmo ser vítima de *cyberbullying*²³.

Conforme dados colhidos em 2018 pelo *Pew Research Center*, 59% dos adolescentes Estadunidenses sofrem *cyberbullying*, isso pode representar inúmeros danos na vida de uma criança ou adolescente e a prática de *Sharenting* pode contribuir para o aumento destes danos²⁴. Além disso, apesar de todos os esforços Estaduais e de grandes mídias para que haja um controle sobre a difusão das informações, ainda há uma grande dificuldade em apagar por completo algo que foi compartilhado na rede, formando um rastro digital que impede a próprio exercício do direito ao esquecimento, podendo atingir a criança mesmo depois de adulta²⁵.

Neste mesmo contexto, uma pesquisa do Banco de investimentos, *Barclays*, estima que para 2030 o “‘compartilhamento’ será responsável por dois terços das fraudes de identidade enfrentadas por jovens”. O que ocorre de fato é que os pais não percebem a quantidade de dados pessoais que é gerada a partir das postagens nas redes sociais que aparentemente são inofensivas²⁶.

Em suma, todos estes dados comprovam que o início da vida virtual destas crianças começa antes mesmo do seu nascimento tendo seus dados vinculados à rede

²² STEINBERG, Stacey B. 2017. p. 846.

²³ GARG, Zoya, et al. If you didn't 'Sharent,' Did you even Parent?, *New York Times*, 2019. Disponível em: <<https://www.nytimes.com/2019/08/07/opinion/parents-social-media.html>>. Acesso 24 out. 2020.

²⁴ PEW RESEARCH CENTER. A Majority of Teens Have Experienced Some Form of Cyberbullying. 2018. Disponível em: <<https://www.pewresearch.org/internet/2018/09/27/a-majority-of-teens-have-experienced-some-form-of-cyberbullying/>> Acesso em: 01 nov. 2020.

²⁵ BEZERRA, Arthur Coelho. Os reflexos do Grande Irmão no Admirável Espelho Novo de Black Mirror. In: BRANCO, Sérgio. TEFFÉ, Chiara de. Privacidade em perspectivas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 25-34. p. 26.

²⁶ WALBERT, Meghan Moravcik. 'Sharenting' Now May Lead to Identity Theft Later, *Life Hacker*, 2019. Disponível em: <<https://offspring.lifehacker.com/sharenting-now-may-lead-to-identity-theft-later-1838093590>>. Acesso 24 out. 2020.

pelo restante da vida. Esta situação leva a uma série de questões de caráter jurídico, uma vez que estas postagens ferem o direito à privacidade da criança, na medida em que foi exposta sem a sua permissão. Mas, como se pode falar em permissão em um contexto que as crianças não possuem nem discernimento para isto e que os responsáveis por elas possuem a liberdade de se expressar das redes de forma livre?

3. A PRÁTICA DO SHARENTING E A COALISÃO ENTRE DIREITO À PRIVACIDADE E A LIBERDADE DE EXPRESSÃO

É fato que atualmente vive-se em uma sociedade de vigilância, onde os equipamentos eletrônicos são usados pelos próprios indivíduos como uma forma de controle individual e social²⁷. Nesta realidade, constitui-se uma grande discussão acerca da noção de privacidade e sua dimensão na sociedade informacional.

De forma primária cabe ressaltar que o conceito de privacidade foi se modificando juntamente com o avanço das novas tecnologias da informação, principalmente com o desenvolvimento da internet, de forma a não restringir-se somente a noção clássica de vida privada e às características relacionados à individualidade do sujeito contrastante a interferências exteriores. Sendo assim, a noção de privacidade direcionou-se ao controle do uso de informações pessoais, que atualmente são facilmente distribuídas a milhares de sujeitos, diferentemente de épocas anteriores²⁸.

Desse modo, na visão de WESTIN

Privacidade é a reivindicação de indivíduos, grupos ou instituições para determinar por si próprios quando, como, e até que ponto as informações sobre eles são comunicadas a terceiros. [...]. O desejo individual de privacidade nunca é absoluto, pois a participação na sociedade é um desejo igualmente poderoso. Assim, cada indivíduo está continuamente envolvido em um processo de ajuste pessoal no qual equilibra o desejo de privacidade com o desejo de divulgação e comunicação de si mesmo aos outros, à luz de condições ambientais e normas sociais estabelecidas pela sociedade em que vive. O indivíduo faz isso em face das pressões da curiosidade de outros e dos processos de vigilância que cada sociedade põe em ordem para fazer cumprir suas normas sociais.²⁹ [tradução nossa].

²⁷ BEZERRA, Arthur Coelho. 2018. p. 28.

²⁸ MACHADO, Joana de Moraes Souza. A expansão do conceito de privacidade e a evolução na tecnologia de informação com o surgimento dos bancos de dados. *Revista da AJURIS*, Rio Grande do Sul, v. 41, nº 134, 2014, p. 337-363. Disponível em: <<https://egov.ufsc.br/portal/conteudo/expans%C3%A3o-do-conceito-de-privacidade-e-evolu%C3%A7%C3%A3o-na-tecnologia-de-informa%C3%A7%C3%A3o-com-o-surgimento>>. Acesso em: 29 out. 2020.

²⁹ WESTIN, Alan. *Privacy and Freedom*, New York: Ig Publishing, 1967. p. 07.

Em consequência disso, as pessoas estão inseridas em um contexto onde a prática de vigilância não é feita apenas por governos totalitários que buscam atingir seus interesses. Mas, é feita também em Estados democráticos, entre as próprias pessoas, umas sobre as outras como forma de fazer cumprir sua participação social. Ademais, as próprias mídias incentivam o desenvolvimento da curiosidade e desejo sobre os atos de vigilância de um indivíduo sobre o outro³⁰. Esta concepção também se aplica a prática de *Sharenting*, onde os pais movidos pela vontade de inserção na sociedade e desejo de divulgar aos outros os melhores momentos de suas vidas, divulgam imagens, informações e dados sobre seus filhos ainda crianças.

Cabe ressaltar que o direito à privacidade é reconhecido, em âmbito mundial, pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, a qual enuncia em seu artigo 12 que “Ninguém será sujeito à interferência em sua vida privada, em sua família, em seu lar ou em sua correspondência, nem a ataque à sua honra e reputação. Todo ser humano tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques”³¹. Além disso, este direito também está assegurado no Brasil, como um direito fundamental, por meio da Constituição Federal de 1988, que prevê em seu artigo 5º, inciso X “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”³².

Com efeito, a previsão constitucional se estende também a preservação da vida privada, bem como da intimidade, à inviolabilidade da correspondência, do domicílio e das comunicações, conforme preconiza no artigo 5º, inciso XII: “é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas [...]”. Do mesmo modo, o Código Civil apresenta em seu artigo 21, que “a vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma”³³, o que ressalta a privacidade como um direito de personalidade, que visa a inviolabilidade de dados pessoais³⁴.

Neste contexto de privacidade como um direito e de busca de preservação deste por meio de todo este arcabouço jurídico, se insere a discussão acerca da privacidade das crianças, quando os pais postam suas informações na rede. De fato, uma grande

³⁰ BEZERRA, Arthur Coelho. 2018. p. 30.

³¹ ONU, Organização das Nações Unidas. Declaração Universal dos Direitos Humanos. Assembleia Geral das Nações Unidas. 1948. Disponível em < <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>>. Acesso em: 31 out. 2020.

³² 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: 29 out. 2020.

³³ BRASIL. Código Civil. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Brasília, DF: Senado Federal, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 29 out. 2020.

³⁴ EBERLIN, Fernando Büscher von Teschenhausen. 2017. p. 262.

quantidade de informações é lançada na rede desde a infância e continuam ativas durante toda a vida, podendo ser acessadas tanto pela própria pessoa que as disponibilizou como também por terceiros. Em consequência disso, pode haver a violação do direito de imagem da criança, bem como de sua intimidade e vida privada.

Neste sentido, a Lei 8.069/90, conhecida como Estatuto da Criança e do Adolescente, prevê em seu artigo 17 “O direito ao respeito consiste na inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral da criança e do adolescente, abrangendo a preservação da imagem, da identidade, da autonomia, dos valores, ideias e crenças, dos espaços e objetos pessoais.” Nesta mesma esteira estabelece-se o artigo 18, o qual, prediz “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.”³⁵

Isto tudo demonstra que a visão de privacidade tida pelos pais hoje se diferenciara da ideia de privacidade que os filhos desenvolverão na idade adulta, podendo a criança vir a desaproveitar a exposição realizada durante sua infância. Todavia, cumpre destacar que a solução para a preservação deste direito não está ligada a proibição absoluta deste tipo ação, haja vista que cumpre aos pais o direito e o dever de cuidado de seus filhos e, portanto, de decidir o que cumpre o melhor interesse destes. Além disso, os pais possuem a liberdade de expressar-se livremente mesmo que isto implique no compartilhamento de dados pessoais de seus filhos³⁶.

De fato, no Brasil a Lei nº 12.965/14, conhecida como Marco Civil da Internet prevê em seu artigo 8º “A garantia do direito à privacidade e à liberdade de expressão nas comunicações é condição para o pleno exercício do direito de acesso à internet”³⁷. Além disso, assim como a privacidade, a liberdade de expressão também é um direito fundamental previsto na Constituição Federal brasileira, em seu artigo 5º, inciso IV “é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato” e reafirmado no artigo 220 da mesma Constituição que preceitua: “A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição”³⁸.

Neste sentido, cabe destacar que a noção de liberdade esta ligada a administração consciente dos recursos que são necessários para a realização da

³⁵ BRASIL. Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Planalto, Brasília, DF, 1990. Disponível em: <>. Acesso em: 29 out. 2020.

³⁶ EBERLIN, Fernando Büscher von Teschenhausen. 2017. p. 259-261.

³⁷ BRASIL, Lei Nº 12.965, de 23 de abril de 2014. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Planalto, Brasília, DF, 2014. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm>. Acesso em: 29 out. 2020.

³⁸ BRASIL, 1988.

satisfação pessoal. Assim, para que haja liberdade, a satisfação do sujeito deve ser alcançada e tudo o que impede esse alcance é contrário a liberdade. Porém, a responsabilidade deve nortear qualquer ato de liberdade, incluindo a liberdade de expressão³⁹.

Dessa forma, quando este direito à liberdade de expressão é exercido na internet, outras pessoas podem vir a ser afetadas quando há a divulgação de seus dados pessoais, especialmente as crianças quando ocorre a prática de *Sharenting*. Nesse sentido, visando proteger os dados pessoais de crianças e adolescentes, o Brasil trouxe através da LGPD, uma regulamentação que proíbe a coleta indevida dos dados pessoais destas, seja no ambiente físico ou virtual.

Sendo assim, o artigo 14 da LGPD prevê que os dados pessoais deverão ser tratados de acordo com o melhor interesse da criança⁴⁰. Esta visão, está em consonância com a proteção integral da criança e do adolescente, prevista no artigo 227 da Magna Carta de 1988, que prediz

É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.⁴¹

Isto posto, fica clara a necessidade de proteção sobre crianças e adolescentes, tanto na esfera física como na virtual. Em consequência disso, no que diz respeito a prática do *Sharenting* uma medida que poderia ser tomada pelos pais para que não houvesse colisão entre a privacidade e a liberdade de expressão seria colher o consentimento do filho antes de fazer a postagem. Porém, como visto muitos compartilhamentos são feitos antes mesmo que a criança tenha dois anos de idade e, portanto, não há como está dar o seu consentimento.

Vale ressaltar, que a LGPD segue também as diretrizes do Estatuto da criança e do adolescente. Deste modo, de acordo com o artigo 2º do Estatuto, criança é pessoa que possui até 12 anos incompletos enquanto que o adolescente é quem possui 12 anos completos até 18 anos. Assim, o parágrafo 1º do artigo 14 ressalta: “o tratamento de dados pessoais de crianças deverá ser realizado com o consentimento específico e em destaque dado por pelo menos um dos pais ou pelo responsável legal”⁴².

³⁹ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, São Paulo, Malheiros Editores, 34ª. ed., 2011. p. 243.

⁴⁰ BRASIL, 2018.

⁴¹ BRASIL, 1988.

⁴² BRASIL, 1990.

Isto demonstra que no Brasil, não há que se falar em consentimento da criança (até os 12 anos), haja vista a vulnerabilidade e ausência de maturidade desta. Neste sentido, cabe aos pais a responsabilidade de decidir o que é melhor para o interesse de seus filhos. Logo, os pais é que devem decidir também em relação as postagens e compartilhamentos feitos sobre seus filhos, uma vez que estes ainda não possuem discernimento para decidir. Assim, conforme ressalta Steinberg os “pais agem como guardiões das informações pessoais de seus filhos e narradores de suas histórias pessoais”⁴³.

Em suma, quando o objeto gira entorno da pratica de *Sharenting*, desenha-se um conflito entre o direito fundamental a liberdade de expressão dos pais e o direito fundamental à privacidade da criança no ambiente digital. Todavia, para solver este embate, não há outro modo previsto na legislação brasileira a não ser a observância de cada caso em concreto de forma a priorizar o superior interesse da criança⁴⁴.

No entanto, algumas medidas que os pais podem tomar em relação a proteção virtual de seus filhos, como conhecer as políticas de privacidade dos sites em que compartilham as informações, procurar não revelar a identidade da criança quando for fazer alguma postagem, pedir permissão a elas antes de publicar, quando estas já puderem compreender a situação e jamais publicar imagens destas vestindo pouca roupa. Há também outras opções como criar alertas que avisem quando o nome da criança for buscado no Google e antes de compartilhar qualquer informação avaliar se este compartilhamento pode gerar algum efeito negativo sobre o bem-estar e desenvolvimento da criança ou do adolescente⁴⁵.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com o surgimento das novas tecnologias da informação e com a explosão e posterior popularização da internet, a transferência de informações passou a tomar grandes proporções e a atingir um grande número de usuários, formando uma verdadeira rede. Consequentemente, a comunicação entre as pessoas tornou-se mais fácil e com o passar do tempo, necessária.

A partir deste panorama a vida humana começou a se pautar por meio do uso do ambiente virtual, de forma a mesclar-se com o mundo real. Sendo assim, os serviços virtuais de entretenimento e comunicação ganharam força, formando redes sociais

⁴³ STEINBERG, Stacey B. 2017.p. 839. [tradução nossa].

⁴⁴ EBERLIN, Fernando Büscher von Teschenhausen. 2017. p. 264.

⁴⁵ STEINBERG, Stacey B. 2017.p. 867-882.

onde as pessoas passaram a relatar toda sua vida de modo a compartilhar um emaranhado de informações e dados, visíveis a milhares de pessoas.

Neste cenário se constrói o *Sharenting* a prática dos pais em compartilhar informações e dados pessoais sobre seus filhos ainda quando crianças ou até mesmo antes de nascer. Esta prática, traz uma série de embates jurídicos pois, na medida em que a criança tem o direito fundamental a privacidade, seus pais tem o direito fundamental a liberdade de expressar-se nas redes e compartilhar o que melhor lhes aprouver.

De fato, esta prática ocorre com demasiada frequência, sendo que o maior índice de exposição da criança se dá antes mesmo dos dois anos de idade. Consequentemente, este ato pode desencadear uma série de violações aos direitos da criança, principalmente de sua privacidade, expondo-a a vários riscos de ordem física e psicológica que podem a perseguir durante a sua infância até sua vida adulta.

Neste sentido, os pais são os principais responsáveis pelos cuidados com os filhos e a grande maioria não possui uma noção de todos estes riscos. Portanto, cabe conscientizar os pais, através de campanhas nas próprias redes sociais para que estes possam conhecer os riscos e adotar medidas mínimas de cuidado que antes eram desconhecidas.

Por fim, nesta colisão entre privacidade e liberdade de expressão, não cabe proibir os pais de compartilharem, mas, cabe sempre ressaltar as medidas necessárias para que de acordo com o caso em concreto se cumpra o melhor interesse da criança. Uma vez que esta possui proteção integral que deve ser garantida pela família, sociedade e estado.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

BEZERRA, Arthur Coelho. Os reflexos do Grande Irmão no Admirável Espelho Novo de Black Mirror. In: BRANCO, Sérgio. TEFFÉ, Chiara de. Privacidade em perspectivas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 25-34.

BRASIL. Código Civil. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Brasília, DF: Senado Federal, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 29 out. 2020.

_____. 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: 29 out. 2020.

_____, Lei Geral de Proteção de Dados nº 13.709, de 14 de agosto de 2018. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm> Acesso em: 24 out. 2020.

_____. Lei Nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Planalto, Brasília, DF, 1990. Disponível em: <>. Acesso em: 29 out. 2020.

_____, Lei Nº 12.965, de 23 de abril de 2014. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Planalto, Brasília, DF, 2014. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm>. Acesso em: 29 out. 2020.

BW, Business Wire. Digital Birth: Welcome to the Online World. 2010. Disponível em: <<https://www.businesswire.com/news/home/20101006006722/en/Digital-Birth-Online-World>>. Acesso em 22 out. 2020.

CALAZANS, Janaina de Holanda Costa; LIMA, Cecília Almeida Rodrigues. Sociabilidades virtuais: do nascimento da Internet à popularização dos sites de redes sociais online. In: 9º ENCONTRO NACIONAL DE HISTÓRIA DA MÍDIA, 9, 2013, Ouro Preto. *Anais...* Ouro Preto: UFOP, 2013. p. 1-15. Disponível em: <<http://www.ufrgs.br/alcar/encontros-nacionais-1/9o-encontro-2013/artigos/gt-historia-da-midia-digital/sociabilidades-virtuais-do-nascimento-da-internet-a-popularizacao-dos-sites-de-redes-sociais-online>> Acesso em: 22 out. 2020.

CASTELLS, Manuel. **A galáxia da internet: reflexões sobre a internet, os negócios e a sociedade**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003.

_____, Manuel. **A sociedade em rede**. Tradução de Roneide Venancio Majer. São Paulo: Paz e Terra, 2016. v. 1. (A era da informação: economia, sociedade e cultural).

EBERLIN, Fernando Büscher von Teschenhausen. Sharenting, liberdade de expressão e privacidade de crianças no ambiente digital: o papel dos provedores de aplicação no cenário jurídico brasileiro. **Rev. Bras. Polít. Públicas**, Brasília, v. 7, nº 3, 2017 p. 255-273. Disponível em: <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP>>. Acesso em: 23 out. 2020.

GARG, Zoya, et al. If you didn't 'Sharent,' Did you even Parent?, New York Times, 2019. Disponível em: <<https://www.nytimes.com/2019/08/07/opinion/parents-social-media.html>>. Acesso 24 out. 2020.

ITU. International Telecommunication Union. Measuring the Information Society Report 2018. Volume 1. Disponível em:<<https://www.itu.int/en/ITU-D/Statistics/Pages/publications/misr2018.aspx#:~:text=Executive%20Summary&text=The%20report%20presents%20a%20quantitative,emerging%20trends%20and%20measurement%20issues.&text=The%20analytical%20report%20is%20complemented,the%20ITU%20ICT%20Price%20Basket.>> Acesso em: 22 out. 2020.

LOVELUCK, Benjamin. **Redes, liberdade e controle: uma genealogia política da internet**. Tradução de Guilherme João de Freitas Teixeira. Petrópolis (RJ): Vozes,

2018.

MACHADO, Joana de Moraes Souza. A expansão do conceito de privacidade e a evolução na tecnologia de informação com o surgimento dos bancos de dados. **Revista da AJURIS**, Rio Grande do Sul, v. 41, nº 134, 2014, p. 337-363. Disponível em: <<https://egov.ufsc.br/portal/conteudo/expans%C3%A3o-do-conceito-de-privacidade-e-evolu%C3%A7%C3%A3o-na-tecnologia-de-informa%C3%A7%C3%A3o-com-o-surgimento>>. Acesso em: 29 out. 2020.

ONU, Organização das Nações Unidas. Declaração Universal dos Direitos Humanos. Assembleia Geral das Nações Unidas. 1948. Disponível em <<https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>>. Acesso em: 31 out. 2020.

PEW RESEARCH CENTER. A Majority of Teens Have Experienced Some Form of Cyberbullying. 2018. Disponível em: <<https://www.pewresearch.org/internet/2018/09/27/a-majority-of-teens-have-experienced-some-form-of-cyberbullying/>> Acesso em: 01 nov. 2020.

SHARENTING. In: Online Macmillan Dictionary. 2015. Disponível em: <<https://www.macmillandictionary.com/us/dictionary/american/sharenting>>. Acesso em: 23 out. 2020.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, São Paulo, Malheiros Editores, 34^a. ed., 2011.

STEINBERG, Stacey B. Sharenting: Children's Privacy in the Age of Social Media. **Emory Law Journal**. v. 66. 2017. Disponível em: <<https://scholarlycommons.law.emory.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1094&context=elj>>. Acesso em: 23 out. 2020.

WALBERT, Meghan Moravcik. 'Sharenting' Now May Lead to Identity Theft Later, **Life Hacker**, 2019. Disponível em: <<https://offspring.lifehacker.com/sharenting-now-may-lead-to-identity-theft-later-1838093590>>. Acesso 24 out. 2020.

WE ARE SOCIAL; HOOTSUITE. Digital 2019 Q4 Global Digital Statshot Report. 2019. Disponível em: <<https://wearesocial.com/blog/2019/01/digital-2019-global-internet-use-accelerates>> Acesso em: 22 out. 2020.

WESTIN, Alan. **Privacy and Freedom**, New York: Ig Publishing, 1967.

GT 7 - CRIAÇÃO DO DIREITO PARA OS ESPAÇOS VIRTUAIS

Objetivos: Frente à evolução tecnológica, nas últimas décadas notou-se uma crescente incapacidade de direito, em sua vertente dogmática, em acompanhar as novas demandas surgidas em decorrência dos espaços virtuais socialmente produzidos. Tais espaços restam configurados, entre outros, no âmbito das relações interpessoais e interorganizados (redes sociais), na seara contratual, na esfera eleitoral e política, no âmbito econômico (criptoativos) e como impulsionador do processo de criação de estruturas jurídicas difusas. Tal fenômeno reclama observações capazes de possibilitar o desenvolvimento de um discurso jurídico voltado à complexidade, à multilateralidade e à globalidade de novos espaços virtuais.

GT 8 – CONSTITUCIONALISMO, DEMOCRACIA E NEONACIONALISMO

Objetivos: Em decorrência da fragilidade das instituições democráticas atuais e em decorrência dos novos espaços globalizados, que acabam por criar uma gama de indivíduos ressentidos contra o fenômeno da mundialização da economia, do Direito e da política, nos últimos anos assistiu-se o ressurgimento de um nacionalismo que acaba por ser contrário às conquistas constitucionais histórica com ideias extremistas xenófobas, racistas, misóginas, etc. Não cabe dúvida que dito fenômeno de retrocesso merece a devida atenção. Os valores do constitucionalismo e da democracia devem ser reforçados e estudados como contraponto dos retrocessos de Direitos que visam o advento de posturas reacionárias.

DO CONSTITUCIONALISMO AO CONSTITUCIONALISMO ABUSIVO: E A DEMOCRACIA?¹

FROM CONSTITUTIONALISM TO ABUSIVE CONSTITUTIONALISM: AND DEMOCRACY?

Elys Marina Hack²

Liton Lanes Pilau Sobrinho³

Vanessa Ramos Casagrande⁴

Resumo

Entre tantas lutas travadas pela humanidade em busca de um texto constitucional que refletisse os direitos conquistados à duras penas, vê-se que regimes autoritários encontraram meios mais discretos de tomar e se manter no poder. O presente artigo pretende analisar o movimento do constitucionalismo, dos movimentos pendulares que a democracia tem sofrido, e o constitucionalismo abusivo. Ao fim, conclui-se que apenas uma sociedade bem-informada e verdadeiramente educada pode resolver o problema que constitucionalistas do mundo todo se debruçam em estudos.

Palavras-chave: Constitucionalismo. Constitucionalismo Abusivo. Democracia. Direito Constitucional.

Abstract

Among so many struggles waged by humanity in search of a constitutional text that would reflect hard-won rights, authoritarian regimes have found more discreet ways to take and stay in power. This paper intends to analyze the movement of constitutionalism, the pendulum movements that democracy has undergone, and abusive constitutionalism. In the end, it concludes that only a well-informed and truly educated society can solve the problem that constitutionalists around the world are delving into studying.

Keywords Constitutionalism. Abusive Constitutionalism. Democracy. Constitutional law.

¹ Artigo Científico produzido para aprovação na disciplina “Direito, Estado e Constituição” do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Passo Fundo/RS, no ano de 2021.

² Mestranda em Direito na Universidade de Passo Fundo (UPF). Bolsista UPF. Advogada. Bacharela em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade de Passo Fundo (UPF). E mail: 159848@upf.br.

³ 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.

⁴ Mestranda em Direito na Universidade de Passo Fundo (UPF). Bolsista CAPES. Advogada. Graduada em Direito pela Universidade do Planalto Catarinense (UNIPLAC). E mail: vanessarcasagrande@hotmail.com.

INTRODUÇÃO

Com o passar dos anos e fatos históricos, a humanidade percebeu a importância da democracia, do poder do povo, percebeu-se que o poder vem do povo, e que este mesmo povo possui poder de decisão e de influência nos rumos de seu país.

A humanidade aprendeu que os horrores do autoritarismo podem nos levar à grandes tragédias humanitárias. Já existe alguma consciência de que criar distinções entre pessoas e religiões, cores, ou gênero gera um risco enorme e nos conduz ao contrário da ideia de evolução humana.

Hoje, ao mesmo tempo em que um indivíduo comete uma injustiça, um crime de racismo ou xenofobia, outros tantos erguem-se para apontar o erro e mobilizar-se pela reparação. Há um inegável movimento de conscientização das massas

Então, como ainda é possível que as sociedades convivam com regimes totalitários e ideias totalitárias? Em que momento os indivíduos se perdem em seus próprios ideais e se percebem enredados por situações não pretendidas?

De que forma regimes totalitários tomam o poder e fazem com que sociedades inteiras - com o apoio de muitos - convivam exatamente com tudo aquilo que o ideário social repudiava?

Por fim, o presente trabalho pretende analisar tais questionamentos, apoiado em doutrinadores que, avaliando o cenário atual, e confrontando com toda a história, identificam o momento em que os objetivos do povo são utilizados contra ele próprio para impor um regime que em nada se assemelha ao que o povo pretendia.

1. DOS MOVIMENTOS DO CONSTITUCIONALISMO

É possível afirmar que as primeiras manifestações de Constitucionalismo são encontradas na Antiguidade (4.000 a. C. a 476 d. C.), passando pela Magna Carta de 1215 no período do Constitucionalismo Medieval da Idade Média (276 a 1.453 d. C.), bem como pela *Petition of Rights* (1628), o *Bill of Rights* (1689), as Constituições da Córsega (1755), dos Estados Unidos da América (1787), a Constituição da França (1791), estas já no Constitucionalismo na Idade Moderna (1453 a 1789), chegando ao Constitucionalismo Contemporâneo, também denominada por alguns de “Neoconstitucionalismo”, o qual tem como marcos importantes a Constituição Alemã de 1949 e a Constituição da Itália de 1947⁵.

⁵ NUNES JUNIOR, Flavio Martins Alves. **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p.

Estas duas últimas são fruto do pós-positivismo, movimento surgido após a Segunda Guerra Mundial. O que se pretendia fundamentalmente era a proteção dos direitos fundamentais, preservando direitos humanos e protegendo os povos contra a arbitrariedade das leis.

Este neoconstitucionalismo visou superar o conflito e a dicotomia entre o positivismo e o jusnaturalismo. Nas palavras de Luís Roberto Barroso:

em busca de objetividade científica, o positivismo equiparou o Direito à lei, afastou-se da filosofia e de discussões como legitimidade e justiça e dominou o pensamento jurídico da primeira metade do século XX. Sua decadência é emblematicamente associada à derrota do fascismo na Itália e do nazismo na Alemanha, regimes que promoveram a barbárie sob a proteção da legalidade. Ao fim da 2ª Guerra, a ética e os valores começaram a retornar ao Direito.⁶

Buscou-se, assim, a reaproximação entre direito e moral, direito e ética, e o direito e a justiça. Ainda neste movimento, fica evidente o caráter de força normativa da Constituição, conforme ensina Konrad Hesse⁷.

A Constituição deixa de ter apenas normas programáticas, passando a ter normas vinculativas e obrigatórias, conforme afirmou Luís Roberto Barroso:

Uma das grandes mudanças de paradigma ocorridas ao longo do século XX foi a atribuição à norma constitucional do *status* de norma jurídica. Superou-se, assim, o modelo que vigorou na Europa até meados do século passado, no qual a Constituição era vista como um documento essencialmente político, um convite à atuação dos Poderes Públicos.⁸

A Constituição deve trazer o estado espiritual do tempo em que é feita, pois assim se torna adequada e justa e conta com o apoio e a defesa da consciência geral.⁹ Somente sendo adequada ao seu tempo e às expectativas populares pode-se despertar essa “vontade de Constituição” e, aí sim, haverá a pretendida força normativa da Constituição.

No Brasil, este movimento pode ser percebido com a Constituição Federal de 1988 que, apesar de compreensível resistência, conseguiu trazer o avanço necessário ao país.

31-73.

⁶ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

⁷ NUNES JUNIOR, Flavio Martins Alves. **Curso de Direito Constitucional**. p. 68.

⁸ BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito** (O Triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil). Disponível em: www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf. Acesso em 06 out. 2021.

⁹ HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991.

Nos países da América do Sul, não é demais lembrar das observações feitas pelos constitucionalistas Roberto Viciano Pastor e Rubén Martínez Dalmau, professores na Universidade de Valência, acerca de um novo movimento por eles identificado e denominado como Constitucionalismo Latino-Americano que se diferencia do Constitucionalismo até aqui observado.

Consubstanciando-se em um movimento que se apoia nas reivindicações e manifestações populares, e que pretende a participação política de grupos até então não participantes do cenário político.¹⁰ Há uma maior busca pela legitimação democrática.

Estes movimentos com maior participação popular, por vezes, criam espaço para governos populistas, que em seus discursos parecem atender aos anseios do povo. É neste ponto que se passa à análise dos movimentos pendulares que as democracias têm sofrido ao longo dos anos, avançando e retrocedendo.

2. DOS MOVIMENTOS PENDULARES

O jogo de abuso e tentativa de tomada de poder possui insidiosos meios de agir e se infiltrar no ideário popular. Há muito que pretensos candidatos e governantes se utilizam do poder do próprio povo para adentrar no governo e lá se manter, subjugando aqueles que lá os colocaram.

Não é demais lembrar que Hitler ingressou no poder tendo o apoio popular. O mesmo aconteceu com Getúlio Vargas que, após longo período de hiato constitucional, utilizou-se do argumento de ameaça do Comunismo para manter-se no poder.

A já conhecida estratégia de inflar o povo enfeitando-o com a ideia de quão poderoso é, mostrar-lhe o quanto pode e, em seguida dizer que os instrumentos disponíveis estão aquém do que merecem não são apenas praticados atualmente.

Veja-se, por exemplo, o governador do Alabama George Wallace, candidato à Presidência dos Estados Unidos nos anos de 1968 e 1972, que incitando a violência e o ódio, num discurso de racismo, vitimização, ódio econômico da classe econômica trabalhadora branca alcançou 40% de aprovação dos norte-americanos afirmando que a coisa mais poderosa do que a Constituição é o povo, e que, portanto, poderia abolir a Constituição, caso quisesse¹¹.

¹⁰ PASTOR, Roberto Viciano; DALMAU, Rubén Martínez. **A constituição democrática: entre o neoconstitucionalismo e o novo constitucionalismo**. [artigo científico]. In: Revista Brasileira de Políticas Públicas, v. 9, n.2. 2019. Disponível em: <https://www.publicacoes.uniceub.br/RBPP/article/view/6079>. Acesso em 7 ago. 2021.

¹¹ LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. (trad. Renato Aguiar). **Como as democracias morrem**. Rio de Janeiro: Zahar, 2018, p. 44.

Dentro desse jogo aparentemente mais democrático, o discurso de que “o povo é quem detém o poder” pode ser excessivamente traiçoeiro, uma vez que se derruba uma Constituição com o apoio popular, e o que vem depois disso é a mais evidente demonstração de vulnerabilidade deste mesmo povo.

A outra faceta deste comportamento é demonstrar o quanto o povo possui o poder de decisão e em seguida impingir-lhe medo de alguma ameaça iminente, despertando um irracional comportamento de autodefesa. A democracia corre grande risco quando as pessoas passam a ver opositores como inimigos ou representantes da ameaça alertada, pois assim se tornam dispostos a aderir à comportamentos e posturas que antes não admitiriam.

É como se se passasse a “nivelar por baixo” as expectativas do que é bom, visando evitar um cenário imaginário que parece pior. Alexander Hamilton, na obra *O Federalista*, temia uma presidência eleita pelo voto popular, pois o povo pode ser facilmente capturado por aqueles que jogam com o medo e a ignorância para ganhar as eleições e, em seguida, governam como tiranos.

Em sua obra ele escreveu que “entre os homens que subverteram a liberdade das repúblicas, a maioria começou carreira cortejando obsequiosamente o povo; começaram demagogos e terminaram tiranos”¹².

Embora haja quem diga que Churchill alertara que a “democracia é o pior dos regimes, com exceção de todos os demais”, a democracia traz uma liberdade necessária e perigosa. O mesmo povo detentor do poder é aquele que o entrega a quem está predisposto ou possui tendência a usurpá-lo.

Se em 1990 Alberto Fujimori não tinha sequer intenção de concorrer à Presidência do Peru, a verdade é que o povo desamparado o alçou ao cargo mais alto do Executivo, e ele, uma vez lá, iniciou um cabo de guerra com Judiciário e Legislativo, os atacou, e após diversos atos antidemocráticos, em 5 de abril de 1992 comunicou em rede nacional que estava dissolvendo o Congresso e a Constituição.

Mesmo Hugo Chávez, em 1998 eleito presidente da Venezuela, era tido como um remédio eficaz contra uma democracia doente. Se em 1999 contou com o apoio popular para realizar nova Assembleia Constituinte, e teve igualmente vitória nas eleições de 2000, já em 2003 iniciou sua caminhada rumo ao autoritarismo após ver enfraquecido seu apoio público e, finalmente em 2006 perdeu o verniz democrático quando fechou uma importante emissora de televisão e passou a controlar a mídia para garantir as vitórias de 2012 e 2014.

¹² LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. (trad. Renato Aguiar). **Como as democracias morrem**. p.47.

Fato é que a democracia exige maleabilidade que tiranos não detêm e, assim, ao serem confrontados, fazem despertar o autoritarismo que lhes é característico. É o que dizem Levitsky e Ziblatt:

A democracia é um trabalho árduo. Enquanto negócios familiares e esquadrões de exércitos podem ser governados por ordens, democracias exigem negociações, compromissos e concessões. Reveses são inevitáveis, vitórias são sempre parciais. Iniciativas presidenciais podem morrer no Congresso ou ser bloqueadas por tribunais. Todos os políticos se veem frustrados por essas restrições, mas os democráticos sabem que têm de aceitá-las. Eles são capazes de vencer a torrente constante de críticas. Para os outsiders, porém, sobretudo aqueles com inclinações demagógicas, a política democrática é com frequência considerada insuportavelmente frustrante. Para eles, freios e contrapesos são vistos como uma camisa de força. Como o presidente Fujimori, que não tinha estômago para a ideia de ter de almoçar com líderes do Senado toda vez que quisesse aprovar uma lei, os aspirantes e autoritários têm pouca paciência com o dia a dia da política da democracia. E, como Fujimori, querem se libertar¹³.

Porém, foi somente com a usurpação do poder do Congresso em 2017, por uma Assembleia Constituinte unipartidária, que a Venezuela passou a ser reconhecida como uma autocracia¹⁴. É também de se mencionar o primeiro-ministro italiano Silvio Berlusconi, que denominava como “comunistas” todos que fizessem oposição¹⁵.

Da mesma forma, com Rafael Correa no Equador em 2007, que venceu as eleições por força do descrédito do sistema político vigente, ameaçou o Congresso de dissolução, conseguiu um referendo para uma Assembleia Constituinte e alterou unilateralmente os termos do referendo¹⁶.

Resta evidente, então, que as democracias pararam de ser mortas na mira de um canhão. Hoje elas correm risco ao apagar das luzes, com a utilização de métodos mais sutis, mas com o mesmo poder letal.

3. CONSTITUCIONALISMO ABUSIVO

Passados os horrores da guerra, em momentos diferentes a população passou a ver e se expressar de modo diferente. Quando nos Estados Unidos de 1968 explodiu a calamidade de Chicago, alimentada pela Guerra do Vietnã e os assassinatos de Martin Luther King Jr. e Robert Kennedy, a única alternativa possível foi a abertura do, até então, fechado processo de indicação presidencial. Entendeu-se que “A cura para os

¹³ LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. (trad. Renato Aguiar). **Como as democracias morrem**. p.80.

¹⁴ LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. (trad. Renato Aguiar). **Como as democracias morrem**. p. 44.

¹⁵ LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. (trad. Renato Aguiar). **Como as democracias morrem**. Rio de Janeiro: Zahar, 2018, p. 44.

¹⁶ LANDAU, David, Abusive Constitutionalism (April 3, 2013). 47 UC Davis Law Review 189 (2013), FSU College of Law, Public Law Research Paper No. 646, p. 206

males da democracia é mais democracia.”¹⁷

Não se nega a necessidade e a importância desta abertura democrática. É inquestionável a urgência de um povo mais participativo, ciente de seus direitos e fiscalizador. Aliás, é o que Ferrajoli denomina de “autocracia eletiva”¹⁸ que se pretende evitar, onde o povo participa omissos das competições eleitorais.

Entretanto, na mesma obra, ele alerta para a interferência exagerada do mercado financeiro que tudo domina e derruba o papel do governo na economia; tornando impermeável a política atual às demandas coletivas¹⁹.

É sobre esta impermeabilidade que se faz necessário o alerta: O mercado financeiro possui indiscutível poder de convencimento, sedução e envolvimento. É também a partir disso que se multiplicam ferramentas que enredam cidadãos com informação massiva parcial e notícias tendenciosas. Surge um povo falsamente conhecedor de seus direitos, que talvez esteja até mais vulnerável do que aquele que nada sabe e de tudo desconfia.

Se “uma mentira repetida várias vezes torna-se verdade” pode-se somar informações distorcidas com boas doses de medo ao monstro desconhecido e pronto, tem-se uma quantidade considerável de indivíduos desesperados transformados em soldados, pronto para a guerra, muitas vezes, imaginária.

A partir deste momento, o desdobramento lógico é a “eleição de um salvador da pátria” que tudo pode e jamais é questionado. Em verdade, qualquer um que o questione recebe um alvo reluzente em suas costas.

No afã de se ver protegido contra o tal monstro, o povo entrega ao salvador da pátria poder e apoio inquestionável, até mesmo para modificar garantias históricas conquistadas com muita luta e sangue.

Surgem as pequenas modificações em textos constitucionais, por exemplo. Modifica-se paulatinamente, questiona-se, condena-a e, em alguns casos, derruba-a. O povo que nada questionava, mas acreditava-se no comando, é surpreendido.

Na obra “Como as democracias morrem” fica evidente o enfraquecimento da população. Independente do ingresso em discussões sobre quão democráticos foram ou são os governos Trump ou Bolsonaro, o alerta importante que o livro traz, e que deve ser considerado a longo prazo, é o quanto as populações são vulneráveis e aceitam ataques frontais à instituições que servem para sua própria proteção.

¹⁷ Democratic National Committee, Mandate for Reform (Washington, DC: Democratic National Committee, abr 19700, p.14. Levintsky p.56.

¹⁸ FERRAJOLI, Luigi (trad. IBÁÑEZ, Perfecto Andrés). **Constitucionalismo más allá del Estado**. Madrid: Trotta, 2018, p 75

¹⁹ FERRAJOLI, Luigi (trad. IBÁÑEZ, Perfecto Andrés). **Constitucionalismo más allá del Estado**. p 75.

Valores como democracia, direito ao voto, busca pela paz não deveriam sequer ser questionados. Então, como populações aceitam e endossam esse tipo de discurso?

Veja-se que na Colômbia em 2002, Venezuela em 1999, Equador em 2007, Bolívia em 2009, Peru em 1990 e Hungria em 2010 os futuros autocratas foram colocados no cargo mais alto com o apoio e crença popular.

Na maioria dos casos, as modificações realizadas ao longo destes governos tiveram reiterado apoio popular por meio de referendos. Assim, questiona-se: onde está o senso crítico deste povo que não percebe as armadilhas que ele mesmo está construindo?

É bem verdade que, como alerta David Landau, hoje as democracias já não estão mais sob ataque com a mira de canhões, mas sim com a utilização de métodos mais discretos, que mantêm a aparência democrática. São alterações com emendas aos textos constitucionais, acordos a portas fechadas e outros mecanismos que não impactam visualmente a sociedade²⁰.

É o que David Landau denomina como Constitucionalismo Abusivo que, em suas palavras, define como “the use of mechanisms of constitutional change in order to make a state significantly less democratic than it was before.”²¹

Estes mecanismos podem ser a emenda constitucional ou a substituição constitucional, mas ambas constituem manobras que visam debilitar a democracia, torná-la mais frágil e mais propensa ao atendimento dos interesses do governante.

David Landau analisa os países conforme o grau de democracia e aponta duas dimensões importantes para análise, sendo a primeira a esfera eleitoral e se os opositores conseguem disputar eleições em igualdade de condições, e a segunda o quanto os direitos dos indivíduos e grupos minoritários são protegidos. Embora esferas aparentemente distintas, Landau alerta que o retrocesso no processo eleitoral acarreta retrocessos nos direitos de uma forma geral.²²

Considerando que, conforme dito, os grandes autoritários da história foram eleitos pelo próprio povo, poderia parecer surpreendente verificar que o padrão comportamental de todos eles foi aumentar o autoritarismo, de forma a garantir que jamais deixariam a posição de poder. A grande diferença é que, atualmente, mantém-se a aparência de democracia, pois as eleições continuam sendo realizadas, e o controle é feito de modo mais sutil.

²⁰ LANDAU, David, *Abusive Constitutionalism*. p. 195.

²¹ LANDAU, David, *Abusive Constitutionalism*., p. 195. Tradução Livre: “o uso de mecanismos de mudança constitucional a fim de tornar um Estado significativamente menos democrático do que antes.”

²² LANDAU, David, *Abusive Constitutionalism*. p. 195

Como Landau mesmo avisa, o alarmante é que diante deste cenário que não encontra limites pela falta de responsabilização vertical e horizontal outros problemas passam a surgir livremente, como a corrupção.²³

Voltando à questão dos graus de democracia apontados por Landau, especificamente no que se refere à igualdade de disputa das eleições, é preciso pontuar que não há igualdade quando os titulares do poder se utilizam da máquina pública para manterem-se no poder.

A utilização da máquina pode se dar com o controle da mídia, uso de recursos públicos para garantia de votos, assédio aos opositores e controle dos mecanismos de responsabilidade horizontal.²⁴ Desta forma, Landau afirma acerca da dominância dos ramos do governo pelas forças policiais:

In these regimes the dominant political actors and forces tend to control not only the branches of government, but also the mechanisms of horizontal accountability that are supposed to check political actors. Thus, institutions like courts, ombudsmen, attorney general's offices, and electoral commissions all tend to be controlled by incumbents.²⁵

E, deste modo, ambas as dimensões de análise dos graus de democracia são atingidas pois, minando a competição eleitoral atinge-se os direitos dos grupos minoritários dentro do sistema, que passa a não ser representado.

E assim, com o caminho livre para ação de autoritários já não importam mais as regras formais concebidas, pois elas serão facilmente contornadas, manipuladas ou desmanteladas.²⁶ Ainda da fala de Landau extrai-se:

Competitive authoritarian regimes tend to possess democratic-looking constitutions with structural features such as the separation of powers, but take informal measures to neutralize the value of these checks. Rulers can appoint friendly judges to courts, and can neutralize judges representing opposing interests by, for example, bribing them or threatening them²⁷.

²³ LANDAU, David, *Abusive Constitutionalism*. p. 200.

²⁴ LANDAU, David, *Abusive Constitutionalism*. p. 200.

²⁵ LANDAU, David, *Abusive Constitutionalism*. p. 200. Tradução Livre: "Nestes regimes os atores e forças políticas dominantes tendem a controlar não apenas os ramos do governo, mas também os mecanismos de responsabilidade horizontal que supostamente devem controlar os atores políticos. Assim, instituições como tribunais, ombudsmen, procuradorias gerais e comissões eleitorais tendem todas a ser controladas pelos titulares. Em vez de servirem como controles independentes do poder governamental, estas instituições estão trabalhando ativamente em nome de seus projetos políticos."

²⁶ LANDAU, David, *Abusive Constitutionalism*. p. 211.

²⁷ LANDAU, David, *Abusive Constitutionalism*. p. 212. Tradução livre: "Regimes autoritários competitivos tendem a possuir Constituições de aparência democrática com características estruturais como a separação de poderes, mas tomam medidas informais para neutralizar o valor desses controles. Os governantes podem nomear juízes amigáveis para os tribunais e podem neutralizar juízes que representam interesses opostos, por exemplo, subornando-os ou ameaçando-os".

Veja-se que o constitucionalismo é fundamental para estes projetos de regimes não mais absolutamente autoritários, mas híbridos. Na Colômbia, Uribe manteve-se no poder com uma reforma constitucional que permitia a reeleição. Na Venezuela de Chavez e no Equador de Rafael Correa foram justamente as novas Constituições que garantiram o fortalecimento do Executivo.

Então, é preciso estar atento que não apenas à defesa da Constituição (como um documento fechado e essencial), mas também cada um de seus artigos, parágrafos e incisos. As artimanhas utilizadas por autoritários passam por discursos entusiasmantes que fazem crer na urgência da alteração, e lá, nas sublinhas está o objetivo real.

A teoria do Constitucionalismo Abusivo, por exemplo, menciona o “empacotamento das cortes”, que é um fenômeno – de certa forma- já utilizado no Brasil. Por aqui, baseou-se na alteração da idade de aposentadoria compulsória, garantindo que o Presidente em exercício não pudesse nomear novos Ministros.

Em seguida, com novo chefe do Executivo, novamente a questão veio à tona com a ideia de novamente alterar a idade de aposentadoria, antecipando-a e assim, fazer com que o Presidente da República tivesse novas cadeiras vagas aptas à nomeação.

A pura e simples alteração na idade de aposentadoria compulsória esconde intenções que nem todo indivíduo é capaz de compreender automaticamente. É nestes insidiosos processos que se esconde o autoritarismo, muitas vezes.

Com cortes compostas, ao menos em sua maioria, por apoiadores do governo, não se pode esperar a fiscalização e reprimenda devida aos excessos cometidos. Outras alterações com máscara de inocência são aquelas que mantêm a separação dos poderes, mas de alguma forma enfraquecem o poder de controle entre os poderes.

O controle da imprensa com regulações mais pesadas também pode ser feito de forma discreta e com aparência de normalidade. Entretanto, o constitucionalismo abusivo se expressa de uma outra forma, ainda mais drástica, que é a substituição constitucional.

Esta substituição constitucional pode ser uma maneira particularmente eficiente para os autoritários se entrincheirarem no poder e superarem a oposição política, pois dá aos atores dominantes a possibilidade de extirpar os grupos de oposição²⁸. “Constitutional change needs to be viewed as a core part of modern authoritarian projects.”²⁹

²⁸ LANDAU, David, Abusive Constitutionalism. p.211.

²⁹ LANDAU, David, Abusive Constitutionalism. p.212 Tradução Livre: “A mudança constitucional precisa ser vista como uma parte central dos projetos autoritários modernos.”

E, neste momento, não é demasiado mencionar que todos os Presidentes da República brasileiros após a Constituição de 1988, em algum momento, mencionaram a necessidade de uma Assembleia Constituinte para que se pudesse fazer uma nova Constituição. Veja-se que independe de a orientação ser de esquerda ou de direita, a Constituição, de alguma forma, obsta alguma manobra que se fazia interessante para aquele governo.

Aliás, não existe uma orientação com propensão em maior ou menor grau à prática do constitucionalismo abusivo. Chavez (Venezuela) e Correa (Equador) são populistas de esquerda, Uribe (Colômbia) é um neoliberal de direito e o partido Fidesz (Hungria) é um movimento nacionalista de direita, e todos tornaram seus regimes significativamente menos democráticos³⁰.

Diante deste cenário, Landau tenta traçar algumas medidas capazes de barrar essa tendência abusiva, e faz a análise em cima de informações do direito comparado e do direito internacional.

Do direito comparado, os estudos realizados por Landau trouxeram análise de possibilidades de controle, mas em geral concluíram que tais mecanismos não conseguem ser tão efetivos contra o Constitucionalismo Abusivo. Em primeiro lugar, ele traz a experiência da Alemanha que, após a Segunda Guerra Mundial, criou a proibição de partidos com tendências a minar ou abolir a ordem democrática³¹.

Embora compreensível a preocupação alemã em fazer esse tipo de controle, a grande demonstração de sua inefetividade é que nos próprios exemplos já mencionados como Colômbia, Venezuela, Hungria, Peru, embora tenham claras demonstrações de Constitucionalismo Abusivo, não tiveram seus regimes autoritários baseados em partidos declaradamente antidemocráticos³².

Então facilmente escapariam desse filtro de controle criado pela Alemanha e, ainda pior, teriam sua atuação questionada pois, não havendo a ameaça clara à segurança democrática, qualquer reação pareceria desproporcional.

Nunca é demais lembrar que todos estes governos iniciaram com imenso apoio popular e qualquer atitude de controle, como o próprio Landau alerta, poderia ser ainda mais desestabilizadora da ordem democrática³³.

A segunda experiência trazida por Landau é a tentativa de criar patamares de emenda escalonados³⁴. Ele até analisa a rigidez da Constituição norte-americana, mas

³⁰ LANDAU, David, Abusive Constitutionalism. p. 213.

³¹ LANDAU, David, Abusive Constitutionalism. p. 215.

³² LANDAU, David, Abusive Constitutionalism. p. 215.

³³ LANDAU, David, Abusive Constitutionalism. p. 219.

³⁴ LANDAU, David, Abusive Constitutionalism. p.225.

pondera que, em geral, constituições super rígidas tendem a ter uma vida mais curta, por não se adaptarem ao passar do tempo. De mesmo modo as constituições com descomplicado processo de emenda possuem vida curta por não fazerem sentido para suas próprias populações³⁵.

Assim sendo, a solução da doutrina constitucional moderna indica como opção o estabelecimento de patamares de emenda escalonados, onde protege-se de forma especial algumas partes do texto constitucional, com regras mais rígidas de alteração.

Há teóricos que defendem a necessidade de um referendo de forma a frear as práticas abusivas, mas Landau alerta que “Powerful political actors who are able to push their reforms through legislatures seem likely to have the ability to gain the requisite degree of direct popular support in most cases”.³⁶

Nunca é demais lembrar que, novamente, os regimes autoritários recentes tiveram inicial apoio popular, o que certamente se repetiria nestes aludidos referendos.

A terceira possibilidade seria o que Landau denomina de “dimensão temporal”³⁷, pois o tempo pode ser relevante no combate à capacidade das forças políticas, temporariamente poderosas, se entrincheirarem no poder a longo prazo.³⁸

O que se pretende aqui é estabelecer prazos e múltiplas votações para que determinadas emendas possam ser aprovadas, e assim impedir que picos de popularidade possam ser inadequadamente utilizados por governos autoritários.

Contudo, outra questão pendente de contida análise são os temas que devem ficar elencados nestes patamares mais altos, uma vez que, como já dito, o Constitucionalismo Abusivo é muito mais insidioso do que os ataques democráticos antigos, e raramente demonstram atacar grandes princípios fundamentais. E ainda que se alcance a proteção dos institutos essenciais, sempre haverá margem de atuação para práticas autoritárias, justamente por serem traiçoeiras.

Outra ferramenta utilizada por alguns países é a doutrina da emenda constitucional-inconstitucional que é quando uma emenda constitucional é substantivamente inconstitucional.

A doutrina vem sendo utilizada em vários tribunais constitucionais pelo mundo, tais como o tribunal constitucional alemão, indiano, turco e colombiano no intuito de barrar emendas abusivas. Conforme salienta Landau:

³⁵ LANDAU, David, *Abusive Constitutionalism.*, p.225.

³⁶ LANDAU, David, *Abusive Constitutionalism.* p. 227. Tradução Livre: Os poderosos atores políticos, que são capazes de impulsionar suas reformas através de legislaturas, parecem ter a capacidade de obter o grau necessário de apoio popular direito na maioria dos casos

³⁷ LANDAU, David, *Abusive Constitutionalism.* p. 227

³⁸ LANDAU, David, *Abusive Constitutionalism.* p. 227

In Colombia, the Court recently used the doctrine to prevent President Alvaro Uribe Velez from amending the Constitution to run for a third term in office. The Court held that the proposed amendment would constitute a substitution of the constitution, rather than an amendment, because it fundamentally changed the separation of powers in the country.³⁹

A grande questão neste ponto é o tempo que regimes autoritários se mantêm no poder, pois com o longo decurso de tempo, acabam empacotando as cortes mediante sucessivas indicações de seu interesse⁴⁰.

Ainda dentro do direito comparado, há que se analisar a mudança constitucional, que por sua vez, é mais drástica que a emenda constitucional. Aqui teóricos debruçam-se sobre a possibilidade de previsão para que os eleitores tenham de votar duas vezes para uma Assembleia Constituinte, preveem até a necessidade de que essas votações se façam em mandatos de governos distintos, de modo a garantir que a votação não atenda apenas aos interesses do poder daquele momento⁴¹.

Afirma-se ainda a possibilidade de cláusulas de substituição, que deveriam ser cumpridas para que a mudança constitucional pudesse ser feita. Todavia, Landau aponta que:

Constitutional replacement tends to occur at moments of political crisis in a polity, and at those moments legal restraints on power tend to be inoperative. Courts attempting to force restraints in those environments may reach the limits of their “zones of tolerance”, and either be ignored or shut down for issuing hostile decisions.⁴²

E segue afirmando que há situações em que a substituição constitucional é justamente o meio necessário para a manutenção da democracia, e que assim, ficaria difícil estabelecer cláusulas de substituição que soubessem seguramente distinguir uma situação da outra. Todas as formas de solução exigem humildade para analisar qual o meio mais eficaz⁴³.

Do ponto de vista do direito internacional os mecanismos de contenção do constitucionalismo abusivo também são restritos, como por exemplo o estabelecimento

³⁹ LANDAU, David, *Abusive Constitutionalism*. p. 231. Tradução Livre: “A corte Colombiana se utilizou da doutrina para impedir que o Presidente Uribe alterasse a Constituição de forma a permitir sua reeleição a um terceiro mandato consecutivo. A tentativa foi barrada pela corte sob o argumento de que não se tratava de uma emenda, mas sim uma substituição da Constituição pois alterava fundamentalmente a separação dos poderes.”

⁴⁰ LANDAU, David, *Abusive Constitutionalism*. p. 231.

⁴¹ LANDAU, David, *Abusive Constitutionalism*. p. 231.

⁴² LANDAU, David, *Abusive Constitutionalism*. p. 245. Tradução Livre: “a substituição constitucional tende a ocorrer em momentos de crise política, e nestes momentos as restrições legais ao poder tendem a ser inoperantes. Os tribunais que tentam impor restrições nestes ambientes podem atingir os limites de suas “zonas de tolerância” e ser ignorados ou fechados para emitir decisões hostis.”

⁴³ LANDAU, David, *Abusive Constitutionalism*. p. 246

de cláusulas democráticas com suspensão da OEA do País que fizer movimento no sentido antidemocrático.

Assim, diante de tamanha dificuldade para contenção deste movimento que se mantém latente por todo o mundo, e considerando que sempre a população participa ativamente no incentivo destes movimentos, ainda que por um espaço de tempo, talvez a única saída efetiva seja o conhecimento sobre o passado, os riscos, direitos e garantias que cada indivíduo possui, conforme o ordenamento jurídico a que está sujeito em seu país.

Por fim, frisa-se que somente um povo bem-informado não cairá em falácias, populismos e alarmismos vazios. É preciso que cada um saiba exatamente de onde veio e para onde vai, raciocine e considere as informações sérias que possui, e não vire massa de manobra frágil de governos populistas que jamais defendem os interesses do povo que o elege.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Desde o movimento do constitucionalismo, os povos pretendem controlar o poder do Estado e garantir sua segurança jurídica e política. Com o passar dos tempos o povo entendeu-se como sujeito de direitos e passou a ter ferramentas para reivindicar posturas governamentais e apoiar candidatos.

Ainda se está demasiadamente longe da condição ideal, mas já se conta com conquistas impensadas nos tempos da Segunda Guerra Mundial. Aos poucos, o povo vai entendendo que é o detentor principal do poder e é ele quem deve decidir os rumos de sua nação.

Diante deste cenário a aparência é de que tudo está sob controle, mas então como ainda é possível que se conviva com situações limite? Com direitos sendo cerceados por governos autoritários?

Nesse sentido, o presente trabalho analisou o longo caminho percorrido pela humanidade e verificou que se antes as democracias eram mortas pelas forças militares, hoje elas sofrem as constantes ameaças de meios mais traiçoeiros. São as artimanhas engendradas pelos governantes para distorcer, manipular e fazer ceder a legislação em seu favor.

Vários são os meios, mas a sutileza utilizada nem sempre é facilmente percebida. Altera-se um dispositivo, controla-se a imprensa, reduz-se a idade de aposentadoria,

aumenta-se o número de integrantes de um órgão, e aos poucos, todos os poderes estão sendo ocupados por indivíduos amigáveis e prontos para servir.

Na grande maioria das vezes, estes governantes vêm à público lamentar suas limitações e pedir auxílio e compreensão do povo, que prontamente atende aos pedidos. Vê-se manifestações de indivíduos que cegamente pleiteiam a diminuição de seus próprios direitos.

Analisando este instituto do Constitucionalismo Abusivo trazido por David Landau, fica evidente que os mecanismos de proteção não conseguem ser eficazes como se esperava. Muitas são as portas para o abuso.

Considerando que o apoio popular é a única forma de afunilar estas diversas portas, talvez a única medida efetiva seja a conscientização do povo. Educação verdadeira e não apenas essa “sabedoria de redes sociais”. Um povo esclarecido saberá como defender-se.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito** (O Triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil). Disponível em: www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf. Acesso em 06 out. 2021.

Democratic National Committee, Mandate for Reform (Washington, DC: Democratic National Committee, abr 1970).

FERRAJOLI, Luigi (trad. IBÁÑEZ, Perfecto Andrés). **Constitucionalismo más allá del Estado**. Madrid: Trotta, 2018.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **O Federalista**. Brasília: UNB, 1984.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991.

LANDAU, David, Abusive Constitutionalism (April 3, 2013). 47 UC Davis Law Review 189 (2013), FSU College of Law, Public Law Research Paper No. 646. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2244629>. Acesso em 06 out. 2021.

LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. (trad. Renato Aguiar). **Como as democracias morrem**. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.

NUNES JUNIOR, Flavio Martins Alves. **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

PASTOR, Roberto Viciano; DALMAU, Rubén Martínez. **A constituição democrática: entre o neoconstitucionalismo e o novo constitucionalismo**. [artigo científico]. In: Revista Brasileira de Políticas Públicas, v. 9, n.2. 2019. Disponível em: <https://www.publicacoes.uniceub.br/RBPP/article/view/6079>. Acesso em 7 ago. 2021.

Como morrem as democracias? Por Steven Levitsky – Legendado. [S.I.] Fundação FHC, 2018. 1 vídeo (38min) Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=8bX7EdK0-1M>. Acesso em 06 out. 2021.

EROSÃO CONSTITUCIONAL NO BRASIL: UMA ABORDAGEM ATRAVÉS DA TENSÃO ENTRE O PUPULISMO E A IDENTIDADE CONSTITUCIONAL

CONSTITUTIONAL EROSION IN BRAZIL: AN APPROACH THROUGH THE TENSION BETWEEN POPULISM AND CONSTITUTIONAL IDENTITY

Flávio Quinaud Pedron¹

Júlio César Ramos Mendes²

Resumo

Esse artigo busca investigar o recente fenômeno da erosão constitucional no Brasil, de modo que seja identificado nesse cenário os impactos diretos e indiretos dos movimentos populistas que vem ganhando notoriedade na última década (2010 - 2020), sendo percebido, portanto, sua incompatibilidade com a identidade da Constituição de 1988 enquanto social-democrática. Desse modo, como forma de integração social e de diminuição desse tensionamento cabe encontrar na própria história constitucional meio que supere o problema, possibilitando, assim, um resgate do debate constitucional sem perder de vista os fundamentos do Estado democrático de direito. Para tanto, essa pesquisa parte da metodologia de procedimento com a pesquisa bibliográfica e como metodologia de abordagem com fontes da Teoria Crítica da Sociedade.

Palavra-chave: Democracia; Teoria Crítica; Constitucionalismo; Erosão Constitucional.

Abstract

This article seeks to investigate the recent phenomenon of constitutional erosion in Brazil, in order to identify in this scenario, the direct and indirect impacts of populist movements that have been gaining notoriety in the last decade (2010 - 2020), being perceived, therefore, their incompatibility with the identity of the 1988 Constitution as social-democratic. Thus, as a way of social integration and of reducing this tension, it is necessary to find in the constitutional history itself a way to overcome the problem, thus enabling a rescue of the constitutional debate without losing sight of the foundations of the democratic rule of law. Therefore, this research starts from the methodology of procedure with bibliographical research and as a methodology of approach with sources of the Critical Theory of Society.

Keywords: Democracy; Critical Theory; Constitutionalism; Constitutional Erosion.

¹ Doutor e Mestre em Direito pela UFMG. Professor Adjunto do Mestrado em Direito da UniFG (Bahia). Professor Adjunto da PUC-Minas (Graduação e Pós-graduação). Professor Titular do IBMEC. Membro da Associação Brasileira de Direito Processual Constitucional (ABDPC). Membro da Associação Brasileira de Direito Processual (ABDPro). Membro da Associação Norte e Nordeste de Professores de Processo (ANNEP). Membro da Rede Brasileira de Direito e Literatura (RDL). Advogado e sócio do escritório Pedron Advogados. Belo Horizonte/MG. E-mail: flavio@pedronadvogados.com.br.

² Graduando em Direito pela UniFG. Pesquisador vinculado ao Centro de Estudo Sobre Acesso à Justiça (CAJU) – UniFG (Bahia). Membro associado da Rede Brasileira de Direito e Literatura (RDL). E-mail: cesarmendes10@outlook.com.

INTRODUÇÃO

A Constituição de 1988 consagrou o paradigma do Estado Democrático de Direito, na tentativa de uma redemocratização após o longo período de Ditadura Militar (de 1964 até 1985). Todavia, essa retomada democrática não superou integralmente o Estado autoritário que a precedeu, deixando resquícios e marcas pré-modernos na prática social e institucional do projeto constitucional de 1988.

Em pouco mais de três décadas de vigência, a Constituição de 1988 testemunhou no Estado brasileiro um ambiente político de repleta instabilidade institucional, que perpassa escândalos de corrupção a processos de impeachment. Sobretudo, na última década (2010-2020) em que o cenário institucional e social se mostrou completamente instável. De modo que ápice dessa instabilidade foi a democracia impedida no ano de 2016, com o *impeachment* da ex-presidente Dilma Rousseff³.

Para tanto, esse acontecimento trouxe consequências traumáticas para a própria sucessão presidencial, levantando questionamentos e controvérsias no caso brasileiro, que tem uma tradição histórica de alternância entre os períodos democráticos e os períodos autoritários, com cenário repleto de golpes e rupturas institucionais⁴.

Nesse amplo quadro, é visualizado o tensionamento entre a legitimidade constitucional e as práticas sociais e institucionais, havendo, portanto, uma completa incompatibilidade com a identidade constitucional. Todavia, nesse cenário, a presente pesquisa busca identificar os movimentos populistas que são implementadas no funcionamento do Estado, considerando essas práticas incompatíveis com a própria ordem democrática constitucional, portanto, antidemocráticas.

Assim, se observa uma crescente onda de movimentos populistas, que fazem uso de discursos hegemônicos, conduzindo as massas através de uma insatisfação pessoal para fortalecer o próprio discurso populista, empregando no ambiente social e institucional uma notável ruptura com a ordem constitucional, havendo assim, um rompimento com o debate constitucional, que é deixado a margem da esfera pública, fortalecendo os interesses de grandes grupos que lucram com esse discurso populista.

Ao fim e ao cabo, esses movimentos que vem retomando sua força nas últimas décadas impactam direta e indiretamente com o desmonte da democracia deliberativa por meio do processo de *erosão da democracia constitucional*. Nesse ensejo, observando

³ SANTOS, Wanderley Guilherme dos. *A democracia impedida: o Brasil no século XXI*. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2017.

⁴ PEIXOTO NETO, Adwaldo Lins. Da (i)legitimidade do processo de impeachment no presidencialismo brasileiro: uma análise a partir do precedente Collor – teríamos aprendido algo com o passado?. *Revista de Direito da Faculdade Guanambi*, Guanambi, BA, v. 5, n. 2, p. 248-268, jul./dez. 2018. Disponível em: <http://revistas.faculdadeguanambi.edu.br/index.php/Revistadedireito/article/view/244>. Acesso em: 20 out. 2021.

esse fenômeno em que há uma ruptura com a própria ordem constitucional através de uma maneira cadenciada, com leves rupturas na interpretação constitucional do Estado.

Como forma de encarar e superar o problema, cabe, portanto, o resgate do debate constitucional por meio da teoria crítica social, na tentativa de uma reconstrução da sociedade moderna. De certo, esse problema não se encontra imune a inércias, controvérsias, e até mesmo de retrocesso, que de modo algum elimina o resgate do debate constitucional. Assim, com esse resgate se desenvolve os potenciais emancipatórios que uma Constituição social-democrática já possui em termos de emancipação⁵.

1. POPULISMO E A POLÍTICA NA DEMOCRACIA DO SÉCULO XXI

Conforme já mencionado, a democracia moderna, do fim do século XX para o século XXI, passa por um cenário de instabilidade institucional e social. Para Thornhill⁶, essa instabilidade está atrelada ao crescimento de movimentos populistas, ou de partidos populista por boa parte do globo, que conseguem apoio na *práxis* social ao denunciar falhas no funcionamento dos sistemas políticos.

Dessa forma, esses movimentos e partidos populistas aproveitam assim, dos participantes do processo político que estão descontentes com as deliberações públicas. Nesse sentido, se nota o sentimento de pertencimento de uma certa classe insatisfeita com as deliberações da democracia, além do certo desdém pela própria interpretação constitucional, portanto, são práticas antidemocráticas.

De certo modo, há esforços por parte da academia na tentativa de entender e explicar os movimentos populistas no hoje e procurar meios para fortalecer a democracia contra as ameaças que o populismo representa. Nesse sentido, tem se destacado duas linhas de pesquisa que investigam esse tema, tanto as duas linhas abordam quais são as causas do populismo em relação ao populismo e o declínio democrático, apesar de que há diferença entre essas linhas, os resultados encontrados por ambos são semelhantes⁷.

Essas semelhantes são notadas a partir de quatro pontos centrais, conforme foi explicado por Thornhill⁸, sendo: I. As democracias dependem de procedimentos

⁵ CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Contribuições para uma teoria crítica da constituição*. Belo Horizonte: Conhecimento, 2021.

⁶ THORNHILL, Chris. *Crise democrática e direito constitucional global*. São Paulo: Editora Contracorrente, 2021.

⁷ THORNHILL, Chris. *Crise democrática e direito constitucional global*. São Paulo: Editora Contracorrente, 2021.

⁸ THORNHILL, Chris. *Crise democrática e direito constitucional global*. São Paulo: Editora Contracorrente, 2021.

seletivos para determinar quais são os interesses sociais que devem ser prevalecidos nas deliberações públicas, assim, acaba que alguns grupos sociais ficam a margem do processo legislativo; II. Em consequência do primeiro ponto, o populismo ganha apoio em conjunturas nas quais as instituições democráticas têm dificuldade em capturar e articular todos os interesses da sociedade, abarcando a todos no processo político; e em III. Em decorrência dos dois primeiros pontos, o populismo é parte da vida democrática; IV. As análises observam que o populismo é um efeito colateral genérico da democracia, e, portanto, as estão sempre suscetíveis a gerar esses movimentos populistas.

Para tanto, pode se observar que seja, tanto por uma perspectiva ou n'outra, o populismo ameaça significativamente a democracia, e essa ascensão do populismo interrompeu qualquer retomada democrática que tentou se estabelecer após a década de 1980, como é o caso do Brasil, que com o fim da ditadura militar em 1985, buscou a Assembleia Nacional Constituinte em 1987-1988 e nos últimos anos, desde 2010 se nota uma movimentação crescente em relação aos interesses populistas, que de algum modo conseguem agredir a democracia, levando à deterioração democrática e acaba ainda por promover tendências autoritárias nos Estados democráticos⁹.

Se por um lado há a legitimidade constitucional que se configura através do processo político como ato de soberania de um povo¹⁰, por outro lado, há as práticas sociais e instituições uma tentativa de ruptura com a ordem constitucional do Estado. Para tanto, Bonavides¹¹ trouxe a ideia de um golpe de Estado institucional, quando no processo político mantêm certa aparência democrática, mas em essência faz implementação das políticas econômicas neoliberais. Entretanto, esse golpe de Estado institucional não se limita apenas nas implementações das práticas neoliberais, mas também, se configura quando as implementações de políticas populistas.

Ao passo que essas políticas populistas são introduzidas na *práxis* política do Estado, há de algum modo um enfrentamento com a ordem constitucional. Quanto se problematizada as questões atinentes a essas *práxis* é passivo de verificação que essas implementações ocorrem por toda sociedade mundial. Por outro lado, apesar de ter uma história institucional singular, o Brasil encontra zonas de congruências com processos políticos na Europa Ocidental.

⁹ THORNHILL, Chris. *Crise democrática e direito constitucional global*. São Paulo: Editora Contracorrente, 2021.

¹⁰ BERCOVICI, Gilberto. *Soberania e Constituição: para uma crítica do constitucionalismo*. São Paulo: Quartier Latin, 2020.

¹¹ BONAVIDES, Paulo. *Do país constitucional ao país neocolonial: A derrubada da Constituição e a recolonização pelo golpe de Estado institucional*. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

Nesse sentido, para tanto, Voßkuhle¹² demonstra os elementos antidemocráticos do populismo através de cinco teses que se complementam e estão, portanto, entrelaçadas. Na sua esteira argumentativa, Voßkuhle¹³ denomina essas teses sendo: I. Os populistas sabem tudo – democratas não têm tantas certezas nesse tocante; II. Homogeneidade no lugar do pluralismo; III. Identidade no lugar de representação; IV. Encargo difuso no lugar de um mandato livre; e V. Alinhamento no lugar de oposição eficaz.

Desse modo, em suma, há uma afirmação que consiste da posse da verdade na “mão” do povo e esse povo são os próprios participantes do processo político que no fundo tem a idêntica compreensão do populista, criando assim, uma espécie de identidade social e a sensação de pertencimento a classe moralmente pura, conduzindo assim, a uma autoafirmação e aqueles que argumentam contra a vontade desse povo não merecem a devida atenção, ou seja, há uma busca pela homogeneidade nos movimentos populistas. Por outro lado, essas ideias populistas estão em dissonância com a democracia deliberativa, conforme afirmou Habermas¹⁴ a soberania popular só é soberania do povo desde que haja uma participação efetiva e uma manifestação plural.

No Brasil, a partir da metade da última década houve um notável crescimento desses movimentos populistas, custa observar nos processos políticos uma certa insatisfação por parte da elite brasileira com o resultado da eleição presidencial de 2014, que culminou no *impeachment* de 2016, o *lavajatismo* e a eleição do “mito” Jair Bolsonaro em 2018. Em que pese, são três fatos que marcam o cenário político-constitucional brasileiro.

Nesse ambiente, a ciência política identifica os *movimentos populistas de direita*. Para Mouffe¹⁵, esse populismo de direita consiste na relação entre o conservadorismo com as ideias do neoliberalismo. Esse populismo de direita, em meio a essa instabilidade social e institucional acabou por ocupar os espaços aberto, apresentando assim, uma representatividade criando os laços com os “insatisfeitos”, de modo que estabeleceu uma retórica repleta de chauvinismo, racismo e xenofobia, apontando para um processo de “desglobalização”¹⁶.

¹² VOßKUHLE, Andreas. *Defesa do Estado Constitucional Democrático em tempos de populismo*. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

¹³ VOßKUHLE, Andreas. *Defesa do Estado Constitucional Democrático em tempos de populismo*. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

¹⁴ HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez*. Madrid: Trotta, 1998.

¹⁵ MOUFFE, Chantal. *Por um populismo de esquerda*. São Paulo: Autonomia Literária, 2019.

¹⁶ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Democracia em crise no Brasil*. São Paulo: Editora Contracorrente, 2020.

Desse modo, o Populismo de Direita no Brasil se desenvolve com a figura do presidente Jair Bolsonaro e de seu “povo”, articulando as demandas do Estado em consonância com as demandas do neoliberalismo com as do autoritarismo em uma cadeia de equivalência, sendo forjada inteiramente através de uma fronteira antagônica ao petismo¹⁷, conduzindo as massas a práticas antidemocráticas.

2. EROSÃO CONSTITUCIONAL NO BRASIL

Ao passo que a democracia se torna instável, é passível de observação que toda essa instabilidade é constituída por diversos fatores que impactam diretamente no funcionamento das instituições do Estado¹⁸. Assim, essa pesquisa busca demonstrar que todas essas agressões e ataques destinados ao enfraquecimento do Estado democrático de direito, acabam por causa uma *(des)leitura* constitucional.

Em consequência desses ataques e agressões o Estado acaba por erodir, de modo que esse fenômeno de erosão é identificado por Ginsburg e Huq¹⁹. Para esses autores o Estado de direito vem sofrendo sutis ataques, que vai desmoronando lentamente, em um processo que se assemelha ao efeito da erosão geográfica. Desse modo, a erosão constitucional vai provocando rupturas cadenciadas na ordem constitucional. Assim, não há uma ruptura institucional em um único ato revolucionário, como aconteceu na Tailândia, em 2014²⁰. Essas agressões que são destinadas ao enfraquecimento do Estado democrático de direito, também, acabam por causa o cenário de instabilidade institucional, conforme vem sendo demonstrado.

De certo modo, Ginsburg e Huq²¹ demonstram que a erosão constitucional estaria atrelada a uma ruptura com três pilares fundamentais da democracia, sendo: I. As eleições competitivas e periódicas; II. Estado de Direito; e III. As liberdades civis. Em que pese, esse processo acontece de forma lenta, cadenciada, se assemelhando ao processo geográfico de corrosão. Portanto, nesse cenário de erosão, rompe com a identidade constitucional de forma arrastada, e por isso, se observa maior risco a

¹⁷ SILVA, Mayra Goulart Da; RODRIGUES, Theófilo Codeço Machado. O Populismo de Direita no Brasil: Neoliberalismo e Autoritarismo no Governo Bolsonaro. *Mediações - Revista de Ciências Sociais*, v.26, n.1, p. 86-107, jan./abr. 2021. Disponível em: <http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/mediacoes/article/view/42098>. Acesso em: 16 dez. 2021.

¹⁸ THORNHILL, Chris. *Crise democrática e direito constitucional global*. São Paulo: Editora Contracorrente, 2021.

¹⁹ GINSBURG, Tom; HUQ, Aziz Z. *How to save a constitutional democracy*. Chicago: The University of Chicago Press, 2018.

²⁰ GINSBURG, Tom; HUQ, Aziz Z. *How to save a constitutional democracy*. Chicago: The University of Chicago Press, 2018.

²¹ GINSBURG, Tom; HUQ, Aziz Z. *How to save a constitutional democracy*. Chicago: The University of Chicago Press, 2018.

democracia, uma vez que sua construção rompe com a ordem constitucional por meio de pequenos pontos que devem ser observados e enfrentados criticamente.

Para tanto, no cenário brasileiro Neder Meyer²² buscou demonstrar certas peculiaridades que contribuíram para essa erosão constitucional em *terrae brasiliis*. Desse modo, se demonstra ainda necessário estudar esse fenômeno por uma ótica através dos movimentos populistas, considerando a complexidade do assunto e as várias possibilidades de ruptura da ordem constitucional democrática. Assim, a erosão constitucional vai provocando as rupturas cadenciadas.

De acordo Neder Meyer²³, a ruptura da ordem constitucional por meio da erosão constitucional a ordem constitucional acaba sendo rompida com pequenos descumprimentos de deliberações de um poder em relação ao outro, ou seja, o Poder Legislativo determina que o Poder Executivo deva cumprir um ato, todavia, o Poder Executivo faz resistências, e acaba não cumprindo, nota-se que na erosão constitucional há uma resistência acerca das deliberações de um Poder em relação ao outro Poder. Todavia, no caso brasileiro, tais resistências nas deliberações vêm causando os maiores impactos no Estado.

Para tanto, deve ser corroborado, conforme a ideia de erosão constitucional aplicada por Neder Meyer²⁴, que essa erosão não ocorre pura e simplesmente no não reconhecimento das deliberações de um Poder em relação ao outro, mas há também, um fator social e institucional determinante na erosão. Se considerar, por exemplo, que se faz necessário uma certa legitimação social para com esses descumprimentos em detrimento da democracia, onde se nota as crescentes manifestações populistas ou o surgimento de partidos populistas, em que o sentimento de pertencimento de uma certa classe insatisfeita com as deliberações da democracia, portanto, antidemocráticas, se alinham a essa forma política incompatível com a democracia²⁵.

Por outro lado, ainda é possível identificar que esse processo ainda não foi superado, de modo, que ainda torna imprescindível trazer contribuições que possam, de algum modo, integrar a tensão entre as *práxis* sociais e identidade constitucional da Constituição de 1988, a fim de estabilizar a democracia.

De modo que a chave para a compreensão do cenário brasileiro é a classe média, sendo ela que celebra o pacto antidemocrático manipulada por uma elite dominante, em que pode ser observado os aspectos racionais, como preservação de privilégios, e

²² NEDER MEYER, Emilio Peluso. *Constitutional Erosion In Brazil*. London: Hart Publishing, 2021.

²³ NEDER MEYER, Emilio Peluso. *Constitutional Erosion In Brazil*. London: Hart Publishing, 2021.

²⁴ NEDER MEYER, Emilio Peluso. *Constitutional Erosion In Brazil*. London: Hart Publishing, 2021.

²⁵ THORNHILL, Chris. *Crise democrática e direito constitucional global*. São Paulo: Editora Contracorrente, 2021.

os aspectos irracionais, como a necessidades de distinção, ódio e ressentimento de classe²⁶.

É nesses moldes que se observa que todo esse argumento está ligado aos interesses de um grande capital, que realiza um desmonte do que resta do estado social em nome de uma promessa neoliberal de eficiência. Entretanto, o que se nota são os lucros exorbitantes de grandes grupos econômicos, que fazem uso da influência econômica para distorcer as *práxis* sociais e institucionais. Dessa forma, a efetiva prestação dos direitos sociais se perdem, ou são discutidos em segunda ordem, empurrando a discussão que envolve esses direitos para o depois. Destarte, a educação, a saúde, os direitos trabalhistas são entregues de forma deficitária.

Assim, é nesse sentido que essa pesquisa busca contribuir para com o permanente debate constitucional, resgatando a história constitucional na tentativa de promover os direitos e garantias fundamentais, como condições indispensáveis dos cidadãos enquanto fundamentos do Estado democrático direito, portanto, colocando os participantes do processo político como próprios intérpretes da Constituição.

Nas hipóteses trabalhadas, é encontrado na erosão constitucional uma perspectiva neoliberalista e conservadora que impulsiona toda essa erosão no meio social. Uma vez que há um tensionamento entre a identidade constitucional elenca na Constituição de 1988 que assume um caráter social-democrático, plural e, sobretudo, a defesa das minorias, não porque são minorias, mas pelo fato de ser uma condição indispensável da democracia, afirmando assim, um rol de direitos e garantias sociais, havendo, portanto, um caráter constitucional social na Constituição de 1988.

Por outro lado, entretanto, verifica-se nas práticas institucionais e sociais (e é essa que merece nossa atenção nessa pesquisa, as práticas sociais) que há um certo argumento neoliberal e conservador e discriminatório na retórica populista que circula o Estado democrático de direito, a fim de promover uma ruptura com o caráter social da Constituição de 1988 e com essa ruptura implementar as ordens neoliberais, conservadoras e discriminatórias enquanto normativas do Estado.

Assim, a identidade constitucional sofre uma *(des)leitura*, que se distancia notavelmente dos limites semânticos interpretativos da Teoria da Constituição. Para tanto, explica Souza Neto²⁷ que embora haja uma distinção entre os conceitos de erosão e de colapso constitucional, ambos comportam um ponto de não retorno, havendo, portanto, um certo momento que as mudanças na *práxis* social que as perdas

²⁶ SOUZA, Jessé. *A Elite do Atraso: Da escravidão a Bolsonaro*. Rio de Janeiro: Estação Brasil: 2019.

²⁷ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Democracia em crise no Brasil*. São Paulo: Editora Contracorrente, 2020.

democráticas se acumulam e opera uma mudança no regime, a ponto de que se torna improvável uma digressão do novo regime, ou seja, quando o novo regime se consolida, e se torna apto a sobreviver por um longo período.

Em todo esse cenário, não são raros os populistas que se elegem com a retórica de que devolverá o poder ao povo²⁸. Todavia, o poder e a vontade do povo se exprime na própria Constituição, uma vez que essa é o ato de soberania de um povo, dela se emana a vontade e o poder do povo – soberano –²⁹, só assim que se pode falar em devolver o poder ao povo, é entregar ao povo as garantias e direitos fundamentais elencados na Magna Carta. Com isso, que se observa na Constituição a legitimidade se configurar através do processo político como ato de soberania de um povo³⁰.

Dessa forma,

no curso dos processos de erosão, é comum se alcançar um ponto em que o regime não pode mais ser descrito como democrático, ainda que não haja declaração formal de ruptura. Os elementos autoritários se acumulam, e o regime muda de qualidade, convertendo-se em autocracia, ainda que se preservem formalidades democráticas³¹.

Por isso, que em momentos de erosão constitucional deve ser buscado o resgate discursivo do debate constitucional. De modo que não se perca de vista a própria interpretação do Estado de direito enquanto Estado democrático de direito, não há qualquer possibilidade de que seja introduzida na *práxis* social e institucional movimentos que trazem retóricas antidemocráticas, colocando em risco o Estado constitucional. Destarte, não se pode perder de vista na deliberação pública os preceitos constitucionais que regem e disciplinam o Estado enquanto democracia deliberativa.

3. O RESGATE DISCURSIVO NO DEBATE CONSTITUCIONAL

Ao enfrentar o problema da crescente onda de movimentos populistas na *práxis* social e institucional que promover a instabilidade da democracia, é percebido que deve ser fortalecido na ordem constitucional o resgate discursivo do debate constitucional, como forma de compreensão do Estado democrático de direito, assim,

²⁸ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Democracia em crise no Brasil*. São Paulo: Editora Contracorrente, 2020.

²⁹ BERCOVICI, Gilberto. *Soberania e Constituição: para uma crítica do constitucionalismo*. São Paulo: Quartier Latin, 2020.

³⁰ BERCOVICI, Gilberto. *Soberania e Constituição: para uma crítica do constitucionalismo*. São Paulo: Quartier Latin, 2020.

³¹ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Democracia em crise no Brasil*. São Paulo: Editora Contracorrente, 2020.

a *Teoria da Constituição* como chave interpretativa do direito e do direito constitucional³², trazendo para o enfoque problematizante da *Teoria Crítica da Constituição*, como forma de resgate do debate constitucional³³.

Dessa forma, em princípio deve ser entendida os termos que se estruturam a Teoria da Constituição, uma vez que essa busca jogar luzes no Direito Constitucional como uma disciplina autônoma, assim,

A Teoria da Constituição pretende mostrar que existe uma tensão inerente à nossa vida entre faticidade e validade, ou seja, os fatos estão permeados por valores, por interpretações e por visões de mundo, o que, certa vez, Thomas Kuhn chamou de paradigmas, como também essas interpretações, visões de mundo, valores, pretendem se afirmar como fatos e, portanto, incontestáveis, porque existentes no mundo real³⁴.

Assim, a disciplina constitucional deve ser interpretada de forma autônoma, conforme próprio texto constitucional.

Portanto, a Teoria da Constituição pretende discutir as principais categorias do Direito e do Direito Constitucional, mostrando-nos que existe uma relação complementar entre ideal e real. Que as Constituições e, no caso do Brasil, isso é mais urgente afirmar, não são apenas Cartas de boas intenções, não são apenas textos ideais, mas que, se foram produzidas, o foram por nós mesmos, já que frutos da soberania popular, e, dessa forma, são bem reais³⁵.

Por outro lado, a *Teoria Crítica da Constituição* se desenvolve em termos próximos a *Teoria Crítica da Sociedade*. Assim, sendo entendida a partir da tradição do pensamento do Instituto de Pesquisas Sociais de Frankfurt, com a ideia de uma interdisciplinaridade em que se estrutura através de um processo dialético entre a teoria filosófica e a prática da ciência particular e, ao mesmo tempo, ser suficientemente aberta para se deixar por sua vez influenciar e transformar pelos avanços das pesquisas concretas³⁶.

O uso sistemático de todas as disciplinas de pesquisa das ciências sociais para desenvolver a teoria social materialista é o principal objetivo da teoria crítica; nesse sentido, ela espera superar o antigo purismo teórico do materialismo histórico e

³² PEDRON, Flávio Quinaud. OMMATI, José Emilio Medauar. *Teoria da Constituição*. Belo Horizonte: Conhecimento, 2021.

³³ CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Contribuições para uma teoria crítica da constituição*. Belo Horizonte: Conhecimento, 2021.

³⁴ PEDRON, Flávio Quinaud. OMMATI, José Emilio Medauar. *Teoria da Constituição*. Belo Horizonte: Conhecimento, 2021, p. 6.

³⁵ PEDRON, Flávio Quinaud. OMMATI, José Emilio Medauar. *Teoria da Constituição*. Belo Horizonte: Conhecimento, 2021, p. 6-7.

³⁶ HORKHEIMER, Max. A presente situação da filosofia social e as tarefas de um instituto de pesquisas sociais. In: *Revista Praga: estudos marxistas*. São Paulo, Hucitec, n. 7, p. 121-132, 1999.

alcançar uma relação fecunda entre a ciência social acadêmica e a teoria marxista tradicional³⁷.

A teoria crítica só pode cumprir essa tarefa que dela se espera se tiver à sua disposição, ao mesmo tempo, uma teoria da história capaz de esclarecê-la sobre a sua própria posição e papel no processo histórico. Desse modo, ainda que apenas por razões epistemológicas, o estabelecimento de uma teoria crítica da sociedade exigia uma reflexão sobre o nível histórico-filosófico para a qual nenhum lugar legítimo era reservado na divisão contemporânea entre a filosofia e as ciências³⁸.

De todo modo, custa esclarecer que a expressão Teoria Crítica foi utilizado pela primeira vez por Horkheimer em um texto intitulado *Traditionelle und kritische Theorie* publicado no de 1937, texto esse traduzido para o português no ano de 1975 como *Teoria Tradicional e Teoria Crítica* integrando o volume XLVIII da coleção Os Pensadores³⁹.

De todo modo, a Teoria Crítica da Constituição é de fundamental importância quando analisado o caso brasileiro, pois essa não traz a tradição interpretativa de uma teoria de dois mundos, ou dualismo metodológico. Uma vez que o pensamento crítico-reconstrutivo considera as tensões constitutivas ou contradições, entre autonomia pública e autonomia privada ou entre a reprodução do capitalismo e os potenciais emancipatórios em termos de uma constituição⁴⁰, como também se vislumbra entre a identidade constitucional e facticidade dos processos econômicos, sociais e políticos, que se desenvolve no interior da própria sociedade⁴¹.

Para tanto, deve ser entendido antes de tudo que os processos de aprendizagem social, no sentido crítico reconstrutivo estão sujeitos a cenários de inércia, de bloqueio e mesmo de retrocesso. Entretanto, isso não impede o resgate discursivo, a aprendizagem e a autocorreção⁴².

Dessa forma, no caráter crítico-reconstrutivo do discurso constitucional, é que se nota que a história é compreendida e interpretada como aprendizagem social de

³⁷ HONNETH, Axel. Teoria Crítica. In: GIDDENS, Anthony; TURNER, Jonathan (Org.) *Teoria Social Hoje*. São Paulo: Unesp, 1999.

³⁸ HONNETH, Axel. Teoria Crítica. In: GIDDENS, Anthony; TURNER, Jonathan (Org.) *Teoria Social Hoje*. São Paulo: Unesp, 1999, p. 509.

³⁹ HORKHEIMER, Max. Teoria Tradicional e Teoria Crítica. In: BENJAMIN, Walter *et al.* *Os Pensadores: Textos Escolhidos*. São Paulo: Abril, 1975.

⁴⁰ CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Contribuições para uma teoria crítica da constituição*. Belo Horizonte: Conhecimento, 2021.

⁴¹ HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez*. Madrid: Trotta, 1998.

⁴² CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Contribuições para uma teoria crítica da constituição*. Belo Horizonte: Conhecimento, 2021.

longo prazo. De modo, que só assim há a possibilidade de reconstrução dos sentidos normativos *de* e *da* constituição⁴³.

Dessa forma, deve ser implementada no debate prático social o caráter argumentativo e reconstutivo do direito constitucional, enquanto mecanismo que possibilita a integração entre a facticidade e validade, a fim de promover no discurso público os potenciais emancipatórios de uma constituição.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme ficou demonstrado ao longo desse trabalho a democracia constitucional do século XXI enfrenta constantes ameaças e ataques, que se estruturam através de diversas formas. De todo modo, essa pesquisa demonstrou os problemas atinentes aos crescentes movimentos populistas que vem se desenvolvendo no território nacional.

Esses movimentos populistas, buscam de algum modo inserir na *práxis* social e institucional as ideias neoliberais, como também, pensamentos conservadores e homogêneos, entrando assim, em um total descompasso com a própria ordem constitucional vigente, causando, portanto, um tensionamento entre a identidade constitucional socialdemocrata e o pluralismo na esfera pública, além da defesa das minorias, não porque são minorias, mas pelo fato de ser condição indispensável da democracia, afirmando assim, um rol de direitos e garantias sociais, havendo, portanto, um caráter constitucional social na Constituição de 1988.

Com essas afrontas populistas a ordem constitucional vigente, criou-se o fenômeno de erosão constitucional, que vem ao longo do tempo causando desmoronamentos no funcionamento do Estado constitucional, rompendo de forma cadenciada com o paradigma do Estado vigente. Para tanto, como forme de enfrentamento e superação do problema, cabe problematizar e interpretar o cenário social, institucional e político através da Teoria Crítica da Constituição, a fim de possibilitar o resgate do debate constitucional, não perdendo de vista o caráter de aprendizagem e de autocorreção.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

BERCOVICI, Gilberto. *Soberania e Constituição: para uma crítica do constitucionalismo*. São Paulo: Quartier Latin, 2020.

⁴³ CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Contribuições para uma teoria crítica da constituição*. Belo Horizonte: Conhecimento, 2021.

BONAVIDES, Paulo. *Do país constitucional ao país neocolonial: A derrubada da Constituição e a recolonização pelo golpe de Estado institucional*. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Contribuições para uma teoria crítica da constituição*. Belo Horizonte: Conhecimento, 2021a.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Teoria da Constituição*. Belo Horizonte: Conhecimento, 2021b.

GINSBURG, Tom; HUQ, Aziz Z. *How to save a constitutional democracy*. Chicago: The University of Chicago Press, 2018.

HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez*. Madrid: Trotta, 1998.

HONNETH, Axel. Teoria Crítica. In: GIDDENS, Anthony; TURNER, Jonathan (Org.) *Teoria Social Hoje*. São Paulo: Unesp, 1999, p. 503-552.

HORKHEIMER, Max. A presente situação da filosofia social e as tarefas de um instituto de pesquisas sociais. In: *Revista Praga: estudos marxistas*. São Paulo, Hucitec, n. 7, p. 121-132, 1999.

HORKHEIMER, Max. Teoria Tradicional e Teoria Crítica. In: BENJAMIN, Walter *et al.* *Os Pensadores: Textos Escolhidos*. São Paulo: Abril, 1975.

MOUFFE, Chantal. *Por um populismo de esquerda*. São Paulo: Autonomia Literária, 2019.

NEDER MEYER, Emilio Peluso. *Constitutional Erosion In Brazil*. London: Hart Publishing, 2021.

PEDRON, Flávio Quinaud. OMMATI, José Emilio Medauar. *Teoria da Constituição*. Belo Horizonte: Conhecimento, 2021.

PEIXOTO NETO, Adwaldo Lins. Da (i)legitimidade do processo de impeachment no presidencialismo brasileiro: uma análise a partir do precedente Collor – teríamos aprendido algo com o passado?. *Revista de Direito da Faculdade Guanambi*, Guanambi, BA, v. 5, n. 2, p. 248-268, jul./dez. 2018. Disponível em: <http://revistas.faculdadeguanambi.edu.br/index.php/Revistadedireito/article/view/244>. Acesso em: 20 out. 2021.

SANTOS, Wanderley Guilherme dos. *A democracia impedida: o Brasil no século XXI*. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2017.

SILVA, Mayra Goulart Da; RODRIGUES, Theófilo Codeço Machado. O Populismo de Direita no Brasil: Neoliberalismo e Autoritarismo no Governo Bolsonaro. *Mediações - Revista de Ciências Sociais*, v.26, n.1, p. 86-107, jan./abr. 2021. Disponível em: <http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/mediacoes/article/view/42098>. Acesso em: 16 dez. 2021.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Democracia em crise no Brasil*. São Paulo: Editora Contracorrente, 2020.

SOUZA, Jessé. *A Elite do Atraso: Da escravidão a Bolsonaro*. Rio de Janeiro: Estação Brasil: 2019.

THORNHILL, Chris. *Crise democrática e direito constitucional global*. São Paulo: Editora Contracorrente, 2021.

VOßKUHLE, Andreas. *Defesa do Estado Constitucional Democrático em tempos de populismo*. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

REFUGIADOS, DIREITOS DO HOMEM, NACIONALIDADE E SOBERANIA ESTATAL: UMA RELEITURA SOB A ÓTICA DA HOSPITALIDADE EM JACQUES DERRIDA

REFUGEES, HUMAN RIGHTS, NATIONALITY AND STATE SOVEREIGNTY: A REVIEW FROM THE PERSPECTIVE OF HOSPITALITY IN JACQUES DERRIDA

Thainá Guimarães¹

João Paulo Salles Pinto²

Resumo

O presente artigo tem como objetivo reanalisar a questão do refúgio e do refugiado problematizando as noções dos direitos do homem a partir da influência da soberania estatal e da nacionalidade. Neste interim, propõe-se ler a questão a partir do conceito de hospitalidade de Jacques Derrida. Portanto, parte-se da problemática da possibilidade de se pensar a construção do pensamento de Derrida, que evidencia os aspectos mais amplos hospitalidade, em uma crítica às tradicionais concepções de direitos do homem, soberania e nacionalidade. Deste modo, recupera-se a hospitalidade derridiana, através de uma metodologia referencial bibliográfica, para sugerir, por conseguinte, que o refúgio e o refugiado, nos termos da pesquisa realizada, só podem ser compreendidos como conceitos “limite” dos estabelecimentos modernos da humanidade que, expõem, sobretudo, o originário entendimento precário da potência política do homem.

Palavras-chave: Direitos do homem. Hospitalidade. Refugiados. Jacques Derrida. Potência Política.

Abstract

The present article has the objective of reviewing the refugee questions, problematizing the notions of the human rights, the influence of state sovereignty and nationality. Propose to read the question analyzing the concept of hospitality from Jacques Derrida. Therefore, the problematic it's related the possibility of thinking about the association of the thought of Derrida, which shows the broader aspects of hospitality in a critical way to the traditional conceptions of directives of home, human rights, sovereignty and nationality. In this way, the hospitality of Derrida is recovered, through a bibliographic referential methodology, in order to suggest, in consequence, that either refugee can be understood as concepts "limit" to the modern establishments.

Keywords: Human Rights. Hospitality. Refugees. Jacques Derrida. Political Power.

¹ Bacharel em Direito pelo Instituto Machadense de Ensino Superior (IMES) mantido pela Fundação Machadense de Ensino Superior e Comunicação (FUMESC) – Machado – MG. e-mail: thainah_guimaraes@hotmail.com.

² Doutorando em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), com bolsa de pós-graduação stricto sensu PROEX-CAPEs. Mestre em Direito pela Faculdade de Direito do Sul de Minas- FDSM (2017), tendo cursado o mestrado com bolsa de pós-graduação stricto sensu PROSUP- CAPEs. Teoria, filosofia e sociologia do direito são suas principais áreas de interesse e pesquisa. Graduado em Direito pelo Instituto Machadense de Ensino Superior- IMES (2015). Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1869048059845984>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-7374-8736> E-mail: jpsalles9@gmail.com.

INTRODUÇÃO

Sem embargo, o tema refúgio é antigo, talvez tão quanto a humanidade. Sabe-se que por motivos, sejam eles políticos, religiosos, culturais, ou afins, milhões de pessoas já se forçaram a refugiar-se de seus países originários e procurarem proteção transnacional. No mesmo sentido, a história da concreção e reconhecimento dos direitos do homem no âmbito transnacional possui, inclusive, também uma longa e, não obstante, aporética e, no mínimo, contraditória caminhada. De fato, as discussões e propostas de soluções sobre tal problemática que, prossegue bem como ainda é contemporânea, como notoriamente se sabe, encontra-se, pelo menos na maioria das vezes, posta sob as paradoxais e contraditórias semânticas da soberania estatal, nacionalidade e eficácia da proteção dos direitos do homem. Neste sentido, o tema e as dificuldades que persistem convocam, mormente, uma revisitação e um enfrentamento distinto da problemática, até por conta da histórica insuficiência desses âmbitos de compreensão em relação ao real sentido que engloba as questões do refúgio e dos refugiados. Assim, na presente pesquisa objetiva-se revisar e reler o assunto sob as premissas, metodologia e ótica da hospitalidade que propõe, em especial, Jacques Derrida³. Procura-se, portanto, responder ao seguinte problema: faz-se possível uma releitura da questão do refúgio em um aspecto distinto das acepções calcadas nos direitos do homem, na soberania, ou ainda, na nacionalidade?

Destarte, a sugestão que se coloca através de uma metodologia de pesquisa revisional bibliográfica, é que interpretar a questão do refúgio sob os pretextos tradicionais da nacionalidade, da soberania estatal e dos direitos humanos não permite compreender realmente o que se encontra em questão quando se fala em refugiado e refúgio. Por consequência, sugere-se enfrentar o tema a partir de três capítulos, sendo no primeiro postas as questões mais conceituais sobre o refúgio, os direitos humanos, a nacionalidade e a soberania, afim de no segundo inserir o tema da hospitalidade como entende Jacques Derrida para, neste interim, ao final, explicitar como esses conceitos tradicionais parecem tatear a questão principal que envolve o refúgio e os refugiados, isto é, o limiar das instituições da modernidade. Conclui-se, por conseguinte, que o refúgio e o refugiado, nos termos da pesquisa realizada, só podem ser compreendidos como conceitos “limite” dos estabelecimentos modernos da

³ Neste sentido: DERRIDA, Jacques. Hostipitality. Angelaki. *Journal of the Theoretical Humanities*., vol. 5, n.3, p. 3-18, 2000. Disponível em: <https://eclass.uoa.gr/modules/document/file.php/PPP668/%CE%97%20%CF%86%CE%B9%CE%BB%CE%BF%CE%BE%CE%B5%CE%BD%CE%AF%CE%B1/Derrida%2C%20Hostipitality.pdf> Acesso em: 02 nov 2021; DERRIDA, Jacques. **Cosmopolitas de todos os países mais um esforço!**. Coimbra: Minerva, 2001; DERRIDA, Jacques; DUFOURMANTELLE, Anne. **Da hospitalidade**. São Paulo: Escuta, 2003.

humanidade que, expõem, sobretudo, o originário entendimento precário da potência política do homem.

1. REFÚGIO, DIREITOS DO HOMEM, NACIONALIDADE E A SOBERANIA ESTATAL

Ve-se, todos os dias, cenas polêmicas nas relações internacionais, mas, em especial, uma imagem, ao menos contemporânea, no ano de 2015, chocou à toda sociedade internacional. Trata-se daquela em que revela crianças mortas nas praias da Turquia⁴ durante a travessia do mar que, acompanhadas de seus familiares e outras pessoas, buscam abrigo na Europa. Aqueles que são obrigados a transitar pelo espaço transnacional, como se coloca, encaixam-se, portanto, em uma “mobilidade geopolítica”, que encontra e permite formas distintas na relação entre o homem e os movimentos migratórios. Neste ponto, é que entende-se por refúgio, conforme o glossário sobre migrações, “ato pelo qual o Estado concede proteção ao indivíduo que corre risco em outro país”. Ainda, segundo classifica o Ministério da Justiça do Brasil⁵, pode ser definido, também, “como instituto jurídico internacional de alcance universal, como uma medida de caráter humanitário, aplicada a casos em que a necessidade de proteção atinge um elevado número de pessoas”. Destarte, a necessidade de proteção que alude-se diz respeito a uma maneira de perseguição de característica generalizante, muitas vezes alicerçada em motivos religiosos, de nacionalidade, raciais, ou de opiniões políticas. Portanto, é suficiente um “fundado temor” para se perseguir um procedimento de refúgio.

No mesmo sentido, no Brasil, o artigo 1º da Lei n. 9.474/97⁶ estabelece que será reconhecido como refugiado aquele que apresenta fundados temores de perseguição, “por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas, que se encontre fora de seu país de nacionalidade, e não possa ou não queira acolher-se à proteção de tal país”. Ainda, refugiados ou “recém-chegados”, como prefere uma definição, ao menos mais realista, pois sentida na pele⁷, podem ser

⁴ Veja nesse sentido: Veja a matéria completa em: <http://g1.globo.com/mundo/noticia/2015/09/foto-chocante-de-menino-morto-vira-simbolo-da-crise-migratoria-europeia.html>

⁵ Neste sentido: BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. **Entenda as diferenças entre refúgio e asilo.**, 2020. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/news/entenda-as-diferencas-entre-refugio-e-asilo>. Acesso em: 29 out. 2021. BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. **MJC esclarece principais dúvidas sobre refúgio, asilo político e visto humanitário**, 2020. Disponível em: <https://www.novo.justica.gov.br/news/mjc-esclarece-principais-duvidas-sobre-refugio-asilo-politico-e-visto-humanitario>. Acesso em: 29 out. 2021. BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. **Refúgio e cooperação jurídica internacional são temas de debate**, 2020 Disponível em: <https://www.novo.justica.gov.br/news/o-refugio-e-os-instrumentos-da-cooperacao-juridica-internacional-sao-temas-de-debate>. Acesso em: 29 out. 2021.

⁶ 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, 2021.

⁷ Aludimos à ARENDT, Hannah. **Nós: os refugiados**. Covilhã: Lusofia, 2013.

classificados, inclusive, como órfãos de guerra, que se viram sozinhos no mundo após a morte de todos os seus familiares. As instabilidades sociais e políticas são, como se pode notar, apenas algumas das questões que promovem migrações. Historicamente exemplar, por consequência, pode-se colocar que foram sempre presentes perseguições à algum povo. Neste sentido, para que não fiquemos perdidos na imensidão da mesma, visto a extensa crônica do tema, destacamos que esses movimentos migratórios forçados dispuseram, ao menos, de dois marcos relevantes que, no caso, pensamos problematizar consequentialidades. Isto é: o início da criação dos sistemas dos Estados, com o “tratado de Vestfália” e a Segunda Guerra Mundial. Refere-se a esta, uma vez que utilizou-se amplamente do pretexto jurídico da “desnacionalização” como arma política dos Estados, “ocasionando o maior deslocamento humano já observado na história do mundo moderno”⁸.

Para construir aportes para suportar os problemas humanitários que aconteceram após as guerras e seus resultados, em 1951, a Convenção Europeia dos Direitos Humanos formalizou a chamada “proteção para os indivíduos refugiados”. Ainda, no mesmo ano, foi realizada, pela Assembleia Geral da ONU, em Genebra, a Convenção das Nações Unidas sobre o Estatuto dos Refugiados, que construiu as bases principiológicas e normativas para a questão dos refugiados. “De acordo com o Estatuto, é da competência do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR) promover mecanismos de proteção e segurança aos refugiados e, ainda, promover a supervisão”⁹.

Por conseguinte, no sentido dos indicadores de refúgio da ACNUR¹⁰, “cerca de 70,8 milhões de pessoas são forçadas a se deslocarem pelo mundo”. O mesmo estudo destaca que: “o número de refugiados também aumentou consideravelmente na Etiópia, Jordânia e República Democrática do Congo”. Na Alemanha, por outro lado, como também revela a pesquisa, “a população de refugiados mais do que duplicou em 2016, e chegou a 669.500 pessoas”. O principal motivo para esse aumento, como mostra-se, “foi o reconhecimento de solicitações de refúgio, apresentadas em 2015, principalmente, por sírios”. Assim, por mais que se veja um esforço no sentido humanitário das convenções acima mencionadas, os movimentos migratórios, normalmente, implicam, por parte dos Estados, a readequação de realidades, da

⁸ Ver nesse sentido: ACNUR. **Dados sobre Refúgio**. Acnur, 2020. Disponível em: <https://www.acnur.org/portugues/dados-sobre-refugio/> Acesso em: 29 de outubro. 2021.

⁹ ANTUNES, José Manuel Oliveira. Refugiados: um pouco de história, para memórias curtas. **Público**, 2015. Disponível em: <https://www.publico.pt/2015/08/28/mundo/opiniao/refugiados-um-pouco-de-historia-para-memorias-curtas-1706138>. Acesso em: 22 nov 2021.

¹⁰ ACNUR. **Dados sobre Refúgio**. Acnur, 2020. Disponível em: <https://www.acnur.org/portugues/dados-sobre-refugio/> Acesso em: 22 de novembro. 2021.

existencial à nacional. São necessários inúmeros mecanismos, como notoriamente se diz, para garantir os provimentos humanos basilares, permitindo novas entradas, assim como a feitura da documentação. De fato, por vezes, essas questões atingem diretamente as fronteiras dos Estados, o que, normalmente, acentua ainda mais o problema dos refugiados. Destarte, com o marco histórico da Paz de Vestfália que formulara a sociedade internacional e as bases das relações que se estendem até os dias atuais, e que, sem embargo, é influenciado por um sistema de autoridade política ainda caracterizado pelos princípios de autonomia e de território, faz-se possível explicitar que as relações de poder estatuidas na esfera global, são, sobretudo, programas excludentes, e nunca totalmente acolhedores. No caso, praticadas pelas elites construtoras do Estado para o estabelecimento da “homogeneização populacional” e, principalmente, para a legitimação da autoridade.¹¹ Enquanto as fronteiras, para alguns, podem parecer uma abertura, para outros, podem ser um fechamento ainda mais concreto. Nesse canal, é possível observar “identidades negociadas”, ou seja, o poder soberano-político em sua luta insistente de disciplinariedade, decidindo sobre os corpos humanos e sobre suas dignidades pendentes de exclusões e inclusões.¹²

Foucault, em “Vontade de saber”¹³, constrói o conceito que parece captar a essência dessas estruturas diferenciadoras entre os corpos. De fato, a chamada “biopolítica” permite verificar a crescente implicação da vida natural do homem nos mecanismos e nos cálculos de poder, exemplificando que a vida se torna uma aposta em jogo da política: o homem moderno, diz o autor: “é um animal cuja política põe em questão a sua vida de ser vivente.”¹⁴. Ilustrando a questão, Giorgio Agamben¹⁵ coloca a perspectiva da biopolítica tendo como objetivo a dominação total do homem.

Por outro lado, tem-se que a doutrina marcante sobre o tema como, por exemplo, nos diz Flávia Piovesan, continua a destacar e ressaltar que cada refugiado é consequência de um “Estado que viola os direitos humanos”. “[...]. Portanto, é necessário que esta problemática seja enfrentada, sobretudo, sob a perspectiva dos

¹¹JESUS, Diego Santos Vieira de. O baile do monstro: o mito da paz de vestfália na história das relações internacionais modernas. **História, Franca**, v. 29, n. 2, p. 221-232, 2010. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-90742010000200012&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 02 nov. 2021. <https://doi.org/10.1590/S0101-90742010000200012>.

¹² LACERDA, Ana Luiza; GAMA, Carlos Frederico P. S.. O solicitante de refúgio e a soberania moderna: a identidade na diferença. **Lua Nova**, São Paulo, n. 97, p. 53- 80, 2016. Disponível em:

<http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S010264452016000100053&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 02 nov. 2021. <https://doi.org/10.1590/0102-6445053-080/97>.

¹³ FOUCAULT, Michel. **História da Sexualidade I: A Vontade de Saber**. Rio de Janeiro, Edições Graal, 1977.

¹⁴ FOUCAULT, Michel. **História da Sexualidade I: A Vontade de Saber**. Rio de Janeiro, Edições Graal, 1977, p.127.

¹⁵ Ver nesse sentido: AGAMBEN, Giorgio. **Homo Sacer: O poder soberano e a vida una**. 2. ed. Belo Horizonte: UFMG, 2015.

direitos humanos [...]”, que devem ser respeitados antes, durante e depois do processo de refúgio pelos estados”.¹⁶

Nada obstante à essas colocações que, sem dúvidas, guardam sua devida importância, sugere-se que a questão dos refugiados não pode ser somente concebida no marco dos direitos do homem, justamente por esta institucionalidade estatal historicamente biopolítica envolvida. Destarte, conforme aduz Agamben¹⁷, os refugiados são, em especial, a representação de um elemento, no mínimo, inquietante, que rompe a continuidade de homem e cidadão, nascimento e nacionalidade, ou seja, o refugiado faz surgir um limiar na cena política moderna, sendo esta sua primeira aparição real fora da máscara de cidadão e de homem. Também, neste sentido, segundo estudo já clássico de Hannah Arendt¹⁸ no sistema do Estado-nação, os ditos direitos sagrados e inalienáveis do homem: “mostram-se/mostraram-se desprovidos de qualquer tutela e de qualquer realidade, no mesmo instante em que não seja possível configurá-los como direitos dos cidadãos de um Estado”. A noção dos direitos do homem, construída na verificabilidade de um homem por si, “caiu em ruínas tão logo aqueles que a professavam encontraram-se, pela primeira vez, diante de homens que haviam perdido toda e qualquer qualidade e relação específica – exceto o puro fato de serem humanos”¹⁹ Um paradoxo extremamente inquietante e mortal, por conseguinte.

No aspecto da superação do tradicional significado derivado dessas fronteiras intelectivas (direitos do homem, fronteiras, soberania, nacionalidade), seria possível, pensamos, caminhar rumo à defesa, ao menos, de uma ética distinta, a partir de uma releitura da questão do refúgio tendo em vista a ótica da hospitalidade em Jacques Derrida. Considera-se, neste interim, que todo o Estado Moderno possui uma linha que assinala o ponto em que a decisão da vida se torna, na verdade, a decisão da morte.²⁰ Esta é a contribuição do estudo que pensamos dar à extensa pesquisa já realizada sobre a hospitalidade em Jacques Derrida²¹. Em outras palavras, verificar,

¹⁶ Ver nesse sentido: PIOVESAN, Flavia. Ações afirmativas da perspectiva dos direitos humanos. **Cad. Pesquisa**, São Paulo, v. 35, n. 124, p. 43-55, Apr. 2005. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S010015742005000100004&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 02 nov 2021 agosto de 2020. <http://dx.doi.org/10.1590/S0100-15742005000100004>.

¹⁷ AGAMBEN, Giorgio. **Homo Sacer**: O poder soberano e a vida una. 2. ed. Belo Horizonte: UFMG, 2015.

¹⁸ ARENDT, Hannah. **Origens do totalitarismo**: Antissemitismo, imperialismo, totalitarismo. São Paulo: Companhia de bolso, 2012, p. 327.

¹⁹ ARENDT, Hannah. **Origens do totalitarismo**: Antissemitismo, imperialismo, totalitarismo. São Paulo: Companhia de bolso, 2012, p. 327.

²⁰ AGAMBEN, Giorgio. **Homo Sacer**: O poder soberano e a vida una. 2. ed. Belo Horizonte: UFMG, 2015.

²¹ Ver nesse sentido: BASTOS, SÊNIA REGINA, RAMEH, LADJANE MILFONT, & BITELLI, FÁBIO MOLINARI. O conceito de hospitalidade de Jacques Derrida nos artigos científicos do Portal de Periódicos da Capes. **Anais XIII Seminário ANPTUR**, v. 13, 2016, também: PEREIRA, G. O. L. Da tolerância à hospitalidade na democracia por vir. Um ensaio a partir do pensamento de Jacques Derrida. **Sapere Aude-Revista de Filosofia**, v. 4, n. 7, p. 308-328, 2013.

antes, o refugiado como um limite conceitual que é capturado e articulado constantemente como paradigma de uma exclusão-inclusiva que possibilita a realização do Estado Moderno. A diferença entre o humano eo político comprova, por conseguinte, a absoluta incapacidade de resolver e encarar o problema de forma adequada, configurando, nossos tempos, uma fase extrema da exceção que reina. A partir disso, é que se acredita que repensar o refúgio tendo em vista uma base ética originária e de práticas sociais, como é com o conceito de Derrida, permite explicitar uma alternativa a tratar da questão somente pela ótica do Estado, das fronteiras e direitos do homem que ainda continua inseparável do cidadão.

1. A HOSPITALIDADE EM JACQUES DERRIDA

Questões relacionadas às diferenças, principalmente aquelas continuamente excludentes, como nacionalidade e Estado, estão sempre dispostas no contexto de discussão que envolve a questão da hospitalidade, explicitada, no caso de nosso estudo, por Jacques Derrida. O hóspede, recém-chegado ou refugiado, é alguém que não pode se aguardar, um não-convidado, uma forma de visitante estranhado, não indentificável, ou seja, *o outro*. O termo “hospitalidade”, na forma que pensa Derrida, provem do latim “*hospes*”, que diz respeito à estranho ou inimigo-estranho (*hostilis*). Isto é, aquele que se hospeda se torna, sobretudo, prisioneiro, vez que é acolhido pela necessidade do outro, condicionando-o a direitos e deveres, em virtude das “intenções huamanas”, sobretudo, aquela moderna da nacionalidade.²² “O hóspede é, por vezes, visto como uma ameaça, na medida em que carrega a potencialidade de se converter em um parasita, ou seja, no hóspede abusivo e ilegítimo, no que resultará em hostilidade”²³. A hospitalidade, sugerida neste estudo, e desenvolvida por Derrida, apresenta-se, por outro lado, como um dever da humanidade, devida, neste aspecto, a *outro* ser humano. Em uma visão incondicional, a hospitalidade possui a função de “abrir as portas acada um e a cada uma, a todo e a qualquer *outro*, a todo o recém-chegado, sem perguntas, mesmo sem identificação,

²² Ver nesse sentido: BASTOS, SÊNIA REGINA, RAMEH, LADJANE MILFONT, & BITELLI, FÁBIO MOLINARI. O conceito de hospitalidade de Jacques Derrida nos artigos científicos do Portal de Periódicos da Capes. **Anais XIII Seminário ANPTUR**, v. 13, 2016, também: PEREIRA, G. O. L. Da tolerância à hospitalidade na democracia por vir. Um ensaio a partir do pensamento de Jacques Derrida. **Sapere Aude-Revista de Filosofia**, v. 4, n. 7, p. 308-328, 2013.

²³ Ver nesse sentido: DERRIDA, Jacques; DUFOURMANTELLE, Anne. **Da hospitalidade**. São Paulo: Escuta, 2003. Bastos, Sênica Regina, Rameh, Ladjane Milfont, & Bitelli, Fábio Molinari. O conceito de hospitalidade de Jacques Derrida nos artigos científicos do Portal de Periódicos da Capes. **Anais XIII Seminário ANPTUR**, v. 13, 2016, também: Pereira, G. O. L. (2013). Da tolerância à hospitalidade na democracia por vir. Um ensaio a partir do pensamento de Jacques Derrida. **Sapere Aude-Revista de Filosofia**, v. 4, n. 7, p. 308-328

de onde quer que ele viesse e fosse ele quem fosse”²⁴, portanto, a impossibilidade da hospitalidade retira do *outro* a sua condição fundamental- o ser humano. “Nossa incapacidade para enfrentar o outro exclui tudo o que é perturbador e o outro constitui um agente potencial a perturbar essa ordem”²⁵. A “hospitalidade incondicional” deve ser pensada, por consequência, tendo em vista um preceito da “singularidade absoluta”, por conseguinte, para além de conceitos como nacionalidade e cidadania; para além da institucionalidade dos direitos do homem e afins, até porque como se ressaltou acima, eles carregam uma carga seletiva imanente ao próprio realizar-se. A liberdade como hospitalidade não pode ser entendida como um poder subjetivo, “mas uma heteronomia herdada na vinda do outro, que dá à lei da hospitalidade sua forma incondicional de acolher o absolutamente outro, e proferir o “sim” originário, antes de formular qualquer questão, de pedir contas, ou de dizer o que quer que seja.”²⁶. Ainda neste contexto, Derrida não concebe o estrangeiro apenas como àquela figura da legislação, do direito, mas como o *outro*, o irreconhecível, àquele que se coloca em perigo à todo tempo.²⁷ A partir disso, a regularização de comportamentos, o acolhimento condicionalizado e as diversas tarefas de readaptação ao idioma e aos costumes fazem com que o *outro* seja acolhido apenas quando passa a falar, em especial, a língua do “acolhedor, o que é, no caso, a maior das violências, pois contra o “sim originário da humanidade”. Em um traço tradicionalmente político-jurídico, Derrida²⁸ sublinha este contraste ao destacar que “é mais justo falar a língua da maioria, sobretudo quando, por hospitalidade, esta dá a palavra ao estrangeiro”. Assim, em que pese sua condição de homem, o “estranho”, o “outro”, “recebe a hospitalidade apenas quando dispõe, de certa forma, de sua estranheza e se transmuta no que se coloca que ele deveria ser. Todavia, essa condição nega sua alteridade, “contraria-se, sem embargo, a ética ao não se preservar a relação com o outro enquanto outro”²⁹.

²⁴ DERRIDA, Jacques. **Cosmopolitas de todos os países mais um esforço!** Coimbra: Minerva, 2001. Ver também: BASTOS, SÊNIA REGINA, RAMEH, LADJANE MILFONT, & BITELLI, FÁBIO MOLINARI. O conceito de hospitalidade de Jacques Derrida nos artigos científicos do Portal de Periódicos da Capes. **Anais XIII Seminário ANPTUR**, v. 13, 2016

²⁵ Ver nesse sentido, o importante estudo realizado por: Bastos, Sênia Regina, Rameh, Ladjane Milfont, & Bitelli, Fábio Molinari. O conceito de hospitalidade de Jacques Derrida nos artigos científicos do Portal de Periódicos da Capes. **Anais XIII Seminário ANPTUR**, v. 13, 2016.

²⁶ ZAGALO, Gonçalo - Hospitalidade e soberania: uma leitura de Jacques Derrida. **Revista Filosófica de Coimbra**. Vol. 15, nº30, 2006.

²⁷ DERRIDA, Jacques; DUFOURMANTELLE, Anne. **Da hospitalidade**. São Paulo: Escuta, 2003.

²⁸ Ver nesse sentido: DERRIDA, Jacques. Hostipitality. Angelaki. **Journal of the Theoretical Humanities**., vol. 5, n.3, p. 3-18, 2000. Disponível em: <https://eclass.uoa.gr/modules/document/file.php/PPP668/%CE%97%20%CF%86%CE%B9%CE%BB%CE%BF%CE%BE%CE%B5%CE%BD%CE%AF%CE%B1/Derrida%2C%20Hostipitality.pdf> Acesso em: 02 nov 2021. DERRIDA, Jacques. **Cosmopolitas de todos os países mais um esforço!** . Coimbra: Minerva, 2001. DERRIDA, Jacques; DUFOURMANTELLE, Anne. **Da hospitalidade**. São Paulo: Escuta, 2003.

²⁹ BASTOS, SÊNIA REGINA, RAMEH, LADJANE MILFONT, & BITELLI, FÁBIO MOLINARI. O conceito de hospitalidade de Jacques Derrida nos artigos científicos do Portal de Periódicos da Capes. **Anais XIII Seminário**

Em Kant³⁰, por exemplo, a clássica concepção de hospitalidade e o estrangeiro não eram compreendidos na forma do “absolutamente outro”³¹, mas tendo-se em vista um cidadão independente juridicamente do/no mundo, sem considerar, portanto, qual seja a sua origem territorial e, por conseguinte, deveria ser tratado como pessoa, como fim em si mesmo. “Cidadão do mundo” e, assim, “deverá ser tratado como pessoa”, o que implica diversas questões jurídicas, políticas e até morais. Sob a perspectiva de Derrida³², no entanto, propõe-se uma hospitalidade “além de qualquer limite, norma ou convenção; além de qualquer distinção entre público e privado, como, aliás, sem dúvida, além de todas as distinções”³³. Além de todo o direito e juridicidade! Trata-se de uma abertura ao que não se conhece, por consequência, “impossível de se legislar ou organizar institucionalmente.”³⁴.

Na atualidade a hospitalidade existente é sempre acompanhada de condições jurídicas. Acolhe-se, mas com limites específicos, de maneira que para o “acolhimento incondicional” não ser tratado como um ilusão, faz-se preciso construir um preceito, e em si próprio impossível, isto é, que a hospitalidade incondicional se dê em algum lugar, ou seja, em uma “cidade-refúgio”. Portanto, “as leis da hospitalidade têm não só que nomear e definir o seu horizonte de aplicação, como têm, também, que nele inscrever previamente aquilo que há de acolher ou inscrever”³⁵. O acolhimento do estrangeiro, neste aspecto, é mormente uma questão política necessária. De fato, Derrida coloca, ao menos, uma ressignificação da ideia de casa, de hospedeiro e hóspede, tendo em vista que, cada vez mais, a separação e articulação entre eu e o outro, ou o nacional e o estrangeiro, causa limiares formas de exclusão. É justamente com base nessa premissa que se pretende apontar a problemática imposta pelos limites do Estado-Nação e de suas instituições. É possível, neste interim, pensar em

ANPTUR, v. 13, 2016.

³⁰ KANT, Immanuel. **A Paz Perpétua**. Um Projecto Filosófico. Covilhã, 2008.

³¹ Neste sentido: “Fala-se aqui, como nos artigos anteriores, não de filantropia, mas de direito, e hospitalidade significa aqui o direito de um estrangeiro a não ser tratado com hostilidade em virtude da sua vinda ao território de outro”. KANT, Immanuel. **A Paz Perpétua**. Um Projecto Filosófico. Covilhã, 2008, p.20.

³² DERRIDA, Jacques. Hostipitality. Angelaki. **Journal of the Theoretical Humanities**., vol. 5, n.3, p. 3-18, 2000. Disponível em: <https://eclass.uoa.gr/modules/document/file.php/PPP668/%CE%97%20%CF%86%CE%B9%CE%BB%CE%BF%CE%BE%CE%B5%CE%BD%CE%AF%CE%B1/Derrida%2C%20Hostipitality.pdf> Acesso em: 02 nov 2021; DERRIDA, Jacques. **Cosmopolitas de todos os países mais um esforço!**. Coimbra: Minerva, 2001; DERRIDA, Jacques; DUFOURMANTELLE, Anne. **Da hospitalidade**. São Paulo: Escuta, 2003.

³³ MICHAUD, G. Jacques Derrida. Um pensamento do incondicional. In: **Montando, A. (dir.) Livro da hospitalidade**. São Paulo: Senac, 2011, p. 1002.

³⁴ PEREIRA, Alexandre Branco. Os usos e abusos políticos do refúgio. **Nexo**, 15 fev. 2020. Disponível em: <https://www.nexojournal.com.br/ensaio/2020/Os-usos-e-abusos-pol%C3%ADticos-do-ref%C3%B3gio>. Acesso em: 29 out. 2021. PEREIRA, G. O. L. Da tolerância à hospitalidade na democracia por vir. Um ensaio a partir do pensamento de Jacques Derrida. **Sapere Aude-Revista de Filosofia**, v. 4, n. 7, p. 308-328, 2013.

³⁵ ZAGALO, Gonçalo - Hospitalidade e soberania: uma leitura de Jacques Derrida. **Revista Filosófica de Coimbra**. Vol. 15, nº30, 2006.

uma noção de refugio que ultrapasse os limites do modelo clássico de Estado-Nação e suas fronteiras, tanto intelectuais, quanto físicas? Somente em um preceito de acolhimento recíproco, de igualdade, simétrico, que responda à demanda por singularidade com o respeito à singularidade do outro! Destarte, em época que o acolhimento *do outro* tem se verificado cada vez mais restrito, portanto, mais condicionado a interesses políticos, culturais e, sem embargo, jurídicos, Derrida mostra a ideia de cidades-refúgios (*Les villes-refuges*³⁶), que promove ampla ressignificação e importância para qualquer pessoa que cultive a ética da cosmopolítica.³⁷ Em relação aos cosmopolitas e cosmopolitismo's de todos os países, há, ainda, uma certa redenção. Por consequência, Derrida diz sobre as cidades-refúgios que:

Tão independentes entre elas e independentes dos Estados, quando possível, mas cidades-refúgios, contudo, aliadas entre elas segundo as formas de solidariedade a inventar. Esta invenção é tarefa nossa; a reflexão teórica ou crítica é indissociável das iniciativas práticas que começamos e que já temos êxito em fazer funcionar na urgência. Quer se trate do estrangeiro em geral, do imigrante, do exilado, do refugiado, do deportado, do apátrida, da pessoa deslocada (tantas categorias a distinguir prudentemente), convidamos essas novas cidades-refúgio a mudar de direção a política dos Estados, a transformar e a refundar as modalidades de pertencimento da cidade ao Estado [...], ou nas estruturas jurídicas internacionais ainda dominadas pela regra da soberania estatal, regra intangível ou tal qual mente suposta, mas regra também cada vez mais precária e problemática. Isto não pode e não deveria mais ser o horizonte último das cidades-refúgios. É possível?³⁸

Neste sentido é que o autor francês³⁹ “propõe maneiras inovadoras de solidariedade que possibilitam uma transformação e resistência das “modalidades jurídicas de pertença da cidade ao Estado”. É desse modo, pensamos, que se conquista uma autonomia real, com o objetivo de acolher, de fato, o estrangeiro⁴⁰,

³⁶ Neste sentido ver: SOLIS, Dirce Eleonora Nigro. A Hospitalidade no Pensamento da Desconstrução. Campinas: **Reflexão** n° 34 (95), p. 115-124, 2009, p. 121. Disponível em: <https://www.redalyc.org/pdf/5765/576564436011.pdf> Acesso em 22 de novembro de 2021.

³⁷ Ver nesse sentido: DERRIDA, Jacques. Hostipitality. Angelaki. **Journal of the Theoretical Humanities.**, vol. 5, n.3, p. 3-18, 2000. Disponível em: <https://eclass.uoa.gr/modules/document/file.php/PPP668/%CE%97%20%CF%86%CE%B9%CE%BB%CE%BF%CE%BE%CE%B5%CE%BD%CE%AF%CE%B1/Derrida%2C%20Hostipitality.pdf> Acesso em: 02 nov 2021; DERRIDA, Jacques. **Cosmopolitas de todos os países mais um esforço!**. Coimbra: Minerva, 2001; DERRIDA, Jacques; DUFOURMANTELLE, Anne. **Da hospitalidade**. São Paulo: Escuta, 2003.

³⁸ SOLIS, Dirce Eleonora Nigro. A Hospitalidade no Pensamento da Desconstrução. Campinas: **Reflexão** n° 34 (95), p. 115-124, 2009, p. 121. Disponível em: <https://www.redalyc.org/pdf/5765/576564436011.pdf> Acesso em 22 de novembro de 2021

³⁹ DERRIDA, Jacques. Hostipitality. Angelaki. **Journal of the Theoretical Humanities.**, vol. 5, n.3, p. 3-18, 2000. Disponível em: <https://eclass.uoa.gr/modules/document/file.php/PPP668/%CE%97%20%CF%86%CE%B9%CE%BB%CE%BF%CE%BE%CE%B5%CE%BD%CE%AF%CE%B1/Derrida%2C%20Hostipitality.pdf> Acesso em: 02 nov 2021.

⁴⁰ DERRIDA, Jacques. Hostipitality. Angelaki. **Journal of the Theoretical Humanities.**, vol. 5, n.3, p. 3-18, 2000. Disponível em: <https://eclass.uoa.gr/modules/document/file.php/PPP668/%CE%97%20%CF%86%CE%B9%CE%BB%CE%BF%CE%BE%CE%B5%CE%BD%CE%AF%CE%B1/Derrida%2C%20Hostipitality.pdf> Acesso em: 02 nov 2021. Neste sentido também o estudo: Bastos, Sênia Regina, Rameh, Ladjane Milfont, & Bitelli, Fábio Molinari. O conceito de hospitalidade de

certo que, a partir da hospitalidade tomada nestes termos, considera-se crime, sobretudo, potencialmente ético, a negação ao pedido de ajuda, tornando totalmente problematizáveis os limites da maneira e as condições do exercício do Estado com relação aos estrangeiros.⁴¹ E isto porque, como postulamos destacar, ao menos diferentemente do que tem sido feito até o momento, ela promove uma exigência de resistência à soberania e à toda a instituição (direito e afins), em nome do necessário acolhimento incondicional e da promessa de hospitalidade (isto é *o outro* que se fala), que é, inclusive, “também a chance e o porvir das leis positivas da hospitalidade, a sua perfectibilidade como possibilidade (a eventual efetividade) do impossível (da incondicionalidade absoluta).”⁴².

2. O PARADOXO DOS DIREITOS DO HOMEM, OS REFUGIADOS, ACIONALIDADE E O CONCEITO DE HOSPITALIDADE EM DERRIDA

A Declaração dos Direitos do Homem, no fim do século XVIII, pareceu ser um marco destacável na história, com uma aparente libertação do homem de toda espécie de aprisionamento; uma referência em uma época “em que os indivíduos já não estavam a salvo nos Estados em que haviam nascido”⁴³. Neste ponto, subsiste, não obstante, o paradoxo da sua criação: “a questão dos direitos do homem foi associada à emancipação nacional; somente a soberania emancipada do povo parecia capaz de assegurá-los”⁴⁴. Os Direitos do Homem foram conceituados como, irreduzíveis, inalienáveis, “porém, no momento, em que seres humanos (como os judeus, por exemplo) deixavam de ter um governo próprio, não restava nenhuma autoridade para protegê-los e nenhuma instituição disposta a garanti-los”⁴⁵. A primeira catástrofe que sofreram essas pessoas não foi somente àquela relacionada ao direito, mas, sobretudo, a perda de suas particularidades, o que significava, neste interim, “a perda de todo contexto social na qual haviam nascidos e promovidos para si uma raiz no mundo”⁴⁶. Por consequência, o paradoxo e a contradição de tal questão se revelam no

Jacques Derrida nos artigos científicos do Portal de Periódicos da Capes. **Anais XIII Seminário ANPTUR**, v. 13, 2016.

⁴¹ Neste sentido:: BASTOS, SÊNIA REGINA, RAMEH, LADJANE MILFONT, & BITELLI, FÁBIO MOLINARI. O conceito de hospitalidade de Jacques Derrida nos artigos científicos do Portal de Periódicos da Capes. **Anais XIII Seminário ANPTUR**, v. 13, 2016.

⁴² ZAGALO, Gonçalo - Hospitalidade e soberania: uma leitura de Jacques Derrida. **Revista Filosófica de Coimbra**. Vol. 15, nº30, 2006.

⁴³ Ver nesse sentido: ARENDT, Hannah. **Origens do totalitarismo**: Antissemitismo, imperialismo, totalitarismo. São Paulo: Companhia de bolso, 2012, 325. ARENDT, HANNA. **Nós: os refugiados**. Covilhã: Lusofia, 2013.

⁴⁴ ARENDT, Hannah. **Origens do totalitarismo**: Antissemitismo, imperialismo, totalitarismo. São Paulo: Companhia de bolso, 2012, p. 325.

⁴⁵ ARENDT, Hannah. **Origens do totalitarismo**: Antissemitismo, imperialismo, totalitarismo. São Paulo: Companhia de bolso, 2012, p. 325.

⁴⁶ ARENDT, Hannah. **Origens do totalitarismo**: Antissemitismo, imperialismo, totalitarismo. São Paulo: Companhia de bolso, 2012, p. 328.

sentido de que os “direitos do homem” foram realizados a eles “somente na medida em que se reservam os direitos do cidadão, que, em geral, são diferenciados em ativos e passivos, entre nascimento e nacionalidade”⁴⁷. Assim, historicamente, “os Estados-nação operaram/operam uma discriminação, em seu interior, entre a vida autêntica e uma vida nua, privada de todo valor político”⁴⁸ e que, por isso, em sua secreta solidariedade, permitia o valor da vida. Portanto, o Estado moderno, em seu fundamento apoiado na figura dos “direitos do homem”, guarda certa questão oculta de que seu alicerce não se baseia na proposta de um “sujeito político livre e consciente”, mas, antes de tudo, na sua vida-nua, no simples nascimento. Diante disso, a necessidade de redefinir continuamente a vida, o limiar que articula e separa aquilo que está dentro do que está fora, “configura-se no que se nomeia de soberania”⁴⁹.

De fato, “os direitos do homem, supostamente inalienáveis, mostraram-se inexecutáveis — mesmo nos países cujas constituições se baseavam neles — sempre que surgiam pessoas que não eram cidadãos de algum Estado soberano”⁵⁰. “O fator decisivo é que esses direitos, e a dignidade humana que eles outorgam, deveriam permanecer válidos e reais mesmo que somente existisse um único ser humano na face da terra”⁵¹. Todavia, estes explicitaram certa contradição real quando justamente se postulou a condição humana geral daqueles que foram expulsos de todas as comunidades políticas, como os judeus na Alemanha, durante os anos 30 do século XX. De certa forma, essa “tradição” paradoxal de considerar humano apenas o nacional que, como se viu, encontra cerne naquilo que se planejou e se quis realmente postular historicamente como “direitos do homem”, implica numa situação especial em relação aos refugiados. Sem embargo e, por esse sentido, os refugiados devem ser considerados justamente por aquilo que são, ou seja, um conceito-limite que põe em crise radical as categorias fundamentais do Estado-Nação, com o nexo nascimento-

⁴⁷ AGAMBEN, Giorgio. **Homo Sacer**: O poder soberano e a vida nua. 2. ed. Belo Horizonte: UFMG, 2015.

⁴⁸ AGAMBEN, Giorgio. **Homo Sacer**: O poder soberano e a vida nua. 2. ed. Belo Horizonte: UFMG, 2015.

⁴⁹ AGAMBEN, Giorgio. **Homo Sacer**: O poder soberano e a vida nua. 2. ed. Belo Horizonte: UFMG, 2015. Conforme reforça Hanna Arendt: “A tragédia do Estado-Nação surgiu quando a crescente consciência nacional do povo interferiu nessas funções. Em nome da vontade do povo, o Estado foi obrigado a reconhecer como cidadãos somente os “nacionais”, a conceder completos direitos civis e políticos somente àqueles que pertenciam à comunidade nacional por direito de origem e fato de nascimento. Isso significa que o Estado foi parcialmente transformado de instrumento de lei em instrumento de Nação {...} De uma só vez, os mesmos direitos essenciais reivindicados como herança inalienável de todos os seres humanos e como herança específica de nações específicas; a mesma nação era declarada, de uma só vez, sujeita às leis que emanariam supostamente dos direitos do homem, e soberania, isto é, independentemente de qualquer lei. ARENDT, Hannah. **Origens do totalitarismo**: Antissemitismo, imperialismo, totalitarismo. São Paulo: Companhia de bolso, 2012, p. 327

⁵⁰ ARENDT, Hannah. **Origens do totalitarismo**: Antissemitismo, imperialismo, totalitarismo. São Paulo: Companhia de bolso, 2012, p. 327.

⁵¹ ARENDT, Hannah. **Origens do totalitarismo**: Antissemitismo, imperialismo, totalitarismo. São Paulo: Companhia de bolso, 2012, p. 327

nação, “àquele do homem-cidadão”, permitindo, assim, construir uma (cosmo)política “em que a vida nua não seja mais separada e excepcionada no ordenamento estatal, nem mesmo através da figura contraditória dos direitos do homem”⁵². Uma forma de construir tal “(cosmo)política”, pensamos, dar-se-á, ao menos inicialmente, pela proposta e pelo conceito de hospitalidade em Derrida, até porque, no sistema do Estado-nação, os “ditos direitos sagrados e inalienáveis do homem” mostram-se/mostraram-se ineficientes de qualquer proteção no mesmo instante em que não seja/era possível configurá-los como direitos dos cidadãos de um Estado.⁵³ Ainda e, considerando a declaração de 1789 e o “nascimento-nação”, identifica-se que, por um lado, os Estados operam um oculto reinvestimento da vida natural, discriminando, no seu interior, uma vida nua, privada de seu valor político; e, por outro, os ditos direitos do homem, que fazem sentido apenas para os “pressupostos da cidadania”, que, se separada deste contexto de nacionalidade perde totalmente a representatividade. Este caráter contraditório, inclusive, como destaca Agamben⁵⁴, está “intimamente ligado às tentativas infrutíferas dos vários comitês e organizações que tentam salvaguardar os direitos do homem ainda levando em conta esse ponto”. Neste sentido, os direitos “sagrados e inalienáveis” do homem se mostram cada vez mais incapazes não só de apreender os problemas, mas de até simplesmente encará-los de uma forma real. Fica-se evidente, por consequência, “que há enormes diferenças entre o acolhimento do estrangeiro (jurídico-político) e o acolhimento do outro absoluto (hospitalidade incondicional)”⁵⁵. Não é possível pensar no direito essa questão que a hospitalidade em Derrida propõe, até porque esta, no mínimo o transcende e, sem embargo interrompe e resiste, visto que “antes de toda a nomeação ou postulação de um horizonte de inscrição, antes de toda e qualquer identificação possível; algo que nunca pode ser inscrito ou descrito num código efetivo”⁵⁶. Há que se reconstruir potencialmente, por conseguinte, a cada momento, a regra do acolhimento, ou seja, é “preciso fazer o impossível de responder à singularidade absoluta a partir do que se é possível fazer, e isto pelo arrebatamento constante do desejo do impossível”⁵⁷. A realidade, no momento atual, sob a qual os direitos do homem ofertam tutela, é a aquela de portar um documento, é a de ter uma identidade

⁵² AGAMBEN, Giorgio. **Homo Sacer**: O poder soberano e a vida nua. 2. ed. Belo Horizonte: UFMG, 2015.

⁵³ AGAMBEN, Giorgio. **Homo Sacer**: O poder soberano e a vida nua. 2. ed. Belo Horizonte: UFMG, 2015.

⁵⁴ AGAMBEN, Giorgio. **Homo Sacer**: O poder soberano e a vida nua. 2. ed. Belo Horizonte: UFMG, 2015.

⁵⁵ . ZAGALO, Gonçalo - Hospitalidade e soberania: uma leitura de Jacques Derrida. **Revista Filosófica de Coimbra**. Vol. 15, nº30, 2006.

⁵⁶ . ZAGALO, Gonçalo - Hospitalidade e soberania: uma leitura de Jacques Derrida. **Revista Filosófica de Coimbra**. Vol. 15, nº30, 2006.

⁵⁷ . ZAGALO, Gonçalo - Hospitalidade e soberania: uma leitura de Jacques Derrida. **Revista Filosófica de Coimbra**. Vol. 15, nº30, 2006.

cidadã. De fato, uma representação juridico-soberana-burocrática que interfere nas relações de um indivíduo, nas decisões tomadas sobre ele e seu destino. “Não carregar um passaporte é estar exposto ao vazio, à falta de garantias, ao limbo e à vulnerabilidade”.⁵⁸ Por esta razão, é que sob a perspectiva de Derrida, propõe-se uma hospitalidade além de qualquer limite institucional, além de todo o aspecto juridicizante, além de qualquer burocratização, além de qualquer direito.⁵⁹ Portanto, a intencionalidade da hospitalidade equivale à potência da inserção cosmopolítica incondicional, de uma forma que garanta e permita a articulação entre a sociabilidade e as políticas sociais como políticas de transformação e resistência. Não existe uma hospitalidade modelo, por consequência, até porque é preciso que, na iminência de cada novo caso, de cada novo *outro*, ela seja sempre reconstruída, reinventada, potencializada, por isso o possível no impossível e vice-versa.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O desenvolvimento do presente estudo possibilitou, em alguma parte, pensarmos, uma análise acerca do homem, que teve seus direitos vastamente afetados por aqueles que, paradoxalmente, prometeram, no ocidente moderno, um “mínimo existencial”, com a satisfação das necessidades básicas para manter uma “vida digna”. Os ditos “direitos do homem”, “princípio da dignidade da pessoa humana” e afins, postulados como um “valor moral e espiritual inerente à pessoa em si”, demonstram/demonstraram, a contrário sensu, diversas diferenciações e escolhas baseadas em interesses, sejam do Estado, das conveniências políticas e de outras questões relacionadas. O homem, a partir da visão do Estado, das declarações de direitos, da soberania, apenas é homem realmete, isto é, com direitos e afins, se for nacional. Nesse sentido, é possível identificar um rompimento de continuidade da proteção dos direitos “do homem” em virtude da nacionalidade, que parece ser um requisito obrigatório para que o *outro* seja acolhido em sua incondicionalidade. Assim, o homem de direitos é o homem nacional, de modo que, quando perde sua nacionalidade, quando sua “aparição” de cidadão se esvai, ele perde também realmente todos os outros pressupostos, explicitando, dessa forma, a vida-nua como

⁵⁸ LACERDA, Ana Luiza; GAMA, Carlos Frederico P. S.. O solicitante de refúgio e a soberania moderna: a identidade na diferença. **Lua Nova**, São Paulo, n. 97, p. 53- 80, Apr. 2016. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S010264452016000100053&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 02 nov. 2021. <https://doi.org/10.1590/0102-6445053-080/97>.

⁵⁹ Michaud, G. Jacques Derrida. Um pensamento do incondicional. In: **Montando, A. (dir.) Livro da hospitalidade**. São Paulo: Senac, 2011, p. 1002.

o fundamento secreto de toda essa disposição conceitual. É justamente por este motivo que a ideia da hospitalidade em Derrida possibilitou, além de uma revisitação das contradições inerentes aos conceitos acima referidos, a exposição crítica das questões que colocam o refúgio e o refugiado como um verdadeiro prisioneiro, em outras palavras, uma espécie de refém daquele que o acolhe. Talvez ainda vale a pena investigar a semelhança conceitual entre *refém* e *refugiado*. Portanto, o estudo da hospitalidade nos termos propostos propicia/propiciou, ao menos uma base alternativa para discussões acerca das relações transnacionais contemporâneas, em especial, a do refúgio e do refugiado, mas não só destas, certo de que desloca a dissociação do paradigma moderno da soberania apresentando uma ideia de integração transnacional cada vez maior sugerindo com uma verdadeira ressignificação da ideia de “casa”, de hóspede e hospedeiro para uma de potência de resistência.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ACNUR. **Dados sobre Refúgio**. Acnur, 2020. Disponível em: <https://www.acnur.org/portugues/dados-sobre-refugio/> Acesso em: 29 de outubro. 2021.

AGAMBEN, Giorgio. **Homo Sacer: O poder soberano e a vida una**. 2. ed. Belo Horizonte: UFMG, 2015.

ANTUNES, José Manuel Oliveira. **Refugiados: um pouco de história, para memórias curtas**. Público, 28 ago. 2015. Disponível em: <https://www.publico.pt/2015/08/28/mundo/opiniao/refugiados-um-pouco-de-historia-para-memorias-curtas-1706138>. Acesso em: 29 out. 2021.

ARENDT, Hannah. **Origens do totalitarismo: Antissemitismo, imperialismo, totalitarismo**. São Paulo: Companhia de bolso, 2012.

_____. **Nós: os refugiados**. Covilhã: Lusofia, 2013.

BASTOS, SÊNIA REGINA, RAMEH, LADJANE MILFONT, & BITELLI, FÁBIO MOLINARI. O conceito de hospitalidade de Jacques Derrida nos artigos científicos do Portal de Periódicos da Capes. **Anais XIII Seminário ANPTUR**, v. 13, 2016, também: PEREIRA, G. O. L. Da tolerância à hospitalidade na democracia por vir. Um ensaio a partir do pensamento de Jacques Derrida. **Sapere Aude-Revista de Filosofia**, v. 4, n. 7, p. 308-328, 2013.

BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. **Entenda as diferenças entre refúgio e asilo**., 2020. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/news/entenda-as-diferencas-entre-refugio-e-asilo>. Acesso em: 29 out. 2021.

BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. **MJC esclarece principais dúvidas sobre refúgio, asilo político e visto humanitário**. Disponível em:

<https://www.novo.justica.gov.br/news/mjc-esclarece-principais-duvidas-sobre-refugio-asilo-politico-e-visto-humanitario>. Acesso em: 29 out. 2021.

BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. **Refúgio e cooperação jurídica internacional são temas de debate**. Disponível em: <https://www.novo.justica.gov.br/news/o-refugio-e-os-instrumentos-da-cooperacao-juridica-internacional-sao-temas-de-debate>. Acesso em: 29 out. 2021.

DERRIDA, Jacques. Hostipitality. Angelaki. **Journal of the Theoretical Humanities**., vol. 5, n.3, p. 3-18, 2000. Disponível em: <https://eclass.uoa.gr/modules/document/file.php/PPP668/%CE%97%20%CF%86%CE%B9%CE%BB%CE%BF%CE%BE%CE%B5%CE%BD%CE%AF%CE%B1/Derrida%2C%20Hostipitality.pdf> Acesso em: 02 nov 2021

DERRIDA, Jacques. **Cosmopolitas de todos os países mais um esforço!** . Coimbra: Minerva, 2001.

DERRIDA, Jacques; DUFOURMANTELLE, Anne. **Da hospitalidade**. São Paulo: Escuta, 2003.

FOUCAULT, Michel. **História da Sexualidade I: A Vontade de Saber**. Rio de Janeiro, Edições Graal, 1977

JESUS, Diego Santos Vieira de. O baile do monstro: o mito da paz de vestfália na história das relações internacionais modernas. **História, Franca**, v. 29, n. 2, p. 221-232, Dec. 2010. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-90742010000200012&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 02 nov. 2021. <https://doi.org/10.1590/S0101-90742010000200012>.

KANT, Immanuel. **A Paz Perpétua**. Um Projecto Filosófico. Covilhã, 2008

LACERDA, Ana Luiza; GAMA, Carlos Frederico P. S.. O solicitante de refúgio e a soberania moderna: a identidade na diferença. **Lua Nova**, São Paulo, n. 97, p. 53- 80, Apr. 2016. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S010264452016000100053&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 02 nov. 2021. <https://doi.org/10.1590/0102-6445053-080/97>.

MICHAUD, G. Jacques Derrida. Um pensamento do incondicional. In: **Montando, A. (dir.) Livro da hospitalidade**. São Paulo: Senac, 2011, p. 1002.

MOREIRA, Julia Bertino. **A problemática dos refugiados na América Latina e no Brasil**. Programa San Tiago Dantas. Universidade de São Paulo; Pontifícia Universidade de São Paulo; Universidade Estadual de São Paulo. Disponível em: <file:///C:/Users/renomear/Downloads/81791-Texto%20do%20artigo-113242-1-10-20140622.pdf>. Acesso em: 29 out. 2021.

PEREIRA, Alexandre Branco. Os usos e abusos políticos do refúgio. **Nexo**, 15 fev. 2020. Disponível em: <https://www.nexojornal.com.br/ensaio/2020/Os-usos-e-abusos-pol%C3%ADticos-do-ref%C3%BAgio>. Acesso em: 29 out. 2021.

PEREIRA, G. O. L. Da tolerância à hospitalidade na democracia por vir. Um ensaio a partir do pensamento de Jacques Derrida. **Sapere Aude-Revista de Filosofia**, v. 4, n. 7, p. 308-328, 2013.

PIOVESAN, Flavia. Ações afirmativas da perspectiva dos direitos humanos. **Cad. Pesquisa**, São Paulo, v. 35, n. 124, p. 43-55, Apr. 2005 . Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S010015742005000100004&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 02 nov 2021 agosto de 2020. <http://dx.doi.org/10.1590/S0100-15742005000100004>.

SOLIS, Dirce Eleonora Nigro. A Hospitalidade no Pensamento da Desconstrução. Campinas: **Reflexão** n° 34 (95), p. 115-124, 2009, p. 121. Disponível em: <https://www.redalyc.org/pdf/5765/576564436011.pdf> Acesso em 22 de novembro de 2021.

ZAGALO, Gonçalo - Hospitalidade e soberania: uma leitura de Jacques Derrida. **Revista Filosófica de Coimbra**. Vol. 15, nº30, 2006.

DAS FORMAS AOS RESULTADOS: COMO O DIREITO NÃO SE BASTA À GARANTIA DA DIGNIDADE HUMANA

FROM THE FORMS UNTIL THE RESULTS: HOW THE LAW DOES NOT SECURE HUMAN DIGNITY

Diego de Moraes Fragoso¹

Fernanda Prestes dos Santos²

Resumo

Este artigo analisa – tomando a teoria materialista como premissa maior – a totalidade do direito e do estado em seus aspectos fundamentais enquanto formas sociais, sendo um dos objetivos pontuar os limites do próprio direito enquanto garantidor da dignidade da pessoa humana. Não obstante, compreendendo o arcabouço neoliberal que, além de ser entendido como uma doutrina econômica, tem o potencial de colonizar as subjetividades dos sujeitos, legitimando assim as relações de exploração.

Palavras-chave: Capitalismo, Estado, Direito, Neoliberalismo.

Abstract

This article analyzes – having the materialist theory as a higher premacy – the totality of the law and the state in their fundamental aspects as social forms, being one of the means of this research to point towards the boundaries of the own theory of law as the protector of the human dignity. Nevertheless, comprehending the neoliberal framework that, beyond being understood as an economic doctrine, has the potential of colonizing the subjectivity of the beings, and by so legitimizing the relations of exploitation.

Keywords: Capitalism, State, Law, Neoliberalism.

INTRODUÇÃO

Em decorrência da ascensão crescente de ações que flexibilizam direitos tidos como garantidos, bem como do aumento de discursos antidemocráticos, nota-se a necessidade de buscar respostas efetivas. Nessa senda, toma-se a abordagem materialista como o que se apresenta de mais refinado em termos de rigor teórico, dado que tem como base a historicidade – a materialidade das relações sociais.

Levando em consideração essa perspectiva, fez-se salutar em primeiro momento apontar para o que é de fato o fenômeno do Estado e do Direito. Assim, apontando que a forma valor e a forma mercadoria cumprem papel basilar e fundador de todas as outras formas sociais. Em outras palavras, são nelas que reside o núcleo do que é o jurídico.

¹ Graduando da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo.

² Graduanda da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo.

Nesse diapasão, explicita-se o neoliberalismo como momento histórico de produção deste texto, de modo que sua razão determina o fim da forma política estatal. Logo, delineando os seus aspectos de governamentalidade, principalmente a partir da ideologia que carrega: uma concorrência desenfreada e sem fim, encontrando fundamento no darwinismo social do século XIX.

Por fim, no capítulo final discorre-se sobre a chamada forma democrática e seus limites e contradições evidentes. Salientando, por conseguinte, que não há nenhuma garantia intrínseca ao chamado Estado “democrático” de direito que não seja a satisfação da ordem neoliberal e, portanto, das formas estruturantes da sociabilidade capitalista.

1. SOBRE A FORMA POLÍTICA ESTATAL E A IDEOLOGIA

A partir da análise do jurista e filósofo Alysson Leandro Mascaro³ é possível alcançar um dos objetivos deste estudo: explorar o núcleo duro dos fenômenos do Estado e Direito. Para o autor o Estado contemporâneo é produto específico do capitalismo.

Na Idade Média, por exemplo, o feudalismo era baseado em relações de mão de obra servil, inexistindo intermédio senhor e servo. O mando do senhor feudal era direto, por meio da imposição da força e o poder político se coadunava com o econômico. Além disso, os setores da vida como a religião, a moral e os costumes poderiam ser tidos como Direito. Não havia distinção clara dentre essas esferas da vida social. Pelo contrário, no feudalismo a religião era elemento que se prestava a legitimar as relações de servidão, por ser então traduzida como a vontade de Deus.

Ocorre que em nosso tempo o que entendemos por Estado e direito é completamente distinto das características do passado, alcançando uma forma específica. De modo geral as teorias positivistas tomam o fenômeno do direito como um complexo de normas jurídicas emanadas pelo Estado, ocupando-se em analisar suas características meramente formais, começando pela norma.

Não há preocupação em investigar o lastro material objetivo das mesmas. Também o pensamento jurídico se funda em princípios idealistas, afirmando haver direitos naturais que alcançam todos os seres humanos independentemente de norma jurídica que os positive. Já a abordagem materialista se preocupa em investigar o cerne do Estado e do Direito, já que considera que as formas sociais são constituídas

³ MASCARO, Alysson Leandro. **Estado e forma política**. São Paulo: Boitempo, 2013.

historicamente. Para a abordagem materialista, não há uma espécie de lei natural anterior à razão.

Nos países capitalistas existem formas sociais lastreadas na forma valor e na forma mercadoria, que se transferem e colonizam todos os setores da vida. É aqui que está o cerne. Esse é o núcleo duro do qual derivam todas as outras formas sociais, mas não necessariamente de forma lógica, visto que há contradições.

Tomemos a forma jurídica como exemplo. A forma jurídica trabalha com conceitos universais, como o do sujeito de direito. Os sujeitos de direito podem ‘livremente’ firmar contratos, pois gozam da autonomia da vontade. Os trabalhadores podem reivindicar por meios institucionais a melhoria das condições de trabalho, o aumento de salários, etc.

Em ambos os casos, pois, a única liberdade é a de reiterar a forma de sociabilidade capitalista, da exploração e da acumulação, vendendo a força de trabalho por meio de um contrato (visto que o trabalhador não tem a propriedade dos meios de produção).

Assim, por mais que existam normas que não necessariamente correspondam aos interesses do capital, a forma jurídica ainda continua alcançando este modo específico da forma de reprodução capitalista, pois não se trata do conteúdo das normas, mas da forma.

De modo geral, mesmo que as normas jurídicas protejam trabalhadores e crianças, por exemplo, o núcleo da forma jurídica permanece inalterado. A proteção da propriedade privada e do Estado como garante dos contratos permanece intocável – “O sujeito é o átomo da teoria jurídica”⁴ dado que é caracterizado por ser um portador de mercadorias. Na contemporaneidade, outrossim, as trocas não são meros sistemas parciais mercantis, mas se generalizam. Há a subsunção real do trabalho no modo de produção capitalista. Para que as trocas sejam generalizadas é necessário que todos sejam sujeitos de direito que possam transacionar livremente.

Pensando no Estado, embora pareçam equivalentes, a forma jurídica e a forma política estatal são fenômenos distintos, ainda que derivados de elementos comuns, a forma valor e a forma mercadoria. Como destaca Mascaró,

O núcleo da forma jurídica, o sujeito de direito, não advém do Estado. Seu surgimento, historicamente, não está na sua chancela pelo Estado. A dinâmica do surgimento do sujeito de direito guarda vínculo, necessário e direto, com as relações de produção capitalistas. A circulação mercantil e a produção baseada

⁴ PACHUKANIS, Evguiéni Bronislávovich. **Teoria geral do direito e marxismo**. 1ª ed. Tradução de Paula Vaz de Almeida. São Paulo: Boitempo, 2017, p. 117.

na exploração da força de trabalho jungida de modo livre e assalariado é que constituem, socialmente, o sujeito portador de direitos subjetivos.⁵

Nas teorias de introdução ao estudo do direito é comum o Estado e o Direito serem analisados como um mesmo produto. Porém, como salienta o autor, não o são, pois só se aproximam desta maneira enquanto técnicas. Posteriormente a existência de uma forma a outra, elas se imbricam. A forma sujeito de direito, por exemplo, já era existente antes do Estado.

Contudo, o Estado o conforma na qualidade de um terceiro, aplicando, por exemplo, algum tipo de limite como jornada máxima de trabalho por semana. Entretanto, o Estado não modifica o cerne da forma jurídica calcada no Direito Privado. Assim, ele aparece de maneira imediata como um terceiro desinteressado, porém, justamente garantindo e possibilitando a reprodução capitalista.

Evidentemente que isso não significa que a forma política esteja submetida à classe trabalhadora ou burguesa de forma imediata. A reprodução do capitalismo, então, é apenas possível apartando-se o poder político da miríade de agentes econômicos, tanto burgueses quanto trabalhadores.⁶ O Estado somente existe na estrutura capitalista, aparecendo como este terceiro que vincula as partes não necessariamente representando os interesses de uma ou outra classe, pois isso se assemelharia às sociedades antigas em que a imposição da ordem era direta.

Ao contrário disso, trata-se o ente estatal como hoje o compreendemos de um produto específico da forma de produção capitalista, estruturalmente correspondendo aos interesses da reprodução do capital. Por essa razão a autonomia do Estado é relativa. Essa autonomia pode ser exercida de modos variados a depender das forças específicas operando dentro (e fora) do Estado, que em momentos de crise precisa se reconfigurar e ser reconfigurado.

As políticas econômicas, então, podem tanto buscar um Estado de bem-estar social quanto objetivar políticas de austeridade neoliberais que levem ao limite os níveis de precarização da vida da população. Uma pandemia mundial pode tanto levar a preconização de políticas que invistam em saúde pública quanto dar continuidade a ataques neoliberais à saúde pública⁷. O Brasil é um exemplo que perfeitamente se encaixa.

⁵ MASCARO, Alysson Leandro. **Estado e forma política**. São Paulo: Boitempo, 2013, p. 40.

⁶ MASCARO, Alysson Leandro. **Estado e forma política**. São Paulo: Boitempo, 2013, p. 44.

⁷ MENEZES, Ana Paula do Rego; MORETTI, Bruno; REIS, Ademar Arthur Chioro dos. O futuro do SUS: impactos das reformas neoliberais na saúde pública – austeridade versus universalidade. **Saúde em Debate**. Rio de Janeiro, dez. 2019. Disponível em: <https://scielosp.org/article/sdeb/2019.v43nspe5/58-70/>. Acesso em: 27 nov. 2021.

Também é importante analisarmos o papel da ideologia no Estado e Direito. Como destaca Evguiéni Pachukanis “o direito é psicologicamente experimentado pelas pessoas”⁸. No entanto, ainda que todo o arcabouço jurídico seja experimentado de maneira ideológica, evidentemente que ele representa relações materiais objetivas. A ideia de povo e nação podem ser esclarecedores nesse sentido. Para Mascaro, esses signos são meras duplicações ideológicas, pois é a partir da existência do Estado que exsurge a ideia de nação.

O signo da nação é necessário para uma sociedade atomizada e marcada pelo Direito Privado. Nos estados contemporâneos podemos observar o fenômeno da globalização, uniformizando costumes e “desconstruindo subjetividades coletivas antigas”⁹. Basta observarmos que a língua oficial no Brasil é a de nossos colonizadores. “A construção simbólica da nação advém do específico estabelecimento das classes dominantes”¹⁰.

Podemos fazer uma analogia com o célebre e conhecido excerto de Marx: “a religião é o ópio do povo”¹¹. Assim como o clamor religioso pode ser uma espécie de termômetro do sofrimento das populações em uma realidade de exploração constante, o simbólico da nação e povo pode exercer papel relativo.

Antes de ser um trabalhador, o indivíduo atomizado (mais precisamente pelo neoliberalismo) é parte de um povo, de uma nação. Os valores nacionais são reforçados pela competitividade, e tudo que é estrangeiro é tido como adversário.

Daí que surgem posturas reacionárias, nacionalistas e xenofóbicas. Essa duplicação ideológica exerce papel essencial no plano das subjetividades no sentido de ser uma espécie de alento para as almas oprimidas gerando alguma espécie de identificação.

A ideia de povo e nação será identificada por determinadas práticas culturais, determinados esportes, e determinadas religiões em detrimento de outras práticas colocadas à margem. Essas formas de construção de identidade variam conforme as características materiais objetivas que conformam cada Estado.

⁸PACHUKANIS, Evguiéni Bronislávovich. **Teoria geral do direito e marxismo**. 1ª ed. Tradução de Paula Vaz de Almeida. São Paulo: Boitempo, 2017, p. 87.

⁹MASCARO, Alysson Leandro. **Estado e forma política**. São Paulo: Boitempo, 2013, p. 78.

¹⁰MASCARO, Alysson Leandro. **Estado e forma política**. São Paulo: Boitempo, 2013, p. 78.

¹¹MARX, Karl. **Crítica da filosofia do direito de Hegel**. 2ª ed. Tradução de Rubens Enderle e Leonardo de Deus. São Paulo: Boitempo, 2010, p. 145.

2. SUPREMACIA DO CONSUMIDOR E O AVANÇO DO NEOLIBERALISMO

Nesse ponto, faz-se importante compreender o resultado hodierno do desenvolvimento do sujeito de direito e, por conseguinte, das formas mercadoria e valor. Em suma, como o sujeito de direito – criado a partir de relações jurídicas de contrato – e a noção de um cidadão consumidor se relacionam.

Logo, cumpre delinear o que está no cerne da ideologia neoliberal. Parte-se, assim, ao spencerismo. Hebert Spencer, no séc. XIX, ia de encontro às perspectivas utilitaristas (Tocqueville e Mill) que justificavam a intervenção política, flexibilizando o direito de propriedade. Ao contrário, Spencer introduz uma temática deveras interessante: a primazia da concorrência sobre as relações sociais¹².

Ataca-se, logo, uma interpretação que faz do bem-estar do povo o objetivo da intervenção do Estado, visto que essa afirmação iria de encontro às leis naturais¹³. A um primeiro olhar, torna-se possível entender que as observações de Hebert Spencer se tornaram antiquadas, visto que ao passar dos séculos XIX e XX uma noção de intervenção legítima do Estado – corolária das perspectivas utilitaristas de Mill e Tocqueville – tomou grande notoriedade. Entretanto, as noções de priorizar o concorrencialismo como modo legítimo do devir jurídico estatal acaba retornando.

Ou seja, será principalmente a partir da década de 30 que os dogmas liberais ortodoxos serão postos em cheque, abraçando discussões teleológicas para achar outra alternativa; todavia mantendo o mesmo espectro de acumulação característico ao liberalismo político. Daí ter surgido uma questão central: *como salvar do próprio liberalismo o que é possível do sistema capitalista?*¹⁴

O Estado então passou a aparecer como um interventor não apenas legítimo, mas principalmente necessário para salvar a economia. A partir da crescente desconfiança na doutrina econômica que pregava uma liberdade total dos atores no mercado, chegou-se a construir o New Deal¹⁵. Em que pesem as teses levantadas pelo “novo liberalismo”, salientando uma intervenção estatal promovendo auxílios aos desamparados – sempre para salvar o capitalismo –, a noção do concorrencialismo spenceriano ainda se encontrava presente. Longe de ser um

¹² DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. **A nova razão do mundo: ensaio sobre a sociedade neoliberal**. 1ª ed. Tradução de Mariana Echalar. São Paulo: Boitempo, 2016, p. 49-50.

¹³ DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. **A nova razão do mundo: ensaio sobre a sociedade neoliberal**. 1ª ed. Tradução de Mariana Echalar. São Paulo: Boitempo, 2016, p. 46-47.

¹⁴ DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. **A nova razão do mundo: ensaio sobre a sociedade neoliberal**. 1ª ed. Tradução de Mariana Echalar. São Paulo: Boitempo, 2016, p. 52-57.

¹⁵ DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. **A nova razão do mundo: ensaio sobre a sociedade neoliberal**. 1ª ed. Tradução de Mariana Echalar. São Paulo: Boitempo, 2016, p. 53.

paradoxo, as duas perspectivas (intervencionista e não intervencionista) que guiaram (e guiam) o debate intercalaram-se. A questão era a de compreender que a intervenção agiria para assegurar a competição de modo legítimo, dado que a noção de concorrência natural do liberalismo demonstrou-se vazia. Qual deveria ser a *natureza* da intervenção, portanto.

Quanto a isso, importante pontuar aquilo que Karl Polanyi chamou de dupla ação do Estado. De um lado estaria a intervenção em favor dos mecanismos de mercado e, de outro, intervenções que o limitariam¹⁶. Ou seja, há uma intervenção legítima, porém essa se dá em benefício da própria garantia de ordem do mercado. Desse modo, relacionam-se as discussões sobre a releitura do liberalismo dogmático com a própria forma mercadoria, que compõe (ao lado do sujeito de direito) o núcleo das políticas de Estado a partir de suas variadas formas.

Chega-se, pois, a um ponto de compreensão fática do que é o Estado e seu papel. O chamado “novo liberalismo”, então, repousa sobre a constatação da incapacidade do liberalismo ortodoxo em definir limites à intervenção governamental. Em relação a isso, inclusive, John Maynard Keynes chega a redigir um ensaio chamado *O fim do laissez-faire*¹⁷.

Entretanto, esse intervencionismo proposto pelo keynesianismo fazia-se pouco receptivo dentre parte dos intelectuais da economia. Isso porque esse modelo econômico pouco providenciava maiores taxas de lucro, apesar de auxiliar na reconstrução político-econômica dos estados-nação devastados no pós-guerra, de modo que décadas depois entrou em crise¹⁸ – a chamada crise do fordismo.

Isso posto, cumpre tomar o Colóquio Walter Lippmann como a própria reinvenção do liberalismo. Em especial, porque o Colóquio findou-se com a criação de um Centro Internacional de Estudos para a Renovação do Liberalismo, cuja sede acabou sendo o Museu Social, em Paris¹⁹. Em adição, a reconstrução dessa doutrina liberal beneficiou meios acadêmicos e de prestígio. Como exemplo disso tomam-se o Instituto Universitário de Altos Estudos Internacional de Genebra, a London School of Economics e a Universidade de Chicago²⁰.

¹⁶ DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. **A nova razão do mundo: ensaio sobre a sociedade neoliberal**. 1ª ed. Tradução de Mariana Echalar. São Paulo: Boitempo, p. 58.

¹⁷ DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. **A nova razão do mundo: ensaio sobre a sociedade neoliberal**. 1ª ed. Tradução de Mariana Echalar. São Paulo: Boitempo, p.54.

¹⁸ DE MOURA, Alessandro. A Crise dos anos 1970: uma longa crise de superprodução. **Esquerda Diário**. Disponível em: <https://www.esquerdadiario.com.br/A-crise-dos-anos-1970-uma-longa-crise-de-superproducao>. Acesso em: 27 nov. 2021.

¹⁹ DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. **A nova razão do mundo: ensaio sobre a sociedade neoliberal**. 1ª ed. Tradução de Mariana Echalar. São Paulo: Boitempo, 2016, p. 70.

²⁰ DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. **A nova razão do mundo: ensaio sobre a sociedade neoliberal**. 1ª ed. Tradução de Mariana Echalar. São Paulo: Boitempo, 2016, p. 70.

Portanto, de fato o que existia era uma grande preocupação política em difundir as novas ideias salvadoras da doutrina liberal (elevada a um nível sacramental). Nesse diapasão, Rougier – um dos intelectuais que compunham o Colóquio – entende que o quadro legal não poderia de qualquer maneira se colocar ao contrário à economia, devendo deixar que antes o consumidor arbitre no mercado entre os fornecedores em concorrência²¹. Em síntese, essa visão impõe que a ordem de mercado deva ser ditada pelo consumidor em si mesmo, e será essa a virada estabelecida pelo Colóquio.

Longe de possuir um Estado Mínimo apenas capaz de garantir a ordem legal, há de se possuir um modo de governabilidade que haja diretamente para permitir a liberdade de o consumidor exercer sua vontade²². Torna-se evidente, pois, que se busca construir uma ordem econômica não mais calcada em uma ideia de divisão do trabalho – como propunha o liberalismo clássico –, tampouco de um Estado de bem-estar (keynesianismo) capaz de assegurar condições dignas. Propunha-se uma outra forma própria de subjetividade, o nascimento de outro ser, uma nova subjetividade: o consumidor.

Por essas razões, pode-se estabelecer que o neoliberalismo implica principalmente em um novo modo de governamentalidade, em que o papel da intervenção apenas seria legítimo e cabível quando vai ao encontro dos interesses político-econômicos. Isto é, sem atacar a vontade do consumidor – célula matriz do desenvolvimento social. Ainda, conforme as proposições de Ropke, buscou-se estabelecer que a contribuição essencial do modo de governamentalidade neoliberal se encontraria em buscar fazer com que o indivíduo organize sua vida com relação à propriedade privada e, como consequência disso, quanto à família, cônjuge, seguros, aposentadoria²³.

Dessa forma, transforma-se o sujeito em uma espécie de empresa, fazendo que a própria subjetividade esteja posta na ordem de mercado e, conseqüentemente, justificando que uma intervenção em favor da economia seria uma intervenção em favor da dignidade do sujeito. Isso porque será ele a célula máter dessa ordem, visto que como consumidor ditará as tendências do mercado. A partir dos apontamentos levantados, conclui-se que se estabelece uma premissa básica às discussões quanto à

²¹ DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. **A nova razão do mundo: ensaio sobre a sociedade neoliberal**. 1ª ed. Tradução de Mariana Echalar. São Paulo: Boitempo, 2016, p. 77.

²² DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. **A nova razão do mundo: ensaio sobre a sociedade neoliberal**. 1ª ed. Tradução de Mariana Echalar. São Paulo: Boitempo, 2016, p. 78.

²³ DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. **A nova razão do mundo: ensaio sobre a sociedade neoliberal**. 1ª ed. Tradução de Mariana Echalar. São Paulo: Boitempo, 2016, p. 127.

melhor forma política estatal a partir do neoliberalismo: a garantia da ordem econômica por meio da concorrência.

Portanto, o consumidor como guia do desenvolvimento do mercado, o sujeito que tem de se transformar em uma própria empresa de si mesmo, fazem-se derivações lógicas da problemática inerente ao sujeito de direito. Tal que sempre atuou como núcleo central do desenvolvimento e manutenção da forma política. Esta guiada, como do exposto, sempre pelo mesmo princípio: assegurar a estabilidade econômica e, por conseguinte, o capital, sendo as diferentes discussões e proposições expostas formas de garanti-lo frente às suas naturais crises.

3. A FALÁCIA DO RETROCESSO E A CONTRADIÇÃO DO DIREITO

Visto o aporte teórico acima, é possível analisar o chamado retrocesso e a “crise das instituições” a partir da perspectiva materialista das formas sociais. Deste modo, como dito, chegaremos às causas. Primeiramente, há que se avaliar a forma democrática e sua derivação da forma jurídica.

A forma jurídica tem seu elemento fundador no sujeito, como afirma Pachukanis²⁴. A subjetividade jurídica nesse sentido abarca a universalização do sujeito designando-lhe obrigações, direitos, deveres e a pretensa igualdade formal. Essa gama da subjetividade jurídica se transfere para o campo da democracia e da construção da cidadania. Assim, o sujeito de direito também pode exercer seus direitos no campo democrático, como votar e ser votado.

No entanto, a associação necessária entre democracia e capitalismo é falsa. A democracia liberal é apenas uma das formas inerentes ao modo de produção capitalista. Se pensada em termos históricos ela existe de maneira mais ampla somente na contemporaneidade em virtude de lutas da classe trabalhadora, mulheres, negros e outras minorias estruturalmente oprimidas. “Ainda no século XX, grandes parcelas do mundo foram capitalistas sem democracia – como nos casos de ditaduras na América Latina”²⁵.

A ação política só pode existir e ir até os limites dos ditames legais. Fora dessa seara, o aparato repressivo do Estado age para configurar ações políticas como crimes. Podemos pensar no caso recente do entregador Paulo Galo, que acabou sendo encarcerado por participar do incêndio da estátua do bandeirante Borba Gato²⁶.

²⁴ PACHUKANIS, Evguiéni Bronislávovich. **Teoria geral do direito e marxismo**. 1ª ed. Tradução de Paula Vaz de Almeida. São Paulo: Boitempo, 2017, p. 117.

²⁵ MASCARO, Alysson Leandro. **Estado e forma política**. São Paulo: Boitempo, p. 84.

²⁶ BOCCA, Pedro P.; PENIDO, Ana. Paulo Galo, o Borba Gato e o terrorismo à brasileira. **Brasil de Fato**, São Paulo. Ago, 2021. Disponível em: <https://www.brasildefato.com.br/2021/08/12/artigo-paulo-galo-o-borba-gato-e-o-terrorismo-a->

Ainda, a forma democrática pode deslindar para outras formas, como o fascismo, o nazismo, e as ditaduras militares bastante recorrentes na América Latina. “A manutenção da forma política democrática em determinadas situações pode se revelar inviável à dinâmica do capital”²⁷. Para assegurar a forma de produção capitalista, em tempos de crise, esses aparatos podem ser utilizados exatamente para certificar e garantir a sua perpetuação.

Há que se pensar que as instituições não são uma espécie de ilha apartada do todo social. Pelo contrário. Nesse sentido, também expressam as contradições (racismo institucional, por exemplo) e antagonismos de uma sociedade que é estruturalmente cindida em classes. – “A materialização da forma política se dá em instituições políticas”²⁸, embora não se confunda com ela.

Desse modo, não há que se guardar ilusões de que as instituições democráticas seriam uma espécie de salvaguarda inabalável da forma democrática²⁹. As instituições, por conseguinte, são um reflexo dos diversos modos de conformação estatal. Nelas não há uma espécie de proteção inerente aos valores democráticos ou humanistas. As instituições podem reproduzir o racismo estrutural, conferindo privilégios ou mesmo se omitindo, pois são atravessadas pelas relações sociais. Portanto, é visto que encarar as instituições e os valores democráticos como fragilizados é ater-se às consequências. As causas estão no modo de sociabilidade capitalista, em que o Estado e o Direito lhe dão bases sólidas.

Cumpramos agora delinear como a forma mercadoria e seu corolário sujeito de direito e, por conseguinte, a forma jurídica participam do processo de, em um primeiro momento, legitimar a exploração e, em um segundo momento, marginalizar as tentativas de superá-la. Assim sendo, resta compreender como se dá o processo de legitimação da exploração. Retoma-se, então, como exemplo, o fenômeno esportivo.

Veja-se, será apenas a partir do século XIX que os estados-nação irão tomar forma plenamente – questão que irá resultar posteriormente na primeira e segunda guerra mundial, dado o crescimento do nacionalismo –, e, então, para além das guerras, começam a surgir eventos esportivos carregando o signo da nação³⁰.

Esses eventos possibilitam consolidar o apego da Multidão – para usar um termo negriano³¹ – à forma política estatal, opondo os indivíduos e transformando

brasileira. Acesso em: 27 nov. 2021.

²⁷ MASCARO, Alysson Leandro. **Estado e forma política**. São Paulo: Boitempo, p. 89.

²⁸ MASCARO, Alysson Leandro. **Estado e forma política**. São Paulo: Boitempo, p. 30.

²⁹ MASCARO, Alysson Leandro. **Estado e forma política**. São Paulo: Boitempo, p. 33.

³⁰ TAMMARO, Rodrigo. **O nacionalismo em campo: o uso político da bola**. Disponível em: <http://jornalismojunior.com.br/nacionalismo-em-campo-o-uso-politico-da-bola/>. Abr. 2021. Acesso em: 27 nov. 2021.

³¹ NEGRI, Antônio. **O poder constituinte: ensaio sobre as alternativas da modernidade**. 2ª ed. Traduzido por Adriano

algumas culturas como aceitáveis à nação e outras rechaçadas. Tal fato ocorre por alguns motivos: primeiro porque se faz necessário que exista um espaço delimitado à própria circulação de mercadorias, bem como para que a noção de sujeito de direito – que resulta da forma mercadoria – encontre em si mesma um valor moral, a fim de garantir sua própria existência.

Consequentemente, tomar-se-á o sujeito de direito e a nação – resultado dele – como figuras únicas de representação não de todos, mas sim da figura de povo – que carregará em si aceitáveis e não aceitáveis condutas e maneiras de ser. Esse processo, pois, acaba por limitar o poder das massas em existência conjunta.

Ou seja, não será qualquer ação tomada a partir das entrelinhas institucionais que poderá resultar em uma alteração desse processo, visto que o poder das massas é cindido. Pelo contrário, aliado ao objeto de estudo deste texto, não há como pressupor um resultado desconsiderando as causas. Assim, o racismo, em que pese ser classificado como crime imprescritível e inafiançável³², continua existindo fortemente na sociedade brasileira – para não citar inúmeros outros exemplos. O problema, pois, é nuclear. Trata-se de problemática inerente à forma mercadoria e, portanto, estrutural: capitalismo.

Nessa senda, não deve ser objeto de estranhamento quando há medidas tecnocratas tomadas por agentes políticos para limitar direitos e garantias fundamentais. Quanto a isso, toma-se como exemplo os acontecimentos da realidade brasileira, em específico após o golpe de 2016³³. A governante é deposta e, logicamente, começa-se um ciclo de reformas – ditas técnicas – para limitar direitos de existência dos indivíduos (antes pensados como garantidos).

A título de cristalizar esse fato, denota-se que a Constituição Federal estabelece em seu art. 7º uma série de garantias aos trabalhadores³⁴. Ocorre que a reforma trabalhista, muito aplaudida por grande parte da mídia tradicional, colocou-se em muitos aspectos de encontro à disposição constitucional.

O art. 611-A da CLT³⁵, para utilizá-lo como exemplo desse fenômeno, aumentou as possibilidades do chamado “negociado sobre o legislado”, colocando os

Pilatti. Rio de Janeiro: Lamparina, 2015, p. 15.

³² BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 27 nov. de 2021.

³³ ROUSSEFF, Dilma. O Golpe de 2016: a porta para o desastre, por Dilma Rousseff. **Brasil de Fato**, São Paulo. 17 de Abr, 2019. Disponível em: <https://www.brasildefato.com.br/2019/04/17/o-golpe-de-2016-a-porta-para-o-desastre-por-dilma-rousseff>. Acesso em: 27 nov. 2021.

³⁴ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 27 nov. de 2021.

³⁵ BRASIL. **Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943**. Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em: 22 nov. 2021.

trabalhadores em pé de igualdade com o contratante. Questão essa notoriamente inconstitucional. Além disso, muitos trabalhadores acabaram por ser postos além da CLT, sendo tratados como PJ – exemplo da uberização e a questão por detrás das greves de entregadores³⁶ – indivíduos que vivem na pele esse revés.

Esses exemplos de contínuas contradições servem para reafirmar a premissa de que a forma política estatal é resultado da forma mercadoria. O Capital, portanto, e seus interesses, sempre estarão acima das garantias institucionalizadas. Novamente: não há como supor um resultado desconsiderando as causas. O fenômeno da ideologia do Estado, aliada aos signos povo e nação, o spencerismo – que impôs a realidade da existência capitalista a partir do darwinismo social –, o culto ao sujeito empreendedor, todos esses aspectos teóricos carregam o mesmo liame: garantir a legitimidade da organização estatal e limitar as lutas, principalmente pelo direito.

Logo, qualquer alternativa revolucionária de romper com o status quo é vista com estranheza, enquanto afrontas contínuas a direitos passam a ser toleradas como se fossem erros de trajeto. Como se se tratasse de resultado apenas do campo da política, supondo que esta existisse em si mesma e não de modo atrelado à economia.

Isso posto, importante denotar as considerações de Antonio Negri quanto ao poder constituinte e o poder constituído, com o objetivo de alcançar a conclusão do texto. O autor, pois, convida-nos a uma análise realista sobre esses aspectos, longe das suposições criadas a partir das teorias do contrato. Esse processo dá-se como modo de ilustrar o modo com que as contradições se legitimam.

Conforme essa perspectiva, o movimento que se segue é o seguinte: a forma política estatal toma a potência das massas, revoltadas e cheias de energia, de modo a positiva-las. O primeiro momento, em que há uma potência pura de indignação da Multidão é o poder constituinte. Ele se basta e é absoluto, ultrapassando as fronteiras, tratando-se de algo desterritorializado³⁷.

Entretanto, uma vez que se positiva, o jurídico o transforma em poder constituído. E uma vez constituído, torna-se passivo do controle dos interesses políticos e econômicos naturais à organização política estatal. Dessa forma, fica claro que alternativas institucionalizadas não se bastam a resolver as injustiças e explorações contínuas em todos os aspectos.

³⁶MONCAU, Gabriela. “Não vamos ceder até o ifood se manifestar”: entregadores de Atibaia pegam o bastão das greves. **Brasil de fato**, São Paulo. 18 out. 2021. Disponível em: <https://www.brasildefato.com.br/2021/10/18/nao-vamos-ceder-ate-o-ifood-se-manifestar-entregadores-de-atibaia-pegam-o-bastao-das-greves>. Acesso em: 27 nov. 2021.

³⁷ NEGRI, Antônio. **O poder constituinte: ensaio sobre as alternativas da modernidade**. 2ª ed. Traduzido por Adriano Pilatti. Rio de Janeiro: Lamparina, 2015, p. 03.

Urgem-se alternativas revolucionárias ainda no séc. XXI. Agora se adentra a segunda década desse século, e está claro que as instituições não se bastam, bem como que condições para viver uma vida vivível³⁸ estão sendo continuamente atacadas. Portanto, de modo científico e a partir de uma abordagem materialista, quer-se propiciar um debate real e sincero.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Encontramo-nos em um ponto de tensão extrema, de modo que é no jurídico em que repousam as contradições. O direito, pois, é como uma corda cheia de nós cegos, atados às pressas, garantindo que o fio não se rompa. O jurista, portanto, é aquele que realiza os nós, sem questionar o porquê de a corda estar amarrada e onde ela está.

Apontar as razões de existência da corda foi o objeto deste texto. Assim, a partir da análise das formas restou notório que a razão do jurídico é assegurar a própria circulação de capital como seu fim último, visto que consequente da forma mercadoria. A democracia, por consequência, dá-se como secundária. É ela o nó que garante que a corda (capitalismo) continue esticada, legitimando-a.

Entretanto, não romper a corda é permanecer em uma situação de crise contínua. Assim, superar a doutrina neoliberal e, portanto, capitalista é de suma importância, especialmente compreendendo que as problemáticas inerentes ao mundo e ao direito são seus resultados evidentes. A dignidade encontra-se, então, para além das formas em um não-lugar.

Pode-se dizer que resta apenas uma possibilidade de romper com essa lógica, que é assegurando o poder constituinte, de modo contínuo e não (apenas) institucionalizado, isto é, constituído. E com isso quer-se dizer: a revolução continua necessária. Direito pode ser meio de luta, mas jamais o fim.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

BOCCA, Pedro P.; PENIDO, Ana. Paulo Gato e o terrorismo à brasileira. **Brasil de Fato**, São Paulo. 12 Ago, 2021. Disponível em: <https://www.brasildefato.com.br/2021/08/12/artigo-paulo-gato-o-borba-gato-e-o-terrorismo-a-brasileira>. Acesso em: 27 nov. 2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 27 nov. de 2021.

³⁸ BUTLER, Judith. **Corpos em aliança e a política das ruas**: notas para uma teoria performativa de assembleia. 1. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2018, p. 128.

BRASIL. **Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943.** Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em: 22 nov. 2021.

BUTLER, Judith. **Corpos em aliança e a política das ruas: notas para uma teoria performativa de assembleia.** Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2018.

DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. **A nova razão do mundo: ensaio sobre a sociedade neoliberal.** São Paulo: Boitempo, 2016.

MARX, Karl. **Crítica da filosofia do direito de Hegel.** São Paulo: Boitempo, 2010.

MASCARO, Alysson Leandro. **Estado e forma política.** São Paulo: Boitempo, 2013.

MENEZES, Ana Paula do Rego; MORETTI, Bruno; REIS, Ademar Arthur Chioro dos. O futuro do SUS: impactos das reformas neoliberais na saúde pública – austeridade versus universalidade. **Saúde em Debate.** Rio de Janeiro, dez. 2019.

NEGRI, Antônio. **O poder constituinte: ensaio sobre as alternativas da modernidade.** Rio de Janeiro: Lamparina, 2015.

PACHUKANIS, Evguiéni Bronislávovich. **Teoria geral do direito e marxismo.** São Paulo: Boitempo, 2017.

DE MOURA, Alessandro. **A Crise dos anos 1970: uma longa crise de superprodução.** Disponível em: <https://www.esquerdadiario.com.br/A-crise-dos-anos-1970-uma-longa-crise-de-superproducao>. Acesso em: 27 nov. 2021.

TAMMARO, Rodrigo. **O nacionalismo em campo: o uso político da bola.** Abr. 2021. Disponível em: <http://jornalismojunior.com.br/nacionalismo-em-campo-o-uso-politico-da-bola/>. Acesso em: 27 nov. 2021.

ROUSSEFF, Dilma. **O Golpe de 2016: a porta para o desastre, por Dilma Rousseff.** São Paulo. 17 Abr. 2019. Disponível em: <https://www.brasildefato.com.br/2019/04/17/o-golpe-de-2016-a-porta-para-o-desastre-por-dilma-rousseff>. Acesso em: 27 nov. 2021.

MONCAU, Gabriela. **“Não vamos ceder até o ifood se manifestar”: entregadores de Atibaia pegam o bastão das greves.** São Paulo. Out, 2021. Disponível em: <https://www.brasildefato.com.br/2021/10/18/nao-vamos-ceder-ate-o-ifood-se-manifestar-entregadores-de-atibaia-pegam-o-bastao-das-greves>. Acesso em: 27 nov. 2021.

O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE PROPOSTO POR RONALD DWORKIN COMO PARÂMETRO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO¹

THE CONSTITUTIONALITY CONTROL PROPOSED BY RONALD DWORKIN AS A PARAMETER IN THE BRAZILIAN LEGAL ORDINANCE

Flávio Braga Pires²

Suzana Valle Salgado³

Resumo

O presente artigo tem como fim considerar as teorias propostas por Ronald Dworkin como forma de controle de constitucionalidade e sua possível aplicação no ordenamento jurídico brasileiro. O objetivo deste estudo é apresentar os principais pontos de análise de Dworkin na teoria da revisão judicial, visando um melhor posicionamento jurídico, bem como se essa revisão judicial proposta por Dworkin, se adequa ao constitucionalismo brasileiro, onde o Poder Judiciário, intérprete e aplicador do Direito poderá completar aquelas lacunas, suprimindo os espaços vazios deixados pelos legisladores, sem deixar de lado a isenção e a objetividade de seus julgamentos, onde a principal função do judiciário é garantir a segurança do Direito e a coerência e racionalidade do sistema jurídico. O presente estudo justifica-se pela razão de que a Constituição contém em seu bojo normativo, princípios jurídicos, os quais ampliam a discricionariedade dos Juizes em seus julgados, podendo favorecer o surgimento de condutas tidas como ilegais, uma vez que a função dos Juizes é genuinamente técnica, nunca política, e sua isenção e neutralidade são essenciais ao Estado de Direito. Desta forma, com base na possibilidade de uma revisão judicial frente a Constituição brasileira, busca-se verificar se o controle de constitucionalidade brasileiro aceita a intromissão do Poder Judiciário no Poder Legislativo, e se esse controle afronta os princípios democráticos de direito brasileiro. Diante dessa perspectiva questiona-se: Poderá o juiz substituir a vontade política, legislando, utilizando-se de decisões baseadas em argumentos de política ou argumentos de princípios? A metodologia empregada foi a pesquisa bibliográfica na área do Direito Constitucional Brasileiro e Comparado, através do método indutivo.

Palavras-chave: Controle de constitucionalidade; Judicial review; Ronald Dworkin.

Abstract

This article aims to consider the theories proposed by Ronald Dworkin as a form of constitutional review and its possible application in the Brazilian legal system. The objective of this study is to present the main points of analysis of Dworkin in the theory

¹ Artigo referente à disciplina de Teoria do Direito, ofertada pelo PPGD UPF, ministrada pelo Professor Doutor Paulo Roberto Ramos Alves durante o 1º semestre de 2021.

² Mestrando em Direito, pela Universidade de Passo Fundo, RS, na linha de pesquisa: Jurisdição Constitucional e Democracia; e graduado em Direito pela Universidade de Cruz Alta, RS – UNICRUZ (1994). E-mail: flaviopires@piresadv.com.br

³ Mestranda em Direito, pela Universidade de Passo Fundo, RS, na linha de pesquisa: Jurisdição Constitucional e Democracia; e graduada em Direito pela Universidade de Cruz Alta, RS – UNICRUZ (1999). E-mail: suzanavalsalgado@gmail.com

of judicial review, aiming at a better legal position, as well as if this judicial review proposed by Dworkin, fits the Brazilian constitutionalism, where the Judiciary, interpreter and enforcer of the Law can fill those gaps, eliminating the empty spaces left by lawmakers, without leaving aside the exemption and objectivity of their judgments, where the main function of the judiciary is to ensure the security of Law and the consistency and rationality of the legal system. This study is justified by the reason that the Constitution contains in its normative scope, legal principles, which increase the discretion of judges in their judgments, and may favor the emergence of conduct considered illegal, since the role of judges is it is genuinely technical, never political, and its impartiality and neutrality are essential to the rule of law. Thus, based on the possibility of a judicial review in the face of the Brazilian Constitution, we seek to verify whether the Brazilian constitutional review accepts the interference of the Judiciary in the Legislative Power, and whether this control violates the democratic principles of Brazilian law. From this perspective, the question is: Can the judge replace the political will, legislating, using decisions based on political arguments or arguments of principles? The methodology used was the bibliographical research in the area of Brazilian and Comparative Constitutional Law, through the inductive method.

Keywords: Control of constitutionality; Judicial review; Ronald Dworkin

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como fim considerar as teorias propostas por Ronald Dworkin como forma de controle de constitucionalidade e sua possível aplicação no ordenamento jurídico brasileiro. , analisando-se a evolução história desse controle de constitucionalidade, bem como as posições doutrinárias favoráveis e contrárias sobre o tema, tendo em vista que as normas provenientes do poder legislativo brasileiro, por sua constituição histórica, torna em alguns casos impossível de se prever todas as situações concretas que virão por meio de dispositivos formais, os quais muitas vezes apresentam lacunas ou espaços vazios jurídicos.

O objetivo deste estudo é apresentar os principais pontos de análise de Dworkin na teoria da revisão judicial, visando um melhor posicionamento jurídico, bem como se essa revisão judicial proposta por Dworkin, se adequa ao constitucionalismo brasileiro, onde o Poder Judiciário, intérprete e aplicador do Direito poderá completar aquelas lacunas, suprimindo os espaços vazios deixados pelos legisladores, sem deixar de lado a isenção e a objetividade de seus julgamentos, onde a principal função do judiciário é garantir a segurança do Direito e a coerência e racionalidade do sistema jurídico.

O presente estudo justifica-se pela razão de que a Constituição contém em seu bojo normativo, princípios jurídicos, os quais ampliam a discricionariedade dos Juízes em seus julgados, podendo favorecer o surgimento de condutas tidas como ilegais

como o desrespeito contratual, devendo assim haver uma interpretação rigorosa das leis, sem que o judiciário possa vir a defender uma partes mais fraca frente a outra, uma vez que a função dos Juízes é genuinamente técnica, nunca política, e sua isenção e neutralidade são essenciais ao Estado de Direito. Ainda, o trabalho justifica-se por estar devidamente inserido na linha de pesquisa do PPG, Jurisdição e Democracia.

Desta forma, com base na possibilidade de uma revisão judicial frente a Constituição brasileira, busca-se verificar se o controle de constitucionalidade brasileiro aceita a intromissão do Poder Judiciário no Poder Legislativo, e se esse controle afronta os princípios democráticos de direito brasileiro. Diante dessa perspectiva questiona-se: Poderá o juiz substituir a vontade política, legislando, utilizando-se de decisões baseadas em argumentos de política ou argumentos de princípios? Ronald Dworkin, em especial, trata desse tema de modo peculiar, apresentando argumentos favoráveis ao controle de constitucionalidade judicial

Para tal será empregada na pesquisa a metodologia bibliográfica na área do Direito Constitucional Brasileiro e Comparado, através do método indutivo e procedimento comparativo.

Este estudo será apresentado em três capítulos, sendo que o primeiro versa sobre a abordagem do controle de constitucionalidade sob a ótica de Ronald Dworkin, no segundo se analisa a democracia para Dworkin e a opção democrática normativa, como resultado da soberania, e no terceiro se tratará da interpretação jurídica e os princípios constitucionais, o que se passa a análise

1. ABORDAGEM DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE SOB A ÓTICA DE RONALD DWORKIN

Diferentemente do que ocorreu nos Estados Unidos, onde o controle de constitucionalidade foi fruto de uma construção jurisprudencial em sintonia com o próprio constitucionalismo americano, no Brasil, em 1891, com a criação do Supremo Tribunal Federal, nasce o controle de constitucionalidade, dando alçada para que juízes possam exercer o controle de constitucionalidade, porém, o instituto no Brasil, nasceu muito mais como aparelho de ação do governo republicano receoso da ação da maioria parlamentar monárquica daquele período do que como instrumento de inclusão social e de respeito dos direitos fundamentais. Diante disso, o que se observou foi o papel primordial do Supremo Tribunal Federal, naquela época, foi de guardião da

República e não de defensor dos direitos sociais e fundamentais inerentes a pessoa humana.

Diante disso, em nosso tempo temos a promulgação da Constituição de 1988 a qual trouxe outro tipo de Estado de Direito, onde se priorizou assegurar direitos fundamentais, individuais e garantir a expressão de valores políticos da sociedade disciplinando as “regras” da democracia. Ademais, a Constituição de 1988 previu em seu texto o Controle de Constitucionalidade a ser realizado pelo Supremo Tribunal Federal, ficando evidente que o ordenamento jurídico brasileiro admite o judicial review proposto por Ronal Dworkin.

Luís Roberto Barroso⁴, lembra que a Constituição Federal de 1988 conservou o sistema eclético, híbrido ou misto, ajustando o controle por via incidental e difuso (sistema americano), existente desde a República, com o controle por via principal e concentrado, implantado com a EC nº 16/65 (sistema continental europeu).

Assim, o ponto básico que vai regularizar todo o ordenamento normativo, desde a própria escolha normativa, é a soberania, o poder do povo, uma real citação à estrutura organizativa no plano sociológico, político, econômico e da vontade constituinte. Somente com essa observância é que uma Constituição será válida e legítima. Essa é a ideia que preponderou no constitucionalismo pós-guerra e foi decisiva para a limitação do poder estatal.

O dever de obediência ao Direito surge com a própria opção democrática normativa, que decorre da soberania. É justamente aqui que o ordenamento jurídico ganha legitimidade. Tem-se diversos contextos diferentes para justificá-la. Um deles é o contrato social, que já havia sido revelado por Rousseau e foi revisto por John Rawls, em sua Teoria da Justiça.

Assim, para Rawls a sociedade deve ser conduzida por um conceito público de justiça: *"poder-se-ia pensar no conceito público de justiça, como sendo a carta fundamental de uma sociedade humana em boa ordem"*⁵.

Destaca-se assim, as teses e teorias do jusfilósofo norte-americano Ronald Dworkin para controle de constitucionalidade, que representa um dos principais elementos para o Direito contemporâneo, teorias essas fruto de um contexto jurídico diverso do nosso, a common law. Dworkin adota uma proposta universalista quando alia em sua teoria as propostas de uma teoria hermenêuticas as quais se assentam em dois aspectos básicos: primeiro, a aflição com a legitimidade das decisões judiciais, o

⁴ Op. Cit. p.242

⁵ RAWLS, John. Uma teoria da justiça. Brasília: UnB, 1981, p. 28.

que vem a atacar o Positivismo Jurídico, assim como e talvez seu mais importante hipótese, a arguição de que existe a chamada discricionariedade judicial; e por segundo, a sugestão reconstrutiva da prática jurídica onde, utilizando-se da tese da unidade dos valores, restaura a função da Ética, da Moral e da Política. Assim, percebe-se que Dworkin não organiza em suas obras uma teoria apenas voltada para o Common Law, mas uma teoria geral do direito, aplicada também ao nosso ordenamento jurídico ocidental da civil law.

Sua posição primordial, e que foi sua principal bandeira, era a alegação da integridade como ideal para guiar as práticas jurídico-políticas de uma sociedade⁶.

Constata-se ainda, sua preocupação com o compromisso em oferecer às práticas ao Legislativo e ao Judiciário para melhor entendimento e leitura possíveis⁷.

Assim, a análise de Dworkin é na direção de que o cerne da argumentação jurídica versa na interpretação moral das práticas sociais existentes.

Desta forma, o entendimento das questões jurídicas como meros fatos acaba por reduzir o Direito, definindo que ele, direito, nada mais é do que aquelas decisões que as instituições jurídicas sejam o legislativas ou tribunais, decidiram no passado. O que significa dizer que todas as questões judiciais em estudo poderiam ter sua decisão através de pesquisa nos arquivos judiciais e legislativos, os quais conservam essas decisões, e assim, não haveria divergência nas decisões sobre o Direito. Entende que essas divergência seriam apenas aparentes, pois seria uma discussão política travestida de discussão jurídica.

Ao invés desse posicionamento, Dworkin parte de uma leitura inicial em princípios que ele chamará por leitura moral da Constituição, que é uma leitura deontológica da Constituição fundamentada em princípios jurídicos, tendo como ponto inicial a reconstrução da compreensão de dignidade da pessoa humana.

Do mesmo modo, Dworkin assinala o que ele entende por ética e por moral, restaurando por essa ótica uma concepção procedimental da noção de política, sendo está a exigência de que disposições institucionais respeitem os princípios da dignidade humana, dando assim novo significado a própria ideia de democracia, a qual não pode mais ser diminuída à observância da regra da maioria, como pretendiam os pensadores iluministas.

Para ele, o direito se estabelece por regras e princípios, sendo as primeiras aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada, de forma que ou uma regra é válida ou não é

⁶ DWORKIN, Ronald. O império do Direito. Tradução de Jeferson Luiz Camargo. São Paulo: Marins Fontes, 1999, p. 202.

⁷ Op. Cit., p. 213.

válida, já os princípios alcançam sua validade da tradição já publicadas do tribunal ou de um conjunto de regras que tenha sua validade declarada no caso concreto e terá seu peso avaliado somente nesta instância. Diante disso, os princípios não nascem de uma decisão específica do Poder Legislativo ou Executivo, mas de uma construção de entendimentos do que é “*apropriado, desenvolvida pelos membros da profissão e pelo público ao longo do tempo*”⁸.

Verifica-se que Dworkin dedica grande parte de seus estudos analisando a atividade dos juízes, e é exatamente nesse ponto que o desenrolar de suas ideias tem início, pois o autor entende sem cabimento a ideia positivista de que em *hard cases* o juiz possa usar de um poder discricionário para solucionar casos, i. e., o conceito de que se em um caso qualquer, o Juiz não consegue resolver com base em uma norma posta, ele, juiz, tem poder para criar um direito novo aplicando no caso concreto.

Contrário a essa concepção positivista, Dworkin sugere que os *hard cases* devem ser resolvidos com base em um conjunto de princípios coerente, os quais formam o ordenamento jurídico, negando de forma clara a possibilidade de conferir aos Juízes o poder discricionário da criação de uma norma⁹.

Após essa breve exposição do pensamento de Dworkin, tem-se que analisar o conceito de Democracia, o qual devido a sua complexidade, é normalmente um tema mal compreendido, quase sempre explicado como “governo do povo” ou então “governo da maioria”. No entanto, Dworkin explica que essa ideia inicial não é totalmente correta, ou seja, democracia não é só a tomada de decisão pela maioria do povo, mas entende que deve tratar todos os membros da comunidade com igual cuidado e respeito¹⁰.

Diante deste contexto, faz-se necessário tecer ideias a respeito da democracia para Dworkin e a opção democrática normativa, como resultado da soberania.

2. A DEMOCRACIA PARA DWORKIN E A OPÇÃO DEMOCRÁTICA NORMATIVA, COMO RESULTADO DA SOBERANIA

Dworkin questiona se está correto compreender democracia como governo da maioria ou como algo válido em si mesma. Examina, se uma política calcada por um maior número de pessoas é mais justa ou melhor. Ainda, questiona Dworkin, porque

⁸ DWORKIN, Ronald. Uma questão de princípio. São Paulo: Martins Fontes, 2001. p.64

⁹ _____. O Império do Direito. Martins Fontes - selo Martins; 3ª edição. 2014. p. 255

¹⁰ _____. Direito da liberdade: A leitura moral da constituição norte-americana. WMF Martins Fontes; 1ª edição. 2006. p. 17

devemos proteger a democracia, se ela é governo da maioria? Sua resposta é que “a democracia é um conceito interpretativo e deve ser tratada como um valor e não como definição neutra; que a estrutura e as decisões do governo devem reconhecer a importância igual das pessoas e a sua responsabilidade pessoal”¹¹. Assim, Dworkin rejeita a postura dos filósofos que abandonam o debate por discordarem desse conceito e considera fundamental analisar o sentido e o fundamento da democracia.

Dworkin usa como tática para definir esse conceito, abordando duas concepções: a majoritária e a cooperativa. Conceitua como democracia majoritária a ideia de que a decisão política deve compatibilizar com a vontade da maioria, isto é, esse processo de tomada de decisão, a fim de ser considerado democrático deve estar de acordo com o que a maioria dos indivíduos desejam.

Dworkin explica que a compreensão majoritária de democracia vê na regra da maioria o único método justo de governo, por reconhecer que a decisão majoritária permite a cada um dos participantes expressivos o direito moral de ser tratado como igual no processo.

Sem dano dessa ideia, Dworkin adverte que os defensores da democracia majoritária aceitam que existe determinados direitos particulares que obrigatoriamente devem ser considerados pela maioria, e inclusive não recusam seu abrigo, no entanto, isso se dá em caráter excepcional. Destaca, que quando uma dessas exceções acontecem, o direito de minoria deverá ser conservado mesmo contra a vontade da maioria, o que para os que defendem a Democracia Majoritária se estaria diante de uma situação injusta¹².

Verifica-se assim, que Dworkin afasta a concepção majoritária de democracia afirmando que não existe direito ou pensamento ideológico capaz de explicar a extinção, por vontade da maioria, de direitos individuais da minoria.

Pelo conceito do autor, democracia cooperativa baseia-se na ideia de que quando uma determinada sociedade toma suas decisões políticas, eles irão decidir com pensamento voltado para a comunidade como um todo, e não apenas em uma maioria, levam em conta que seus atos devem ser regulados na igualdade de consideração entre seus membros.

Dessa forma pode-se então dizer que ambas concepções de democracia, partem do mesmo ponto, porém, acabam por tomar caminhos diversos. A concepção majoritária a qual dá mais relevância a forma como se decide do que o quê se decide,

¹¹ Op. Cit. p. 357-358.

¹² DWORKIN, Ronald. A Virtude Soberana: a teoria e a prática da igualdade. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 509-510.

já a democracia cooperativa também se preocupa com a forma como se decide, porém, dá a mesma importância ao teor dessa decisão, e protesta pela igualdade de respeito durante a tomada dessa decisão, quando confere maior importância aos direitos fundamentais e autorizando a coexistência entre governo de maioria e direitos da minoria.

Destaca-se que o dever moral é mais forte do que a coerção à levar os indivíduos de uma sociedade a obedecer às leis. Com a decisão democrática acerca dos princípios, os quais também regem as pessoas, presume-se que elas, ou pelo menos sua maioria, aceitam esse ordenamento.

Sobre o tema, Hart¹³ entendia que para existir o ordenamento jurídico é imprescindível que as normas sejam obedecidas pelas pessoas, mas também que as regras e conceitos que compõe as condições de validade das demais normas sejam verdadeiramente aceitas pelos indivíduos dessa sociedade como exemplos públicos de conduta oficial.

Para Hart era nessa norma de reconhecimento que estava a base da obediência, não no privilégio exclusivo do poder, pois uma norma pode ser cogente porque é aceita ou porque é válida. Diferentemente das ideias de Dworkin com relação a regra jurídica.¹⁴

Diante disso, como já salientado, quanto à integridade na aplicação do Direito pelos juízes aos casos concretos, Dworkin¹⁵ refere-se aos casos fáceis e difíceis. Aos casos fáceis entende que as normas em vigor é que devem ser aplicadas, porém, com relação aos casos difíceis, ou seja, aos em que não há nenhuma regra aplicável de forma imediata ao caso concreto, em que há lacunas no ordenamento jurídico, o proceder do juiz deve ser outro.

Essas lacunas deixadas no ordenamento jurídico são muito comuns, sendo deixadas pelo legislador de forma proposital ou não, pois não é possível antecipar de forma abstrata todas as circunstâncias concretas e futuras que poderão ocorrer.

A interpretação da norma jurídica é o primeiro passo para sua aplicação, momento em que se busca o “espírito da norma”, onde caso constatada deverá o juiz associá-la conforme as normas, regras ou princípios já existentes no ordenamento.

Ao Juiz não é dado a criação de um direito que modernize a ordem jurídica, não podendo, nunca, tomar decisões de forma discricionária criando um direito retroativo,

¹³ HART, H. L. A. O conceito de direito. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1961, p. 145

¹⁴ DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 29.

¹⁵ DWORKIN, Ronald. Levando os Direitos a Sério, p. 9.

nos moldes defendido pelos positivistas, em especial Kelsen, que defendia a possibilidade da integração de lacunas através da ampla discricionariedade do juiz.¹⁶

Diante desse cenário, importante neste momento trazer entendimentos a respeito da diferença entre normas-regras e normas-princípios.

3. A INTERPRETAÇÃO JURÍDICA E OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Alexy¹⁷, entende que a base do argumento dos princípios está constituída pela própria distinção entre regras e princípios. Diz serem as regras mandamentos definitivos e os princípios são mandamentos de otimização. Essa compreensão do autor acontece de que as regras agem de forma definitiva, ou seja, simplesmente ordenam ou proíbem. Já os princípios são completamente contrários a esse entendimento, dando maior liberdade à interpretação.

As regras expressam de forma exata o que se pode ou que não se pode fazer. Mas os princípios só podem ser verificados perante o caso concreto.

Desta forma é aparente que os princípios são incompatíveis com o pensamento jus positivista. Sendo que o advento do constitucionalismo, vai alterar este conjunto de pensamento, autorizando a utilização de princípios, porém acarretando problemas específicos a uma interpretação mais ampla a qual permite mais liberdade judicial, porém, essa interpretação não significa dizer “decisionismo”, como expõe Dworkin¹⁸.

Entende ainda, que os princípios: “entram em conflito e interagem uns com os outros, de modo que cada princípio relevante para um problema jurídico particular fornece uma razão em favor de uma determinada solução, mas não a estipula¹⁹.”

Desta forma os princípios de direito têm como função prover essas lacunas no ordenamento jurídico. Pode não ser considerado justo, mas ainda mais injusto seria a não utilização de certos critério extremamente injustos ao preencher essas lacunas. Ao juiz caberá a apreciação do caso com base em princípios já colocados, para o litígio em que descubra lacuna na legislação. É impossível do juiz julgar uma demanda de forma puramente discricionária. Para tanto, deverá amparar-se das normas, que são os princípios e as regras, para chegar à decisão correta segundo entendimento já exposto de Ronald Dworkin.

¹⁶ Kelsen, Hans. Teoria pura do direito. 4. ed. Coimbra: Armênio Amado, 1979, p. 469

¹⁷ Alexy, Robert. El concepto y la validez del derecho. Barcelona: Gedisa, 2004, p. 75.

¹⁸ Dworkin, Ronald. Levando os Direitos a Sério, p. 39

¹⁹ Op. Cit. p. 114.

Diante disso temos que os pontos fundamentais em uma interpretação do texto constitucional deve se basear, na análise política e legal e em uma correta avaliação da lei com base em princípios igualitários de Dworkin, o qual ainda entende que, nesse processo, os métodos clássicos da interpretação como o histórico, o econômico, devem ser observados, além do Juiz fazer uma análise moral para encontrar o melhor princípio, o melhor entendimento que o princípio requer.

Dworkin desenvolve algumas ideias, a fim de demonstrar que, apesar da provável afronta à Democracia, o judiciário pode sim decidir sobre determinações legislativas, declarando-as constitucionais ou inconstitucionais, mesmo que tenha que fazer novos julgamentos substantivos a respeito das leis.²⁰

Assim, em países de tradição do *common law*, onde os costumes e decisões pretéritas são valorizados, se faz necessário o preenchimento das lacunas deixadas pelos casos já julgados, além das regras políticas criadas, de forma similar, no Brasil, caberá aos juízes essa interpretação, valendo-se de normas já postas, sejam regras ou princípios, conforme determinação decorrente da Lei de Introdução ao Código Civil, em seu art. 4º: *“Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”*, e do Código de Processo Civil, art. 126: *“O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide, caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito”*.

Segundo até aqui estudado, entende-se que ao juiz não é possível substituir a vontade política, legislando, criando um direito *ex post facto*, pois causaria ilegitimidade em sua decisão, incerteza e incoerência perante o ordenamento constitucional, criando uma regra positivista, no qual decidam de forma discricionária (forte), modelo este que não tem lugar nos atuais sistemas, cf. Entende Dworkin: *“Se um juiz tem o poder discricionário, então não existe nenhum direito legal (right) ou obrigação jurídica – nenhuma prerrogativa – que ele [juiz] deva reconhecer”* ²¹, assim uma vez que ao trazer uma decisão judicial que substitui a vontade política, estará reduzindo a manifestação livre dos membros de uma sociedade. Desta forma, nos atuais sistemas constitucionais a segurança jurídica resultou, ela própria um princípio, onde a decisão judicial discricionária é uma decisão contrária ao sistema jurídico.

²⁰ DWORKIN, Ronald. na obra “Uma questão de princípio”, São Paulo: Martins Fontes, 2001 p.25

²¹ _____. Levando os direitos a sério. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 71.

Dworkin separa as decisões baseadas em argumentos de política e argumentos de princípios, quando procurar dar resposta a esses casos que ele chamou de casos difíceis²².

Diz o autor que os argumentos de política são utilizados pelo Poder Legislativo e visam a estabelecer um direito coletivo²³. Já os argumentos de princípio são utilizados pelo juiz e visam a estabelecer um direito individual.

Ao Juiz não é dado utilizar o argumento de política uma vez que não é “legislador segundo”, devendo sempre utilizar a lei posta como sua normativa, a qual foi erigida politicamente. Assim, para Dworkin, as decisões políticas são decisões que tem como meta agradar o povo, mesmo que usurpando as atribuições da função legislativa, a qual representa a vontade popular. Destaca-se que essa decisão política é a que substitui a vontade majoritária do povo (por isso também chamada decisão contramajoritária).²⁴

Um argumento político transformado em lei, torna-se questão de princípio e a solução para os casos difíceis.²⁵

Ao Poder Judiciário, não cabe, portanto, decidir senão aplicando a norma jurídica com o escopo de melhor atender àquela decisão política. O juiz deve acatar com inteireza o Direito. Dworkin entende que uma decisão política-judicial mesmo que de forma aleatória, tem a intenção de agradar o povo, o que não é tarefa do Juiz, que não foi eleito por esse povo.

Nada faz com que se obedeça a uma norma que não é oriunda da decisão política. Verifica-se então a primeira das objeções à originalidade judicial de Dworkin. A segunda objeção tem o seguinte significado: *"se um juiz criar uma nova lei e aplicá-la retroativamente ao caso que tem diante de si, a parte perdedora será punida, não por ter violado algum dever que tivesse, mas sim por ter violado um novo dever, criado pelo juiz após o fato"*.²⁶

Essa proibição ao Poder Judiciário de proferir decisões políticas, tem por objetivo conservar os atos políticos íntegros. Por esse motivo que cabe ao Judiciário a declaração de inconstitucionalidade das normas jurídicas, pois declarará a não aplicabilidade de uma lei criada de forma política e democrática se entender, com base em argumentos de princípios, que essa lei é contrária ao ordenamento jurídico por estar desrespeitando o ideal constitucional.

²² DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 129

²³ Op. Cit. 129

²⁴ DWORKIN, Ronald. Uma questão de princípio. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 28

²⁵ DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 131

²⁶ Op. Cit, p. 132

Assim, pela ação direta de inconstitucionalidade, o juiz decide, em princípio, contra majoritariamente, pois em sua decisão está a declarar que uma lei, decidida pela maioria dos representantes do povo, não está de acordo com a Constituição, onde existem princípios superiores que também foram exaustivamente debatidos e decididos de forma original pelo legislador e que sempre devem ser respeitados. Desta forma, em assim sendo observado pelo julgador, a necessidade da integridade do ordenamento se impõe.

Essa decisão, a qual veio do Judiciário brasileiro, respeita a integridade do ordenamento jurídico e os princípios originais presentes na Constituição. Pois quando da elaboração das leis, os membros da sociedade devem ter consciência que uma das condições do debate é o respeito aos princípios constitucionais superiores, ou seja, a Carta de princípios.

Desta forma, fica claro que, em qualquer caso, o juiz deve decidir na presença de princípios, não pode existir o decisionismo judicial, que, em *ultima ratio*, poderia se dizer uma decisão injusta.

Portanto, esses entendimento de Dworkin tem como finalidade precisa demonstrar que o juiz tornará efetivos os direitos políticos, os quais foram exercidos no anteriormente pela escolha das normas, tendo por base a lei e os princípios, uma vez que esses direitos, segundo Dworkin, *“são criações tanto da história, quanto da moralidade: aquilo a que um indivíduo tem direito, na sociedade civil, depende tanto da prática quanto da justiça de suas instituições políticas”*.²⁷

É com o pensamento em Dworkin que se faz uma sociedade com um sistema seguro de direitos e, acima de tudo, com vistas à Justiça.

O judicial review aparece como importante aparelho de controle das decisões políticas, a fim de que os direitos fundamentais não sejam violados, i. e., através do controle de constitucionalidade pode o Poder Judiciário, segundo Dworkin, declarar inconstitucional atos originados nos demais poderes, os quais não encontrar-se em conformidade com o que prevê a Constituição, a qual é a representação maior das conquistas de direito de um povo ²⁸.

Sendo assim, Dworkin afirma que legisladores não estão mais preparados que juízes quando decidem questões de direito, muito mais quando se trata de interesses das minorias. O judicial review cria o, segundo o autor, o fórum do princípio, onde assuntos podem ser discutidos à luz do direito, onde se tem a possibilidade de

²⁷ DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 136.

²⁸ DWORKIN, Ronald. Uma questão de princípio. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 38- 39

aperfeiçoar a democracia e o Estado Constitucional, sendo que direitos individuais, ou fundamentais, podem ser garantidos até mesmo às minorias.

Neste contexto, é que o sistema de controle constitucional brasileiro teve inspiração direta no norte-americano, mesmo tendo origens diversas, o civil law brasileiro e o common law norte-americano, a comparação entre esses dois sistemas é pertinente, embora, deve ser ressaltado que a teoria do judicial review dworkiniana está presente apenas formalmente na Constituição Federal Brasileira de 1988, pois ela tem caráter garantista, buscando a promoção de direitos fundamentais, possibilitando, inclusive, a atuação do Poder Judiciário para que esses direitos fundamentais sejam assegurados, porém, tendo em vista estarmos diante de um Poder Legislativo muitas vezes ineficiente, o que se vê hoje em dia é que o Supremo Tribunal Federal, que é o responsável pelo Controle de Constitucionalidade no Brasil, vem apresentando um ativismo judicial que não combina com os ideais defendidos por Dworkin, uma vez que o autor vê um judicial review ajustado em princípios que são antecipadamente estabelecidos, com o processo da revisão, conduzido por juízes que atuam de forma racional e controlada, e é justamente por esse motivo, quando o Supremo Tribunal Federal brasileiro passa a aceitar em demasia argumentos genéricos para efetivar o controle de constitucionalidade, que a revisão judicial proposta por Ronald Dworkin passa a ser compatível apenas na teoria com o ordenamento brasileiro.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, observa-se que as Bases teóricas de Dworkin, inspiraram o controle constitucional brasileiro, suas teorias demonstram quando e em que momento o Poder Judiciário pode intervir em uma norma, a fim de considerá-la constitucional ou inconstitucional, evidenciam também quando os Juízes devem utilizar os argumentos de princípio visando estabelecer um direito individual.

Nesse contexto, em resposta ao questionamento proposto, se pode o juiz substituir a vontade política, legislando, utilizando-se de decisões baseadas em argumentos de política ou argumentos de princípios, se passa as considerações finais na qual inicialmente a Revisão Judicial, nos termos proposto por Dworkin, mostra que a forma de interpretar a norma jurídica é passo inicial para sua aplicação, é quando o intérprete busca o “espírito da norma”, e em sendo verificada deverá o juiz associá-la conforme as normas, regras ou princípios já existentes no ordenamento jurídico,

porém ao Juiz é vedado a criação de um direito que traga inovação a ordem jurídica, não sendo possível, jamais, decidir casos concretos usando sua discricionariedade, criando um direito retroativo, na forma entendida pelos positivistas, que defendia a possibilidade da integração de lacunas através da ampla discricionariedade do juiz.

Cabe ainda dizer que a esse Juiz a análise do caso com base em princípios já colocados, para o litígio em que descubra lacunas na legislação. Não há a possibilidade do juiz julgar um caso concreto de forma puramente discricionária. Para isso, deverá utilizar-se das normas tais como os princípios e regras, para chegar à decisão correta segundo entendimento de Ronald Dworkin, pois assim os pontos fundamentais em uma interpretação do texto constitucional deverá se basear, na análise política e legal e em uma avaliação correta da lei com base em princípios igualitários.

Assim, Dworkin separa essas decisões a serem tomadas, baseadas em argumentos de política e contextos de princípios, quando procura dar resposta aos casos que ele chamou de casos difíceis.

Diante desse entendimento tem-se que o Poder Judiciário não poderá valer-se do argumento de política por não ser “legislador segundo”, devendo se valer da lei, a qual foi erguida politicamente. Ainda que um argumento de política é transformado em lei, tornando-se questão de princípio e a solução para os casos difíceis.

Ao Poder Judiciário, não cabe, portanto, decidir senão aplicando a norma jurídica com a finalidade de melhor atender àquela decisão política. O juiz respeitará a integridade do Direito. Dworkin sinaliza que eventual decisão política judicial tem o escopo de agradar o povo, e não é essa a tarefa do Juiz, que não foi eleito por ele. Portanto, esse entendimento de Dworkin tem como finalidade precisa demonstrar que o juiz poderá tornar efetivos os direitos políticos, os quais foram exercidos no passado pela escolha das normas, levando-se por base a lei e os princípios, pois, é em Dworkin que se vê possível uma sociedade cujo sistema de direito é seguro e, acima de tudo, com vistas à Justiça.

De tal modo, o judicial review proposto pelo autor, aparece como importante instrumento controlador das decisões políticas, a fim de que direitos fundamentais não sejam infringidos, isto é, através do controle de constitucionalidade pode o Poder Judiciário, conforme entendimento em Dworkin, declarar inconstitucional atos propostos pelos demais poderes os quais não estejam de acordo com o que prevê a Constituição, que por sua vez é a representação maior das conquistas de direito de um povo.

Finalmente chega-se ao ponto que se pode falar que o sistema de controle de constitucionalidade brasileiro teve inspiração direta no norte-americano, e mesmo com origens diversas, o civil law brasileiro e o common law norte-americano como acima mencionado. A comparação entre os dois sistemas é pertinente, embora, deve ser enfatizado que a teoria do judicial review proposta por Dworkin, está presente apenas formalmente na Constituição Federal de 1988, pois ela tem caráter garantista, buscando a promoção de direitos fundamentais, autorizando, inclusive, a ação do Poder Judiciário para que esses direitos fundamentais sejam assegurados.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del derecho*. Barcelona: Gedisa, 2004.

BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

DWORKIN, Ronald. *A Virtude Soberana: a teoria e a prática da igualdade*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

_____, Ronald. *Direito da liberdade: A leitura moral da constituição norte-americana*. WMF Martins Fontes; 1ª edição. 2006.

_____, Ronald. *Justiça para ouriços*. Coimbra: Almedina, 2012.

_____, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____, Ronald. *O Império do Direito*. Martins Fontes - selo Martins; 3ª edição. 2014.

_____, Ronald. *O império do Direito*. Tradução de Jeferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____, Ronald. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

HART, Herbert Lionel Adolphus. *O conceito de direito*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1961.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 4. ed. Coimbra: Arménio Amado, 1979.

POLETTI, Ronaldo. *Controle da constitucionalidade das leis*. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Brasília: UnB, 1981.

GT 9 - TEORIA DO RISCO E DESASTRES AMBIENTAIS

Objetivos: Teoria do Risco e Desastres ambientais têm como objetivo reunir trabalhos que examinem a Responsabilidade Civil decorrente de danos ambientais, contemplando os desastres ocorridos no Brasil e no mundo. Seja com a evolução histórica da responsabilidade civil ambiental ou no contexto da Teoria do Risco, as reivindicações sociais e o conhecimento de novas práticas são necessárias.

A CONDIÇÃO DAS MULHERES EM DESASTRES AMBIENTAIS: A NECESSÁRIA CONSTRUÇÃO DE UMA AGENDA DE GÊNERO NAS FASES DA GESTÃO CIRULAR DO RISCO

THE CONDITION OF WOMEN IN ENVIRONMENTAL DISASTERS: THE NECESSARY CONSTRUCTION OF A GENDER AGENDA IN THE PHASES OF CIRULAR RISK MANAGEMENT

Bianca Larissa Soares de Jesus Roso¹

Francielle Benini Agne Tybusch²

“Nós, as mulheres, marchamos há muito tempo para denunciar e exigir o fim da opressão que vivemos por sermos mulheres, para dizer que a dominação, a exploração, o egoísmo e a procura desenfreada do lucro que levam às injustiças, às guerras, às conquistas e às violências devem terminar”.³

Resumo

O tema do presente trabalho escora-se no estudo sobre os Direitos das mulheres e o Direito dos desastres. Objetivou-se discutir questões relacionadas ao desenvolvimento, desastres socioambientais e gênero. Busca, ademais, apresentar a relação entre a interseccionalidade. Concluiu-se que as mulheres figuram entre as parcelas mais vulneráveis da população atingida pelos desastres ambientais. Dessa forma, é fundamental uma perspectiva sensível ao gênero. Para tanto, a metodologia e estratégia de ação obedecem ao trinômio teoria de base, procedimento e técnica. Seu método de abordagem é pragmático-sistêmico. Como método de procedimento será utilizado a análise bibliográfica e documental. A instrumentalização Técnica se

¹ Mestra em Direito pela Universidade Federal de Santa Maria - UFSM, com bolsa CAPES. Pesquisadora do grupo de Pesquisa PHRONESIS: Jurisdição e Humanidades. E-mail: biancasoaresroso@gmail.com.

² Orientadora. Doutora 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 da Universidade Franciscana - UFN.

³ CARTA MUNDIAL DAS MULHERES PARA A HUMANIDADE. Disponível em: <http://www.metroviarios-sp.org.br/cartasabertas/carta090205mulheres.pdf>. Acesso em: 21 dez. 2021.

desenvolve por intermédio da produção de tabela, resumos, fichamentos, bem como convergências e análises de dados.

Palavras-Chaves: Mulheres atingidas; Desastres; Direito dos desastres.

Abstract

The theme of this work is based on the study on Women's Rights and the Law of Disasters. The objective was to discuss issues related to development, socio-environmental disasters and gender. It also seeks to present the relationship between intersectionality. It was concluded that women are among the most vulnerable parts of the population affected by environmental disasters. As such, a gender-sensitive perspective is essential. For that, the methodology and action strategy follow the trinomial base theory, procedure and technique. Its method of approach is pragmatic-systemic. As a method of procedure, bibliographic and documental analysis will be used. Technical instrumentation is developed through the production of tables, summaries, records, as well as convergences and data analysis.

Keywords: Affected women; Disasters; Disaster Law.

INTRODUÇÃO

O presente ensaio escora-se no estudo sobre os Direitos das mulheres e o Direito dos desastres. Dessa forma, tem como objetivo discutir questões relacionadas ao desenvolvimento, desastres socioambientais e gênero. Busca, ademais, apresentar a relação entre a interseccionalidade. Isto é, a reflexão sobre a situação das mulheres que inseridas em uma situação de subalternidade na sociedade capitalista, acabam sofrendo as maiores consequências nos desastres socioambientais. Diante disso e frente a crise ecológica – fomentada pela dominação humana sobre a natureza através do modelo econômico atual – e tomando como referência os mais vulneráveis a esta, como a teoria de gênero e as fases da gestão circular de risco se encontram?

Para responder a esta questão a metodologia e estratégia de ação obedecem ao trinômio teoria de base, procedimento e técnica. Seu método de abordagem é pragmático-sistêmico⁴, conferindo a fusão entre direito e diversos sistemas como: direito, política, história, cultura e ecologia, a partir de uma construção comunicativa entre os sistemas para a construção pragmática do discurso. Por se tratar de uma questão transdisciplinar, não se pode apenas visualizá-la sob o aspecto jurídico, é necessário comunicar com os demais saberes para buscar a sua compreensão completa. A perspectiva adotada, transmite o reconhecimento que não há mais espaço para a desintegração e segregação, dessa forma, é necessário que a ciência jurídica

⁴ ROCHA, Leonel Severo. **Epistemologia do Direito:** revisitando as três matrizes jurídicas. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD). UNISINOS, v. 5 n. 2, 2013.

possa produzir espaços de comunicação com outras ciências, ao mesmo tempo, articular com as várias constituintes de subjetividade de gênero, raça e classe social, a fim de produzir decisões capazes de alcançar a complexidade das demandas atuais. Como método de procedimento será utilizado a análise bibliográfica e documental. A instrumentalização Técnica se desenvolve por intermédio da produção de tabela, resumos, fichamentos, bem como convergências e análises de dados.

A estrutura desta pesquisa é bipartida. Em um primeiro momento pretende-se evidenciar os aspectos de vulnerabilidade das mulheres face aos desastres ambientais. Após, verificar-se-á o que o direito dos desastres, que compreende as fases da gestão circular de risco pode representar em relação as medidas de mitigação e reparação em relação às mulheres.

É fundamental ter como linha norteadora, que a presente pesquisa é pautada no fundamento ético. Essa que concede aos indivíduos a sua humanidade, a ética dos direitos humanos, que vê o outro como merecedor de igual consideração e respeito, dotado do direito de desenvolver as potencialidades humanas, de forma livre, autônoma e plena. Assim, passa-se a verificar a primeira parte deste ensaio.

1. MULHERES E DESASTRES AMBIENTAIS

Para criarmos um presente e um futuro livres e acolhedores para todos os seres vivos, o século XXI deve ser feminino e feminista⁵. Essa frase necessária diante dos tempos ameaçadores para as mulheres e a natureza, exemplifica a fundamental atenção à vulnerabilidade socioambiental e da proteção específica a essa categoria. As situações de extrema insuficiência protetiva acabam retratando vulnerabilidades e escancarando desigualdades estruturais, pois essas estão imbricadas com as relações de poder na sociedade contemporânea. Por isso, um olhar atento quanto ao “gênero” é fundamental para a compreensão das consequências e efeitos dos desastres. Para compreender melhor essa conexão, é necessário refletir sobre o núcleo essencial de sua definição:

[...] o gênero é um elemento constitutivo de relações sociais baseado nas diferenças percebidas entre os sexos, e o gênero é uma forma primeira de significar as relações de poder. As mudanças na organização das relações sociais correspondem sempre à mudança nas representações de poder, mas a direção da mudança não segue necessariamente um sentido único⁶.

⁵ ARRUIZZA, Cinzia; BHATTACHARYA, Tithi; FRASER, Nancy. **Feminismo para os 99%**: um manifesto. Boitempo Editorial, 2019.

⁶ SCOTT, Joan. Gênero: uma categoria útil de análise histórica. **Educação & realidade**, v. 20, n. 2, 1995, p. 21.

Joan Scott, professora da Escola de ciências Sociais do Instituto de altos Estudos de Princeton, Nova Jersey, em seu texto “Gender: a useful category of historical analyses”, de 1989, já afirmava, que as pesquisadoras que se dedicam aos estudos da teoria feminista, perceberam que estes não só dariam ensejo a novos temas, mas também recomendaria uma necessária reavaliação crítica das premissas e critérios do trabalho científico já existente. Nesse sentido, “gênero” é um termo importante para reflexão, não só para os pesquisadores da teoria feminista, mas sobretudo, para os que acreditam que a pesquisa sobre mulheres pode transformar fundamentalmente os paradigmas no seio de cada disciplina.

No entanto, é necessário estar atento à interseccionalidade. Isto, pois, nem todas as mulheres estão inseridas na mesma realidade. Assim, imperioso se faz o conceito de interseccionalidade, que nada mais é que “[...] uma associação de sistemas múltiplos de subordinação, [...] buscando capturar as consequências estruturais de dinâmicas da interação entre dois ou mais eixos da subordinação”⁷. Isto é, gênero, raça e classe social. Portanto, as mulheres não sentem da mesma forma os efeitos de uma catástrofe ou têm as mesmas oportunidades na ocupação de altos cargos de poder, por exemplo.

Neste mesmo sentido, pesquisas apontam que mulheres frequentemente preferem meios de transporte mais limpos, hábitos mais saudáveis e suas preferências de consumo são mais conscientes. No entanto, essas pesquisas tendem a homogeneizar as mulheres ao não levarem em consideração seus contextos socioeconômicos⁸. Por isso, a compreensão do conceito de interseccionalidade é importante para o debate entre mulheres, meio ambiente e desastres.

A pesquisadora, gerente do programa de mitigação de desastres no Grupo de Desenvolvimento de Tecnologia Intermediária no Sri Lanka, Madhavi Malalgoda Ariyabandu e a especialista na prevenção de conflitos e construção da paz, Dilrukshi Fonseka, ao realizarem pesquisas envolvendo uma análise de segurança humana do impacto do tsunami na Índia, Sri Lanka e do terremoto da Cazemira no Paquistão alertam que em um contexto de desastre, a marginalização social de mulheres pode se expressar de diversas formas, como por: maiores dificuldades do acesso à renda e à propriedade, menores oportunidades de trabalho, menor representatividade em

⁷ CRENSHAW, Kimberlé. **Mapping the Margins: Intersectionality, Identity Politics, and Violence Against Women of Color.** Stanford Law Review 43.6 (1991): 1241-299. P. 177

⁸ ARORA-JONSSON, Seema. **Forty of Gender Research and Environmental Policy: where do we stand?**. Woman's Studies International Forum, v. 47, parte B, p. 295-308, nov. 2014. Disponível em: <https://www.sciencedirect.com/science/article/abs/pii/S0277539514000326>. Acesso em: Outubro de 2021.

espaços de tomada de decisão e maiores chances de sofrer atos de violência, aqui se incluiu a exploração sexual de crianças e adolescentes⁹.

Para além do Tsunami na Índia, as pesquisadoras, ainda reforçam que existem diferenças importantes na forma como os impactos são sentidos e distribuídos por homens e mulheres nos desastres. Apesar de contextos nacionais distintos, verifica-se que as mulheres figuram entre as parcelas mais vulneráveis da população atingida e, portanto, é fundamental uma perspectiva sensível a essas.

Os economistas e pesquisadores Neumayer e Plumper (2007), ambos vinculados a Escola de economia e ciência política de Londres, em sua pesquisa “The Gendered Nature of Natural Disasters: The Impact of Catastrophic Events on the Gender Gap in Life Expectancy, 1981 – 2002” ressaltam algumas causas na diferença da vulnerabilidade em desastres:

[...] normas sociais e de comportamentos da mulher pode levar a um aumento de sua vulnerabilidade no imediato curso do desastre. [...], os desastres podem levar a falta de recursos de necessidade básica, bem como uma temporária desagregação da ordem social, caso em que a competição entre os indivíduos torna-se mais feroz e a discriminação de gênero tornam-se agravado e novas formas de discriminação podem emergir¹⁰.

Assim, os impactos catastróficos de um desastre não são iguais entre os gêneros. As diferentes vulnerabilidades estão diretamente atreladas à construção social dos papéis de cada indivíduo, ou seja, nos papéis historicamente atribuídos aos homens e mulheres através das relações de poder. Dessa forma, os impactos também estão relacionados no próprio padrão de discriminação e desigualdade de gênero presentes na sociedade e potencializados pelo modo de desenvolvimento atual dominante.

O Jurista Luís Alberto Warat relacionou as questões de gênero com o tema “eco cidadania”, em seu texto “Eco-cidadania e direito: alguns aspectos da modernidade, sua decadência e transformação”, ressaltando “[...] a existência de uma vinculação estreita entre a ‘eco-cidadania’ e as questões de gênero; isto é, a interpelação recíproca do masculino e do feminino como ‘condição redefinitória’ do sentido da ecologia, da cidadania e da subjetividade”¹¹. Isso implica dizer, que as relações de cuidado, de um

⁹ ARIYABANDU, Madhavi Malalgoda; FONSEKA, Dilrukshi. **A Human Security Analysis of the Impact of the Tsunami in India, Sri Lanka and of the Kashmir Earthquake in Pakistan**. In: DURYOG, Nivaran (ed.). South Asia Network for Disaster Mitigation: tackling the tides and tremors. Islamabad: South Asia Disaster Report, 2005, p. 23-40.

¹⁰ NEUMAYER, Eric; PLÜMPER, Thomas. **The Gendered Nature of Natural Disasters: The Impact of Catastrophic Events on the Gender Gap in Life Expectancy, 1981–2002**, Annals of the Association of American Geographers, 97: 3, 551-566, DOI: 10.1111 / j.1467-8306.2007.00563. x, 2007, p. 553).

¹¹ WARAT, Luis Alberto. **“Eco-cidadania e direito: alguns aspectos da modernidade, sua decadência e transformação”**. Tradução de Jose Luis Bolzan de Moraes. In: Revista Sequência. N.º 28 Ano 15, junho de 1994 - p. 96-110. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/eco-cidadania-e-direito-alguns-aspectos-da-modernidade-sua-decad%C3%Aancia-e-transforma%C3%A7%C3%A3o>. Acesso em: Maio de 2021, p. 101.

modo geral, não devem ser definidas com base no gênero, ou seja, a partir da associação com o feminino, mas da abrangência do sentido. Isto é, da junção do masculino e feminino para redefinição das relações e em nosso modo de viver.

Os estudos feministas sobre problemas ambientais mostram que o gênero é fundamental para a mudança ambiental. Assim, a preocupação da teoria crítica feminista com o mau desenvolvimento, colonialismo e imperialismo na geração de problemas ambientais é relevante, porque mudanças na forma de ver/perceber o mundo são urgentes. O sociólogo e professor alemão, Ulrich Beck, em sua última obra “A metamorfose do mundo: novos conceitos para uma nova realidade”, ensina que a confusão existente a partir dos eventos globais não pode ser explicada a partir de nenhum conceito das ciências sociais. Para ele, a sociedade não está apenas mudando, está se metamorfoseando. Isso porque, a “metamorfose implica uma transformação muito mais radical, em que as velhas certezas da sociedade moderna estão desaparecendo e algo inteiramente novo emerge”¹².

Dessa forma, com o propósito de exemplificar essa preocupação dos estudos feministas e a seara ambiental, o caso *Maria Khan e outros. c. Paquistão e outros*, nos revela, ao se basear no direito a um sistema climático capaz de sustentar a vida para questionar a inação do governo quanto ao clima, que este afeta desproporcionalmente as mulheres e as gerações futuras¹³. Esse caso é um exemplo da vulnerabilidade específica das mulheres em situações de extrema insuficiência de proteção ambiental. Ainda, demonstra o protagonismo das mulheres na defesa do meio ambiente seguro e sadio às presentes e futuras gerações.

Dessa forma, na medida em que nos âmbitos local e global que vivemos, os problemas se tornam sistêmicos e interligados, eles acabam afetando desproporcionalmente os mais vulneráveis a estes. Sendo assim, é cada vez mais urgente uma reforma de gênero em todos os sentidos na sociedade¹⁴. Portanto, viver na metamorfose do mundo, conforme Beck (2016) ensinou, implica a disposição para arriscar a metamorfose da nossa visão de mundo¹⁵, onde as certezas fixas, não são mais fixas, elas estão metamorfoseadas. O filósofo e historiador do pensamento político Norberto Bobbio nunca esteve tão atual, na medida em que ensina que os direitos não

¹² BECK, U. **A metamorfose do mundo**: novos conceitos para uma nova realidade. Tradução Maria Luiza X. de A. Borges; revisão técnica Maria Claudia Coelho. 1. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2018, p. 15.

¹³ Maria Khan e outros. c. Paquistão e outros, Corte Suprema de Lahore, Fev. 14, 2019. Disponível em: <http://blogs2.law.columbia.edu/climate-change-litigation/wp-content/uploads/sites/16/non-us-case-documents/2019/20190214_No.-8960-of-2019_application.pdf>. Acesso em: outubro de 2021.

¹⁴ CONNELI, Raewyn; PEARSE, Rebecca. **Gênero**: uma perspectiva global. São Paulo: NVersos, 2015.

¹⁵ BECK, U. **A metamorfose do mundo**: novos conceitos para uma nova realidade. Tradução Maria Luiza X. de A. Borges; revisão técnica Maria Claudia Coelho. 1. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2018, p. 17.

nascem todos de uma vez e nem de uma vez só: eles são resultado de lutas históricas, da evolução das culturas em fluxo contínuo e, portanto, até os dias atuais.

2. PERSPECTIVAS DE GÊNERO PARA PENSAR O DIREITO DOS DESASTRES

Os desastres retratam as vulnerabilidades e também o risco de determinados grupos sociais, considerando o contexto brasileiro, onde se verifica a latente desigualdade social. Logo, a construção do risco se dá a partir de fatores subjetivos e objetivos¹⁶.

O risco deve incluir fatores associados às subjetividades, como gênero, classe social e raça, mas também objetivos, na medida em que também está relacionado a níveis de segurança e defesa civil. O professor Daniel Farber, reconhecido mundialmente pelos seus estudos sobre Direito ambiental e dos Desastres, ensina:

A efetiva concretização de um risco, bem como a extensão do dano provocado são variáveis quase sempre mediadas por ações humanas. Essas ações, por sua vez, ocorrem dentro de organizações com as suas próprias histórias e culturas. Para compreender o risco, precisamos ver o contexto humano, bem como só eventos físicos que causam danos. Só então podemos começar a determinar a resposta apropriada frente ao risco¹⁷.

A principal legislação para proteção aos desastres, no Brasil, é a Lei n. 12.608/12, que institui a Política Nacional de Proteção e Defesa Civil- PNPDC. Seu elemento basilar é a prevenção dos desastres¹⁸. Ainda, sua diretriz consiste em ações preventivas e a redução dos riscos de desastres é um dos objetivos da legislação¹⁹. Desse modo, a referida lei reconfigura o sistema jurídico no tratamento aos desastres, na medida em que sua base e comprometimento se encontram na institucionalização da prevenção. Os esforços de mitigação, ou seja, de ações preventivas, pretendem reduzir a potencialidade de eventos catastróficos, antes mesmo que ocorram. Por isso, o que caracteriza o Direito dos Desastres é a gestão circular de risco²⁰, mitigação,

¹⁶ TYBUSCH, Francielle Benini Agne. **Vidas deslocadas**: o caso Mariana-MG como modelo brasileiro para aplicação do direito dos desastres. Curitiba: Íthala, 2019.

¹⁷ FARBER, Daniel. **Disaster law and Emerging Issues in Brazil**. Revista de estudos constitucionais, hermenêutica e teoria do direito – (RECHTD), 4 (1): 2-15 janeiro-junho, 2012. Disponível em: <https://research.fit.edu/media/site-specific/researchfitedu/coast-climate-adaptation-library/latin-america-and-caribbean/brazil/Farber.-2012.-Disaster-Law--Emerging-Issues-in-Brazil..pdf>. Acesso em: out. 2021, p. 33.

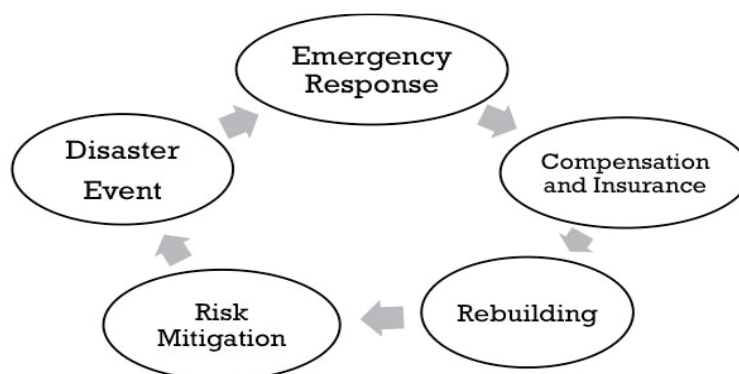
¹⁸ BRASIL. **Decreto nº 7.257 de agosto de 2010**. Institui o Sistema Nacional de Defesa Civil – SINDEC. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/Decreto/D7257.htm. Acesso em 21 dez. 2021.

¹⁹ TYBUSCH, Francielle Benini Agne. **Vidas deslocadas**: o caso Mariana-MG como modelo brasileiro para aplicação do direito dos desastres. Curitiba: Íthala, 2019, p.103.

²⁰ TYBUSCH, Francielle Benini Agne. **Vidas deslocadas**: o caso Mariana-MG como modelo brasileiro para aplicação do direito dos desastres. Curitiba: Íthala, 2019.

resposta e emergência, compensação e reconstrução, que se retroalimentam infinitamente, conforme pode ser visualizado na Figura 1.

Figura 1 – Ciclo dos desastres.



Fonte: FARBER, 2012.

Portanto, o ciclo dos desastres serve como um instrumento para a prevenção, o planejamento e a resposta aos desastres. A jurista e pesquisadora Francielle Benini Agne Tybusch²¹ ainda complementa que o principal elemento deve ser a antecipação para prevenir ou, após a sua ocorrência, para criar respostas de emergência, de responsabilização e de compensações aos atingidos, planejando reconstruções que evitem novas ocorrências. Esse modelo (ciclo dos desastres) estrutura o Direito dos Desastres.

Ao Direito, portanto, atribui-se o exercício do papel de protagonismo no combate as injustiças sociais e ambientais. Diante disso, se percebe um papel significativo do Direito em todas as fases. Logo, imperioso é o seu papel na luta por justiça de gênero. A teoria feminista aponta que mudanças na ordem de gênero são necessárias para que assim, possa existir justiça ambiental. Portanto, a teoria de gênero em conjunto com o Direito dos Desastres teria por efeito a diminuição da probabilidade de ocorrência de violação de direitos às mulheres, sendo que, atualmente fazem parte do grupo mais prejudicado da população atingida.

O que se verifica, é que, o direito deve dar atenção à vulnerabilidade socioambiental, pois os desastres acabam retratando esta realidade. Por isso, o gênero é um fator fundamental para a compreensão das consequências e efeitos.

Assim, os impactos catastróficos de um desastre não são iguais entre os gêneros. As diferentes vulnerabilidades estão diretamente atreladas à construção social dos

²¹ TYBUSCH, Francielle Benini Agne. **Vidas deslocadas**: o caso Mariana-MG como modelo brasileiro para aplicação do direito dos desastres. Curitiba: Íthala, 2019, p. 104.

papéis de cada indivíduo, ou seja, nos papéis historicamente atribuídos aos homens e às mulheres. Dessa forma, os impactos também estão relacionados ao padrão de discriminação e de desigualdade de gênero presente na sociedade e potencializado pelo modo de desenvolvimento.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

É nítido que num contexto de grandes desafios da crise ambiental, principalmente, em situações de extrema insuficiência de proteção ambiental a marginalização social de mulheres pode se expressar de diversas formas, como por: maiores dificuldades do acesso à renda, à propriedade e à justiça, menores oportunidades de trabalho, menor representatividade em espaços de tomada de decisão e maiores chances de sofrer atos de violência, física ou psicológica. Portanto, existem diferenças importantes na forma como os impactos são sentidos e distribuídos por homens e mulheres. Verificou-se que as mulheres figuram entre as parcelas mais vulneráveis da população atingida. Dessa forma, é fundamental uma perspectiva sensível ao gênero.

Como visto, a importância do gênero no movimento ambiental pode ser verificada na teoria e prática social. As ciências sociais aplicadas produziram evidências de que são as mulheres as mais afetadas pela devastação ambiental e desastres. Por outro lado, países onde mais mulheres ocupam cargos altos de poder têm mais chances de promover a proteção do meio ambiente e sua integridade. Portanto, quanto maior a inclusão e participação de mulheres, maiores as chances de combater os efeitos da devastação ambiental e evitar derrotas tristes para a sociedade como os desastres.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ARIYABANDU, Madhavi Malalgoda; FONSEKA, Dilrukshi. **A Human Security Analysis of the Impact of the Tsunami in India, Sri Lanka and of the Kashmir Earthquake in Pakistan**. In: DURYOG, Nivaran (ed.). South Asia Network for Disaster Mitigation: tackling the tides and tremors. Islamabad: South Asia Disaster Report, 2005.

BECK, U. **A metamorfose do mundo**: novos conceitos para uma nova realidade. Tradução Maria Luiza X. de A. Borges; revisão técnica Maria Claudia Coelho. 1. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.

BRASIL. **Decreto nº 7.257 de agosto de 2010**. Institui o Sistema Nacional de Defesa Civil – SINDEC. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/Decreto/D7257.htm. Acesso em 06 jun. 2020.

CONNELI, Raewyn; PEARSE, Rebecca. **Gênero: uma perspectiva global**. São Paulo: NVersos, 2015.

CRENSHAW, Kimberlé. **Mapping the Margins: Intersectionality, Identity Politics, and Violence Against Women of Color.** "Stanford Law Review 43.6 (1991): 1241-299.

ARORA-JONSSON, Seema. **Forty of Gender Research and Environmental Policy: where do we stand?**. Woman's Studies International Forum, v. 47, parte B, p. 295-308, nov. 2014. Disponível em: <https://www.sciencedirect.com/science/article/abs/pii/S0277539514000326>. Acesso em: Outubro de 2021.

FARBER, Daniel. **Disaster law and Emerging Issues in Brazil**. Revista de estudos constitucionais, hermenêutica e teoria do direito – (RECHTD), 4 (1): 2-15 janeiro-junho, 2012. Disponível em: <https://research.fit.edu/media/site-specific/researchfitedu/coast-climate-adaptation-library/latin-america-and-caribbean/brazil/Farber.--2012.--Disaster-Law--Emerging-Issues-in-Brazil..pdf>. Acesso em: out. 2021.

ROCHA, Leonel Severo. **Epistemologia do Direito: revisitando as três matrizes jurídicas**. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD). UNISINOS, v. 5 n. 2, 2013.

NEUMAYER, Eric; PLÜMPER, Thomas. **The Gendered Nature of Natural Disasters: The Impact of Catastrophic Events on the Gender Gap in Life Expectancy, 1981–2002**, Annals of the Association of American Geographers, 97: 3, 551-566, DOI: 10.1111 / j.1467-8306.2007.00563.x, 2007.

WARAT, Luis Alberto. **“Eco-cidadania e direito: alguns aspectos da modernidade, sua decadência e transformação”**. Tradução de Jose Luis Bolzan de Moraes. In: Revista Seqüência. N.º 28 Ano 15, junho de 1994 - p. 96-110. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/eco-cidadania-e-direito-alguns-aspectos-da-modernidade-sua-decad%C3%Aancia-e-transforma%C3%A7%C3%A3o>. Acesso em: Maio de 2021.

WARAT, Luis Alberto. **Semiotica ecologica y derecho: los alrededores de una semiótica de la mediación**. Argentina; Florianópolis: Asociación Latinoamericana de Mediación Metodología y Enseñanza Del Derecho, 1997.

SCOTT, Joan. **Gênero: uma categoria útil de análise histórica. Educação & realidade**, v. 20, n. 2, 1995.

TYBUSCH, Francielle Benini Agne. **Vidas deslocadas: o caso Mariana-MG como modelo brasileiro para aplicação do direito dos desastres**. Curitiba: Íthala, 2019.

GT 10 - SEGURANÇA ALIMENTAR

Objetivos: Segurança Alimentar tem como escopo a pesquisa multidisciplinar no contexto da realização do direito humano à alimentação adequada, da garantia da segurança alimentar e nutricional, além da promoção à saúde. Esse campo aborda questões transdisciplinares com o objetivo de desenvolver o diálogo sobre o uso de abordagens e recursos adequados no sistema alimentar e as interações que compõem o comportamento alimentar.

PANDEMIAS NO BRASIL: A FOME E O CORONAVÍRUS, DE ACORDO COM A SOFI 2021 E REDE PENSSAN, SOB A ÓTICA DE JUDITH BUTLER¹

PANDEMICS IN BRAZIL: HUNGER AND CORONAVIRUS, ACCORDING TO SOFI 2021 AND PENSSAN NETWORK, UNDER THE PERSPECTIVE OF JUDITH BUTLER

Anita Brum²

Fernando Hoffmam³

Resumo

O objetivo geral deste estudo consiste em investigar, em âmbito nacional, especificamente, as pandemias da fome e de Covid-19, nos limites dos dados obtidos através dos resultados divulgados pela SOFI 2021 e Rede Penssan. Sistemáticamente, os objetivos específicos incluem esclarecer a concepção moderna e atualizada da fome e do novo Coronavírus como pandemias, bem como suas correlações e períodos de (pré)existência, além de analisar de forma funcional com o referencial teórico de Judith Butler e a realidade brasileira. Ao final, evidenciou-se que tanto a fome, quanto a Covid-19, são pandemias hodiernas e de potencial lesividade, sendo aquela ainda mais abrangente e sem perspectiva de enfrentamento, ressaltando a urgência e complexidade de sua tratativa, especialmente no Brasil.

Palavras-chave: Direito à Saúde; Direitos Humanos; Segurança Alimentar.

Abstract

The general objective of this study is to investigate, at the national level, specifically, the hunger and Covid-19 pandemics, within the limits of the data obtained through the results published by SOFI 2021 and Rede Penssan. Systematically, the specific

¹ *Resumo integrante do Projeto de Pesquisa “Democracia e Resistência”, coordenado pelo Prof.º Dr.º Fernando Hoffmam, financiado pela Fundação de Amparo à Pesquisa do Rio Grande do Sul (FAPERGS), Edital 04/2019 – ARD, processo de n.º 19/2551-0001174-8.*

² Pós-graduanda em Direito Público pela Escola da Magistratura Federal (ESMAFE). Bacharel em Direito pela Universidade Franciscana (UFN). Advogada. brum.anita@gmail.com.

³ Doutor em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Professor adjunto na Universidade Federal de Santa Maria. Pesquisador. ferdhoffa@yahoo.com.br.

objectives include clarifying the modern and updated conception of hunger and the new Coronavirus as pandemics, as well as their correlations and periods of (pre)existence, in addition to functionally analyzing the theoretical framework of Judith Butler and the Brazilian reality. In the end, it became clear that both hunger and Covid-19 are current pandemics and potentially harmful, being even more comprehensive and without a perspective of confrontation, highlighting the urgency and complexity of their treatment, especially in Brazil.

Keywords: Right to health; Human rights; Food Safety.

INTRODUÇÃO

Esta pesquisa se dedica a interpretar a fome e o coronavírus como pandemias coexistentes no contexto brasileiro, face o relatório SOFI 2021 e inquérito da Rede Penssan, através do referencial de Judith Butler. Segundo o relatório SOFI 2021, desenvolvido por várias agências das Nações Unidas, 811 milhões de pessoas estavam subalimentadas no ano passado, à nível mundial.

Compondo parte de uma coleção de materiais e dados coletados ao longo do último ano, previamente discutidos em reuniões do grupo de pesquisa vinculado, o debate ora proposto não tem por intuito esgotar suas possibilidades de questionamento, senão provocar uma discussão qualitativa sobre o tema previamente delineado.

Nesse viés, aplicou-se o método de abordagem dedutivo, partindo da observação de investigações realizadas na SOFI 2021 e pela Rede Penssan, até o aporte teórico de Butler, específico ao tema. Para sistematizar os dados e melhor adequar à proposta, recorreu-se ao método de procedimento funcionalista, dinamizando as observações realizadas com os objetivos previamente delimitados.

O trabalho foi dividido em 2 (dois) tópicos, sendo a primeira parte destinada a tratar o conceito mais atualizado de pandemia, no que tange aos temas aqui delimitados, nos impactos gerais e nas singularidades – da fome e da Covid-19 -. Enquanto a segunda parte circunda de forma dinâmica esses fenômenos no cenário brasileiro, atentando para a complexidade e possíveis variáveis convergentes, também são sistematizados com eventos reais ocorridos no Brasil durante o último ano (qual seja, do período compreendido entre 2020 e 2021).

1. PANDEMIAS: O NOVO CORONAVÍRUS E A FOME

Com o advento do Sars-Cov-2, a humanidade novamente foi marcada por período histórico no qual termos como “epidemia” e “pandemia” retomaram as pautas midiáticas, a fim de disseminar informações sobre o vírus assolador, capaz de se alastrar sem fronteiras.

Entrementes, tais termos se popularizaram, atraindo a atenção do público em geral e despertando interesse quanto ao seu significado, a princípio similar na escrita, porém de danos bastante distintos. Ocorre que, para a surpresa de muitos, a pandemia de Covid-19 recém instaurada não era a única vigente, nem mesmo a mais “globalizada”.

Diferentemente da epidemia (caracterizada como o estágio de disseminação local ou regionalizada), a pandemia toma proporções de além fronteira, atingindo continentes e assolando indivíduos em feições mundiais⁴. O Sars-Cov-2 passou pelo estágio da epidemia e rapidamente se alastrou, passando ao estágio de pandemia – onde há transmissão comunitária e não é mais possível isolar os casos originários, dada a velocidade de contágio -.

O novo coronavírus trouxe tragédias sociais incalculáveis, alterações expressivas para a economia e inovações na ciência – respectivamente - à nível mundial. Sob esse prisma, ela se somou à outras pandemias pré-existentes, das quais são notadamente reconhecidas a da obesidade, a climática e a própria decorrente da fome.

Em síntese, no que diz respeito a conceituação de fome, ela pode ser compreendida como resultado de situações de extrema pobreza – material - e da ausência, insuficiência ou ocorrência de equívocos das políticas públicas, inerentemente quando não é enfrentada como problema de interesse comum a todos⁵.

O direito humano à alimentação⁶ foi incluso aos direitos sociais (artigo 6º da Constituição Federal de 1988) através da Emenda Constitucional n.º 64, reconhecida no plano internacional pelo Pacto Internacional de Direitos Humanos, Econômicos, Sociais e Culturais, ratificado por 153 países, dos quais o Brasil integra.

⁴ CALAZANS, Roberto; MATOZINHO, Christiane. Pandemia, paranoia e política. In: A pandemia crítica. **N-1 edições**, São Paulo, 2020. Disponível em: <https://n-1edicoes.org/054>. Acesso em: 5 mai. 2021.

⁵ OUTRAS PALAVRAS. O mundo (também) subjugado pelo vírus da fome. **Outras Palavras**, Brasil, 14 jul. 2021. Disponível em: <https://outraspalavras.net/crise-civilizatoria/o-mundo-tambem-subjugado-pelo-virus-da-fome/>. Acesso em: 02 out. 2021.

⁶ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 2016. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 02 out. 2021.

A fome, por vezes tão banalizada, resta deslocada em uma sociedade que a negligencia como algo incorporado ao dia-a-dia, normalizando progressivamente sua existência, resultado de muitas décadas internalizando-a como tal: no inconsciente coletivo e, também, nas suas leis. Quando elegida para alvo de debates – desde políticos, a diplomáticos –, na sequência é reduzida a promessas eleitorais e acordos diplomáticos não cumpridos, perpassando gerações nesse ritmo e paulatinamente postergada, como se passível de adiamento.

Contextualmente, no bojo do novo coronavírus, os reflexos de uma pandemia da fome pré-existente tornaram-se ainda mais visíveis. Durante as quarentenas, o mundo assistiu aos efeitos imediatos do fechamento de fábricas e indústrias. Em detrimento a súbita procura da sociedade por máscaras apropriadas, estocagem de suprimentos, manutenção de empregos e de quarentenas, fechamento do comércio e realização de tarefas em *home office*, aqueles que já viviam às margens dela seguiram na luta por sobrevivência, enfrentando a cotidiana falta de comida.

Somado a esses, os quais já sofriam com a fome, muitos outros brasileiros tornaram-se parte das elevadas estatísticas de carência alimentar, em decorrência da Covid-19. Nesse ínterim, auxílios emergenciais foram criados por diferentes governos no mundo, bem como no Brasil, onde mesmo já existindo instrumentos de política social contínuos – como o Bolsa Família –, a situação seguiu se agravando⁷.

Com a economia sendo tratada como prioridade, a preocupação com o próprio novo vírus foi relativizada e, em mais distante hierarquia, a fome outra vez normalizada.

2. NO BRASIL: ENTRE DADOS, ESTATÍSTICAS E REALIDADE SOCIAL

No âmbito de uma sociedade que tem o capitalismo como regra, sendo visto – por muitas nações – como o único modelo econômico possível e não um de vários modelos, a fome – e os níveis de insegurança alimentar – é vista de forma distorcida e secundária.

Em um planeta tão globalizado e tecnológico, mesmo em tempos pandêmicos, a noção de coexistência e a necessidade de coexistir transparece possuir fronteiras tão grandes e mistificadas⁸. É fato que o estilo de vida capitalista normaliza as medições

⁷ AGÊNCIA BRASIL. Pesquisa revela que 19 milhões passaram fome no Brasil no fim de 2020. **Agência Brasil**, Rio de Janeiro, 06 abr. 2021. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2021-04/pesquisa-revela-que-19-milhoes-passaram-fome-no-brasil-no-fim-de-2020>. Acesso em: 02 out. 2021.

⁸ YANCY, George. Judith Butler: Mourning Is a Political Act Amid the Pandemic and Its Disparities. **Truthout**, 30 abr. 2020. Disponível em: <https://truthout.org/articles/judith-butler-mourning-is-a-political-act-amid-the-pandemic-and-its-disparities/>. Acesso em: 02 out. 2021.

de sucesso com base na capacidade - dos indivíduos e das nações - de produzir economicamente.

Seja por meio de bens ou serviços, quanto mais uma pessoa produzir e lucrar, mais bem-sucedida ela será considerada. Mesmo que, para isso, os métodos e os meios aos quais recorra impliquem romper com a lógica da sobrevivência ambiental e, conseqüentemente, humana.

Noções como expansão econômica para o avanço e crise econômica para o retrocesso, foram incorporadas ao nosso inconsciente coletivo como padrões para qualificar a história⁹. Se nesses mesmos períodos os sucessos e os insucessos foram para públicos seletos e classes restritas, pouco se discute. Se para produzir poucos ricos muitos são subordinados pobres, também se relativizava¹⁰.

Entretanto, com práticas reiteradas por décadas a fio, o grande sistema ao qual estamos inseridos e a sucessão de discrepâncias sociais, passou a mostrar o débito imensurável acumulado. Como bem esclarecem dados comprovados por recentes estudos, todas as riquezas do mundo estão centralizadas em 1 a 5% da população humana existente¹¹.

Essa pequena porcentagem (variante entre 1 a 5%), também é a mesma parte responsável pela produção dos maiores danos ambientais e pela sustentação das desigualdades humanas, nos mais variados graus¹². Inobstante, não significa que sejam pouco discutidos tais fatos: seja nos noticiários mundo afora ou nos diplomas internacionais, clima, miséria e eventos decorrentes destes, são corriqueiramente polemizados¹³. Porém, a efetividade com que são abordados e a efetiva mobilização de atores com poder para frear tais acontecimentos, não é verificada faticamente.

Outrossim, a viabilidade de serem cumpridas as metas estabelecidas e modificar hábitos tão enraizados parecem tarefas hercúleas. Afinal, pressupõem romper com o modelo capitalista estabelecido, o que exigiria muito da pequena – e abastada – porcentagem de 1 a 5%, anteriormente citada.

⁹ OUTRAS PALAVRAS. O mundo (também) subjugado pelo vírus da fome. **Outras Palavras**, Brasil, 14 jul. 2021. Disponível em: <https://outraspalavras.net/crise-civilizatoria/o-mundo-tambem-subjugado-pelo-virus-da-fome/>. Acesso em: 02 out. 2021.

¹⁰ BUTLER, Judith. **Corpos em aliança e a política das ruas**: notas para uma teoria performativa de assembleia. Trad. Fernanda Siqueira Miguens. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2018.

¹¹ FUNDO INTERNACIONAL DE EMERGÊNCIA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A INFÂNCIA (UNICEF). Relatório da ONU: ano pandêmico marcado por aumento da fome no mundo. **Unicef**, Brasil, 12 jul. 2021. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/comunicados-de-imprensa/relatorio-da-onu-ano-pandemico-marcado-por-aumento-da-fome-no-mundo>. Acesso em: 03 out. 2021.

¹² OLHE PARA A FOME. O desafio é de todas e todos nós. **Olhe para a fome**, Brasil, 2021. Disponível em: <http://olheparaafome.com.br/>. Acesso em: 02 out. 2021.

¹³ BUTLER, Judith. **Vida precária**: os poderes do luto e da violência. Trad. Andreas Lieber. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2019

Reproduzindo essa lógica, sob alegado “desenvolvimento econômico”, mais uma vez – durante a pandemia de Covid-19 - a população mais pobre foi subjugada¹⁴, a fim de evitar mais uma crise econômica, sendo mais exposta aos perigos do novo vírus, como consequência aceitável em prol daqueles com melhores condições (e possibilidades de *home office*), emoldurando um contrastante declínio histórico de direitos humanos.

Todavia, também a fome não era uma novidade, senão um chaga há muito tempo existente, em especial, no Brasil¹⁵. Em consonância a pesquisas atualizadas, estima-se que 116,8 milhões de brasileiros conviveram com algum grau de insegurança alimentar e 19 milhões sobreviveram ao nível grave, nos últimos meses de 2020, conforme estudo realizado pela Rede Penssan¹⁶.

Num país de 200 milhões de habitantes, com capacidade para alimentar cerca de 1,6 bilhões de pessoas, a fome atingir esse patamar é aparentemente irracional, vez que matematicamente incongruente e – em tese – com aptidão para gerenciar tais circunstâncias¹⁷.

Somado a isso, foram gastos no Brasil 18,8 milhões de reais dos cofres públicos para divulgar a nova cédula de 200 reais e, de forma análoga, 4,4 milhões a menos foram investidos em prevenção da pandemia. E, não bastasse isso, em razão da disparidade social agravada, essa mesma cédula de 200 reais teve alcance inferior ao da antiga cédula de 1 real, que sequer está em circulação no país¹⁸.

Essas evidências se dinamizam e denunciam o quão viciada está a ordem de prioridades do País, bem como se interrelacionam os problemas de toda uma população, a qual prioriza e é conivente com ideais mercadológicos às custas do meio ambiente, sua lesividade à saúde e a própria vida.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

¹⁴ YANCY, George. Judith Butler: Mourning Is a Political Act Amid the Pandemic and Its Disparities. **Truthout**, 30 abr. 2020. Disponível em: <https://truthout.org/articles/judith-butler-mourning-is-a-political-act-amid-the-pandemic-and-its-disparities/>. Acesso em: 02 out. 2021.

¹⁵ OLHE PARA A FOME. O desafio é de todas e todos nós. **Olhe para a fome**, Brasil, 2021. Disponível em: <http://olheparaafome.com.br/>. Acesso em: 02 out. 2021.

¹⁶ AGÊNCIA BRASIL. Pesquisa revela que 19 milhões passaram fome no Brasil no fim de 2020. **Agência Brasil**, Rio de Janeiro, 06 abr. 2021. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2021-04/pesquisa-revela-que-19-milhoes-passaram-fome-no-brasil-no-fim-de-2020>. Acesso em: 02 out. 2021.

¹⁷ BRASIL. Congresso. Câmara dos Deputados. **Levantamento mostra que fome provocada pela pandemia atinge 19 milhões de brasileiros**. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2021. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/762905-levantamento-mostra-que-fome-provocada-pela-pandemia-atinge-19-milhoes-de-brasileiros/>. Acesso em: 02 out. 2021.

¹⁸ FUNDAÇÃO OSWALDO CRUZ (FIOCRUZ). Fome no Brasil: a incerteza da comida na mesa em um país assolado pela COVID-19. **Fiocruz**, Brasil, 05 mai. 2021. Disponível em: <http://coc.fiocruz.br/index.php/pt/todas-as-noticias/1953-fome-no-brasil-a-incerteza-da-comida-na-mesa-em-um-pais-assolado-pela-covid-19.html>. Acesso em: 02 out. 2021.

De forma conclusiva, as vulnerabilidades deflagradas pela Covid-19 são imunológicas e inerentes a todos os seres humanos, já a fome atinge os brasileiros na medida de suas desigualdades sociais e miserabilidade.

Em que pese o agravamento das discrepâncias nesse período do novo coronavírus e sendo ambos lastimáveis, evidenciou-se que a pandemia da fome segue fazendo vítimas e, estatisticamente, é mais potencialmente mais lesiva que aquele, sendo uma mazela sem expectativa de enfrentamento no Brasil.

Por todas as razões ao longo da pesquisa expostas, devidamente embasadas em referencial teórico preliminarmente definido e substancial, respeitando os marcos estabelecidos, prudente afirmar que no Brasil a fome era – e permanece sendo – uma pandemia pré-existente e, de forma hodierna, paralela à Covid-19.

À vista disso, mesmo sendo antecedente ao novo Coronavírus, a pandemia da fome a ultrapassará no lapso temporal e seguirá existindo, com ênfase no Brasil, onde sua motriz se impulsiona com a sistemática capitalista, hierarquizando a população e terceirizando as desigualdades, onde a fome revela-se como mera consequência.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

AGÊNCIA BRASIL. Pesquisa revela que 19 milhões passaram fome no Brasil no fim de 2020. **Agência Brasil**, Rio de Janeiro, 06 abr. 2021. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2021-04/pesquisa-revela-que-19-milhoes-passaram-fome-no-brasil-no-fim-de-2020>. Acesso em: 02 out. 2021.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 2016. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 02 out. 2021.

BRASIL. Congresso. Câmara dos Deputados. **Levantamento mostra que fome provocada pela pandemia atinge 19 milhões de brasileiros**. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2021. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/762905-levantamento-mostra-que-fome-provocada-pela-pandemia-atinge-19-milhoes-de-brasileiros/>. Acesso em: 02 out. 2021.

BUTLER, Judith. **Corpos em aliança e a política das ruas**: notas para uma teoria performativa de assembleia. Trad. Fernanda Siqueira Miguens. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2018.

_____, Judith. **Vida precária**: os poderes do luto e da violência. Trad. Andreas Lieber. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2019

CALAZANS, Roberto; MATOZINHO, Christiane. Pandemia, paranoia e política. In: A pandemia crítica. **N-1 edições**, São Paulo, 2020. Disponível em: <https://n-ledicoes.org/054>. Acesso em: 5 mai. 2021.

FUNDAÇÃO OSWALDO CRUZ (FIOCRUZ). Fome no Brasil: a incerteza da comida na mesa em um país assolado pela COVID-19. **Fiocruz**, Brasil, 05 mai. 2021. Disponível em: <http://coc.fiocruz.br/index.php/pt/todas-as-noticias/1953-fome-no-brasil-a-incerteza-da-comida-na-mesa-em-um-pais-assolado-pela-covid-19.html>. Acesso em: 02 out. 2021.

FUNDO INTERNACIONAL DE EMERGÊNCIA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A INFÂNCIA (UNICEF). Relatório da ONU: ano pandêmico marcado por aumento da fome no mundo. **Unicef**, Brasil, 12 jul. 2021. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/comunicados-de-imprensa/relatorio-da-onu-ano-pandemico-marcado-por-aumento-da-fome-no-mundo>. Acesso em: 03 out. 2021.

OLHE PARA A FOME. O desafio é de todas e todos nós. **Olhe para a fome**, Brasil, 2021. Disponível em: <http://olheparaafome.com.br/>. Acesso em: 02 out. 2021.

OUTRAS PALAVRAS. O mundo (também) subjugado pelo vírus da fome. **Outras Palavras**, Brasil, 14 jul. 2021. Disponível em: <https://outraspalavras.net/crise-civilizatoria/o-mundo-tambem-subjugado-pelo-virus-da-fome/>. Acesso em: 02 out. 2021.

YANCY, George. Judith Butler: Mourning Is a Political Act Amid the Pandemic and Its Disparities. **Truthout**, 30 abr. 2020. Disponível em: <https://truthout.org/articles/judith-butler-mourning-is-a-political-act-amid-the-pandemic-and-its-disparities/>. Acesso em: 02 out. 2021.

SEGURANÇA ALIMENTAR NA PANDEMIA

FOOD SECURITY IN THE PANDEMIC

Andréia Tavares de Jesus¹

Resumo

A pandemia do COVID-19 é um dos principais problemas da saúde pública na atualidade, pois vem ocasionando graves impactos nas condições e qualidade de vida populações em todo o planeta. A mais recente literatura tem demonstrado que a pandemia afetou de inúmeras maneiras o sistema alimentar hegemônico. Além de amplificar as desigualdades sociais, raciais e de gênero já existentes, aumentando, o já existente, comprometimento a garantia do Direito Humano à Alimentação Adequada (DHAA) e a concretização da segurança alimentar e nutricional, aos mais vulneráveis. Lastreado em tais fatos, o presente artigo busca analisar algumas medidas restritivas de liberdades individuais promovidas pelo governo – em suas mais diversas esferas – (tais como: quarentena, isolamento social, protocolos sanitários, fechamento de fronteiras, etc.), no intuito de mitigar os efeitos da pandemia que, direta ou indiretamente, repercutiram na segurança alimentar e nutricional. Note-se que tais ações potencializaram o risco da descontinuidade no abastecimento de alimentos no país, comprometendo o acesso a alimentação básica/essencial da população. Além disso, considerando, ainda, as mudanças institucionais, realizadas pelo Governo Federal, nas políticas e programas sociais, das quais se destacam – positivamente - o acesso à renda (auxílio emergencial), e a alimentos (distribuição de alimentos fora do ambiente escolar), e – negativamente – o desmonte de programas sociais voltados a segurança alimentar e nutricional.

Palavras-chave: Segurança Alimentar; Pandemia; Políticas Públicas: Direitos Humanos.

Abstract

The COVID-19 pandemic is two main problems of public health at present, which can cause serious impacts on the conditions and quality of life of the population all over the planet. More recent literature has shown that a pandemic affected in many ways or the hegemonic food system. In addition to amplifying existing social, racial and gender inequalities, increasing, or existing, commitment to the guarantee of the Human Directorate to Adequate Food (DHAA) and to the concretization of food and nutritional security, even more vulneráveis. Ballasted in such facts, or present article seeks to analyze some restrictive measures of individual freedoms promoted by government - in more diverse areas - (such as: quarantine, social isolation, sanitary protocols, date of borders, etc.), not intended to mitigate The effects of the pandemic that, directly or indirectly, will have repercussions on food and nutritional security. Note-I know that these actions will potentiate or discontinue the risk of non-country food supply, committing or access to basic / essential food for the population. Furthermore, considering, also, the institutional changes, carried out by the Federal

¹ Advogada, Graduada em Ciências Jurídicas e Sociais pela Faculdade Anhanguera de Passo Fundo (2011). Pós-Graduada em Direito Civil e Direito Processual Civil pela Universidade de Passo Fundo (2015). Mestranda do curso de Mestrado em Direito do Programa de Pós-Graucação em Direito – PPGD da Universidade de Passo Fundo, vinculada à linha de pesquisa Relações Sociais e Dimensões do Poder. E-mail: andreiataj@hotmail.com.

Government, the policies and social programs, the quais stand out - positively - or access to income (emergency aid), to food (distribution of food for the school environment), and - negatively - or dismantling of social programs aimed at food and nutritional security.

Keywords: Food and Nutrition Security; Pandemic; Public Policy; Human Law.

INTRODUÇÃO

A fome voltou e está visível nas ruas. Atualmente, no Brasil, Mais de 50% da população sofre com insegurança alimentar, sendo que 15% sofre a falta diária e constante de alimentação². Tal quadro é tão preocupante que voltou a ser pautado nos noticiários, nos discursos políticos e sociais.

É triste constatar que a fome cresce exponencialmente no país sem, contudo, se buscar os motivos desta situação. Em um primeiro momento, pensa-se que o problema reside na pandemia do COVID-19 e seus desdobramentos. Todavia, este não é o fator central responsável da atual situação.

Em 2018, quando eleito o atual o presidente da República, quase 25% da população vivia em situação de pobreza e, aproximadamente, de metade disso em extrema pobreza³, sendo que de acordo com o IBGE⁴, 36,7% dos lares brasileiros sofriam alguma dificuldade para a aquisição de comida.

Naquela época, o então presidente Michel Temer (2016-2018) atribuía a crise ao desemprego e que a solução residiria na aprovação da reforma trabalhista⁵ - que geraria emprego - e da Emenda Constitucional 95⁶ - que atrairia investimentos -.

Todavia, em meio a crise social vivida no país, e com a eleição de Jair Bolsonaro a presidência da república, houve o agravamento do quadro, pois o atual presidente desarticulou programas e políticas sociais que serviriam para combater a fome⁷ (MP nº 870), gerando um grave retrocesso⁸ a garantia fundamental da alimentação e nutrição.

Ademais, mostra-se essencial demonstrar que tais programas e políticas sociais⁹, desarticulados pelo atual governo, eram imprescindíveis a divulgação, apoio,

² Os números constam do levantamento mais recente até o momento sobre o tema, no relatório “Efeitos da pandemia na alimentação e na situação de segurança alimentar no Brasil”.

³ <https://ojoioetrigo.com.br/2018/09/com-desemprego-e-cortes-fome-e-pobreza-voltam-ser-preocupacao-central/>

⁴ <https://ojoioetrigo.com.br/2020/04/aumento-no-consumo-de-alimentos-ultraprocessados-desacelera-no-brasil/>

⁵ <https://ojoioetrigo.com.br/2018/09/reforma-trabalhista-divorcio-entre-trabalho-e-alimentacao-adequada/>

⁶ <https://ojoioetrigo.com.br/2018/10/democracia-sim-fome-nao-mais-entidades-se-manifestam-contr-retrocessos/>

⁷ <https://ojoioetrigo.com.br/2020/02/arquitetura-da-destruicao-das-politicas-de-combate-a-fome-no-brasil/>

⁸ <https://ojoioetrigo.com.br/2020/10/bolsonaro-agravou-a-situacao-da-fome-diz-ex-presidente-do-consea/>

⁹ <https://ojoioetrigo.com.br/2020/04/um-retrato-das-opcoes-agricolas-na-crise-do-coronavirus/>

incentivo e distribuição de ações¹⁰ ao combate a fome e a garantia a segurança alimentar.

A segurança alimentar é um direito humano contemplado no artigo 25 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, bem como se encontra positivado e assegurado pela Constituição Federal, em seu artigo 6º. No entanto, a realidade atual no país está longe do cumprimento dessas garantias.

Além disso, a segurança alimentar e nutricional promovida por tais políticas públicas e ações sociais, contribui no combate as crises (econômicas, sanitárias, sociais e políticas), pois evita a variação de preços, garantindo não só a produção, mas também o acesso à alimentação.

E não apenas isso, a segurança alimentar, tem por objetivo a distribuição de alimentos em quantidade ou qualidade necessária para evitar impactos à saúde da população, pois sua falta gera enfraquecimento do corpo, prejuízos no desenvolvimento físico e mental, além de contribuir com o aumento da probabilidade do surgimento/aparecimento de doenças, especialmente nas classes mais pobre população, eis que mais vulneráveis.

Portanto, não basta a sensibilização com a crise alimentar existente, pois tal ato – meramente paliativo – não ajudaria a solucionar o problema¹¹, pois somente a partir de políticas públicas e programas sociais, poder-se-ia buscar uma solução ao combate a fome¹² que assola o país.

1. DIREITO A ALIMENTAÇÃO ADEQUADA

O direito humano à alimentação adequada pode parecer básico, pois vinculado diretamente ao direito à vida. Contudo, por tal fato, ele costuma passar despercebido nas discussões sobre prioridades de políticas públicas.

Em âmbito internacional, um vasto arcabouço legal prevê a garantia do direito a alimentação adequada e digna a todas as pessoas, tais como a Declaração Universal dos Direitos do Homem (artigo 3º¹³), a Convenção de Genebra (art. 55¹⁴), a Carta da Organização dos Estados Americanos – OEA – (art. 34¹⁵), o Pacto Internacional sobre

¹⁰ <https://ojoioetrigo.com.br/2020/07/estreia-serie-trara-aco-es-de-solidariedade-e-comida-de-verdade/>

¹¹ <https://www.youtube.com/watch?v=0DGDqfQusTc&t=5312s>

¹² <https://ojoioetrigo.com.br/2020/02/fome-uma-coisa-horrorosa/>

¹³ “todo indivíduo tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal”; e, no art. 25º. 1, prevê que “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 (...)”

¹⁴ , traz a obrigação da comunidade internacional garantir o abastecimento de víveres a “pessoas civis” em situação de conflito.

¹⁵ Estabelece a meta básica, de alcançar a “alimentação adequada, especialmente por meio da aceleração dos esforços

Direitos Econômicos, Sociais e Culturais das Nações Unidas (art. 11¹⁶), o Protocolo de San Salvador (art. 12¹⁷), o Comentário Geral nº 12¹⁸ do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais do Alto Comissariado de Direitos Humanos da ONU, entre outros.

Enquanto que, em âmbito nacional, além de toda a legislação internacional recepcionada – mediante tratados internacionais –, a Constituição Federal prevê o direito à alimentação, aliado a soberania alimentar e a segurança alimentar e nutricional.

Apesar disso, as políticas públicas voltadas a garantir tais propostas raramente ocorreram, pois as prioridades de governo à efetivação do direito à alimentação dependem do crescimento econômico e do aumento da produtividade da agricultura, sendo, portanto, aquela subordinada a estas.

Contudo, note-se que o Brasil, em 2003, implementou o programa “Fome zero” que operacionalizou o Sistema Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional-SISAN.

Em virtude deste programa e por se tratar de um direito fundamental, os princípios basilares da universalidade, indisponibilidade e interdependência lhe são inerentes, o que coaduna a sua defesa e alegação por parte da sociedade ao reivindicar sua eficácia e cumprimento. Tanto que o legislador cuidou de acrescentar ao seu texto esse direito social.

“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.” (grifo nosso).

Ademais, esta alteração constitucional vinculou o direito à alimentação as competências administrativas, sendo determinante para organizar o abastecimento alimentar (artigo 23, inciso VIII), de forma cumulativa, entre União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

Por isso, a competência para organizar a atividade de abastecimento de alimentos, não pode ser exercida de forma a colocar em risco o direito à alimentação

nacionais no sentido de aumentar a produção e disponibilidade de alimentos”

¹⁶ “direito de todos de usufruir de um padrão de vida adequado para si mesmo e sua família, incluindo moradia, vestuário e alimentação adequados, e à melhoria contínua das condições de vida”

¹⁷ Reconhece o direito à alimentação e o relaciona com a produção, abastecimento e distribuição de alimentos

¹⁸ “O direito à alimentação adequada realiza-se quando cada homem, mulher e criança, sozinho ou em companhia de outros, tem acesso físico e econômico, ininterruptamente, à alimentação adequada ou aos meios para sua obtenção. O direito à alimentação adequada não deverá, portanto, ser interpretado em um sentido estrito ou restritivo, que o equaciona em termos de um pacote mínimo de calorias, proteínas e outros nutrientes específicos. O direito à alimentação adequada terá de ser resolvido de maneira progressiva. No entanto, os estados têm a obrigação precípua de implementar as ações necessárias para mitigar e aliviar a fome, como estipulado no parágrafo 2 do artigo 11, mesmo em épocas de desastres, naturais ou não”.

adequada a população, pois as pessoas têm o direito a se alimentar saudavelmente, devendo, portanto, haver uma cooperação mútua entre os entes federados, no objetivo de assegurar e garantir a atividade em todo o território nacional, destinada ao atendimento de necessidades essenciais e inadiáveis da população.

Note-se que,

De acordo com a justificação da PEC n. 21/2001-SF, “o direito à alimentação foi reconhecido pela Comissão de Direitos Humanos da ONU, em 1993, em reunião realizada na cidade de Viena. Integrada por 52 países, e contando com o voto favorável do Brasil, registrando apenas um voto contra (EUA), a referida Comissão da ONU com essa decisão histórica enriqueceu a Carta dos Direitos de 1948, colocando em primeiro lugar, entre os direitos do cidadão, a alimentação (cf. art XXV da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948)”¹⁹.

Mas, destaca-se que, o conceito, e a garantia do direito, de alimentação deixaram de ser a mera satisfação da fome, pois o consumo de alimentos não garante, por si só, o aporte nutricional necessário se não dotados de quantidade e qualidade suficiente a manter o equilíbrio físico e mental do ser humano.

A formulação de um direito fundamental à alimentação deve hoje ser vista e desenvolvida de forma inseparável com o direito humano à nutrição, visto que o alimento só adquire uma verdadeira dimensão humana quando o ser humano se encontra bem nutrido, saudável, digno e cidadão (Valente, 2002 apud Carvalho, 2012)²⁰.

Pensando nisso, foi criada a Lei nº. 11.346/2006 (Lei Orgânica de Segurança Alimentar e Nutricional - LOSAN), cujo objeto é assegurar o direito humano à alimentação adequada, vejamos:

Art. 2º A alimentação adequada é direito fundamental do ser humano, inerente à dignidade da pessoa humana e indispensável à realização dos direitos consagrados na Constituição Federal, devendo o poder público adotar as políticas e ações que se façam necessárias para promover e garantir a segurança alimentar e nutricional da população.

Como se vê, esse direito social perpassa o conceito de segurança alimentar e nutricional, a qual engloba diversos fatores, como: disponibilidade, consumo e acesso aos alimentos, além do uso biológico desses nutrientes, levando em conta os hábitos e práticas alimentares e culturais.

¹⁹ Cf. LENZA, P. *Direito constitucional esquematizado*. 21 ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 1251.

²⁰ Cf. CARVALHO, O.F. Direito fundamental à alimentação e a sua proteção jurídico-internacional. In: *Revista de Direito Público*, Londrina, v. 7, n. 2, p. 181-224, 2012.

A partir da criação da LOSAN surgiu o Sistema Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional (SISAN) que busca garantir o Direito Humano à Alimentação Adequada (DHAA)²¹.

E, com o surgimento e implementação do SISAN ocorreram muitos avanços, no tocante a à alimentação e nutrição para todos, tais como, o Programa Nacional de Alimentação Escolar (PNAE), Programa Bolsa Família (PBF), Programa de Aquisição de Alimentos (PAA), entre outros (Henriques, 2018)²².

Sem contar que, para as crianças e adolescentes – haja vista sua condição especial (art. 6º, do ECA) –, o direito à alimentação (art. 4º, do ECA) ganha reforço no artigo 227 da Constituição Federal, que traz os princípios da proteção infantil, da proteção integral e da prioridade absoluta.

Portanto, tanto a lei quanto a Constituição Federal se preocuparam, com especial ensejo, com essa categoria, em virtude de sua condição de desenvolvimento, dando-lhes prioridade de atendimento, prestação e destinação de recursos.

Somados a isto está o princípio da proteção integral, segundo o qual é dever de toda a sociedade a proteção das crianças e adolescentes que, no contexto da alimentar, torna-se dever não só da família, mas do Estado e, também, da sociedade garantir a alimentação adequada aos infantes para o pleno desenvolvimento da infância e juventude²³.

Além disso, o Estado deve adotar medidas, de caráter protetivo e preventivo, para evitar a insegurança alimentar desse grupo populacional.

Nesse aspecto, o Ministro Celso de Mello, na ADPF nº. 45 reconheceu a possibilidade do controle judicial das políticas públicas - de efetivação dos direitos sociais -, quando o Estado não cumprir seus deveres constitucionais, no tocante a implementação daqueles direitos.

Ademais, o Ministro afirmou, quanto a alegação da “reserva do possível”, que o Estado não pode invocá-la

“com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade”²⁴

²¹ Brasil. Ministério da cidadania. Secretaria Especial do Desenvolvimento Social. SISAN-Sistema Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional. Disponível em: <http://mds.gov.br/assuntos/seguranca-alimentar/direito-a-alimentacao/sistema-nacional-de-seguranca-alimentar-e-nutricional-sisan>

²² HENRIQUES, P. et al. Políticas de Saúde e de Segurança Alimentar e Nutricional: desafios para o controle da obesidade infantil. In: *Ciência & Saúde Coletiva*, v.23, n.12, p.4143-4152, 2018.

²³ CARVALHO, A.C. et al. Consumo alimentar e adequação nutricional em crianças brasileiras: revisão sistemática. *Re. Paul de pediatria*, v. 33, n. 2, p. 211-221, 2015.

²⁴ Cf. MÂNICA, F. B. *Teoria da reserva do possível: direitos fundamentais a prestações e a intervenção do poder judiciário*

Portanto, o efetivo cumprimento do direito à alimentação não pode ser negligenciado pelo Estado e pela sociedade, enquanto que lhes imputado pela lei a responsabilidade.

2. INSEGURANÇA ALIMENTAR

O conceito de insegurança alimentar foi alterado ao longo do tempo, ganhando novos contornos conforme o agravamento global do problema da fome, uma vez que a temática tem se tornado cada vez mais complexas e urgentes.

Até a década de 1970, a segurança alimentar estava associada à autossuficiência na produção de alimentos de um país.

Na Conferência Nacional da Alimentação da Organização das Nações Unidas para Alimentação e Agricultura, em 1974, foi incorporado a questão da disponibilidade - a qualquer momento - de suprimentos para a produção de alimentos essenciais como um dos aspectos da segurança alimentar.

Já nos anos 1980-1990, a segurança alimentar deixou de ser um fenômeno associado à produção e ao suprimento do aumento no consumo e se voltou ao indivíduo.

O termo insegurança alimentar, portanto, é utilizado para especificar quando uma pessoa, ou um grupo de pessoas, não possui acesso regular e permanente a alimentos saudáveis, em quantidade e qualidade, suficientes para sua subsistência.

Poder-se-ia dizer que a insegurança alimentar ocorre quando, por qualquer razão, um indivíduo não tem condições de realizar/manter, ao menos, três refeições diárias com quantidade suficiente de alimentos saudáveis para suprir as necessidades do corpo.

Portanto, não se trata apenas da falta de comida, mas também do acesso a alimentos ricos em nutrientes e vitaminas, devendo ser excluídos os alimentos com alto teor de farinhas e açúcares – como forma de compensação de preço -, trazem somente impactos negativos à saúde.

No Brasil, a insegurança alimentar é problema antigo, em decorrência da desigualdade socioeconômica e a pobreza estrutural, atingindo significativa parcela da população.

Tanto que, ao longo da história, foram criados inúmeros programas e políticas governamentais com o objetivo de tentar diminuir a fome e a pobreza no país que, conseqüentemente, reduziria a insegurança alimentar.

Em virtude de tais programas e políticas governamentais a insegurança alimentar que, em 2004, atingia 34,9% das famílias, foi reduzida para 22,6%, até o ano de 2013²⁵.

Todavia, nos anos seguintes - 2014 a 2018 -, o quadro se inverteu, ocorrendo um aumento significativo da insegurança alimentar, vindo a atingir 36,7% dos lares brasileiros em 2018. E, em estudo mais recente – realizado pelo IBGE em 2020 -, revelou-se que 41% da população brasileira vive em algum nível de insegurança alimentar.

Enquanto que o estudo realizado, em dezembro de 2020, pela Rede Brasileira de Pesquisa em Soberania e Segurança Alimentar (Rede Penssan), apurou que 55,2% dos domicílios brasileiros convivem com a insegurança alimentar²⁶, demonstrando que, além do crescimento da insegurança alimentar, houve o aumento significativo das desigualdades regionais²⁷.

A Organização das Nações Unidas para a Alimentação e a Agricultura (FAO), agência especializada do Sistema ONU que trabalha no combate à fome e à pobreza por meio da melhoria da segurança alimentar e do desenvolvimento agrícola, implementou, em 2013, o projeto Voices of the Hungry²⁸ e estabeleceu uma Escala de Experiência de Insegurança Alimentar (FIES), que mede o acesso das pessoas ou das moradias aos alimentos, ao que elaborou a seguinte classificação:

- 1) Insegurança alimentar leve: ocorre quando existe incerteza sobre a capacidade para conseguir alimentos.
- 2) Insegurança alimentar moderada: ocorre quando a qualidade dos alimentos e sua variedade está comprometida, a quantidade ingerida se reduz de forma drástica ou ainda, diretamente, determinadas refeições não são realizadas.
- 3) Insegurança alimentar grave: atinge-se este ponto quando não são consumidos alimentos durante um dia inteiro ou mais.

O IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística), por sua vez, faz a seguinte classificação acerca da situação de segurança alimentar:

²⁵ De acordo com os dados da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD) do IBGE.

²⁶ <http://www.olheparaafome.com.br/>

²⁷ Resultado semelhante também foi detectado pela pesquisa "Efeitos da pandemia na alimentação e na situação da segurança alimentar no Brasil", realizada, no último trimestre de 2020, pela Universidade Livre de Berlim - na Alemanha -, em parceria com a Universidade Federal de Minas Gerais e a Universidade de Brasília, no qual restou apurado que 59,4% dos brasileiros passam por algum nível de insegurança alimentar.

²⁸ Disponível em: <http://www.fao.org/in-action/voices-of-the-hungry/en/> ; acesso em maio de 2021.

- 1) Segurança alimentar: A família/domicílio tem acesso regular e permanente a alimentos de qualidade, em quantidade suficiente, sem comprometer o acesso a outras necessidades essenciais;
- 2) Insegurança alimentar leve: Preocupação ou incerteza quanto acesso aos alimentos no futuro; qualidade inadequada dos alimentos resultante de estratégias que visam não comprometer a quantidade de alimentos;
- 3) Insegurança alimentar moderada: Redução quantitativa de alimentos entre os adultos e/ou ruptura nos padrões de alimentação resultante da falta de alimentos entre os adultos;
- 4) Insegurança alimentar grave: Redução quantitativa de alimentos entre as crianças e/ou ruptura nos padrões de alimentação resultante da falta de alimentos entre as crianças; fome (quando alguém fica o dia inteiro sem comer por falta de dinheiro para comprar alimentos)²⁹.

Consubstanciando-se nessas classificações, é possível analisar os dados apresentados pelo Inquérito Nacional sobre Insegurança Alimentar no Contexto da Pandemia da Covid-19 no Brasil.

Dessa forma, a insegurança alimentar é um **fenômeno multidimensional**, pois decorrente de inúmeras causas³⁰, tais como: diminuição da disponibilidade de alimentos - em decorrência de problemas no processo produtivo -, diminuição da qualidade dos alimentos disponíveis para consumo, problemas de abastecimento, aumento no preço dos alimentos, redução de salários ou perda de fonte de renda, condição de pobreza, mudanças climáticas, etc.

Os estudos realizados demonstraram que a pandemia da Covid-19, anunciada oficialmente em 11 de março de 2020, foi um dos fatores agravantes da insegurança alimentar não apenas no Brasil, mas também em todo o planeta, em virtude do aumento de preço dos alimentos, a redução de salários e/ou perda da fonte de renda para redução de despesas e pela substituição da qualidade dos alimentos consumidos.

²⁹ Fonte: Brasil, Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome. Nota Técnica DA/SAGI/MDS no 128/2010: Relatório da Oficina Técnica para análise da Escala Brasileira de Medida Domiciliar de Insegurança Alimentar. Brasília: SAGI/DA, 30/08/2010.

³⁰ **Essas diferentes causas estão ligadas às quatro dimensões da segurança alimentar**, estabelecidas pela FAO - *Food and Agriculture Organization of the United Nations* (ou, em português, Organização das Nações Unidas para Alimentação e Agricultura) -. De acordo com essa agência, só há segurança quando todas as dimensões são plenamente atendidas.

- **1ª dimensão: DISPONIBILIDADE** física de alimentos (associada à produção);
- **2ª dimensão: ACESSO** físico e econômico aos alimentos (leva em conta o abastecimento e também a situação financeira e monetária dos indivíduos);
- **3ª dimensão: UTILIZAÇÃO** dos alimentos (condições físicas de saúde do indivíduo para preparar seu alimento e absorver plenamente seus nutrientes);
- **4ª dimensão: ESTABILIDADE** das dimensões descritas (manutenção das condições anteriores por longos períodos de tempo).

3. A PANDEMIA – COVID-19

O rápido crescimento da insegurança alimentar nos últimos anos, em todo o mundo, em decorrência, não exclusiva, da pandemia, atingiu de modo mais acentuado os países subdesenvolvidos.

De acordo com a FAO, em 2020, aproximadamente 30% da população mundial viviam em insegurança alimentar, de graus moderados ou graves, sendo o continente africano o mais atingido, seguido pela América Latina e o Caribe.

Portanto, o atual quadro pandêmico, da COVID-19, que assola o mundo, representa um dos maiores desafios sanitários deste século, causando impactos diretos e indiretos.

No Brasil, o primeiro caso foi confirmado em fevereiro e até 20 de dezembro foram 22.217.420 casos confirmados e 618.064 mortes³¹.

No início da pandemia, com a insuficiência de conhecimento científico sobre a doença, associado à sua acelerada expansão geraram inúmeras incertezas quanto às estratégias para o seu enfrentamento.

No Brasil, uma das principais medidas foi o isolamento social – a qual foi alvo de debates em função das repercussões econômicas, sociais e psicológicas – aplicado em distintos graus entre os estados e municípios brasileiros.

Todavia, a postura cética de algumas autoridades, como a do Presidente da República, que não acreditava na eficácia do isolamento social no controle da pandemia, com um discurso divergente de seus próprios ministros da saúde, de grande parte da ciência e da Organização Mundial de Saúde. Sem mencionar a falta da adoção de ações para o precaução/prevenção/enfrentamento ao avanço da COVID-19, afetou a eficácia das medidas, tomadas por parte dos Entes Federados, no controle/combate à pandemia e a adesão da população.

Note-se que o principal ponto adotado pela oposição ao isolamento social baseava-se, na época, à lógica econômica, enquanto que o pensamento dever-se-ia estar atrelado à garantia dos direitos humanos.

Nesse ponto, deve-se destacar o caminho suicida tomada por parte dos brasileiros e de suas autoridades – quando pouco se sabia sobre as características do vírus e sua forma de transmissão – que não adotaram o isolamento social e/ou outras formas de precaução/prevenção/enfrentamento a COVID-19, pois um país repleto de desigualdades sociais e demográficas, com condições precárias de habitação e

³¹ <http://www.giscard.com.br/coronavirus/>, acessado em 20/12/2021.

saneamento, sem acesso regular à água, em situação de aglomeração, alta prevalência de doenças crônicas, com inúmeras violações de direitos humanos, por lógico que poderia/iria colapsar.

Todavia, não apenas o sistema de saúde sofreu diretamente as consequências da transmissão desenfreada do COVID-19, mas, também, o Direito Humano à Alimentação Adequada (DHAA) e a concretização da segurança alimentar e nutricional, especialmente se considerarmos as situações de desigualdade social, de renda, étnico-racial, de gênero e de acesso a serviços de saúde.

O *Relatório Global sobre Crises Alimentares*³² estima que 155 milhões de pessoas apresentam insegurança alimentar em 2021, mas devido aos efeitos econômicos e interrupções da cadeia de suprimentos decorrentes da COVID-19 este número pode ser muito maior, aproximando-se de 400 milhões de pessoas³³.

Veja-se que a pandemia afetou a oferta de alimentos, o que reduziu o poder de compra e a capacidade de produzir e distribuir alimentos, afetando, diretamente, os mais vulneráveis.

Por isso, o Estado tem papel fundamental no combate aos efeitos da pandemia, por meio de adoção de medidas de curto, médio e longo prazos, não apenas para o controle/enfrentamento da COVID-19, como também de suas consequências.

E, passados quase 02 (dois) anos do primeiro caso, pouco se sabe sobre sua dinâmica, duração e alcance geográfico, sendo difícil mensurar seus impactos, pois o vírus continua em constante mutação.

Mas, o que se sabe, é que medidas de isolamento social e controles sanitários podem impactar no acesso à renda e afetar a curto, médio e longo prazos a regularidade da produção, acesso, disponibilidade, abastecimento e preço de alimentos e, consequentemente, a garantia da segurança alimentar e nutricional e do DHAA.

No Brasil, as primeiras ações do Governo Federal, frente à pandemia, foi a instituição do Grupo Executivo Interministerial de Emergência em Saúde Pública de Importância Nacional e Internacional (GEI-ESPII), em 30 de janeiro de 2020, declarar Emergência em Saúde Pública de Importância Nacional, pouco mais de um mês após a instituição do Comitê de Crise.

Posteriormente, foram adotadas outras medidas restritivas de liberdades, tais como: imposição de distanciamento/isolamento social, quarentena, suspensão de

³² <https://news.un.org/pt/tags/relatorio-global-sobre-crisis-alimentares-de-2021>

³³ <http://www.fightfoodcrises.net/grfc-2021/en/>

atividades de ensino, restrições de comércio, atividades culturais e à circulação de pessoas, entre outras.

Todavia, tais restrições, por mais que fundamentais e necessárias, representam um risco para a manutenção do abastecimento de alimentos, porque podem dar causa ao desabastecimento.

O problema é tão sério que o Supremo Tribunal Federal, na ADPF 672/DF, se posicionou da seguinte forma:

“Em relação à saúde e assistência pública, inclusive no tocante à organização do abastecimento alimentar, a Constituição Federal consagra, nos termos dos incisos II e IX, do artigo 23, a existência de competência administrativa comum entre União, Estados, Distrito Federal e Municípios”. (grifei)

Ao fim, concedeu-se parcialmente a medida cautelar para:

“RECONHENDO E ASSEGURANDO O EXERCÍCIO DA COMPETÊNCIA CONCORRENTE DOS GOVERNOS ESTADUAIS E DISTRITAL E SUPLEMENTAR DOS GOVERNOS MUNICIPAIS, cada qual no exercício de suas atribuições e no âmbito de seus respectivos territórios, para a adoção ou manutenção de medidas restritivas legalmente permitidas durante a pandemia, tais como, a imposição de distanciamento/isolamento social, quarentena, suspensão de atividades de ensino, restrições de comércio, atividades culturais e à circulação de pessoas, entre outras; INDEPENDENTEMENTE DE SUPERVENIÊNCIA DE ATO FEDERAL EM SENTIDO CONTRÁRIO, sem prejuízo da COMPETÊNCIA GERAL DA UNIÃO para estabelecer medidas restritivas em todo o território nacional, caso entenda necessário.”

Note-se que tal decisão reconheceu constitucional a adoção de medidas restritivas de liberdades, contudo também reputou a competência comum dos entes federados para organizar e fornecer a alimentação adequada a população.

Pois tais restrições adotadas podem comprometer, direta ou indiretamente, o livre comércio nas centrais de abastecimento, ofendendo, conseqüentemente, a proteção de direitos humanos e à própria Constituição Federal.

4. DAS AÇÕES GOVERNAMENTAIS

Como visto anteriormente, os dados divulgados no Inquérito Nacional sobre Insegurança Alimentar no Contexto da Pandemia da Covid-19 no Brasil (2021)³⁴, entre 2004 e 2013, os resultados obtidos com o programa “Fome Zero”, aliados a outras

³⁴ Pesquisa desenvolvida pela Rede Brasileira de Pesquisa em Soberania e Segurança Alimentar (Rede PENSSAN) Disponível em: <https://pesquisassan.net.br>, acesso em maio de 2021.

políticas públicas de combate à pobreza e à miséria, fizeram com que o Brasil fosse excluído do “Mapa da Fome” da FAO.

Todavia, os investimentos, em políticas públicas, que asseguravam o direito fundamental à alimentação adequada e saudável não se sustentaram, sendo que, desde 2013, o Brasil está em alarmante retrocesso, o qual ocorreu de modo mais acentuado, em virtude da pandemia, nos últimos dois anos.

De acordo com a Rede PENSAAN³⁵, entre 2013 e 2018, a insegurança alimentar teve um crescimento anual de 8,0%. Enquanto que, de 2018 a 2020, o aumento atingiu o patamar de 27,6%.

Ademais, em entrevista à Agência Brasil³⁶ o presidente da Rede Penssan, Renato Maluf, afirma que o passo mais imediato e crucial para a reversão desse quadro é que seja restituído o auxílio emergencial: “pelo menos com o mesmo valor do ano passado, ou seja, R\$ 600”. Além disso, disse acreditar que se a pesquisa fosse feita agora os dados poderiam ser piores: “É crucial que seja retomado o auxílio emergencial em um valor significativo”.

Dessa forma, por mais que inegavelmente impactado pela Covid-19, o agravamento da Insegurança Alimentar no Brasil já era uma realidade em curso de deterioração, antes mesmo da pandemia, fruto do desmonte de políticas públicas de combate à fome no Brasil pelo governo federal que acarretaram na redução de investimentos relacionados às políticas sociais³⁷.

Portanto, as condições econômicas, sociais e sanitárias que já eram ruins no Brasil foram extremamente agravadas em 2021 pelo total descontrole da pandemia, com explosão do número de casos e mortes pela COVID-19, fato que ocasionou o colapso do sistema de saúde e, sem política econômica e social de mitigação de suas consequências, desencadeou a aumento drástico da insegurança alimentar, que poderia ter sido evitada pelo governo federal, caso tivesse implementado uma gestão pública nesse sentido.

Não obstante a isso, ressalta-se que o governo federal contribui significativamente para esse cenário de miserabilidade, em decorrência da má condução do Programa Bolsa Família, além de reduzir radicalmente os gastos como o Programa Cisternas, o Programa Nacional de Alimentação Escolar (PNAE) e o Programa

³⁵ Idem.

³⁶ Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2021-04/pesquisa-revela-que-19-milhoes-passaram-fome-no-brasil-no-fim-de-2020> ; acesso em maio de 2021.

³⁷ Souza et al., 2019, *apud* Pesquisa realizado pela Rede Brasileira de Pesquisa em Soberania e Segurança Alimentar e Nutricional (Rede Penssan) e publicada em 2021. Disponível em: http://olheparaafome.com.br/VIGISAN_Inseguranca_alimentar.pdf , acesso em maio de 2021.

de Aquisição de Alimentos (PAA), bem como por conceder o “auxílio emergencial” em valor insuficiente à alimentação da família brasileira, entre outros.

Além disso, o governo federal, por intermédio da MP 870/2019, extinguiu um dos mais importantes mecanismos de implementação do direito à alimentação o CONSEA (Conselho Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional)³⁸, pois tinha como atribuições acompanhar os diversos programas, projetos, políticas e sistemas como: Bolsa Família, PRONAF, PNAE, PAA, SISVAN e afins, monitorando políticas públicas relativa ao tema da segurança alimentar e nutricional.

Ainda, o CONSEA tinha, também, por atribuições estimular a participação da sociedade na formulação, execução e acompanhamento de políticas de segurança alimentar e nutricional, pois era composto por um terço de representantes governamentais e dois terços de representantes da sociedade civil.

Assim, o CONSEA era um espaço institucional de participação e controle social e da sociedade na formulação, no monitoramento e na avaliação de políticas públicas de segurança alimentar e nutricional, no objetivo de garantir a realização do Direito Humano à Alimentação Adequada.

Por isso, a extinção do CONSEA inegavelmente fragilizou os mecanismos de garantia do direito à alimentação adequada em todas as esferas de governo³⁹, ainda mais em meio à pandemia do novo coronavírus⁴⁰.

Portanto, o que se observou - com a implementação do MP 870/2019 - não foi apenas o desmonte da política de segurança alimentar, mas também o desmanche dos mecanismos de monitoramento em relação ao número de pessoas sujeitas à fome no

³⁸ O CONSEA era um instrumento de articulação entre o governo e a sociedade civil, na proposição de diretrizes para ações na área de alimentação e nutrição, dispondo de um caráter consultivo e de assessoria, e tinha como papel orientar a Presidência da República quanto à proposição e à definição de políticas públicas voltadas para garantia do direito humano a uma alimentação adequada.

³⁹ Segundo matéria publicada no jornal Diplomatique, “acabar com o CONSEA representa um grave retrocesso, a negação de um espaço público plural no debate e controle social das políticas de segurança alimentar e nutricional. Mas, para além disso, a extinção do Conselho é um sinal de alerta aos espaços de participação social. A luta em defesa do CONSEA interessa a todos que se alinham com os princípios de uma sociedade democrática no sentido de que sejam preservados os mecanismos onde se dá, sem constrangimentos, a participação legítima e autônoma da sociedade civil. Essa participação faz valer a Constituição Federal, que prevê, entre os direitos fundamentais e instâncias do Estado brasileiro, a atuação e o controle social para o exercício pleno da cidadania” Disponível em: <https://diplomatique.org.br/extincao-do-consea-comida-de-verdade-e-cidadaniagolpeadas/>; acesso em maio de 2021.

⁴⁰ Na avaliação do ex-diretor da Organização das Nações Unidas para Alimentação e Agricultura (FAO), José Graziano, o preço que será pago pela falta de prioridade nas políticas de combate à fome e à segurança alimentar no país é altíssimo: “Exatamente essa falta de prioridade que atinge o país no momento dessa pandemia, até remontar, reconstruir esse sistema, até fazer voltar as engrenagens funcionarem adequadamente, azeitar esse mecanismo todo, pagaremos um preço alto, altíssimo, de muita gente que vai morrer de fome se não morrer do coronavírus”. E complementa: “Hoje eu vejo com muita tristeza que o Brasil está no caminho de volta ao Mapa da Fome por exatamente deixar de cumprir os elementos principais de uma política de segurança alimentar. O governo Bolsonaro tem continuado o desmonte (...). “Isso é ainda mais grave frente à situação de desabastecimento que começa a ocorrer nos grandes centros urbanos por conta do isolamento social nas grandes metrópoles e para as comunidades e povos tradicionais, como indígenas, ribeirinhos e quilombolas”. Disponível em: <https://www.brasildefato.com.br/2020/05/21/bolsonaro-deixou-pais-vulneravel-afome-na-pandemia-preco-sera-alto-diz-graziano>; acesso em maio de 2021.

país, fato que ocasionou graves omissões e retrocessos em políticas públicas de combate à miséria e garantia do direito à alimentação, consubstanciado no art. 1º, III, art. 3º, I a IV e art. 6º, todos da Constituição Federal.

Tal atitude é tão preocupante que desencadeou uma “chuva” de Ações Diretas de Inconstitucionalidades ns. 6341, 6343, 6357, ADPF 672 e tantas outras, pois alimentação adequada e o direito a segurança alimentar é direito fundamental, inderrogável, posto que norma de jus cogens, decorrente da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF) e fundamento da República.

O acesso à alimentação é um direito humano em si mesmo, pois alimentar-se é pressuposto e condição para o exercício do direito à vida! É inconcebível falar em sociedade justa e digna (art. 170, caput, e art. 193, caput, CF) quando 10% da população brasileira sente, diariamente, fome. Não é possível assegurar-se saúde quando o indivíduo é desprovido de alimento. No Brasil, a fome é fenômeno evitável, mas para isso se faz imperioso a implementação de políticas públicas que priorizem a sua extinção.

Nesse sentido elucida Fábio Konder Comparato: “O direito de se alimentar suficientemente faz parte do núcleo essencial dos Direitos Humanos, pois representa mera extensão do direito à vida. É vergonhoso, nessas condições, que uma parcela crescente da humanidade, segundo o reconhecimento unânime das mais variadas instituições internacionais, sofra permanentemente de fome”⁴¹.

Além disso, o art. 196 da Constituição Federal prevê “a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”, não sendo possível a invocação, pelo Poder Público, eventual cláusula da reserva do possível, com o propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar a implementação de políticas públicas definidas na própria Constituição -, conforme reconhecido pelo STF no julgamento do ARE 639337 AgR⁴², de relatoria do Min. Celso de Mello.

⁴¹ COMPARATO, Fábio Konder. A afirmação histórica dos direitos humanos. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

⁴² E M E N T A: (...) CONSTITUCIONAL DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM CASO DE OMISSÃO ESTATAL NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS PREVISTAS NA CONSTITUIÇÃO - INOCORRÊNCIA DE TRANSGRESSÃO AO POSTULADO DA SEPARAÇÃO DE PODERES - PROTEÇÃO JUDICIAL DE DIREITOS SOCIAIS, ESCASSEZ DE RECURSOS E A QUESTÃO DAS “ESCOLHAS TRÁGICAS” - RESERVA DO POSSÍVEL, MÍNIMO EXISTENCIAL, DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E VEDAÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL - (...) - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. POLÍTICAS PÚBLICAS, OMISSÃO ESTATAL INJUSTIFICÁVEL E INTERVENÇÃO CONCRETIZADORA DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE EDUCAÇÃO INFANTIL: POSSIBILIDADE CONSTITUCIONAL. - (...) DESCUMPRIMENTO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DEFINIDAS EM SEDE CONSTITUCIONAL: HIPÓTESE LEGITIMADORA DE INTERVENÇÃO JURISDICIONAL. - O Poder Público - quando se abstém de cumprir, total ou parcialmente, o dever de implementar políticas públicas definidas no próprio texto constitucional - transgredir, com esse comportamento negativo, a própria integridade da Lei Fundamental, estimulando, no âmbito do Estado, o preocupante fenômeno da erosão da consciência constitucional. Precedentes: ADI 1.484/DF, Rel.

Assim, mostram-se gritantes as graves violações aos preceitos fundamentais da Constituição da República pelo governo federal, do princípio da dignidade da pessoa humana e o direito fundamental à alimentação adequada com a extinção de inúmeras políticas públicas (em especial do CONSEA), ainda mais em tempo de pandemia, o que ocasionou um grande aumento da insegurança alimentar em toda a sociedade brasileira, chegando a números nunca vistos antes.

Min. CELSO DE MELLO, v.g.. - A inércia estatal em adimplir as imposições constitucionais traduz inaceitável gesto de desprezo pela autoridade da Constituição e configura, por isso mesmo, comportamento que deve ser evitado. É que nada se revela mais nocivo, perigoso e ilegítimo do que elaborar uma Constituição, sem a vontade de fazê-la cumprir integralmente, ou, então, de apenas executá-la com o propósito subalterno de torná-la aplicável somente nos pontos que se mostrarem ajustados à conveniência e aos desígnios dos governantes, em detrimento dos interesses maiores dos cidadãos. - A intervenção do Poder Judiciário, em tema de implementação de políticas governamentais previstas e determinadas no texto constitucional, notadamente na área da educação infantil (RTJ 199/1219-1220), objetiva neutralizar os efeitos lesivos e perversos, que, provocados pela omissão estatal, nada mais traduzem senão inaceitável insulto a direitos básicos que a própria Constituição da República assegura à generalidade das pessoas. Precedentes. A CONTROVÉRSIA PERTINENTE À “RESERVA DO POSSÍVEL” E A INTANGIBILIDADE DO MÍNIMO EXISTENCIAL: A QUESTÃO DAS “ESCOLHAS TRÁGICAS”. - A destinação de recursos públicos, sempre tão dramaticamente escassos, faz instaurar situações de conflito, quer com a execução de políticas públicas definidas no texto constitucional, quer, também, com a própria implementação de direitos sociais assegurados pela Constituição da República, daí resultando contextos de antagonismo que impõem, ao Estado, o encargo de superá-los mediante opções por determinados valores, em detrimento de outros igualmente relevantes, compelindo, o Poder Público, em face dessa relação dilemática, causada pela insuficiência de disponibilidade financeira e orçamentária, a proceder a verdadeiras “escolhas trágicas”, em decisão governamental cujo parâmetro, fundado na dignidade da pessoa humana, deverá ter em perspectiva a intangibilidade do mínimo existencial, em ordem a conferir real efetividade às normas programáticas positivadas na própria Lei Fundamental. Magistério da doutrina. - A cláusula da reserva do possível - que não pode ser invocada, pelo Poder Público, com o propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar a implementação de políticas públicas definidas na própria Constituição - encontra insuperável limitação na garantia constitucional do mínimo existencial, que representa, no contexto de nosso ordenamento positivo, emanção direta do postulado da essencial dignidade da pessoa humana. Doutrina. Precedentes. - A noção de “mínimo existencial”, que resulta, por implicitude, de determinados preceitos constitucionais (CF, art. 1º, III, e art. 3º, III), compreende um complexo de prerrogativas cuja concretização revela-se capaz de garantir condições adequadas de existência digna, em ordem a assegurar, à pessoa, acesso efetivo ao direito geral de liberdade e, também, a prestações positivas originárias do Estado, viabilizadoras da plena fruição de direitos sociais básicos, tais como o direito à educação, o direito à proteção integral da criança e do adolescente, o direito à saúde, o direito à assistência social, o direito à moradia, o direito à alimentação e o direito à segurança. Declaração Universal dos Direitos da Pessoa Humana, de 1948 (Artigo XXV). A PROIBIÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL COMO OBSTÁCULO CONSTITUCIONAL À FRUSTRAÇÃO E AO INADIMPLEMENTO, PELO PODER PÚBLICO, DE DIREITOS PRESTACIONAIS. - O princípio da proibição do retrocesso impede, em tema de direitos fundamentais de caráter social, que sejam desconstituídas as conquistas já alcançadas pelo cidadão ou pela formação social em que ele vive. - A cláusula que veda o retrocesso em matéria de direitos a prestações positivas do Estado (como o direito à educação, o direito à saúde ou o direito à segurança pública, v.g.) traduz, no processo de efetivação desses direitos fundamentais individuais ou coletivos, obstáculo a que os níveis de concretização de tais prerrogativas, uma vez atingidos, venham a ser ulteriormente reduzidos ou suprimidos pelo Estado. Doutrina. Em consequência desse princípio, o Estado, após haver reconhecido os direitos prestacionais, assume o dever não só de torná-los efetivos, mas, também, se obriga, sob pena de transgressão ao texto constitucional, a preservá-los, abstenendo-se de frustrar - mediante supressão total ou parcial - os direitos sociais já concretizados. LEGITIMIDADE JURÍDICA DA IMPOSIÇÃO, AO PODER PÚBLICO, DAS “ASTREINTES”. - Inexiste obstáculo jurídico-processual à utilização, contra entidades de direito público, da multa cominatória prevista no § 5º do art. 461 do CPC. A “astreinte” - que se reveste de função coercitiva - tem por finalidade específica compelir, legitimamente, o devedor, mesmo que se cuide do Poder Público, a cumprir o preceito, tal como definido no ato sentencial. Doutrina. Jurisprudência. (ARE 639337 AgR, Relator(a): CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 23/08/2011, DJe-177 DIVULG 14-09-2011 PUBLIC 15-09-2011 EMENT VOL-02587-01 PP-00125).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A desnutrição diante do conceito de segurança alimentar não está vinculada apenas ao peso, mas a deficiência nutricional, ocasionada pela ingestão excessiva ou desequilibrada de energia e nutrientes.

Diante disso, temos o cenário de pessoas que aparentam estar bem alimentados, contudo, a ingestão excessiva de alimentos, e sobretudo de açúcar, sal e gorduras, nem sempre lhes garante o suprimento nutricional correspondente, ensejando doenças das mais diversas ordens e, conseqüentemente, gerando diversos problemas à saúde pública, ainda mais em tempos de pandemia.

Ademais, levando-se em consideração a resposta do Governo Federal quanto a COVID-19, bem como aos retrocessos no tocante à segurança alimentar (frente à extinção do CONSEA e à inoperância da CAISAN), pelo que restou do SISAN, após desmontes, esvaziamentos e desarticulações institucionais, além de reduções orçamentárias.

Mostra-se obscuros quais ações serão tomadas e quais os impactos da pandemia na segurança alimentar e nutricional, bem como, a partir de agora, qual será a participação da sociedade civil no processo de planejamento e monitoramento da realização do DHAA que, em virtude da extinção do CONSEA, atualmente se restringe à possibilidade de doações financeiras no âmbito do Governo Federal.

Note-se que as ações do Governo Federal para diminuir os efeitos da pandemia residem em medidas emergenciais, focadas no acesso à renda e aos alimentos.

Entretanto, tais ações governamentais são temporárias e não visam garantir o DHAA e, muito menos, concretizar a segurança alimentar e nutricional que necessitam de ações coordenadas de médio a longo prazo.

Por fim, a pandemia trouxe à tona o maior problema do Brasil, as desigualdades sociais, que restaram exacerbadas com os efeitos da COVID-19 nas condições de vida da população.

Dessa maneira, é necessário pensar, discutir e formular políticas públicas nacionais que tenham como base a economia e a proteção social, mas que estejam articuladas com as diretrizes da PNSAN na perspectiva da garantia do DHAA.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ARR, Napimoga M, Donalisio MR. Análise da gravidade da pandemia de Covid-19. Epidemiol Serv Saúde 2020.

ARRAIS TPA, Oliveira ARD, Alencar D, Salgado TR, Lima LDO, Viana JLR, et al. Relatório: Pandemia COVID-19: o caráter emergencial das transferências de renda direta e indireta para a população vulnerável do Estado de Goiás. Espaço e Economia: Revista Brasileira de Geografia Econômica 2020.

BARRETO ML, Barros AJDD, Carvalho MS, Codeço CT, Hallal PRC, Medronho RDA, et al. O que é urgente e necessário para subsidiar as políticas de enfrentamento da pandemia de COVID-19 no Brasil? Rev Bras Epidemiol 2020.

BEZERRA ACV, Silva, CEM, Soares FRG, Silva JAM. Fatores associados ao comportamento da população durante o isolamento social na pandemia de COVID-19. Ciênc Saúde Colet 2020.

BURLANDY L. Transferência condicionada de renda e segurança alimentar e nutricional. Ciênc Saúde Colet 2007.

CARVALHO, A.C. *et al.* Consumo alimentar e adequação nutricional em crianças brasileiras: revisão sistemática. *Re. Paul de pediatria*, v. 33, n. 2, p. 211-221, 2015.

CARVALHO, O.F. Direito fundamental á alimentação e a sua proteção jurídico-internacional. In: *Revista de Direito Público*, Londrina, v. 7, n. 2, p. 181-224, 2012.

COMPARATO, Fábio Konder. A afirmação histórica dos direitos humanos. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

GEITENS JF. Após pressão por MP, sociedade civil cobra execução de programa alimentar durante a pandemia. O Joio e o Trigo 2020; 30 abr. <https://outraspalavras.net/ojoioetri go/2020/04/apos-pressao-por-medida-provisoria-sociedade-civil-cobra-execucao-de-programa-de-alimentos-durante-a-pandemia/>.

HENRIQUES, P. et al. Políticas de Saúde e de Segurança Alimentar e Nutricional: desafios para o controle da obesidade infantil. In: *Ciência & Saúde Coletiva*, v.23, n.12, p.4143-4152, 2018.

LENZA, P. *Direito constitucional esquematizado*. 21 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MÂNICA, F. B. *Teoria da reserva do possível: direitos fundamentais a prestações e a intervenção do poder judiciário na implementação de políticas públicas*. Mimeo, 2008. Cf. http://fernandomanica.com.br/site/wp-content/uploads/2015/10/teoria_da_reserva_do_possivel.pdf

MARCHESAN R. Centralizar auxílio de R\$ 600 na Caixa criou fila e atraso, dizem analistas. UOL Economia 2020; 6 mai. <https://economia.uol.com.br/noticias/redacao/2020/05/06/auxilio-emergencial-problemas-pagamento-caixa.htm>.

MARTINS AMBB. Avaliação dos impactos de políticas públicas de transferência de renda na qualidade de vida no semiárido nordestino face às mudanças climáticas [Tese de Doutorado]. São Paulo: Faculdade de Saúde Pública, Universidade de São Paulo; 2016.

MATIOLI V, Peres J. Coronavírus: Brasil não tem estoque de alimentos para enfrentar desabastecimento. O Joio e o Trigo 2020; 26 mar. <https://outraspalavras.net/ojoioeotrigo/2020/03/coronavirus-brasil-nao-tem-estoque-de-alimentos-para-enfrentar-desabastecimento/>.

MELITO L. Arquitetura da destruição das políticas de combate à fome no Brasil. O Joio e o Trigo 2020; 3 fev. <https://outraspalavras.net/ojoioeotrigo/2020/02/arquitetura-da-destruicao-das-politicas-de-combate-a-fome-no-brasil/>.

MELLO G, Oliveira ALM, Guidolin AP, Caso C, David G, Nascimento JC, et al. A coronacrise: natureza, impactos e medidas de enfrentamento no Brasil e no mundo. https://www.eco.unicamp.br/images/arquivos/nota_con_coronacrise_natureza_impactos_e_medidas_de_enfrentamento.pdf (acessado em 12/ Dez/2021).

MENEZES F, Burity V. O novo veto do Capitão da Fome. Le Monde Diplomatique Brasil 2020; 22 mai. <https://diplomatique.org.br/o-novo-veto-do-capitao-fome/>.

MORAES RFD. COVID-19 e medidas legais de distanciamento social: tipologia de políticas estaduais e análise do período de 13 a 26 de abril de 2020. Brasília: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada; 2020. (Nota Técnica, 18).

OLIVEIRA L, Tooge R. Número de agrotóxicos registrados em 2019 é o maior da série histórica; 94,5% são genéricos, diz governo. G1 2019; 28 dez. <https://g1.globo.com/economia/agro-negocios/noticia/2019/12/28/numero-de-agrotoxicos-registrados-em-2019-e-o-maior-da-serie-historica-945percent-sao-genericos-diz-governo.ghtml>.

OLIVEIRA M, Mello I. Subnotificação, crise, polarização: razões para baixa adesão ao isolamento. UOL 2020; 18 abr. <https://noticias.uol.com.br/saude/ultimas-noticias/redacao/2020/04/18/subnotificacao-faz-populacao-relaxar-e-aumentar-proliferacao-da-covid-19.htm>.

PICHONELLI M. Por que você não deve falar “coronavoucher” e estigmatizar mais as pessoas. UOL 2020; 3 abr. <https://www.uol.com.br/eco/ultimas-noticias/2020/04/03/por-que-voce-nao-deve-falar-coronavoucher-e-estigmatizar-mais-as-pessoas.htm>.

ROTHER ET. Revisão sistemática X revisão narrativa. Acta Paul Enferm 2007; 20:v-vi. Maluf R. Comer em tempos de pandemia e após. Jornal GGN 2020; 3 abr. <https://jornalggn.com.br/a-grande-crise/comer-em-tempos-de-pandemia-e-apos-por-renato-s-maluf/>.

SAMPAIO C. Câmara aprova auxílio de R\$ 600 que pode beneficiar 24 milhões de informais. Brasil de Fato 2020; 26 mar. <https://www.brasildefato.com.br/2020/03/26/camara-aprova-auxilio-de-r-600-para-trabalhadores-informais-durante-crise>.

SANTARELLI M, David G, Burity V, Rocha NZ. Informe Dhana 2019: autoritarismo, negação de direitos e fome. Brasília: FIAN Brasil; 2019.

SANTARELLI M, Burity V, Silva LNB, Prates L, Rizzolo A, Rocha NC. Da democratização ao golpe: avanços e retrocessos na garantia do direito humano à alimentação e à nutrição adequadas no Brasil. Brasília: FIAN Brasil; 2017.

SANTOS TA. Dilemas políticos para o semiárido brasileiro: um breve panorama até a crise do Lulismo. NERA: Revista Núcleo de Estudos, Pesquisas e Projetos de Reforma Agrária 2019.

SILVA NGA, Souza JPOD. Seguro Safra para o semi-árido cearense. In: 46o Congresso Sociedade Brasileira de Economia, Administração e Sociologia Rural. <https://ageconsearch.umn.edu/record/133290/> (acessado em 15/ Dez/2021).

SOUZA et al., 2019, *apud* Pesquisa realizado pela Rede Brasileira de Pesquisa em Soberania e Segurança Alimentar e Nutricional (Rede Penssan) e publicada em 2021. Disponível em: http://olheparaafome.com.br/VIGISAN_Inseguranca_alimentar.pdf , acesso em maio de 2021.

SUDRÊ L. Mesmo com pandemia, governo Bolsonaro já liberou 150 novos agrotóxicos este ano. Brasil de Fato 2020; 13 mai. <https://www.brasildefato.com.br/2020/05/13/mesmo-com-pandemia-governo-bolsonaro-ja-liberou-150-novos-agrotoxicos-este-ano>.

SUDRÊ L. Liberação de agrotóxicos no governo Bolsonaro é a maior dos últimos 14 anos. Brasil de Fato 2019; 27 nov. <https://www.brasildefato.com.br/2019/11/27/liberacao-de-agrotoxicos-no-governo-bolsonaro-e-a-maior-dos-ultimos-14-anos>.

TOMAZELLI, Fernandes A. Transferência de renda é adotada em 30 países. UOL Economia 2020; 24 mar. <https://economia.uol.com.br/noticias/estadao-conteudo/2020/03/24/transferencia-de-renda-e-adotada-em-30-paises.htm>.

VALADARES AA, Alves F, Galiza M, Silva SP. Agricultura familiar e abastecimento alimentar no contexto do Covid-19: uma abordagem das ações públicas emergenciais. Brasília: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada; 2020. (Nota Técnica, 69).

VALFRÊ V. Bolsonaro volta a criticar isolamento social: não dá para continuar assim. Estadão 2020; 26 mai. <https://noticias.uol.com.br/ultimas-noticias/agencia-estado/2020/05/26/bolsonaro-volta-a-criticar-isolamento-social-nao-da-para-continuar-assim.htm>.

GT 11 – SOCIEDADE, CONFLITO E MOVIMENTOS SOCIAIS

Objetivos: Sociedade, conflito e movimentos sociais tem como escopo reunir trabalhos que examinem a relação entre o Direito e a Sociedade, contemplando uma pluralidade de enfoques e objetos de pesquisa. Seja na tradição dos estudos de criminologia e segurança pública, seja nos estudos voltados para as reivindicações dos movimentos sociais e (re)conhecimento de novas práticas políticas e direitos, ou ainda nos estudos centrados na análise de processos institucionais de administração de conflitos e no acesso à justiça.

ENSAIO SOBRE A ABERTURA DA FILOSOFIA DO DIREITO AOS FATOS

ESSAY ON THE OPENING OF THE RIGHT TO THE FACTS PHILOSOPHY

Estéfani Luise Fernandes Teixeira¹

Letícia Abati Zanotto²

Patrícia da Luz Chiarello³

Resumo

O presente trabalho tem por finalidade apresentar uma breve explanação sobre a abertura da filosofia do direito aos fatos, com base, sobretudo, na obra de Carla Faralli, que trata sobre temas e desafios da filosofia contemporânea do direito. Para tanto, em um primeiro momento, apresenta-se algumas premissas acerca da abertura da filosofia do direito contemporânea aos fatos, especialmente a partir de manifestações do neo-institucionalismo e de alguns desdobramentos do realismo. Posteriormente, busca-se trabalhar alguns dos movimentos ligados ao realismo jurídico iniciados nos Estados Unidos, como é o caso dos *Critical Legal Studies* (CLS), da Análise Econômica do Direito e da Teoria do Direito Feminista. Para fins do estudo proposto recorre-se à pesquisa bibliográfica, sobretudo à consulta em livros e periódicos, com ênfase na doutrina de Carla Faralli.

Palavras-chave: Direito dos Fatos. Filosofia Contemporânea do Direito. Realismo.

Abstract

The present work aims to present a brief explanation about the opening of the philosophy of law to facts, based, above all, on the work of Carla Faralli, which deals with themes and challenges of the contemporary philosophy of law. For that, at first, some premises are presented about the opening of the contemporary philosophy of law to the facts, especially from the manifestations of neo-institutionalism and some

¹ Mestranda em Direito pela Universidade de Passo Fundo. Bolsista CAPES. E-mail: estefani.f.teixeira@gmail.com.

² Mestranda em Direito pela Universidade de Passo Fundo. Bolsista CAPES. E-mail: 152562@upf.br.

³ Mestranda em Direito pela Universidade de Passo Fundo. Bolsista CAPES. E-mail: dl.patricia@live.com.

developments of realism. Subsequently, we seek to work on some of the movements linked to legal realism that started in the United States, such as the Critical Legal Studies (CLS), the Economic Analysis of Law and the Feminist Law Theory. For the purposes of the proposed study, bibliographical research is used, especially the consultation in books and periodicals, with emphasis on the doctrine of Carla Faralli.

Keywords: Contemporary Philosophy of Law. Law of Facts. Realism.

INTRODUÇÃO

Com a finalidade de estabelecer um mapa do pensamento por meio de uma abordagem das linhas de pesquisa existentes na produção filosófico-jurídicas, a autora Carla Faralli realizou em sua obra *Filosofia Contemporânea dos Direitos* a exposição dessas linhas de pesquisa dividida em 5 tópicos. O presente trabalho se ocupa de uma breve discussão da segunda linha de pesquisa da filosofia-jurídica atual, a abertura da filosofia do direito aos fatos.

Assim, no primeiro capítulo será descrito sobre a teoria de neo-institucionalismo defendida por Neil MacCormick e Ota Weinberger e seus paralelos com o realismo escandinavo estudado por Silvana Castignone, Riccardo Guastini e Enrico Pattaro, bem como seus pontos de conflito.

Por sua vez, no segundo capítulo do ensaio, irá se apresentar as correntes do *Critical Legal Studies* (CLS) – Estudos Jurídicos Críticos, que começou a se desenvolver entre os anos 1970 e 1980, na Faculdade de Direito de Harvard, tendo como principais expoentes Robert W. Gordon, Morton J. Horwitz, Duncan Kennedy, Mark Tushnet, e da Análise Econômica do Direito, que teve como um de seus precursores Ronald Coase e como principal expoente foi Richard Posner.

No tocante, a reflexão feminista sobre os temas jurídicos segundo a autora é muito ampla e variada, quer com referências às premissas, quer com referência às conclusões. Nesse contexto, o artigo fará uma abordagem no plano histórico, jurídico e por fim no campo do direito. Identificando fases das proposições feministas no campo do direito.

Para a análise do estudo proposto recorre-se à pesquisa bibliográfica, sobretudo à consulta em livros e periódicos, com ênfase na obra “*A Filosofia Contemporânea do Direito - Temas e Desafios*”, escrita pela autora Carla Faralli.

1. A PROPOSTA DA ADOÇÃO DE UM NEO-INSTITUCIONALISMO E PARALELOS COM O REALISMO

Diante do registro de uma crise no positivismo jurídico onde não se consegue mais eficientemente enquadrar os pensamentos em modelos historicamente adotados, a autora abre um debate sobre a abertura da filosofia do direito aos fatos. Essa mudança tem por fundamento a ideia de que não se pode observar o direito apenas tendo como orientação ou ponto de partida noções elencadas como ideais.

O direito é uma construção, e esse processo seria melhor estabelecido quando observado o mundo dos fatos, do ser. A observação da realidade é o objetivo do neo-institucionalismo que pode ser inicialmente apresentado como teoria na qual sua gênese:

[...] fundamenta-se na intenção dos pesquisadores em analisar e responder às alterações no conceito e impacto das instituições tradicionais quer sejam de âmbito social, político ou econômico, considerando o significativo crescimento da estrutura e da complexidade das instituições, do quantitativo de recursos disponibilizados e de sua importância na dinâmica da vida coletiva. O enfoque analítico comportamental passou a referenciar as instituições como arenas em que ocorrem os processos fundamentais, ao passo que o enfoque normativo passou de posicionamento ético coletivo para a análise individual e de interesses em conflito⁴.

Assim, é dado enfoque no neo-institucionalismo ou *New institutionalism* proposto por Neil MacCormick e Ota Weinberger. De acordo com os autores, o neo-institucionalismo será pautado pelo “desenvolvimento do normativismo em sentido realista”⁵ e retoma o institucionalismo clássico desenvolvido na França por Maurice Hauriou (1856-1929) e na Itália por Santi Romano (1875-1947) no final do século XIX.

As versões que se apresentam, velha ou nova, do institucionalismo ou neo-institucionalismo, apesar de não configurarem uma corrente de pensamento comum ou unificado, vão de encontro com o positivismo no que tange a jurisprudência dos conceitos e da tradição kelseniano-hartiana.

A construção da teoria proposta pelos autores, então, vai propor uma teoria que vá “além do juspositivismo e do jusnaturalismo”⁶ e essa teoria é produto da conjugação entre normativismo e realismo. O normativismo deverá ser empregado num plano teórico-jurídico inspirados por F. Weyr e H. Kelsen- escolas Brunn e Viena da parte de

⁴ MACEDO, Reginaldo Moraes de; CKAGNAZAROFF, Ivan Beck. Noe-institucionalismo: discussão acerca da teoria e suas vertentes. *Revista da Universidade Vale do Rio Verde*, v.16, n.1, p. 1-10, jan./jul. 2018. p. 2.

⁵ FARALLI, Carla. *A Filosofia Contemporânea do Direito*: Temas e Desafios. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p.27.

⁶ FARALLI, Carla. *A Filosofia Contemporânea do Direito*: Temas e Desafios. p.27.

Weinberger e Hart e filosofia jurídica analítica britânica de MacCormick. Já o neo-empirismo é aplicado ao plano pertencente à filosofia geral de acordo com a influência das correntes neopositivismo lógico em Weinberger e da tradição analítica inglesa Oxford e Cambridge em MacCormick.

Com a delimitação das bases, os autores produzem uma concepção realista em que “as normas não são realidades ontologicamente diferentes da realidade dos fatos empíricos, uma vez que se defina ‘como real tudo aquilo que tem existência no tempo’”⁷.

Essa proposta de neo-institucionalismo encontra pontos de convergência com o âmbito do realismo em sua matriz escandinava italiana. Como consolidação de um pensamento realista na Itália, Giovanni Tarello (1934-1987) vai realizar seus estudos tomando por referência os estudos do realismo denominados americanos concluindo a definição do direito por um “conjunto de normas que os intérpretes extraem dos enunciados normativos”⁸.

Ainda, se faz importante a abordagem dos demais estudiosos que se destacaram nos estudo e produção dentro do realismo escandinavo. Silvana Castignone analisou a linguagem jurídica e política com o objetivo de realizar uma desconstrução por meio do estudo de Hägerström, Lundstedt e Olivecrona, dos “aqueles resíduos metafísicos que ainda se aninham na linguagem jurídica e nos levam a mistificar a realidade”⁹, pois, importante para a observação das metodologias quando trabalhado com os conceitos jurídicos.

Riccardo Guastini é outro autor que se destaca na produção escandinava, conhecido por seu estudo de Alf Ross, o qual o influencia em diferentes questões, mas também é objeto de suas críticas. Especificamente quanto a sua não concordância com “a tese de que o direito é redutível a um conjunto de diretrizes dirigidas aos tribunais”¹⁰.

A ideia de que o jusrealismo pode ser utilizado como “transposição da filosofia analítica e, [...] do neo-empirismo para o campo jurídico”¹¹ é uma proposta desenvolvida por Enrico Pattaro, e para o autor o realismo normativista seria “centrado no reconhecimento de que o direito é uma realidade ontologicamente não diferente da realidade dos fatos empíricos, mas não pode ser reduzido a estes”¹², e a norma uma

⁷ FARALLI, Carla. **A Filosofia Contemporânea do Direito**: Temas e Desafios. p.28.

⁸ FARALLI, Carla. **A Filosofia Contemporânea do Direito**: Temas e Desafios. p.28.

⁹ FARALLI, Carla. **A Filosofia Contemporânea do Direito**: Temas e Desafios. p.29.

¹⁰ FARALLI, Carla. **A Filosofia Contemporânea do Direito**: Temas e Desafios. p.29.

¹¹ FARALLI, Carla. **A Filosofia Contemporânea do Direito**: Temas e Desafios. p.29.

¹² FARALLI, Carla. **A Filosofia Contemporânea do Direito**: Temas e Desafios. p.30.

“crença de que uma fatispécie abstrata, ou seja, um esquema de comportamento, é objetivamente obrigatória”¹³.

O neo-institucionalismo apresentado por MacCormick e Weinberger e o realismo possuem pontos análogos; não obstante, também encontram pontos de divergência. Os aspectos divergentes podem ser observados na figura de aspectos: a) ontológicos; b) metaéticos; c) jurídico-teóricos.

a) aspecto ontológico: adoção aspecto monista, vendo o direito como fenômeno da psicologia social. MacCormick e Weinberger se distanciam dos realistas normativistas no que tange à consideração do direito como fato. Para eles, é um “fato institucional” (instituição como “realidade tipicamente humana, cultural, que é normativamente fundada e possibilitada pela formulação de normas ou regras e adquire significado em relação a estas”¹⁴) e não um fato da psicologia social.

b) aspecto metaético: realismo normativista é divisionista (permite a divisão do ser e dever ser). Weinberger “partindo de posições decididamente não-cognitivas, é sem dúvida divisionista, enquanto a posição de MacCormick é nesse ponto menos decidida e tem contornos menos precisos”¹⁵.

c) aspecto jurídico-teórico: realismo normativista é deontologista, a ideia de dever é necessária ao fenômeno jurídico. Os autores concordam que “um aspecto irreduzível do direito é o fato de que este guia as ações”¹⁶. Para Weinberger “cada instituição tem por base um núcleo fundamental de informações práticas (normas, objetivos e preferências)”¹⁷.

Dessa forma, após delinear a ideia de neo-institucionalismo e as convergências e divergências deste com o realismo escandinavo, a seguir o estudo é direcionado ao realismo americano.

2. AS CORRENTES DOS *CRITICAL LEGAL STUDIES* (CLS) E DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

Levando em consideração que o direito passou a ser estudado como elemento da realidade social, a autora Carla Faralli apresenta em sua obra algumas das novas correntes ligadas ao realismo jurídico, como é o caso dos *Critical Legal Studies* (CLS) – Estudos Jurídicos Críticos e da Análise Econômica do Direito.

¹³ FARALLI, Carla. *A Filosofia Contemporânea do Direito*: Temas e Desafios. p.30.

¹⁴ FARALLI, Carla. *A Filosofia Contemporânea do Direito*: Temas e Desafios. p.31.

¹⁵ FARALLI, Carla. *A Filosofia Contemporânea do Direito*: Temas e Desafios. p.31.

¹⁶ FARALLI, Carla. *A Filosofia Contemporânea do Direito*: Temas e Desafios. p.31.

¹⁷ FARALLI, Carla. *A Filosofia Contemporânea do Direito*: Temas e Desafios. p.31.

O movimento dos CSL começou a desenvolver-se entre os anos 1970 e 1980, na Faculdade de Direito de Harvard, tendo como momento inicial a obra intitulada *Knowledge and Politics* (Conhecimento e Política), de autoria de Roberto Mangabeira Unger, que representa uma crítica radical ao liberalismo que prescinde das relações entre indivíduos em nome de um conceito de humanidade abstrata. Não obstante, dentre os pontos de referência desse movimento pode-se citar os Robert W. Gordon, Morton J. Horwitz, Duncan Kennedy, Mark Tushnet.¹⁸

No que diz respeito aos seus referenciais teóricos, o movimento dos CSL foi fortemente influenciado pelo marxismo, que teve suas correntes positivas e deterministas repudiadas pelos expoentes dos CSL após aprofundamentos teóricos nas obras de autores clássicos de autores como Pashukanis.¹⁹

Considerado o principal núcleo de crítica jurídica nos Estados Unidos²⁰, os expoentes dos CSL sustentam que, longe de ser racional, coerente e justo, o direito é arbitrário, incoerente e profundamente injusto, de modo que os direitos e as liberdades apresentados como essenciais à realização do indivíduo são, na verdade, funcionais aos fins políticos e econômicos do liberalismo. Nesse sentido, referem como exemplo o conceito de liberdade contratual, que mesmo sendo apresentado como um direito, na prática serve apenas aos fins de mercado e aos interesses do capitalismo.²¹

Conforme Wolkmer, o movimento dos CSL busca desmitificar a teoria jurídica liberal norte-americana, “revelando até que ponto se efetiva seu grau de envolvimento com as relações de poder e com as ideologias dominantes, senão ainda apontando a falácia da neutralidade e da cumplicidade de classe dos juízes na prática judicial”²².

Acerca das críticas às teorias liberais, Faralli²³ evidencia a sua realização através de três métodos de análise, quais sejam o (I) *trashing*, a (II) desconstrução e a (III) análise histórica:

(I) *Trashing* (operação de “desabastar”): corresponde ao processo que leva a uma espécie de desmascaramento da mensagem politicamente orientada no discurso jurídico, permitindo mostrar as contradições do discurso jurídico e a ideologia que nele se esconde, revelando assim a tendência ideológica por trás das estruturas jurídicas, que são sempre historicamente condicionadas.

(II) Desconstrução: segundo a autora, desconstruir o paradigma liberal e fazer emergir a ‘estrutura profunda’ do liberalismo significa trazer à luz as suas contradições internas, a partir daquela mais importante e abrangente que todas as outras, entre indivíduo e comunidade, ou melhor, entre individualismo e altruísmo. Nesse sentido, a desconstrução busca revelar os

¹⁸ FARALLI, Carla. **A Filosofia Contemporânea do Direito**. Temas e Desafios. p. 32.

¹⁹ WOLKMER, Antonio Carlos. **Introdução ao pensamento jurídico crítico**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 63-64.

²⁰ WOLKMER, Antonio Carlos. **Introdução ao pensamento jurídico crítico**. p. 62.

²¹ FARALLI, Carla. **A Filosofia Contemporânea do Direito**. p. 32.

²² WOLKMER, Antonio Carlos. **Introdução ao pensamento jurídico crítico**. p. 62.

²³ FARALLI, Carla. **A Filosofia Contemporânea do Direito**. p. 32 e ss.

elementos reprimidos ou removidos que o discurso jurídico, como qualquer outro discurso, esconde e de reintroduzi-los com finalidade crítica.

(III) Análise histórica: demonstra que as ideias jurídicas são historicamente dadas, ou seja, que se justificam no contexto social específico em que nascem e se exprimem.

Faralli assevera, ademais, que foi através da crítica às teorias liberais que os expoentes dos CSL chegaram a formular propostas “alternativas” ao sistema capitalista - a exemplo cita-se a de Unger, que apela à revolução cultural do eu, isto é, do sujeito individual concreto, opondo a pessoa concreta e passional ao sujeito individual que se torna condição necessária da transformação das estruturas sociais existentes²⁴.

Outra corrente trabalhada na obra de Faralli são os expoentes da Análise Econômica do Direito, que ao mesmo tempo que reconhecem o utilitarismo de Bentham e Mill como seu ancestral distante, também apresentam como descendentes diretos do pragmatismo jurídico americano, representado sobretudo pela “engenharia social” de Roscoe Pound e pelos realistas, nos quais reprovam a ausência de um bom método de análise econômica²⁵.

A corrente intelectual denominada Análise Econômica do Direito parte da premissa de que os instrumentos de análise que podem ser utilizados para compreender o “direito econômico” também são aplicáveis a outros ramos do direito. Nesse sentido, o movimento propõe uma releitura do direito a partir da concepção do ser humano e de suas relações com os outros.²⁶

Um dos precursores do avanço do movimento foi Ronald Coase (Universidade de Chicago), que em 1960 publica um artigo sobre o custo social na revista *Journal of Law and Economics*, da Universidade de Chicago, veículo para difundir as incursões dos economistas na área do direito, trabalho que lhe conferiu o prêmio Nobel em 1991. Outro grande expoente da corrente foi Richard Posner, professor da Universidade de Chicago e Juiz Federal que em 1972 publica a obra intitulada *Economic Analysis of Law* (Análise Econômica do Direito), vindo a dominar o movimento durante os dez anos seguintes.²⁷

Conforme Faralli²⁸, Posner propõe (I) uma teoria jurídica que combina uma ética normativa liberal, (II) uma filosofia pragmática e (III) um método de análise econômica:

(I) Segundo a autora, a teoria compartilha o princípio da máxima liberdade para cada um compatível com uma igual liberdade para todos, de modo que não cabe aos Estado punir ou

²⁴ FARALLI, Carla. **A Filosofia Contemporânea do Direito**. p. 34-35.

²⁵ FARALLI, Carla. **A Filosofia Contemporânea do Direito**. p. 35.

²⁶ MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise Econômica do Direito**. Tradução Rachel Sztajn. São Paulo, Atlas, 2015, p. 34.

²⁷ MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise Econômica do Direito**. p. 38.

²⁸ FARALLI, Carla. **A Filosofia Contemporânea do Direito**. p. 35-37.

reprimir as ideias pessoais ou os comportamentos que não causem dano a terceiros; assim como o favorecimento da igualdade de oportunidades e das medidas econômicas que o Estado deve tomar para garanti-la.

(II) No segundo aspecto a teoria assume uma postura instrumentalista, afirmando a necessidade de evitar o recurso a noções metafísicas e abstratas para enfrentar problemas jurídicos, e de privilegiar a análise das possíveis soluções com base nas consequências previsíveis e nos possíveis efeitos que elas têm a curto e longo prazo.

(III) Por fim, no terceiro aspecto, os fundamentos do método de análise econômica são a identificação dos efeitos e o uso, no âmbito jurídico, de importantes instrumentos extraídos da microeconomia (economismo jurídico).

Faralli explica que o ponto de partida da análise econômica do direito é “a pressuposição de que, analisando-se as ações dos juízes, se descobre que o que eles fizeram, mesmo que inconscientemente, foi elaborar normas para maximizar a riqueza”, de modo que Posner propõe, justamente, que ao abordar os problemas jurídicos sejam levados em consideração os efeitos das soluções propostas – a curto e a longo prazo, seja para os indivíduos, seja para o sistema – através de pesquisas empíricas sobre os custos/benefícios e do critério de racionalidade meios/fins.²⁹

Sobre esse aspecto, caberia ao interprete identificar todos os possíveis significados atribuídos a uma dada disposição, para, em um segundo momento, antecipar as consequências de todas as interpretações encontradas e, então, escolher a solução que comporte os maiores benefícios. Assim, torna-se necessário que o magistrado não tenha uma obrigação estrita onde é “obrigado a julgar em conformidade com os precedentes, mas seja livre para julgar de uma maneira nova cada vez que, a partir dos cálculos custos/benefícios se evidencie que uma decisão inovadora traria maiores vantagens”.³⁰

3. A REFLEXÃO FEMINISTA SOBRE TEMAS JURÍDICOS

Sobreleva ressaltar que, existe uma relação presente relacionada com a “hierarquização dos sexos”, ao patriarcado, como se o homem tivesse maior força e poder, ou seja, como “dominante” no presente artigo. Logo, essa “reflexão ampla e variada, quer com a referência às premissas, que com as referências a conclusão”.³¹

Nesse sentido, refletimos sobre o feminismo e os temas jurídicos. Na história, conforme a obra a primeira fase do pensamento feminista é definida como fase da igualdade caracterizada pelas lutas, paridade e exigências de um tratamento

²⁹ FARALLI, Carla. *A Filosofia Contemporânea do Direito*. p. 36.

³⁰ FARALLI, Carla. *A Filosofia Contemporânea do Direito*. p. 36-37.

³¹ FARALLI, Carla. *A Filosofia Contemporânea do Direito*. p. 37.

igualitário entre homens e mulheres. Nesse sentido, reivindicando a igualdade entre os sexos para chegarmos na igualdade.

No ano de 2021, tivemos um ganho na advocacia o Projeto Valentina, em que a Ordem dos Advogados do Brasil, aprovou por unanimidade a implementação da paridade de gênero. A proposta foi apresentada pela conselheira da OAB Goiás, Valentina Jungmann, a quem a APEG cumprimenta e manifesta e agradece o empenho em luta tão significativa para a advocacia. Em razão disso o nome, Projeto Valentina: Paridade Já. A ideia é que as mulheres ocupem 50% dos cargos de comando.

Pois bem. O projeto estabelece alteração dos percentuais de participação para candidaturas de cada gênero. As chapas deverão atender agora ao percentual de 50% para candidaturas de cada gênero, tanto para titulares como para suplentes. Atualmente os percentuais são de, no mínimo, 30% e, no máximo 70% por gênero. Certamente, um ganho para a democracia no Brasil. Assim, a norma aprovada valerá a partir desse ano e será aplicada aos cargos de diretoria do Conselho Seccional, de conselheiros seccionais, de conselheiros federais e de diretoria da Caixa de Assistência dos Advogados(as).³²

Nesse sentido, realizando uma construção sobre o gênero em que os papéis de cada indivíduo são definidos no interior de uma sociedade androcêntrica, a consequência dessa sociedade são relações de ordem hierárquicas e consequentemente estas relações precisam manter-se. No plano histórico, aos poucos estamos vendo mudanças importantes, no que tange, as relações humanas.

John Rawls aduz que a concepção da justiça apresenta uma teoria pura da justiça, uma concepção que o autor chama de justiça de equidade. Em razão disso, concebe as ideias e os objetivos centrais dessa concepção como os de um pensamento filosófico. Dessa forma, o autor consolida que a justiça como equidade pareça razoável e útil, mesmo que não seja.³³

Rawls acredita que dois princípios de justiça poderiam emergir do contrato hipotético. O primeiro oferece as mesmas liberdades básicas para todos os cidadãos, como liberdade de expressão e religião. Esse princípio sobrepõe-se às considerações sobre utilidade social e bem-estar geral. O segundo princípio refere-se à equidade social e econômica. Embora não requeira uma distribuição igualitária de renda e

³² Acesso em 17 de set. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-jan-10/entrevista-valentina-jungmann-autora-proposta-paridade-oab>.

³³ RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

riqueza, ele permite apenas as desigualdades sociais e econômicas que beneficiam os membros menos favorecidos de uma sociedade.³⁴

Assim, sobleva mencionar que o motivo principal do autor para buscar essa alternativa é a fragilidade da doutrina utilitarista como fundamento das instituições da democracia constitucional, embora o utilitarismo para John Rawls não possa explicar as liberdades de direitos básicos dos cidadãos como pessoas livres e iguais, uma exigência de importância absolutamente primordial para uma consideração das instituições democráticas. Por fim, esboçou-se uma expressão mais geral e abstrata da ideia do contrato social usando, para isso, a ideia da posição original. Explicando as liberdades e os direitos básicos e sua prioridade, foi o primeiro objetivo da justiça como equidade. O seu segundo objetivo foi integrar a explicação a um entendimento da igualdade democrática, o que conduziu ao princípio da igualdade equitativa de oportunidades e ao princípio da diferença.³⁵

Em nosso país, tratar de questões de gênero no âmbito escolar tem sido cada vez mais difícil em virtude da resistência das pessoas conservadoras em nossa sociedade. Todavia, o cenário também é positivo e está em constante transformação. Nota-se que é pela educação básica e superior que estamos evoluindo.

Dessa forma, ressaltasse que reconhecer a imposição essencial da observância aos direitos e garantias fundamentais e, principalmente, ao princípio fundamental da dignidade da pessoa humana é pressuposto fundamental ao desenvolvimento de quaisquer relações humanas.

Destarte, realizada essa reflexão importante, no que tange os tempos atuais no cenário brasileiro, no ano de 1970, aborda-se a segunda fase, que foi definida pela rejeição lógica. As mulheres eram compelidas a competir nas normas e valores masculinos. Sem criar um sujeito feminino abstrato, mas valorizando as diversidades de raça, cultura e religião entre as mulheres.

No plano jurídico, aborda-se na primeira fase um tratamento igualitário, por meio das reformas. Sequentemente, na segunda fase consiste no tratamento de uma demanda especial, objetivando uma igualdade substancial entre homens e mulheres.

A primeira fase consiste em um tratamento igualitário. Já a segunda fase, consiste em uma igualdade substancial entre homens e mulheres. No campo da teoria do direito, desde as suas raízes os valores eram predominantemente masculinos.

³⁴SANDEL, Michael J. **Justiça: o que é fazer a coisa certa**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2015. Versão Kindle.

³⁵ RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

Sendo assim, incapazes de refletir uma visão dos interesses das mulheres até o chamado ceticismo radical, no que concerne o papel emancipador do direito.

Smart, com propriedade identificou três fases das posições feministas em relação ao direito, também chamados de *slogans*: O Direito é sexista; o Direito é masculino e o Direito é assexuado.

Inicialmente, se faz uma crítica ao direito, que se apresenta como objetivo: racional, imparcial, mas com acentuada discriminação contra as mulheres. A segunda fase chamada de: O Direito é masculino, prepondera a denúncia do direito como intrinsecamente masculino. Na terceira fase, intitulada o direito é assexuado, demonstra a exigência a reinvidicação das mulheres por condições de igualdade. Nas palavras da autora, as três fases são caracterizadas e definidas como feminismo liberal, feminismo cultural e feminismo radical.

Gillian defende que “existe tipicamente feminino de enfrentar os problemas morais e jurídicos, um modo que foi ignorado e subestimado na doutrina e nos estudos jurídicos” para a autora a moralidade feminina é essencialmente do cuidado e da responsabilidade assim, diferenciando-se da masculina, caracterizada pelos conceitos de justiça, equidade, igualdade, entre outros.

Nesse sentido, o homem tem o “poder “de escolher baseando-se nos respectivos princípios a mulher respalda suas decisões no respeito e igualdade das decisões individuais e coletivas.

O aspecto da feminilidade foi valorizado no âmbito jurídico na busca de caminhos alternativos, conforme a obra. A chamada ética do cuidado inspirou posições feministas de apoio a mediação familiar que é a resolução dos problemas e conflitos familiares de forma mais flexível.

O movimento feminista nos Estados Unidos tem uma filiação na Europa: a escola escandinava de *Women's Law*. Dahl, sustenta que o direito não que “o direito não é masculino por estrutura e vocação e sim por ser elaborado por homens”. Assim, preocupa-se “em compreender a posição jurídica das mulheres, objetivando uma ascensão da posição na sociedade”.

Nos Estados Unidos, no final de 1980 sucedeu uma corrente teórica da diferença racial já bem consolidada na “história, cultura, e na tradição intelectual das pessoas de cor”. As feministas tentam propor uma teoria jurídica caracterizada pela consciência de gênero e pelos reconhecimentos dos valores feminino, assim desenvolvendo-se uma crítica a teoria do direito tradicional baseada na consciência de raça dessa forma,

propondo uma teoria concreta que tem por escopo resolver de forma efetiva a desigualdade racial e todas as questões oriundas a ela.

Portanto, é de suma importância ressaltar o multiculturalismo, defendido por alguns teóricos da diferença racial. Nesse ponto, se observa que há uma necessidade de novas leis e proteção: não somente em âmbito do racismo. Da mesma forma, de forma geral, cultural, enfatizando a ideia do multiculturalismo. Uma sociedade com justa, igualitária, visando a equidade. As diversas teorias abordadas se entrelaçam, na realidade americana, acabam produzindo uma crítica feminista negra. Há uma certa dificuldade de as feministas negras aceitarem de forma plena o discurso das feministas brancas ou dos teóricos da diferença racial.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Tendo em vista a proposição, o presente trabalho realizou uma exposição sobre a linha de pesquisa da filosofia-jurídica atual que apresenta o estudo dos pensamentos que circundam a abertura da filosofia do direito aos fatos.

Primeiramente, apresenta-se o neo-institucionalismo, destacando especialmente o estudo de Neil MacCormick e Ota Weinberger como uma das soluções para crise do positivismo jurídico com a proposição de um normativismo em sentido realista, onde são encontrados pontos de convergência com aspectos propostos pelo realismo na sua vertente escandinava representada aqui pelos autores: Silvana Castignone, Riccardo Guastini e Enrico Pattaro. No entanto, também pode se delimitar as divergências presentes em aspectos ontológicos, metaéticos e jurídico-teóricos.

Em seguida, guiado pela observação de aspectos do realismo americano, são analisadas as correntes do *Critical Legal Studies* (CLS) – Estudos Jurídicos Críticos desenvolvido nos anos 70 e 80 na Faculdade de Direito de Harvard, e outros espaços, representado por Robert W. Gordon, Morton J. Horwitz, Duncan Kennedy, Mark Tushnet e sua passagem pelos aspectos da Análise Econômica do Direito com as visões de Ronald Coase e Richard Posner.

Por fim, ainda dentro do realismo americano, verifica-se que estudiosos abordam os instrumentos da sociologia do direito e das pesquisas empíricas qualitativas e quantitativas para explicar a diversidade dos gêneros, logo, para bem compreender a posição jurídica das mulheres jurídica das mulheres, em particular com o objetivo de melhorar a posição na sociedade. Assim, algumas teorias se cruzaram, produzindo uma crítica feminista negra. Os teóricos, segundo a obra supracitada assumem o

multiculturalismo e afirmam a necessidade de leis de proteção dos valores em diversos âmbitos.

O movimento feminista no âmbito histórico e jurídico pode ser observado em duas fases para a autora, mas quando do olhar de uma teoria do direito encontram-se diversas perspectivas a serem seguidas.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

FARALLI, Carla. **A Filosofia Contemporânea do Direito**. Temas e Desafios. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MACEDO, Reginaldo Morais de; CKAGNAZAROFF, Ivan Beck. Noe-institucionalismo: discussão acerca da teoria e suas vertentes. **Revista da Universidade Vale do Rio Verde**, v.16, n.1, p. 1-10, jan./jul. 2018.

MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise Econômica do Direito**. Tradução Rachel Sztajn. São Paulo, Atlas, 2015.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Introdução ao pensamento jurídico crítico**. São Paulo: Saraiva, 2015.

OAB mais plural ganha ainda mais legitimidade". **Revista Conjur Jurídico** [SÃO PAULO], 10 de janeiro de 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-jan-10/entrevista-valentina-jungmann-autora-proposta-paridade-oab>. Acesso em: 17 de set. 2021

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

SANDEL, Michael J. **Justiça: o que é fazer a coisa certa**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2015. Versão Kindle.

O MOVIMENTO INDÍGENA E AS AÇÕES AFIRMATIVAS NA LUTA POR IGUALDADE NO BRASIL

THE INDIAN MOVEMENT AND AFFIRMATIVE ACTIONS IN THE STRUGGLE FOR EQUALITY IN BRAZIL

Kauany Flores Pinheiro Machado¹

Kauê Ruviaro Vieira²

Resumo

O tema da presente pesquisa é como garantir oportunidades aos povos indígenas brasileiros de melhorar suas condições socioeconômicas e políticas, ao mesmo tempo em que se respeita o seu desejo de manterem suas tradições e costumes pluriseculares tão intactos quanto possível. O método utilizado foi o indutivo, combinado com a pesquisa bibliográfica de estudos antropológicos, diplomas legais e obras jus-filosóficas. Foram discutidos o multiculturalismo, a diversidade e o preconceito, o Movimento Social Indígena e o muito debatido “marco temporal”. Também foi estudada a questão de se as ações afirmativas são uma alternativa viável para dar condições mais dignas a essa minoria, chegando-se, ao final, a uma resposta de que sim, são de fato medidas viáveis e potencialmente muito efetivas.

Palavras-Chave: Multiculturalismo; Preconceito; Direitos dos Povos Indígenas; Ações Afirmativas.

Abstract

The subject of this present research is how the indigenous peoples of Brazil can be given opportunities to improve their own socioeconomic and political conditions, while still respecting their desire to keep their multi-century traditions and culture as intact as possible. We have utilized the inductive method, combined with the bibliographical research of anthropological studies, legal texts, and jus-philosophical works. We have discussed multiculturalism, diversity and prejudice, the Indian Social Movement and the much-debated “temporal mark”. We have also studied whether affirmative actions are a viable alternative to improve the conditions of this minority, concluding that yes, they are indeed a viable and potentially very effective measure.

Keywords: Multiculturalism; Prejudice; Indigenous Peoples’ Rights; Affirmative Actions.

INTRODUÇÃO

É possível dizer, do ponto de vista histórico, que o Brasil atual começou a se formar quando a frota portuguesa, sob o comando do navegador Pedro Álvares Cabral, aportou na costa da atual Bahia, em 22 de abril de 1500 (a Páscoa daquele ano),

¹ Graduada em Direito pela Universidade de Passo Fundo; Mestranda em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Passo Fundo.

² Graduado em Direito pela Universidade de Passo Fundo; Mestrando em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Passo Fundo.

enquanto se dirigia para a Índia. No entanto, uma série de povos indígenas, os habitantes originais do território nacional, já estavam aqui incontáveis séculos antes disso.

Não obstante, a situação desses indígenas sempre foi bastante conturbada e, do ponto de vista legislativo, só começaria a ser levada a sério muito recentemente. Como marcos legislativos, é possível citar a criação da FUNAI e o reconhecimento dos direitos desses povos pela atual Constituição Federal, além de diversas leis esparsas, nenhuma mais antiga do que a década de 60. Embora não se possa negar as contribuições destes diversos diplomas, ainda há muito a se fazer do ponto de vista prático.

O presente artigo se propõe a debater a questão indígena, com particular enfoque à garantia de oportunidades para esses povos, que por tanto tempo foram relegados a um segundo plano. Entre as questões que serão tratadas estão o multiculturalismo, a diversidade cultural e a importância de se valorizar a cultura indígena como parte integrante e essencial da cultura brasileira.

Serão debatidas ainda as ações afirmativas, incluindo a polêmica questão das cotas raciais, como forma de melhorar a situação desses povos, bem como de ajudar a promover o desenvolvimento socioeconômico do país, e se irá expor brevemente também a questão do Movimento Indígena como instrumento de reivindicação de direitos dessa minoria.

Importa ressaltar que este é um tema de relevo, antigo, mas extremamente atual, e que certamente merece a atenção da academia e da sociedade brasileiras.

1. DIVERSIDADE CULTURAL E O PRECONCEITO

Uma grande característica das sociedades modernas é a sua miscigenação e diversidade cultural. Will Kymlicka enuncia que “[...] os 184 Estados independentes do mundo contêm mais de 600 grupos de línguas vivas e 5.000 grupos étnicos”³, fazendo uma referência direta com o multiculturalismo. Este se define como a existência de muitas culturas em um local, onde os costumes e valores vão ser determinados pelos efeitos desta diversidade.

Esse fenômeno social além de promover a relação entre várias culturas, promove a inclusão das minorias culturais garantem sua liberdade de expressão cultural, religiosa e étnica. Deste modo, valorizando as multiplicidades e a igualdade de direitos,

³KYMLICKA, Will. **Ciudadanía Multicultural**. Una teoría liberal de los derechos de las minorías. Traducción de Carme Castells Auleda. Cubierta de Victor Viano. Barcelona: Ediciones Paidós Ibérica S.A., 1996. p. 13.

implantam relações sociais mais pertinentes e igualitárias, privilegiando e respeitando um dos princípios mais importantes, que é o da dignidade da pessoa humana.

Uma dificuldade, lembrada por Lanzillo, a vista do multiculturalismo, é que atualmente ele vem sendo usado como “bandeira ideológica a ser perseguida”⁴ e pode soar como uma ameaça à integridade nacional e aos costumes tradicionais. Mas, independentemente das interpretações positivas ou negativas, o fato é que o multiculturalismo é uma realidade no mundo, assim como no Brasil.

Todas essas culturas presentes na sociedade devem ser reconhecidas e respeitadas, conforme a dignidade das pessoas que as representam. Dworkin vai pontuar que as pessoas têm o direito de não serem tratadas com indignidade pela sua cultura⁵. E é nesse contexto que abordaremos a cultura e tradição indígena.

O histórico legislativo brasileiro tendia à atitude de não admitir a cultura indígena como parte formadora da identidade nacional. Até a constituição de 1988, os índios deveriam abdicar de sua identidade original, e adotar o modelo ideal branco de sociedade para serem equiparados a cidadãos.

Procurando transformar essa realidade, a atual Constituição Federal vai inovar, reconhecendo a presença da população nativa no país e defendendo a composição cultural e social, em seu artigo 231⁶.

Este artigo carrega um aspecto do multiculturalismo ao reconhecer o índio e exaltar seu direito de existência e diferença, e vai de acordo com o que consta no artigo 3º, inciso IV da Constituição Federal⁷, ao buscar viabilizar o bem comum sem nenhum traço de preconceito com raça e etnia.

Reforçando essa ideia, a Organização Internacional do Trabalho (OIT), em sua Convenção 169 (recepcionada originalmente no ordenamento jurídico nacional pelo Decreto nº 5.051, de 19 de abril de 2004⁸), reconhece a diversidade cultural como

⁴LANZILLO, Maria Laura. **Il multiculturalismo**. Bari: Laterza, 2005. p. IX.

⁵DWORKIN, Ronald. **Domínio da Vida**: aborto, eutanásia e liberdades individuais. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 333.

⁶Art. 231. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.” BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 19 out. 2021.

⁷Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: [...] IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.” BRASIL. **Constituição Federal**.

⁸Art. 1º A Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho - OIT sobre Povos Indígenas e Tribais, adotada em Genebra, em 27 de junho de 1989, apensa por cópia ao presente Decreto, será executada e cumprida tão inteiramente como nela se contém.” BRASIL. **Decreto nº 5.051, de 19 de abril de 2004**. Promulga a Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho - OIT sobre Povos Indígenas e Tribais. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5051.htm. Acesso em 19 out. 2021. Atualmente, o texto da convenção encontra-se no Anexo LXXII do Decreto nº 10.088, de 5 de novembro de 2019, que revogou o decreto anterior.

patrimônio comum da humanidade e particulariza a diversidade da cultura indígena em países independentes. Especial destaque ao artigo 5º da referida convenção:

Artigo 5º

Ao se aplicar as disposições da presente Convenção:

- a) deverão ser reconhecidos e protegidos os valores e práticas sociais, culturais religiosos e espirituais próprios dos povos mencionados e dever-se-á levar na devida consideração a natureza dos problemas que lhes sejam apresentados, tanto coletiva como individualmente;
- b) deverá ser respeitada a integridade dos valores, práticas e instituições desses povos;
- c) deverão ser adotadas, com a participação e cooperação dos povos interessados, medidas voltadas a aliviar as dificuldades que esses povos experimentam ao enfrentarem novas condições de vida e de trabalho.⁹

Além da preocupação legal, a cultura indígena tem muito a oferecer a sociedade, em concordância com o que diz Gersem Luciano:

À sua maneira, as culturas indígenas expressam os grandes valores universais. Nas solenidades das festas, no refinamento dos vestidos e na pintura corporal, na educação dos filhos, na concepção sagrada do cosmos, elas manifestam a consciência moral, estética, religiosa e social. A diversidade de visões do mundo, do homem e dos modos de organização da vida, os conhecimentos e os valores transmitidos de pais para filhos, a tradição oral e a experiência empírica são a base e a força dos conhecimentos e dos valores. A territorialidade atua como um estado de espírito e os ritos e os mitos, como referência da identidade e da consciência humana e da natureza¹⁰.

Assim sendo, as comunidades indígenas têm particularidades em sua organização social, sua cultura, religião, valores e tradições, que a fazem ser autossuficiente e agregam direta e indiretamente na população externa. Sua cultura é rica em detalhes, sua simbologia, arte, religião e culinária influenciaram e influenciam até hoje a vida dos brasileiros.

Entretanto, mesmo com tanta riqueza cultural e social, a colonização e contínua repressão desses povos marginalizam a população indígena, trazendo uma ideia de inferioridade e dependência em relação ao homem branco. Esta segregação influencia fatidicamente o desenvolvimento social e percepção de si mesmo, gerando exclusão,

⁹CONVENÇÃO nº 169 da OIT sobre Povos Indígenas e Tribais = INDIGENOUS and Tribal Peoples Convention, 1989 (No. 169). 07 jun. 1989. Disponível em: <https://www.oas.org/dil/port/1989%20Conven%C3%A7%C3%A3o%20sobre%20Povos%20Ind%C3%ADgenas%20e%20Tribais%20Conven%C3%A7%C3%A3o%20OIT%20n%20C2%BA%20169.pdf>. Acesso em: 19 out. 2021.

¹⁰LUCIANO, Gersem dos Santos. **O índio brasileiro**: o que você precisa saber sobre os povos indígenas no Brasil de hoje. – Brasília: Ministério da Educação, Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade; LACED/Museu Nacional, 2006. p. 50.

pobreza, baixa condição de habitação, saúde e educação, e instigando dependências toxicológicas e alcoólicas¹¹.

Essa visão preconceituosa do índio reflete diretamente em sua auto percepção, principalmente a respeito de sua capacidade e comportamento. Há relatos depreciativos até sobre a alma dos índios, de que eles não a possuíam, e eram tratados e equiparados à animais selvagens¹². Além do prejuízo interno, a intolerância afeta aspectos externos, na vida, organização e políticas públicas.

Nos dias de hoje, essas violências não são tão escancaradas quanto à época da colonização, elas passaram por transformações, e ocorrem de modo implícito, sob a justificativa de integração e ajuda a se adequar ao padrão colonizador. Mesmo com os direitos positivados, há lacunas que permitem violências subentendidas a esses povos e cabe ao Estado adotar políticas que não permitam esse tipo de conduta.

Um dos instrumentos de efetivação dos direitos indígenas é o Estatuto do Índio¹³, que nos artigos 48 a 55 prezam pela educação de acordo com a língua nativa da comunidade; pelo trabalho, garantindo o direito de formação profissional; e pela saúde em conformidade com suas tradições e rituais. Ainda assim, é indispensável uma alteração do foco legislativo, deixando os índios serem protagonistas de suas histórias escutando suas vozes, e criando políticas de apreço a sua cultura. Deste jeito, Oliveira defende:

A separação entre o que deve (ou não) ser incorporado, sobre as inovações e recriações, não deve mais ser realizada pelas autoridades oficiais nem pelos especialistas (antropólogos, indigenistas, ONG's), mas sim pelas próprias coletividades (isto é, suas lideranças e intelectuais orgânicos). Já não são aceitos mais critérios que venham a colocar os indígenas em condições de subordinação em relação aos processos decisórios¹⁴.

Portanto, mesmo diante das imperfeições legislativas, o Estatuto do Índio e a Constituição Federal trabalham para garantir uma maior efetividade de direitos, e, juntamente com a Convenção 169 da OIT, atuam num papel de protetores da cultura desses povos.

A respeito do Estatuto do Índio, cabe uma atenção ao seu objetivo inicial e à sua trajetória. Quando foi promulgado, ele tinha por objetivo “integrar o índio à sociedade

¹¹KOWARICK, Lúcio. **Capitalismo e Marginalidade na América Latina**, 4ª ed. Rio de Janeiro: Paz & Terra, 1985. 188 p.

¹²LUCIANO, Gersem dos Santos. **O índio brasileiro**. p. 34.

¹³BRASIL. **Lei nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973**. Estatuto do Índio. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6001.htm. Acesso em: 19 out. 2021.

¹⁴OLIVEIRA, Pacheco de. **Sem a tutela, uma nova moldura de nação**. In: OLIVEN, Ruben George; RIDENTI, Marcelo; BRANDÃO, Gildo Marçal (orgs.) *A Constituição de 1988 na vida brasileira*. São Paulo: Aderaldo & Rothschild: ANPOCS, 2008. p. 271.

brasileira, assimilando-os de forma harmoniosa e progressiva”, conforme a redação de seu artigo 1º¹⁵, e foi considerado um grande passo para a proteção legal dos direitos indígenas. Todavia, a ideia integracionista perdeu espaço, visto que não mais se objetiva a integração de uma cultura a outra, e sim o respeito às particularidades específicas de cada uma.

Outro instrumento de proteção aos direitos indígenas é a Fundação Nacional do Índio (FUNAI), criada pela lei nº 5.371 de 1967. Em seus primeiros artigos são elencados princípios imprescindíveis para sua gestão. Seu principal objeto é garantir respeito às comunidades indígenas, o que não é tão fácil¹⁶.

O respeito a estes povos não é algo simples, precisando unir a ideia de dignidade, reconhecimento e fortalecimento da identidade cultural e social. A alínea “d” do inciso I do artigo 1º da lei de criação da FUNAI¹⁷ destaca a aculturação e seu resguardo, e faz com que muitas pessoas questionem a palpabilidade de garantir a tradição em uma sociedade em constante mudança. Independentemente da evolução que a sociedade vive, o governo tem de se esforçar para prover formas de preservação destas culturas, como faz com tantas outras.

E mesmo com esses recursos, a distância entre texto escrito e realidade é bem longa. A sociedade em geral ainda é muito hostil com a presença indígena, eles ainda são vistos como inferiores e selvagens. Com isso, é de papel crucial a Lei 7.716 de 1989, conhecida como Lei Antidiscriminação, que rege sobre os crimes de preconceito étnico, racial, entre outros.¹⁸

Sobre isso, Junqueira expressa que:

Discriminação consiste no ato de discriminar, ou seja, distinguir, discernir. Assim como o preconceito, a discriminação não é algo intrinsecamente negativo, mas consiste simplesmente na capacidade de reconhecer diferenças e responder a elas de forma diferenciada. É bem conhecida a regra segundo a qual se devem tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, mas não é isso o que se busca com a Lei impedir. Ao contrário, a discriminação mencionada pela Lei é precisamente aquela baseada no preconceito, vale dizer, em uma visão deformada da realidade que enxerga elas não existem e distingue, negando direitos a uns ou atribuindo privilégios a outros, de forma injustificada.¹⁹

¹⁵BRASIL. **Estatuto do Índio**.

¹⁶BRASIL. **Lei nº 5.371, de 5 de dezembro de 1967**. Autoriza a instituição da "Fundação Nacional do Índio" e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/l5371.htm. Acesso em: 19 out. 2021.

¹⁷“Art. 1º Fica o Governo Federal autorizado a instituir uma fundação, com patrimônio próprio e personalidade jurídica de direito privado, nos termos da lei civil, denominada "Fundação Nacional do Índio", com as seguintes finalidades: I - estabelecer as diretrizes e garantir o cumprimento da política indigenista, baseada nos princípios a seguir enumerados: [...] d) resguardo à aculturação espontânea do índio, de forma a que sua evolução socioeconômica se processe a salvo de mudanças bruscas;” BRASIL. **Lei nº 5.371, de 5 de dezembro de 1967**.

¹⁸BRASIL. **Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989**. Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7716.htm. Acesso em: 20 out. 2021.

¹⁹JUNQUEIRA, Gustavo O. D. **Legislação Penal Especial Vol. 2**. Saraiva Educação S.A., 2017. p. 259.

Este texto se aplica aos índios, especificamente, e a tantos outros sujeitos que sofrem por suas características étnicas e raciais. Além da legislação particular, a própria Constituição Federal exprime em seu artigo 5º, XLII que: “XLII – a prática de racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei”²⁰.

A discriminação se apresenta de diversas maneiras e em diversos contextos. Erika Kaneta Ferri e Maria Helena Salgado Bagnato expõe a discriminação no âmbito universitário, com um desprezo ao saber indígena:

Há nitidamente uma desqualificação do saber indígena. [...], “os cursos não estão abertos para dialogarem com saberes locais ou tampouco incluem essas questões nos currículos”.

A inclusão de novos saberes nos espaços universitários tem sido um campo ainda pouco valorizado e explorado pelos professores. Como possibilidade de integrar um conjunto de novos saberes à comunidade acadêmica não indígena, podem-se destacar suas práticas indígenas de manejo ambiental, de cuidado à saúde e de agricultura, entre outras [...] que devem ser respeitados.²¹

Neste trecho é demonstrado o preconceito institucionalizado, em ambientes que deveriam promover a diversidade e acabam por incitar uma exclusão social ainda maior.

Assim, este quadro ainda necessita de mais amparo do Estado. Conforme Mancebo²² salienta, a sociedade é carente de conviver com diferenças e respeitá-las. As leis sozinhas não são suficientes para se alcançar a igualdade. É preciso, além de reconhecer a sociedade heterogênea, reconhecer também o fracasso de políticas integracionistas e mobilizar recursos para a inclusão e o apoio da causa indigenista.

2. O MOVIMENTO SOCIAL INDÍGENA E A QUESTÃO DO “MARCO TEMPORAL”

A luta pelos direitos das minorias políticas no Brasil é fortemente marcada, nos dias atuais, pelo ativismo de movimentos sociais. Entre eles, pode-se destacar os Movimentos Negro e Feminista, além, é claro do Indígena.

O Movimento Indígena, a nível global, começou no México, em 1940, sendo que no Brasil sua atuação organizada surgiria na década de 70, em reação a políticas expansionistas da ditadura militar, que ameaçavam as terras tradicionalmente

²⁰BRASIL. **Constituição Federal**.

²¹FERRI, Erika K.; BAGNATO, Maria H. S. **Políticas públicas de Ação Afirmativa para indígenas na Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul: a visão dos implementadores**. Pro-Posições, Campinas, v. 29, n. 1, p. 54-82, abr. 2018. p. 67.

²²MANCEBO, Deise. **Globalização, Cultura e Subjetividade**: Discussão a Partir dos Meios de Comunicação de Massa. Psic.: Teor. e Pesq., Brasília, v. 18, n. 3, p. 289-295, dez. 2002. p. 290.

indígenas²³. Recentemente, o movimento ganhou destaque nos noticiários nacionais e internacionais ao promover uma ampla mobilização em oposição ao Projeto de Lei 470/2007, aprovado na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania da Câmara dos Deputados, em 23 de junho de 2021, por 40 votos a favor e 21 contra²⁴.

A principal objeção levantada pelos integrantes do movimento é contra o chamado “marco temporal”²⁵. Este marco temporal refere-se a um dispositivo incluído no projeto de lei em questão desde o primeiro substitutivo, elaborado pela Comissão de Agricultura, Pecuária, Abastecimento e Desenvolvimento Rural da Câmara dos Deputados, ainda em 2008 e está expresso no atual substitutivo, de 2018, da seguinte forma:

Art. 3º São terras tradicionalmente ocupadas pelos índios de nacionalidade brasileira devidamente comprovada, aquelas que, na data da promulgação da Constituição de 1988, atendiam simultaneamente, aos seguintes requisitos:
I - as por eles habitadas em caráter permanente;
II - as utilizadas para suas atividades produtivas;
III - as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar;
IV - as necessárias à sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições.²⁶

Em outras palavras, as terras ocupadas por indígenas que não atendam aos requisitos legais, inclusive ao requisito temporal (daí o nome) de a ocupação ser anterior a 5 de outubro de 1988 (data da promulgação da Constituição), não serão passíveis de demarcação. Obviamente, isso levanta dúvidas, em especial dentro das comunidades afetadas, quanto à possibilidade de comprovação desta ocupação, tendo em vista já terem se passado mais de 30 anos da data escolhida pelo legislador, sem falar da razoabilidade de tal requisito.

Embora a legislação proposta ainda não tenha sido analisada pelo Plenário da Câmara, essa questão já foi parar no Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário 1.017.365. Essa ação, proposta em 2016, foi reconhecida como de repercussão geral (Tema 1031), em 2019, e, após sucessivas remarcações de pauta, o julgamento começou em 15 de setembro de 2021 em Plenário, mas foi interrompido pelo pedido de vista do Ministro Alexandre de Moraes, sendo que, na data em que esta

²³CHAGAS, Inara; FAHS, Ana C. S. **Conheça o movimento indígena**. Politize!, 8 ago. 2016. Disponível em: <https://www.politize.com.br/movimento-indigena/>. Acesso em: 22 out. 2021.

²⁴BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 470, de 20 de março de 2007**. Altera a Lei nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973, que dispõe sobre o Estatuto do Índio. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=345311>. Acesso em: 19 out. 2021.

²⁵CONSELHO INDIGENISTA MISSIONÁRIO. **Em todo o Brasil, povos indígenas mobilizam-se contra o marco temporal**. CIMI, 06 set. 2021. Disponível em: <https://cimi.org.br/2021/09/brasil-povos-indigenas-mobilizam-se-contra-marco-temporal/>. Acesso em: 19 out. 2021.

²⁶BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 470, de 20 de março de 2007**.

seção está sendo escrita (19 de outubro de 2021), ainda não há previsão para a retomada do julgamento.²⁷

Sustentam os defensores dos direitos dos indígenas que, caso o STF decida por afastar a tese do marco temporal, o caminho para a demarcação de 310 terras indígenas, cuja demarcação ainda está pendente de decisão administrativa, estaria livre. O reconhecimento da tese, por outro lado, poderia levar a que diversas demarcações já feitas fossem anuladas, deflagrando novos conflitos e piorando os já existentes²⁸.

3. AÇÕES AFIRMATIVAS

A Revolução Francesa foi um grande acontecimento histórico para as ações afirmativas. Isto porque seu lema de combate à desigualdade se tornou a base das ações afirmativas no mundo todo. Gomes emite que: “a noção de igualdade, como categoria jurídica de primeira grandeza, teve sua emergência como princípio jurídico incontornável nos documentos constitucionais promulgados imediatamente as revoluções do final do século XVIII”²⁹.

Já no cenário pós-guerra, a visão do homem se tornou mais direcionada aos indivíduos como iguais entre si, como profere Sarmento:

O advento do Estado Social, já no século XX, provocou no mundo toda uma releitura do princípio da igualdade. A crescente intervenção estatal na seara das relações econômicas foi acompanhada por uma preocupação maior com a igualdade material. Aos poucos os Estados e as constituições vão reconhecendo novos direitos voltados para a população mais pobre, que envolviam prestações positivas e demandavam uma atuação mais ativa dos poderes públicos voltadas para a garantia de condições mínimas de vida para todos.³⁰

Para diminuir as desigualdades e ajudar as minorias sociais, são promovidas ações afirmativas enquanto políticas públicas de inclusão. Com caráter compensatório e inclusivo, promove a presença dos grupos sociais excluídos em posições e espaços

²⁷BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 1.017.365/SC. Recorrente: Fundação Nacional do Índio – FUNAI. Recorrido: Instituto do Meio Ambiente de Santa Catarina – IMA. Relator: Ministro Edson Fachin. Brasília, 14 de dezembro de 2016. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5109720>. Acesso em: 19 out. 2021.

²⁸CONSELHO INDIGENISTA MISSIONÁRIO. **Entenda o caso de repercussão geral no STF que pode definir o futuro das terras indígenas do Brasil**. CIMI, 18 out. 2020. Disponível em: <https://cimi.org.br/2020/10/entenda-repercussao-geral-stf-futuro-terras-indigenas/>. Acesso em: 22 out. 2021.

²⁹GOMES, Joaquim B. Barbosa. **A recepção do instituto da ação afirmativa no Direito Constitucional brasileiro**. Revista de Informação Legislativa. Brasília a. 38 n. 51 jul./set. 2001, p. 130.

³⁰SARMENTO, Daniel. **A igualdade étnico-racial no direito constitucional brasileiro**. In: Jonas Zoninsein (org.). *Ação Afirmativa no Ensino Superior Brasileiro*. Belo Horizonte: UFMG, 2008. p. 248.

de prestígio, com uma distribuição mais equilibrada de posições e influências no meio social³¹.

As ações afirmativas podem se apresentar como políticas públicas ou privadas, e são baseadas no princípio da igualdade e na defesa contra a discriminação de qualquer tipo em qualquer ambiente. Segundo Silva:

De cunho pedagógico e não raramente impregnadas de um caráter de exemplaridade, têm como meta, também, o engendramento de transformações culturais e sociais relevantes, aptas a inculcar nos atores sociais a Seminário Internacional – As Minorias e o Direito 91 utilidade e a necessidade da observância dos princípios do pluralismo e da diversidade nas mais diversas esferas do convívio humano. Por outro lado, constituem, por assim dizer, a mais eloquente manifestação da moderna ideia de Estado promovedor, atuante, eis que de sua concepção, implantação e delimitação jurídica participam todos os órgãos estatais essenciais, aí se incluindo o Poder Judiciário, que ora se apresenta no seu tradicional papel de guardião da integridade do sistema jurídico como um todo e especialmente dos direitos fundamentais, ora como instituição formuladora de políticas tendentes a corrigir as distorções provocadas pela discriminação.³²

Já no Brasil, as ações afirmativas vão encontrar amparo jurídico na Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial e contra a Mulher³³, incorporado à legislação brasileira pelo Decreto nº 4.377, de 13 de setembro de 2002³⁴, e, principalmente, no próprio texto constitucional.

A Constituição Federal de 1988 inovou ao realizar a institucionalização dos direitos humanos, buscando uma igualdade material. Seu texto recita os objetivos nacionais de construir uma sociedade livre, justa e solidária, mediante a redução das desigualdades sociais e a promoção do bem de todos, sem quaisquer formas de discriminação (artigo 3º, I, III e IV). E em alguns trechos, vai assegurar expressamente essa proteção às minorias, como no artigo 7º, inciso XX que assegura a mulher no mercado de trabalho com incentivos e o artigo 37, VII, que prevê a reserva de cargos para pessoas com deficiência.³⁵

A redação constitucional vai adotar determinadas medidas para possibilitar a justiça social como Beltrão e Cunha salientam: “(1) o combate às desigualdades e à

³¹DWORKIN, Ronald. A discriminação inversa. In: **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 435-494.

³²SILVA, Fernanda Duarte. **As ações afirmativas e os processos de promoção da igualdade efetiva**. Seminário Internacional As Minorias e o Direito. Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal. Brasília-DF. 2001. p. 20.

³³CONVENÇÃO sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial = CONVENTION on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women. 18 dez. 1989. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/convencao-sobre-eliminacao-de-todas-formas-de-discriminacao-contras-mulheres>. Acesso em: 19 out. 2021.

³⁴BRASIL. **Decreto nº 4.377, de 13 de setembro de 2002**. Promulga a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, de 1979, e revoga o Decreto nº 89.460, de 20 de março de 1984. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4377.htm. Acesso em: 19 out. 2021.

³⁵BRASIL. **Constituição Federal**.

marginalização suportadas por pessoas com deficiência física, mental ou sensorial no campo do trabalho; (2) a proteção aos direitos da mulher; entre outros.” Este tipo de medidas é classificado como uma discriminação positiva, pois ela diferencia os grupos sociais com o intuito de combater o preconceito e o histórico de exclusão.³⁶

Além da Constituição, a Lei de Cotas³⁷, introduz políticas mais eficientes e específicas para a inserção das minorias na política, educação e lugares de protagonismo. Também o Decreto nº 7.037, de 21 de dezembro de 2009 faz expressa referência às ações afirmativas, defendendo essa adoção para combater o racismo e garantir o acesso aos grupos vulneráveis nas universidades e empresas³⁸.

Mais recentemente, foi promulgado o muito esperado Estatuto da Igualdade Racial (Lei 12.288 de 2010), o qual, logo em seu primeiro artigo, parágrafo único, conceitua as ações afirmativas como: “programas e medidas especiais adotados pelo Estado e pela iniciativa privada para correção das desigualdades raciais e para promoção da igualdade de oportunidades”, e no seu artigo 4º, parágrafo único, complementa que são “políticas públicas destinadas a reparar as distorções e desigualdades sociais e demais práticas discriminatórias adotadas, nas esferas pública e privada, durante o processo de formação social do País”³⁹.

A respeito das universidades, seu conceito e seu papel, existem diversas concepções, mas, de maneira geral sempre possuiu um certo caráter elitista, para que as classes dominantes pudessem ter um local de incentivo para criar e desenvolver seus intelectos. Ainda hoje, a dominância da classe opressora é perceptível, mas com algumas transformações políticas, sociais e econômicas, a presença de negros, mulheres, índios, deficientes e outras minorias vêm ganhando espaço no meio acadêmico. Portanto, a universidade é um espaço de promoção do saber científico, de ensino, pesquisa e extensão, e é a principal mola propulsora de mudança e desenvolvimento social⁴⁰.

O conhecimento proporcionado dentro da esfera universitária é um diferencial para quem integra o mercado de trabalho e para o desenvolvimento do país. Assim,

³⁶BELTRÃO, J. F.; CUNHA, M. J. S. **Resposta à diversidade:** políticas afirmativas para povos tradicionais, a experiência da Universidade Federal do Pará. Espaço Ameríndio, Porto Alegre, v. 5, n. 3, p. 10-38, 2011. p. 18.

³⁷BRASIL. **Lei nº 12.711, de 29 de agosto de 2012.** Dispõe sobre o ingresso nas universidades federais e nas instituições federais de ensino técnico de nível médio e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12711.htm. Acesso em: 19 out. 21.

³⁸BRASIL. **Decreto nº 7.037, de 21 de dezembro de 2009.** Aprova o Programa Nacional de Direitos Humanos - PNDH-3 e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D7037.htm. Acesso em: 19 out. 21.

³⁹BRASIL. **Lei nº 12.288, de 20 de julho de 2010.** Institui o Estatuto da Igualdade Racial; altera as Leis nos 7.716, de 5 de janeiro de 1989, 9.029, de 13 de abril de 1995, 7.347, de 24 de julho de 1985, e 10.778, de 24 de novembro de 2003. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12288.htm. Acesso em: 19 out. 21.

⁴⁰WANDERLEY, Luiz Eduardo. **O que é Universidade?** São Paulo: Editora Brasiliense, 1985. 87 p.

não faz muito sentido manter esse direito restrito à alguns grupos que faticamente já tem melhores condições de estudos e experiências acadêmicas, então o mérito já não se encaixa como quesito justo de admissão na universidade.

Com toda essa justificativa, as ações afirmativas se tornaram bandeiras de lutas de vários segmentos de ONGs e movimentos, como o Feminista e o Negro. Ela tem uma marca maior no contexto afro descendente, pela trajetória dos negros norte-americanos e sua segregação, mas seu papel com os índios e mulheres é fundamental principalmente em ambientes machistas e discriminatórios com os nativos, como no caso brasileiro.

As ações afirmativas, para serem efetivadas, tem que ser pensadas com cautela para não promover uma discriminação negativa. Nos casos das universidades, é preciso analisar a relevância social dessas instituições de ensino, a legitimidade das reivindicações e as objeções que elas podem sofrer pelos outros setores da sociedade.

O tema das cotas universitárias, por exemplo, é debatido e questionado por muitas pessoas. A relutância em entender e aceitar o tema dificulta com que as políticas afirmativas sejam vistas com bons olhos. No Brasil, a oposição tem como base a premissa constitucional de que todos são iguais perante a lei, gerando uma confusão entre igualdade forma e material – e cabe destacar que esta última é o fundamento das ações afirmativas. Junto a isso, existe a crítica a uma política focada em um só grupo, com o princípio de que as leis devem ser feitas para todos.

Quanto a isso, parece interessante invocar a ideia rawlsiana da justiça como equidade. Em breve síntese, esta ideia de justiça social parte de uma premissa de que, se as pessoas conseguirem se colocar numa posição teórica (chamada de posição original), na qual se abstraem os conhecimentos de que cada uma possui de sua posição social, de seus talentos e inclinações psicológicas, e da própria estrutura de sua sociedade (o chamado “véu da ignorância”), a tendência é que cheguem a um consenso acerca dos princípios essenciais da justiça social, princípios estes que permitem chegar a uma estrutura (básica) da sociedade que garanta os direitos básicos de cada um e privilegie em particular a melhoria de condições para os menos favorecidos⁴¹.

Os dois princípios mais relevantes da concepção de justiça como equidade podem ser expressos da seguinte maneira:

⁴¹RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**, 4ª ed. rev. Tradução de Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2016. p. 15-18.

Primeiro: cada pessoa deve ter um direito igual ao sistema mais extenso de iguais liberdades fundamentais que seja compatível com um sistema similar de liberdades para as outras pessoas.

Segundo: as desigualdades sociais e econômicas devem estar dispostas de tal modo que tanto (a) se possa razoavelmente esperar que se estabeleçam em benefício de todos como (b) estejam vinculadas a cargos e posições acessíveis a todos.⁴²

De acordo com o segundo princípio, portanto, a desigualdade não é algo necessariamente ruim, desde que venha em benefício de todos. A discriminação, seja ela negativa ou positiva, pode facilmente ser entendida como uma desigualdade, de tratamento, neste caso. Sendo assim, uma discriminação positiva que reverta em vantagem para todos, em especial aos mais desfavorecidos poderá, então, ser entendida como moral e juridicamente permissível.

Embora certos teóricos do Direito, aqui destacando-se Hans Kelsen, pretendem entender as normas morais e as normas jurídicas como distintas e independentes umas das outras⁴³, parece mais razoável afirmar que cada um de nós, como seres humanos, possuímos determinada concepção de justiça, que nos permite, no mínimo, analisar as normas jurídicas e entende-las, ou não, como justas⁴⁴. Nesse sentido, entende-se viável, quiçá necessário, analisar normas jurídicas pelo ponto de vista moral.

Pois bem, analisando brevemente a moralidade das normas jurídicas que dispõe sobre cotas nas universidades, parece que, pelo menos em princípio, elas são sim moralmente justificáveis. Isso porque, não apenas beneficiam minorias políticas e sociais, que certamente se enquadram no quesito de segmentos menos favorecidos da sociedade, como também possuem o potencial de beneficiar a sociedade como um todo, ao garantir oportunidades a determinados indivíduos que, de outra forma, talvez não as teriam, de melhorar as próprias condições, além de contribuir para o desenvolvimento da sociedade, da economia e, é claro, da ciência brasileira. Quem poderá dizer quantos jovens talentos já foram desperdiçados pela falta de oportunidades em nosso país?

Ainda assim poderia surgir a questão de se as cotas, ao seguirem critérios fundados em questões de raça, cor e etnia, além de aspectos econômicos, não estariam ainda a excluir pessoas, talentosas, que poderiam se enquadrar nos aspectos econômicos, mas não se enquadram nos raciais.

⁴²RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. p. 73.

⁴³KELSEN, Hans. *Direito e Moral*. In: **Teoria Pura do Direito**, 6ª ed. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 53-60.

⁴⁴RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. p. 6.

Bem, nesse caso, como em muitos outros, parece ser uma questão de escolha política, embora o histórico das relações sociais, e da própria formação social, brasileiras, conforme já exposto anteriormente, tornam a opção por critérios de cor, raça e etnia, no mínimo, tão razoáveis quanto outros.

Seja como for, existem fortes indicativos, como já mencionado, que as ações afirmativas, incluindo as cotas raciais, podem ser importantes instrumentos de promoção da melhoria nas condições sociais, economias e políticas das minorias, incluindo as dos indígenas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A questão dos direitos dos povos indígenas está longe de ser uma novidade. Essas culturas, com tradições que remontam ao período anterior ao Descobrimento, sempre tiveram de enfrentar preconceito, opressão e ingerências externas sobre suas próprias vidas, desde o início da colonização.

Mais recentemente, a criação da FUNAI, o reconhecimento dos direitos desses povos na atual Constituição Federal, bem como em leis esparsas, já fizeram muito para melhorar a condição legal desses povos, mas ainda há muito a se fazer na prática.

Ao longo do artigo, foi debatida a questão do multiculturalismo, da diversidade cultural, da importância de se valorizar a cultura indígena e de se permitir a esses povos autonomia para escolher como, se e quando integrar-se ao restante da sociedade, autonomia essa que por muito tempo lhes foi negada.

Posteriormente, falou-se um pouco da questão do Movimento Indígena, importante instrumento de reivindicação de direitos dessa minoria, e que recentemente tomou as manchetes dos noticiários em sua luta contra a questão do “marco temporal”, que também foi brevemente debatido.

Por fim, abordou-se a questão das ações afirmativas, em termos gerais e específicos, com particular atenção ao polêmico tema das cotas raciais, como forma de promover uma melhoria nas condições dos indígenas, que indubitavelmente seguem sendo uma minoria política e social, assim como promover o desenvolvimento da sociedade como um todo.

Em suma, trata-se de um tema de relevo, antigo, mas extremamente atual, e que certamente merece a atenção da academia e da sociedade brasileiras.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

BELTRÃO, J. F.; CUNHA, M. J. S. **Resposta à diversidade:** políticas afirmativas para povos tradicionais, a experiência da Universidade Federal do Pará. Espaço Ameríndio,

Porto Alegre, v. 5, n. 3, p. 10-38, 2011. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/EspacoAmerindio/article/view/21822>. Acesso em: 22 out. 2021.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 470, de 20 de março de 2007**. Altera a Lei nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973, que dispõe sobre o Estatuto do Índio. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=34531>. Acesso em: 19 out. 2021.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 19 out. 2021.

BRASIL. **Decreto nº 4.377, de 13 de setembro de 2002**. Promulga a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, de 1979, e revoga o Decreto no 89.460, de 20 de março de 1984. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4377.htm. Acesso em: 19 out. 2021.

BRASIL. **Decreto nº 5.051, de 19 de abril de 2004**. Promulga a Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho - OIT sobre Povos Indígenas e Tribais. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5051.htm. Acesso em 19 out. 2021.

BRASIL. **Decreto nº 7.037, de 21 de dezembro de 2009**. Aprova o Programa Nacional de Direitos Humanos - PNDH-3 e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D7037.htm. Acesso em: 19 out. 21.

BRASIL. **Decreto nº 10.088, de 5 de novembro de 2019**. Consolida atos normativos editados pelo Poder Executivo Federal que dispõem sobre a promulgação de convenções e recomendações da Organização Internacional do Trabalho - OIT ratificadas pela República Federativa do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Decreto/D10088.htm. Acesso em 19 out. 2021.

BRASIL. **Lei nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973**. Estatuto do Índio. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6001.htm. Acesso em: 19 out. 2021.

BRASIL. **Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989**. Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7716.htm. Acesso em: 20 out. 2021.

BRASIL. **Lei nº 12.288, de 20 de julho de 2010**. Institui o Estatuto da Igualdade Racial; altera as Leis nos 7.716, de 5 de janeiro de 1989, 9.029, de 13 de abril de 1995, 7.347, de 24 de julho de 1985, e 10.778, de 24 de novembro de 2003. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12288.htm. Acesso em: 19 out. 21.

BRASIL. **Lei nº 12.711, de 29 de agosto de 2012**. Dispõe sobre o ingresso nas universidades federais e nas instituições federais de ensino técnico de nível médio e dá

outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/112711.htm. Acesso em: 19 out. 21.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 1.017.365/SC**. Recorrente: Fundação Nacional do Índio – FUNAI. Recorrido: Instituto do Meio Ambiente de Santa Catarina – IMA. Relator: Ministro Edson Fachin. Brasília, 14 de dezembro de 2016. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5109720>. Acesso em: 19 out. 2021.

CHAGAS, Inara; FAHS, Ana C. S. **Conheça o movimento indígena**. Politize!, 8 ago. 2016. Disponível em: <https://www.politize.com.br/movimento-indigena/>. Acesso em: 22 out. 2021.

CONSELHO INDIGENISTA MISSIONÁRIO. **Em todo o Brasil, povos indígenas mobilizam-se contra o marco temporal**. CIMI, 06 set. 2021. Disponível em: <https://cimi.org.br/2021/09/brasil-povos-indigenas-mobilizam-se-contramarco-temporal/>. Acesso em: 19 out. 2021.

CONSELHO INDIGENISTA MISSIONÁRIO. **Entenda o caso de repercussão geral no STF que pode definir o futuro das terras indígenas do Brasil**. CIMI, 18 out. 2020. Disponível em: <https://cimi.org.br/2020/10/entenda-repercussao-geral-stf-futuro-terras-indigenas/>. Acesso em: 22 out. 2021.

CONVENÇÃO nº 169 da OIT sobre Povos Indígenas e Tribais = INDIGENOUS and Tribal Peoples Convention, 1989 (No. 169). 07 jun. 1989. Disponível em: <https://www.oas.org/dil/port/1989%20Conven%C3%A7%C3%A3o%20sobre%20Povos%20Ind%C3%ADgenas%20e%20Tribais%20Conven%C3%A7%C3%A3o%20OIT%20n%20%C2%BA%20169.pdf>. Acesso em: 19 out. 2021.

CONVENÇÃO sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial = CONVENTION on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women. 18 dez. 1989. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/convencao-sobre-eliminacao-de-todas-formas-de-discriminacao-contramulheres>. Acesso em: 19 out. 2021.

DWORKIN, Ronald. A discriminação inversa. In: **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 435-494.

DWORKIN, Ronald. **Domínio da Vida**: aborto, eutanásia e liberdades individuais. São Paulo: Martins Fontes 2003. 384p.

FERRI, Erika Kaneta; BAGNATO, Maria Helena Salgado. **Políticas públicas de Ação Afirmativa para indígenas na Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul: a visão dos implementadores**. Pro-Posições, Campinas, v. 29, n. 1, p. 54-82, abr. 2018. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/1980-6248-2016-0133>. Acesso em: 22 out. 2021

JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. **Legislação Penal Especial**. Saraiva Educação S.A., 2017. 2 vols.

KELSEN, Hans. Direito e Moral. In: **Teoria Pura do Direito**, 6ª ed. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998. 281 p.

KYMLICKA, Will. **Ciudadanía Multicultural**. Traducción de Carme Castells Auleda. Cubierta de Victor Viano. Barcelona: Ediciones Paidós Ibérica S.A., 1996. 302 p.

KOWARICK, Lúcio. **Capitalismo e Marginalidade na América Latina**, 4^a ed. Rio de Janeiro: Paz & Terra, 1985. 188 p.

LANZILLO, Maria Laura. **Il multiculturalismo**. Bari: Laterza, 2005. 90 p.

LUCIANO, Gersem dos Santos. **O índio brasileiro**: o que você precisa saber sobre os povos indígenas no Brasil de hoje. – Brasília: Ministério da Educação, Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade; LACED/Museu Nacional, 2006. 232 p.

MANCEBO, Deise. **Globalização, cultura e subjetividade**: discussão a partir dos meios de comunicação de massa. *Psic.: Teor. e Pesq.*, Brasília, v. 18, n. 3, p. 289-295, dez. 2002. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S0102-37722002000300008>. Acesso em: 22 out. 2021.

OLIVEIRA, Pacheco de. **Sem a tutela, uma nova moldura de nação**. In: OLIVEN, Ruben George; RIDENTI, Marcelo; BRANDÃO, Gildo Marçal (orgs.) *A Constituição de 1988 na vida brasileira*. São Paulo: Aderaldo & Rothschild: ANPOCS, 2008. p. 251-275.

RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**, 4^a ed. rev. Tradução de Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2016. 816 p.

SILVA, Fernanda Duarte. **As ações afirmativas e os processos de promoção da igualdade efetiva**. Seminário Internacional As Minorias e o Direito. Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal. Brasília-DF. 2001.

WANDERLEY, Luiz Eduardo. **O que é Universidade?** São Paulo: Editora Brasiliense, 1985. 87 p.

A CONSTRUÇÃO DO COMUM: A MULTIDÃO GUIADA PELO AMOR

THE CONSTRUCTION OF THE COMMON: THE CROWD GUIDED BY LOVE

Guilherme Dorneles da Silva¹

Resumo

Sobre o objetivo de estudar a proposta do comum de Michael Hardt e Antonio Negri, o presente trabalho visa abordar alguns dos principais conceitos que essa ideia apresenta, como por exemplo, o contraste entre o povo e a multidão, a diferença entre a cidade e a metrópole e o amor como a força propulsora da revolução biopolítica. Assim, a partir um vocabulário próprio, com novos delineadores conceituais e enquadramentos sociais para explicar o mundo contemporâneo e as suas possibilidades de ação, pretende-se demonstrar quais seriam os caminhos que levariam a esse comum e apresenta-lo como uma possibilidade de combate a certas condições de domínio social.

Palavras-chaves: comum, multidão, metrópole, amor.

Abstract

With the objective of studying the proposal of the common of Michael Hardt and Antonio Negri, the present work aims to approach some of the main concepts that this idea presents, such as, for example, the contrast between the people and the crowd, the difference between the city and the metropolis and love as the driving force of the biopolitical revolution. Thus, based on its own vocabulary, with new conceptual delineators and social frameworks to explain the contemporary world and its possibilities for action, it is intended to demonstrate which paths would lead to this common and presents it as a possibility of combat to certain conditions of social domain.

Keywords: common, crowd, metropolis, love.

INTRODUÇÃO

O bem comum como um objetivo moral do direito, ou ainda, como uma construção política, é mencionado em diversos momentos no ordenamento jurídico brasileiro, como por exemplo, no preâmbulo da constituição federal, na lei de introdução às normas do direito brasileiro (LINDB), no pacto de São José da Costa Rica e em outros dispositivos ou tratados que o Brasil faz parte. No entanto, o bem comum é um conceito aberto, ou seja, não há uma definição oficial e definitiva sobre a sua consistência, afinal os seus limites não estão positivados em lugar nenhum, e,

¹ Bacharel em Direito pela Universidade de Passo Fundo; Bacharel em filosofia pela Universidade de Passo Fundo; Mestrando do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Passo Fundo. E-mail para contato 171469@upf.br.

portanto, cabe à doutrina articular a sua construção, e elaborar aquilo no qual consiste tal estado.

Assim, baseando-se principalmente nas obras de Michael Hardt e Antonio Negri, procurou-se com esse trabalho estudar o conceito de bem comum desses autores e entender quais seriam os caminhos para alcançá-lo.

A primeira parte do trabalho tem como propósito abordar aquilo que eles chamam de multidão. Diferentemente do conceito de povo, comumente formulado como uma massa homogênea, a multidão está comprometida com a realização de formas de vida variáveis através da manifestação ativa das singularidades, as quais se realizam em processos abertos de uma intersubjetividade que elas mesmas articulam.

No segundo momento o artigo explora o amor como um processo eminentemente político que visa articular as singularidades no comum, ou seja, o amor procura consolidar o comum como uma realidade dinâmica que não pode ser engessada, mas que permanece aberta às transformações sociais. Em outras palavras, nesse ponto procura-se demonstrar como o amor deve ser o fundamento dos encontros biopolíticos no comum.

A terceira parte trata da metrópole como o espaço onde o comum se realiza. Os encontros de subjetividade são produzidos no interior das metrópoles, acarretando tanto externalidades positivas quanto negativas. Assim, entre os seus objetivos está a criação de vínculos pelo comum, para a manifestação dos diferentes modos de ser das singularidades.

A pesquisa foi realizada pelo método hipotético dedutivo. A partir do estudo de alguns dos mais renomados autores que se dedicaram ao assunto, aliado a uma investigação qualitativa, buscou-se a construção de um artigo científico a respeito da proposta do comum de Michel Hardt e Antonio Negri.

1. A MULTIDÃO

A bioética, também conhecida por biopolítica do comum, pode ser entendida como uma política da vida, ou como o modo contemporâneo pelo qual a política lida com a vida, ou seja, é uma possibilidade de produção do cotidiano, de relações sociais que recolocam em circulação certos benefícios enquanto um bem comum. Pegando como exemplo a educação, é sabido que o Brasil vive uma catástrofe educacional, ficando sempre entre os piores colocados pelo crivo do Programa Internacional de

Avaliação de Estudantes (PISA)², já chegando a ficar atrás de países como Uganda, Serra Leoa e Paraguai.

Uma das causas desse fenômeno é o chamado analfabetismo funcional, caracterizado pela não compreensão do leitor quanto a mensagem de um texto que ele acabou de ler. Acontece que quando a quantidade de casos de analfabetos funcionais cresce a ponto de não poder mais ser ignorado, o problema deixa de ser privado e se torna uma produção coletiva de uma sociedade que cria os próprios padrões dessa má formação letrada.

Na própria formação do problema, o cuidado e a preocupação com a dimensão do comum desaparecem e são transformados em uma questão individual, que responsabiliza, ou mesmo culpa, as próprias pessoas pela sua condição. Assim, ao invés dos afetados por esse fenômeno serem objeto de cuidado, eles são tomados como possíveis alvos experimentais de tecnologias exclusivas para suprir essa situação, as quais não garantem certeza de que o problema será resolvido ou mesmo abordado de modo mais adequado. Percebe-se isso pela variedade imensa de cursinhos que prometem suprir as deficiências escolares, e capacitarem os alunos a serem aprovados em exames como o Enem, vestibulares, concursos, etc.

Acontece que se a educação fosse tratada em uma lógica do bem comum que visasse uma formação humana e não somente como uma obrigação convencional para se obter um emprego, as pessoas estariam mais conscientizadas da sua relevância e se portariam com mais atenção para a qualidade do ensino que lhes é oferecida, e consequentemente estariam melhor educadas do que em uma lógica que trata a educação como uma mercadoria, como um produto negociável individualmente.

Entende-se que o mundo vive um momento de transição das produções econômicas, em que os resultados da produção capitalista cada vez mais tomam o lugar das relações sociais e formas de vida, ou seja, a produção capitalista ultrapassa as fronteiras da economia e torna-se o que pode ser entendido como um processo da biopolítica.

O filósofo austríaco André Gorz, na obra “o imaterial” vai afirmar que a dimensão imaterial dos produtos, como por exemplo, o seu valor simbólico, estético e social, predomina sobre a realidade material, ou seja, esse valor social das imagens, das informações, do conhecimento, dos afetos, dos códigos e das relações sociais que os objetos despertam, estão adquirindo mais peso no processo de valorização capitalista do que as mercadorias materiais ou do que os aspectos materiais das mercadorias. Há

² Ver sítio eletrônico: www.oecd.org.

uma afeição simbólica que valoriza não propriamente o produto ou o trabalho a ele empregado, mas aquilo que ele vai despertar em uma rede de convivência. Afirma o autor:

[...] a dimensão imaterial dos produtos leva vantagem sobre a realidade material deles; seu valor simbólico, estético ou social, prevalece sobre seu valor prático e, está claro, também seu valor de troca, que praticamente apaga. A maior parte dos benefícios é realizada graças à dimensão imaterial das mercadorias.³

As pessoas comprem as coisas para vender uma ideia de si mesmas, ou seja, elas se apresentam pelo valor imaterial e simbólico dos bens que dispõem, como se fossem parte daquele produto⁴.

A divisão entre o trabalho produtivo e o reprodutivo perde o limite da sua demarcação, isto é, as fronteiras entre trabalho e vida, entre tempo de trabalho e tempo de vida, são diluídas “à medida em que essa produção capitalista se volta cada vez mais para a produção de relações sociais e formas de vida, e não só de mercadorias – o que talvez seja até um aspecto secundário nesse movimento” p. 155/156). Isso faz com que as pessoas assumam a sua ocupação como a sua identidade, identificando-se pelo seu ofício, de modo que a vida – entendida aqui como a vida fora do trabalho, como as suas emoções, sensações, planos e sonhos – acaba sendo engolida pelo trabalho, que se transforma “numa força e geração de vida social”⁵.

A produção biopolítica acaba deslocando o eixo econômico da produção das mercadorias e dos produtos para o campo das relações sociais, o que confunde a divisão entre a produção e a reprodução, ou seja, “na esfera biopolítica, a vida é levada a trabalhar para a produção e a produção é levada a trabalhar para a vida”⁶.

Segundo Hardt e Negri, Karl Marx teria dado a primeira chave para entender esse processo, porque embora nas sociedades capitalistas, as riquezas surjam como um aglomerado de mercadorias, o capital que Marx alega é um processo de criação de valores, que através da produção de mercadorias, tais valores as excedem, ou seja, o capital é uma relação social, ou ainda, ele é a constante reprodução de uma relação social, através da criação de valor excedente que ocorre por meio da produção de mercadorias, sendo a cidade o local onde esse processo todo se desenrola.

No entanto, a cidade não deve ser entendida apenas como um ambiente composto por casas e prédios, cabos de comunicação e sistemas de esgoto, mas é sim

³ GROZ, André. **O imaterial**: conhecimento, valor e capital. São Paulo: AnnaBlume, 2005. p. 38.

⁴ HARDT, Michael. NEGRI, Antonio. **Bem-estar comum**. Rio de Janeiro: Record, 2016. p. 157.

⁵ HARDT, Michael. NEGRI, Antonio. **Bem-estar comum**. p. 157.

⁶ HARDT, Michael. NEGRI, Antonio. **Império**. Rio de Janeiro: Record, 2000, p. 51.

uma dinâmica que comporta diversas práticas culturais e religiosas, por relações de afeto, processos intelectuais e instituições humanas. Esses e outros elementos são entendidos como características do comum, ou seja, são tanto os pré-requisitos para a produção biopolítica das cidades quanto o seu próprio resultado. A cidade, é, portanto, a fonte do comum e o ambiente onde ele se realiza como:

[...] espaços institucionais livres das restrições impostas pelos requisitos dos mercados. Quando se fala de um ambiente de informação, do espaço cultural e simbólico que ocupamos como indivíduos e cidadãos, a diversificação das restrições sobre as quais operamos, inclusive a criação de espaços relativamente livres das leis de estruturação de mercados, atinge o cerne da liberdade e da democracia.⁷

Semelhante ao conceito de povo, a multidão também resulta de um processo de constituição política. Acontece que diferentemente do povo que é formado por um poder hegemônico como uma falsa unidade que se coloca acima do social e do plural, a multidão consiste em redes de articulações própria da dinâmica social. Para Hardt e Negri:

O povo é uno. A multidão, em contrapartida é múltipla. A multidão é composta de inúmeras diferenças internas que nunca poderão ser reduzidas a uma unidade ou identidade única – diferentes culturas, raças, etnias, gêneros e orientações sexuais; diferentes formas de trabalho; diferentes maneiras de viver; diferentes visões de mundo; e diferentes desejos. A multidão é uma multiplicidade de todas essas diferenças singulares.⁸

Assim, enquanto que o povo é caracterizado pela indiferença dos seus componentes, submetidos a uma unidade imposta, a multidão é formada pela diferença e pela produção do diferente. A multidão é, portanto, esse conjunto de multiplicidades e subjetividades de diversas formas de expressão social, capazes de se desenvolver autonomamente.

Na biopolítica, a subjetividade é um processo em transformação e constituição permanentes de formas de relação, o que quer dizer que a multidão não se identifica em um sentido ontologicamente fixo e estático, mas sim como um acontecer, como algo que está em constante transformação e inovação, ou seja, “[...] a produção biopolítica de ideias, códigos, imagens, afetos e relações sociais, lida diretamente com os elementos constituintes da subjetividade”⁹. É sobre essas relações que a subjetividade

⁷ BENKLER, Yochai. **A economia política dos commons**. In: SILVEIRA, Sergio Amadeu da (Org.). Comunicação digital e a construção dos commons. São Paulo. Ed. Fundação Perseu Abramo, 2007. p. 16.

⁸ HARDT, Michael. NEGRI, Antonio. **Multidão: Guerra e democracia na era do Império**. Rio de Janeiro: Record, 2005. p. 12.

⁹ HARDT, Michael. NEGRI, Antonio. **Bem-estar comum**. p. 200.

nasce e reside sendo a própria multidão a pivô da sua autotransformação coletiva. No entendimento de Brown e Szeman, a multidão se fundamenta na:

[...] concepção de democracia solidamente ancorada na insistência de uma expansão do que é comum a todos. Tal como a entendemos, a multidão exerce a função de organização social mediadora entre aquele conceito ainda por demais abstrato (democracia global) e a prática política. O modo de organização endógeno da multidão é a rede distribuída.¹⁰

Mesmo sendo composta por diferentes elementos, inclusive antagônicos, a multidão consegue encontrar um modo de se organizar e se comunicar para a produção do comum. Em outras palavras, a multidão está empenhada com a produção de diferentes modos de vida pelas variáveis formas de expressão de singularidades, as quais se constituem pelos processos relacionais abertos que elas mesmas movimentam. Por isso, a multidão deve ser entendida como um projeto de organização política, composto por comunicação e compartilhamento, através da colaboração dos envolvidos pelo diálogo, já que o “[...] comum necessita que haja uma comunidade disposta a atuar como guardiã rigorosa do recurso em concreto”¹¹.

A produção da diversidade biopolítica “[...] ocorre e só pode ocorrer no terreno do comum”¹², visto que os seus elementos constitutivos – aquelas ideias, imagens e códigos – surgem dessa rede de cooperação por conta da atividade de quem as produz. Em outros termos, fala-se de uma produção colaborativa baseada em bens comuns, a qual pode ser entendida como:

[...] qualquer processo no qual indivíduos podem livremente e abertamente contribuir com um comum (de conhecimento, códigos ou design), necessariamente acoplados a formas de governança participativa (desde que não haja relação de dependência entre os contribuintes livres); e assim criar um comum de conhecimento que está aberto a novas contribuições.¹³

Isso indica a capacidade da multidão de produção política, indo de encontro a tese de que somente a partir da unificação e da hegemonia – atribuídas ao povo ou mesmo ao próprio Estado – é que se poderia ter iniciativa política.

¹⁰ BROWN, Nicholas e SZEMAN, Imre. O que é a multidão? Questões para Michael Hardt e Antonio Negri. **Revista Novos Estudos**. V 2, n 75, Julho de 2006, p 93 – 108. p. 98.

¹¹ BOLLIER, David. **Pensar desde los comunes**: una breve introducción. Madri: Traficantes de Sueños, 2016. p. 31. Do original: “Un común tiene límites, reglas, normas sociales y sanciones contra los oportunistas. Un común necesita que haya una comunidad dispuesta a actuar cual guardián riguroso del recurso en concreto”.

¹² HARDT, Michael. NEGRI, Antonio. **Bem-estar comum**. p. 201.

¹³ BAUWENS, Mico. **Commons based peer production**: an introduction. Heinrich-Böll-Stiftung, 2014. Do original: “[...] any process whereby individuals can freely and openly contribute to a common pool (of knowledge, code, and design), necessarily coupled to forms of participatory governance (since there is no relation of dependence between free contributors); and thereby create a common pool of knowledge that is itself open to new contributions.”

A multidão pode, portanto, se organizar por intermédio de conflitos e cooperações das individualidades dentro do comum, afinal o que as singularidades compartilham “[...] não é uma ideia abstrata de humanidade, mas suas relações concretas e específicas no ambivalente e conflituoso processo de sua constituição”¹⁴.

No entanto, isso requer que haja uma seleção das suas formas benéficas, justamente para afastar as práticas que lhe são prejudiciais. Para tanto, a própria multidão deve ser o movimento do comum, abrindo novos caminhos de produção de identidades, ou seja, “[...] trata-se de instituir politicamente a sociedade, criando em todos os setores instituições de autogoverno cuja finalidade – para além de sua racionalidade – será a produção do comum”¹⁵.

Segundo **Dardot e Laval, o comum se articula em três dimensões, sendo elas o princípio político, a *práxis* instituinte e o governo**. No primeiro caso, entende-se que “o comum exige que a participação [coletiva] numa mesma atividade seja o fundamento da obrigação política, portanto que a coatividade (sic) seja o fundamento da coobrigação”¹⁶, uma vez que o comum não pode ser um esquema universal pré-ordenado, mas é justamente o:

[...] produto de uma construção política coletiva com base na qual é possível criar instituições (sociais, políticas, econômicas e jurídicas) do comum que façam oposição entre o novo direito de uso e o direito de propriedade, e estabeleça aquilo que não pode ser apropriado privadamente.¹⁷

Para a efetivação desse princípio político é necessário reestruturar as relações sociais através da ***práxis*** instituinte, como orientadora daquilo que realiza o comum. Assim, juntamente com a realização do comum no campo jurídico – elaboração e um direito que veda o que lhe é hostil – é preciso que haja igual dedicação no campo social, econômico e demais segmentos que compõe a cidade, também denominada metrópole como será visto adiante.

No campo econômico, Hardt e Negri acreditam que o comum deve ser realizado por aquilo que eles chamam de empresa comum e pela emancipação do trabalho, pois “somente será possível liberar o trabalho do domínio do capital se a empresa se tornar uma instituição da sociedade democrática e deixar de ser uma ilha de autocracia

¹⁴ ROGGERO, G. **Cinco teses sobre o comum**. Lugar Comum, n. 42, 2014, pp. 11-30. p. 17.

¹⁵ DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. **Común: ensayo sobre la revolución en el siglo XXI**. Barcelona: Gedisa, 2016. p. 523. Do original: “[...] se trata de instituir politicamente una sociedad, creando en todos los sectores instituciones de autogobierno cuyo desgaste, además de su racionalidad, será la producción de lo común”.

¹⁶ DARDOT, Pierre; LAVAL, Chistian. **A nova razão do mundo: ensaio sobre a sociedade neoliberal**. São Paulo: Boitempo, 2016. p. 616.

¹⁷ QUEIROZ, Felipe. A revolução do comum. Trab. Educ. Saúde, n 18, v 3, 2020, Rio de Janeiro, 2020. p. 1.

patronal e acionária”¹⁸. No entanto, isso não implica total cisão das relações sociais de produção, como foi proposto pelo marxismo clássico, pois a criação do comum não seria simplesmente a criação de um modelo diferente de produção ou mesmo o abandono da propriedade privada, mas a soberania da empresa comum no meio econômico.

A revolução do comum, para os autores supracitados deve ser entendida como um processo democrático, coletivo e amplamente inclusivo, realizado por esquemas de comunicação e mantido pelo próprio governo do comum, ou seja, a revolução aqui nada mais é do que uma transformação em determinadas instituições sociais. É um processo que se desenrola gradativamente através de conquistas políticas por inclusão e participação.

2. GUIADOS PELO AMOR

O problema é que todos esses elementos, realizados por acontecimentos biopolíticos, que fogem às formas corrompidas do comum e que se dedicam à promoção da sua produção benéfica, ainda não esclarecem de modo adequado a orientação política que a multidão deve tomar, ou ainda, qual é o fundamento dessa forma benéfica e como trilhar o caminho para o comum.

Para suprir essa falta é necessário especificar sobre a questão da organização da metrópole, ou seja, em qual terreno político a multidão pode exercer a sua subjetividade e autogoverno nessa expansão do comum – um comum consolidado em instituições duráveis – o qual “ [...] não se refere a noções tradicionais da comunidade ou do público, [mas sim] baseia-se na comunicação entre singularidades e se manifesta através dos processos sociais colaborativos de produção”¹⁹.

Há, portanto um elemento que falta para completar a coerência desse projeto, e o elemento que está faltando é o amor, mas não o amor em um sentido sentimentalista como é geralmente retratado na cultura pop, mas um amor que assume as suas implicações filosóficas e atribuição propriamente políticas.

Inicialmente é necessário reconhecer a presença do amor no pensamento dos grandes filósofos, escritores, poetas, e até mesmos cientistas políticos e economistas – domínios de conhecimento geralmente abordados de modo mais frio e racional –, alguns tratando o tema de modo mais explícito, outros deixando-o subentendido, mas de um modo ou de outro, o amor está sempre presente. Por exemplo, recorrendo a

¹⁸ DARDOT, Pierre; LAVAL, Chistian. **A nova razão do mundo**: ensaio sobre a sociedade neoliberal. p. 519.

¹⁹ HARDT, Michael. NEGRI, Antonio. **Multidão**: Guerra e democracia na era do Império. Rio de Janeiro: Record, 2005. p. 266.

Heidegger, pode-se fazer uma assimilação com o seu conceito de *cuidado* como constitutivo do ser, e por isso é parte da constituição ontológica do *Dasein*. Já para Spinoza o ser é constituído ativamente por aquilo que ele denomina alegria, entendida como o aumento da potência de agir por causas específicas. Ambos os conceitos não são outra coisa do que implicações de amor.

Ao mesmo tempo em que o amor é um processo de produção do comum, ele é a própria força que o comum exerce como o poder de um corpo social, e, portanto, ele não pode ser reduzido a um meio de produções materiais, já que ele é um fim em si mesmo. Sobre isso se diz que o amor é produtor da subjetividade no comum. Em outros termos ele é “[...] o movimento para a liberdade no qual a composição de singularidades conduz não à unidade ou identidade, mas à crescente autonomia de cada um que participa igualmente da rede de comunicação e cooperação”²⁰. Esse é um processo eminentemente político que visa uma formulação razoável e duradoura da vida em sociedade.

Ademais, é inegável que o amor, assim como o comum podem ser corrompidos, como por exemplo, ao entender o mandamento “amar o próximo” de uma forma estreita e setORIZADA para o reconhecimento e valorização apenas de alguns “iguais”, ou seja, o amor somente pelos que lhe são semelhantes, por aquilo que é identificável consigo. Também pode-se falar do exemplo do amor familiar, como uma possível pressão para amar primeiro os entes familiares, subordinando ou mesmo excluindo os que estão fora, ou ainda um amor racial ou à nação – o nacionalismo – como formas corrompidas de amor identitário, que incentivam o amor aos mais parecidos e desconsideraria os diferentes, o que inevitavelmente acaba afastando a possibilidade do comum. Isso implicaria em questões como populismos, nacionalismos, fascismos e fundamentalismo religioso, que nesse sentido não seriam frutos do ódio, mas de um amor corrompido.

Uma estratégia possível para corrigir esse problema seria entender esse mesmo mandamento “amar ao próximo” de maneira mais expansiva, o que diga-se de passagem é a verdadeira maneira de entendê-lo, pois é o modo como Cristo demonstrou e queria que ele fosse entendido, tomando o diferente nas atitudes como um semelhante em valor, um igual na sua subjetividade, isto é, um “próximo”, sem porém, retirá-lo da sua identidade, ao menos que esse se encontre corrompido ou desviado do propósito do comum, pois o amor também não é aceitar tudo passivamente, já que amar não é ser conivente com o errado.

²⁰ HARDT, Michael. NEGRI, Antonio. **Bem-estar comum**. p. 218.

O amor, portanto, como acontecimento biopolítico, na medida em que é uma ruptura com o existente pela criação do novo, é uma produção de singularidades, porque proporciona e incentiva que elas ocorram numa relação comum, composta pela multiplicidade de singularidades. Afinal se as pessoas não compartilhassem “[...] um mundo comum, não seríamos capazes de nos comunicar uns com os outros nem de atender às necessidades e desejos uns dos outros; e se não fôssemos singularidades múltiplas, não teríamos necessidade de comunicar e interagir”²¹.

O amor, então, visa promover o encontro das singularidades no comum para a inovação do diferente ao invés da incessante repetição pela uniformidade. Em outros termos, pode-se dizer que o caráter político do amor compõe as singularidades sobre uma rede de relações sociais para a formação do comum e novos modos de agrupamentos. Isso no entanto, não significa “[...] negar as diferenças de singularidades sociais para formar uma sociedade uniforme, como se o amor significasse fusão na unidade, mas, isto sim, compô-las em relação social e deste modo constituir o comum”²².

Visto isso, Hardt e Negri entendem que as ações que movem o amor são demonstrações de força. Pode-se dividir essa explicação em alguns pontos. Primeiro, tem-se o comum como o conteúdo que vincula o amor e a força, onde é possível reunir as singularidades em processos de interação e solidariedade. Segundo, o amor é uma força direcionadora que orienta essas singularidades para a liberdade. Terceiro, como fora exposto anteriormente essa é uma relação aberta à participação e constitutiva de independências, ou seja, é um processo horizontal de exercício de poder. Quarto, a legitimidade da relação entre o amor e a força é firmada no acordo entre as pessoas pelo emprego da autonomia “[...], numa relação de reciprocidade e autogoverno coletivo”.²³

3. A METRÓPOLE

Apresentado o amor como um poder de ação para a realização do comum, as suas formas desenvolvidas pela multidão acontecem no corpo político modernamente entendido como metrópole. Enquanto que para autores como Thomas Hoobes o corpo político era concentrado na figura do soberano, para Hardt e Negri a metrópole passa a ser o cenário do comum.

²¹ HARDT, Michael. NEGRI, Antonio. **Bem-estar comum**. p. 212.

²² HARDT, Michael. NEGRI, Antonio. **Bem-estar comum**. p. 225.

²³ HARDT, Michael. NEGRI, Antonio. **Bem-estar comum**. p. 227.

Ela é o ambiente composto para o sustento dessas atividades, ou seja, ela é o espaço social que comporta um repositório de relações intersubjetivas, as quais sustentam diferentes hábitos, costumes, desejos, formas culturais, etc. Justamente por isso, se pode entender que a metrópole é o corpo inorgânico do homem.

Para Marx a determinação ontológica da natureza se esclarece como uma determinação necessária para a objetivação do trabalho, e, portanto, para a objetivação dos seres humanos, ou seja “[...] a autoconstrução humana é resultado ontológico do trabalho porque as formas subjetivas se efetivam na avaliação do conhecimento que se confirma ou não, para mudar a realidade dada (objetivação)”²⁴. Com isso Marx quer dizer que o ser se naturaliza como social por conta da natureza, a natureza física mesmo, aquilo que é transformado pelo trabalho humano. Concomitante a isso, a natureza também possui uma determinação histórica que a humaniza pelo social, em especial pelo trabalho. Portanto, o ser somente produz quando em contato com a natureza, ou seja, a produção humana é condicionada à natureza – ao sensível –, porque fora desse contato o trabalho não é possível. O ser humano se apropria e age sobre a natureza, sendo que é a partir dessa ação que ele a transforma e se transforma junto, isto é, ao mesmo tempo ocorre o processo de naturalização do homem e de humanização da natureza, porém mantendo a identidade de ambos.

É pela transformação da natureza, ou ainda dos ambientes de convivência que se constitui a potência do comum, como a base da criação da atividade humana e também o registro das atividades humanas passadas. Dito de outra forma, a metrópole na era da produção biopolítica desempenha cada vez mais essa função de corpo inorgânico da multidão.

Sobre a o quesito produção é possível entender uma conexão analógica que assemelha a classe operária e a fábrica com a metrópole e a multidão, pois durante o período industrial, as fábricas eram o ambiente onde aconteciam três atividades centrais da classe operária: (i) a sua produção; (ii) os seus encontros e a sua organização; (iii) e as suas manifestações antagônicas, isto é, de resistência e rebeldia.

Entendendo esse fenômeno no contexto das metrópoles, as atividades produtivas da multidão não se limitam mais aos muros das fábricas, mas acontecem agora em toda a metrópole, o que transforma substancialmente o potencial e a qualidade dessas atividades.

²⁴ SILVA, Christiane Pimentel e. **O método em Marx**: a determinação ontológica da realidade social. Serv. Soc. Soc., São Paulo, n. 134, p. 34-51, jan./abr. 2019. p. 39/40.

No que se refere à produção de modo amplo, a metrópole é o local da produção biopolítica, justamente por ser esse espaço do comum, do compartilhamento e da comunicação. Não se fala tanto do comum natural aqui, referindo-se a esses recursos físicos da terra, mas de um comum artificial – a própria metrópole e a sua formação –, um comum que é constituído pelas linguagens, códigos habituais, práticas, etc., que transformam a metrópole, como se esta fosse a fábrica da sua produção, ou seja, fala-se de um comum que é “simultaneamente a fonte e o produto da cooperação, o lugar da composição do trabalho vivo e seu processo de autonomia, o plano de produção de subjetividade e de riqueza social”²⁵

A metrópole, na sua relação biopolítica, caracteriza-se pela sobreposição dos espaços de produção econômica e os espaços da cidade. Há essa imersão no comum produzido pela imprevisibilidade e pelas singularidades da vida social que perfazem a metrópole.

Ademais, o comum pode apresentar externalidades tanto positivas quanto negativas, por exemplo, as relações decorrentes das dinâmicas culturais seriam formas positivas de externalidade, enquanto que fatores como a poluição, superpopulação, crimes, etc., seriam fatores negativos das metrópoles.

Ainda entre as formas negativas as favelas são um exemplo onde se identifica não apenas a pobreza econômica daquele local, mas uma forma negativa do comum, ao menos em nível de planejamento urbano, como se pode encontrar no estudo de Mike Davis²⁶.

Todavia, alguns pesquisas que investigam formas de organização urbana na África, realizadas sobre as cidades de Lagos na Nigéria, Kinshasa no Congo, Johannesburgo na África do Sul entre outras, alegam que essas cidades não devem ser vistas apenas como um grande fracasso urbano, ainda que a pobreza extrema seja sim uma das suas características mais evidentes, mas que o que deve ser evidenciado nesses casos é a rede de informações, cooperações, mobilidade e cooperação que ocorrem nesses locais, elementos esses que de fato parecem não existir para os que olham de fora sobre uma perspectiva exclusivamente capitalista. Tais pesquisas apontam que a população dessas cidades desenvolve certas estratégias de sobrevivência, produzindo formas de vida social, ou ainda, criando recursos do comum pela expansividade dos encontros das singularidades que auxiliam umas às outras. É nesse sentido que se entende que [...] um comum não é apenas um conjunto de

²⁵ ROGGERO, G. **Cinco teses sobre o comum**. Lugar Comum. p. 13.

²⁶ DAVIS, Mike. **Planeta Favela**. São Paulo: Boitempo editorial, 2006.

recursos, de coisas; é também um produto social, uma prática. Dito de outra forma, não é só a coisa compartilhada, mas também o seu compartilhamento por uma comunidade”²⁷.

Acontece que como o conceito de *encontro* até agora apresentado, como uma característica da metrópole é um fenômeno espontâneo e passivo, para que a metrópole seja para a multidão aquilo que a fábrica era para a classe operária industrial, não basta que ela se resuma apenas a esse local de encontro, ela também precisa ser um espaço de organização política, algo que se aproxima da *polis* grega. Como afirmam Laval e Dardot:

O comum tal como o entendemos significa sobretudo o autogoverno dos seres humanos, das instituições e das regras criadas para ordenar suas relações mútuas. Está, portanto, enraizado na tradição política da democracia, em especial a experiência grega.²⁸

É por isso que o valor da metrópole – a sua riqueza – está justamente no fato de que esses encontros podem resultar em novas produções do comum, como por exemplo, na comunicação de diferentes conhecimentos para formar algo novo, uma nova forma de convivência e de cooperação social, um corpo social mais ativo, o que não quer dizer que isso seja fácil, até porque também há muitas externalidades negativas na metrópole.

A política da metrópole, portanto, é essa organização dos encontros por essa abertura à alteridade e à capacidade de criar e estabelecer vínculos e relações com os outros. E além disso, encontrar uma maneira de diminuir a incidência de encontros conflitantes e aumentar o número de encontros agradáveis e produtivos.

Essa mobilização dos encontros produtivos, na metáfora da fábrica, corresponde à produtividade gerada pelos trabalhadores, porém não mais de forma arregimentada ao redor de máquinas específicas ou em uma sequência de montagem. Agora a produção biopolítica da riqueza de capital não ocorre mais o ponto de vista desse capital de lucro, mas do ponto de vista da multidão para a formação do comum, para o encontro agradável e benéfico das singularidades.

E o terceiro ponto de contato entre a metrópole e a fábrica é que assim como as fábricas eram locais perigosos e nocivos para os trabalhadores, por esses estarem

²⁷ VIEIRA, Miguel Said. **Os bens comuns intelectuais e a mercantilização**. São Paulo, 2014. Tese (Doutorado em Educação) –Faculdade de Educação, Universidade de São Paulo.

²⁸ LAVAL, Christian; DARDOT, Pierre. **Común: ensayo sobre la revolución en el siglo XXI**. p. 519. Do original: “Lo común tal como aquí lo entendemos significa ante todo el autogobierno de los seres humanos, de las instituciones y de las reglas que se dan para ordenar sus relaciones mutuas. Está pues enraizado en la tradición política de la democracia, en especial en la experiencia griega”.

constantemente expostos a produtos químicos, máquinas perigosas, jornadas de trabalho intermitentes, entre outros riscos, a metrópole também é um local que comporta muitas formas de violência, especialmente para as classes mais pobres. É justamente por isso, que a metrópole também é um lugar de antagonismos e de rebeliões, pois como a produção biopolítica requer autonomia para a liberdade dos encontros “a multidão pode desenvolver o poder de organizar-se através de interações conflitivas e cooperativas de singularidades no comum”²⁹.

Disso depreende-se que a metrópole não se forma sozinha, mas que precisa ser construída por uma multidão empenhada em estabelecer o comum para uma convivência benéfica, guiada pelo amor em todas as suas implicações político-sociais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, pode-se entender que alguns pressupostos são necessários para a realização do comum, entre eles estão o surgimento de uma política que tenha um objetivo de transformação social; a emancipação do trabalho pela lógica da empresa comum; a revolução da democracia social; e a metrópole como o espaço onde o comum se realiza.

Ademais, todos esses movimentos, ou ainda, os processos biopolíticos, como encontros comunicativos que influencia e estruturam o comportamento humano, devem ser pautados pelo amor no que se refere a sua força política, ou seja, fala-se do amor como um poder transformador da realidade social, como um comportamento maduro e compromissado com a democracia para a manifestação das singularidades no comum.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

BAUWENS, Miche. **Commons based peer production**: an introduction. Heinrich-Böll-Stiftung, 2014

BENKLER, Yochai. **A economia política dos commons**. In: SILVEIRA, Sergio Amadeu da (Org.). Comunicação digital e a construção dos commons. São Paulo. Ed. Fundação Perseu Abramo, 2007.

BOLLIER, David. **Pensar desde los comunes**: una breve introducción. Madrid: Traficantes de Sueños, 2016. p. 31.

BROWN, Nicholas e SZEMAN, Imre. O que é a multidão? Questões para Michael Hardt e Antonio Negri. **Revista Novos Estudos**. v 2, n 75, Julho de 2006, p 93 – 108.

²⁹ HARDT, Michael. NEGRI, Antonio. **Bem-estar comum**. p. 204.

DAVIS, Mike. **Planeta Favela**. São Paulo: Boitempo editorial, 2006.

DARDOT, Pierre; LAVAL, Chistian. **A nova razão do mundo**: ensaio sobre a sociedade neoliberal. São Paulo: Boitempo, 2016.

DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. **Común: ensayo sobre la revolución en el siglo XXI**. Barcelona: Gedisa, 2016.

GROZ, André. **O imaterial**: conhecimento, valor e capital. São Paulo: AnnaBlume, 2005.

HARDT, Michael. NEGRI, Antonio. **Bem-estar comum**. Rio de Janeiro: Record, 2016.

HARDT, Michael. NEGRI, Antonio. **Multidão**: Guerra e democracia na era do Império. Rio de Janeiro: Record, 2005.

QUEIROZ, Felipe. A revolução do comum. **Trab. Educ. Saúde**, n 18, v 3, 2020, Rio de Janeiro, 2020.

ROGGERO, G. **Cinco teses sobre o comum**. Lugar Comum, n. 42, 2014, pp. 11-30.

SILVA, Christiane Pimentel e. O método em Marx: a determinação ontológica da realidade social. **Serv. Soc.** São Paulo, n. 134, p. 34-51, jan./abr. 2019

VIEIRA, Miguel Said. **Os bens comuns intelectuais e a mercantilização**. São Paulo, 2014. Tese (Doutorado em Educação) –Faculdade de Educação, Universidade de São Paulo.

PRÁTICAS DISCRIMINATÓRIAS NA ORGANIZAÇÃO DO TRABALHO

DISCRIMINATORY PRACTICES IN WORK ORGANIZATION

Marcio C. Godinho¹

Maira Angélica Dal Conte Tonial²

Resumo

Ações discriminatórias, embora comuns nas organizações de trabalho, são passíveis de punição conforme prevê a lei. Elas consistem naquelas práticas perversas e abusivas que cooperam para a deterioração do ambiente laboral, não raro sob a inércia do empregador, que a tudo vê, mas que nada faz. A diminuição da eficiência laboral e a consequente queda econômica trará prejuízos não somente para o trabalhador, mas também para a empresa, além do aumento do risco de judicialização como forma de resolução dos conflitos laborais. A implantação de modelos de governança corporativa, mesmo nas pequenas empresas, constitui valioso instrumento capaz de estabelecer processos disruptivos, visando substituir padrões negativos por boas práticas que conduzam à construção de um ambiente laboral saudável sob todos os aspectos.

Palavras-Chave: assédio psicossocial; compliance trabalhista; práticas discriminatórias.

Abstract

Discriminatory actions, although common in work organizations, are punishable as provided by law. They consist of those perverse and abusive practices that contribute to the deterioration of the working environment, often under the inertia of the employer, who sees everything but does nothing. The decrease in labor efficiency and the consequent economic downturn will bring losses not only to the worker, but also to the company, in addition to an increased risk of legalization as a way of resolving labor disputes. The implementation of corporate governance models, even in small companies, is a valuable instrument capable of establishing disruptive processes, aiming to replace negative standards with good practices that lead to the construction of a healthy working environment in all aspects.

Keywords: psychosocial harassment; labor compliance; discriminatory practices.

INTRODUÇÃO

A proibição da discriminação é tratada de maneira inovadora pela Constituição Cidadã. Antes, à exceção de 1937, o termo sequer havia aparecido noutra norma constitucional. Destarte, sua postulação, verificada no artigo 3º, inciso IV, traz como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil, “promover o bem de todos,

¹ Acadêmico de Direito – Faculdade de Direito – Universidade de Passo Fundo – Campus Lagoa Vermelha. E-mail: marciogodinho@gmail.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7454653093882723>

² Doutoranda em Ciência Jurídica Univalli/UPF. Mestre em Direito pela Unisinos; Especialista em Direito Processual Civil e Processo do Trabalho e graduada em Direito pela Universidade de Passo Fundo. Advogada. Mediadora. Professora Universitária. E-mail: mairatonial@upf.br. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0212344315200902>

sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.” De igual forma, o trabalho, cujo valor social é reconhecido pela Carta Magna já no artigo 1º, inciso IV, assenta-se nos chamados direitos de segunda geração tutelados pelo Estado, tomando por referência, o princípio da igualdade. Logo, estes são dois dos aspectos imprescindíveis à manutenção da dignidade humana.

Considerando a importância de tão nobres valores, pretende a legislação estabelecer uma esfera de liberdade jurídica através da qual a sociedade se inter-relaciona em mútuo reconhecimento da norma cuja função é estabelecer limites do poder/dever, cabendo ao Estado a garantia de que o cidadão possa exercer o direito de provocar a tutela jurisdicional, além de proporcionar a prática de ações que lhe facultem o desenvolvimento seja qual for moral, econômico ou social.

Como parte desta engrenagem, guardadas as devidas proporções, o mercado de trabalho também possui a sua esfera de liberdade jurídica, que visa não somente garantir importantes direitos, como também oportunizar ao trabalhador o necessário crescimento econômico. Neste ínterim, o aspecto social detém importante relevância ao ente/trabalhador, haja vista ser um dos elementos regulatórios da saúde psicológica deste, em que pese a importância da socialização do indivíduo. Outrossim, o aspecto moral no sentido de juízo de valor, aquele baseado nas experiências puramente pessoais calcadas em fatores culturais, religiosos, os ditos valores morais, também ocupa relevante função no âmbito das relações interpessoais, pois determinam sua valoração, temporalidade, entre outros aspectos.

Este é o cenário através do qual as relações de trabalho irão se estabelecer, evoluindo a partir de uma série de elementos capazes de torna-las profícuas e duradouras, ou revela-las algo limítrofe à esfera de liberdade tutelada pelo Estado, ou em violação a esta. Pois que as relações trabalhistas possuem natureza potencialmente conflituosa, devendo-se a isto, a disputa por cargos ou funções, a busca por melhores salários, prêmios e comissões, pelo mero alcance do poder, seja qual for sua dimensão, ou por quaisquer outras razões que sirvam de comburente. A depender do modelo de gestão, os conflitos poderão se transformar em algo pontual, passíveis de serem resolvidos internamente, saneados de um modo que não mais se repitam no futuro, ou alcançarem a condição de práticas discriminatórias, o que poderá trazer consequências administrativas, trabalhistas e também criminais.

Com o propósito de pensar o objeto central deste artigo e justificar o tema abordado no grupo de pesquisa "Transnacionalização, migração e trabalho", coordenado pela Profa. Me. Maira Angélica Dal Conte Tonial, buscou-se a revisão

bibliográfica como metodologia, e o desenvolvimento em três momentos a seguir: no Item 1, A discriminação como elemento estrutural; Item 2, A saúde do trabalhador como processo biopsicossocial; e, no Item 3, Compliance trabalhista.

1. A DISCRIMINAÇÃO COMO ELEMENTO ESTRUTURAL

No cotidiano do trabalho, diversos acontecimentos que fazem parte do processo de interação entre colegas, superiores e subordinados ou vice-versa, tendem a passar despercebidos. Desde as inocentes cobranças de apressar, relacionadas ao tempo em que um serviço deve ser concluído, passando pela banalização das críticas construtivas, às conversas entre uns e outros, onde o assunto da vez é aquele colega que enfrenta dificuldades impostas pela inexperiência, ou por algum eventual problema que esteja enfrentando, por seu modo de vestir ou pelo seu fenótipo. São inúmeras, as razões que levam à deterioração, o ambiente laboral, quase sempre motivada por cobranças, piadas e comentários de aparência inocente, mas que no fundo, carregam pesadas doses de preconceito e perversidade. Por esta razão, perceber-se vítima de um assédio é algo extremamente difícil, haja vista que, no mais das vezes, o assediador costuma sair pela tangente, alegando ter feito uma brincadeirinha. Neste âmbito, de modo subjacente, prospera outro tipo de agressão: a discriminação.

Preliminarmente, deve-se considerar o ser humano como detentor de traços de personalidades próprios, sejam estes inatos ou adquiridos através do convívio social, algo que indubitavelmente se traduz na diversidade. Desta forma, “conceber um modelo de igualdade sem a consideração das diferenças entre os seres humanos é conceber um modelo débil, dotado de quase nenhuma efetividade³.” Trata-se de um raciocínio que referenda o pensamento de Ferrajoli, ao estabelecer quatro configurações jurídicas distintas onde, o primeiro modelo, e também primevo, baseia-se na indiferença jurídica pelas diferenças, o estado de natureza segundo o paradigma hobbesiano, em que as relações de força oprimem as diversas identidades⁴. O segundo modelo consiste na distinção jurídica das diferenças em que algumas identidades privilegiadas são valorizadas, enquanto outras, desvalorizadas e, conseqüentemente discriminadas⁵. O terceiro modelo refere-se à homologação jurídica das diferenças, concebida em valores e desvalores, resultando numa parte que é ignorada, neutralizada e até mesmo violada, ocultando as diferenças entre grupos,

³ LIMA, Firmino Alves. Teoria da discriminação nas relações de trabalho. São Paulo: Elsevier, 2011, p. 30.

⁴ FERRAJOLI, Luigi. Igualdad y diferencia: derechos y garantías: la ley del más débil. 3ª Ed. Madrid: Trotta, 2002, p. 74.

⁵ Id., Ibid., p. 74.

vislumbrando-os como iguais, e penalizando a diversidade⁶. Por fim, o quarto modelo promove a valoração jurídica das diferenças, sendo este, o modelo de ideal em que se reconhece o direito de todos, mas também, garante-se a expressão do indivíduo⁷.

Neste contexto, visando a efetivação do princípio da igualdade, deve-se considerar que todos os cidadãos são iguais em suas generalidades, mas diferentes em suas diversidades, não devendo esta última ser objeto de segregação.

Consoante a grande complexidade que consiste em identificar os sujeitos do ato discriminatório nas relações de trabalho, é necessário observar que a noção inicial da discriminação está centrada nas pessoas ou grupos que sofreram alguma diferença de tratamento, conforme estabelece Lochak⁸. Por sua vez, a doutrina clássica da discriminação consigna que existe, necessariamente, três sujeitos, a seguir, o discriminador, a vítima e o comparador⁹, sendo este último, o fator que determinará a intensidade, e também a espécie de discriminação.

As formas de discriminação alcançam tanto a condição negativa quanto a positiva. O primeiro caso tem a exclusão como uma das importantes referências. Para o segundo caso, cabe apropriadamente a expressão “discriminação reversa”¹⁰ em indicação a toda e qualquer medida adotada para remediar processos discriminatórios tais como as políticas de cotas. Aliás, esta foi a preocupação da Organização Internacional do Trabalho – OIT ao inserir, na Convenção de nº 111¹¹, aquele que se tornaria o artigo quinto da norma antidiscriminatória, conforme segue:

Art. 5 — 1. As medidas especiais de proteção ou de assistência previstas em outras convenções ou recomendações adotadas pela Conferência Internacional do Trabalho não são consideradas como discriminação.

2. Qualquer Membro pode, depois de consultadas as organizações representativas de empregadores e trabalhadores, quando estas existam, definir como não discriminatórias quaisquer outras medidas especiais que tenham por fim salvaguardar as necessidades particulares de pessoas em relação às quais a atribuição de uma proteção ou assistência especial seja, de uma maneira geral, reconhecida como necessária, por motivos tais como o sexo, a invalidez, os encargos de família ou o nível social ou cultural.

O processo de discriminação reversa tem sido amplamente discutido, especialmente quando, em determinado concurso, um candidato que obteve razoável pontuação, ao ser desclassificado, depara-se com outro, que obteve menor pontuação,

⁶ Id., Ibid., p. 74.

⁷ Id., Ibid., p. 74.

⁸ LOCHAK, Daniele. *Réflexions sur la notion de discrimination*. Droit Social, Paris, n. 11, nov. 1987.

⁹ RODRIGUES-PINERO, Miguel; FERNANDEZ LOPEZ, Maria Fernanda. *Igualdad y discriminación*. Madrid: Tecnos, 1986, p. 47.

¹⁰ FREDMAN, Sandra. *Discrimination Law*. OXFORD: Oxford University Press, 2002, p. 126.

¹¹ Organização Internacional do Trabalho. *Convenção nº 111*. Disponível em <https://www.ilo.org/brasilia/convencoes/WCMS_235325/lang-pt/index.htm>. Acesso em 11 jun. 2021.

devido à existência de cotas, classificou-se por meio destas. A considerar que a política de cotas pretende tornar mais inclusiva a sociedade, no entanto este assunto não será objeto de análise.

Deve-se, contudo, observar a hipótese de que o princípio da não discriminação, em se tratando de âmbito laboral, não se vincula ao princípio da isonomia. Isto porque certas características deverão ser resguardadas. Dentre estas, pode-se destacar a diferença entre um trabalhador meramente avulso, cujos elementos que caracterizam a relação de trabalho nem sempre estão presentes. Embora o Direito do Trabalho aplique a isonomia de um tratamento justtrabalhista igual, trabalhadores avulsos e empregados "são trabalhadores diversos, que não se confundem tecnicamente¹²." Portanto, não há que se falar em discriminação.

Embora seja necessário avançar no desenvolvimento de políticas voltadas para o aprimoramento procedimental das questões que envolvem a não discriminação, é igualmente importante tratar dos aspectos que conduzem ao processo da discriminação reversa, evitando-se, portanto, o estabelecimento de uma forma de discriminação estrutural.

2. A SAÚDE DO TRABALHADOR COMO PROCESSO BIOPSIKOSSOCIAL

Considerando que o ser humano é um ser biopsicossocial, ou seja, possui aspectos biológicos, psicológicos e sociais, a saúde e a doença, portanto, são compreendidas como resultado da interação destes elementos em relação ao ambiente o qual se acha exposto, o indivíduo. Logo, o ambiente de trabalho é mais um destes ambientes repletos de episódios estressores que tendem a proporcionar fadiga àqueles que ali convivem. Esta, aliás, é uma teoria antiga sobre a qual se insurgem outras, mais modernas, que apontam o ambiente de trabalho como local de potencial evolução interpessoal, ainda que considerem aspectos como constrangimento e humilhação experimentados pelos trabalhadores.

Além das condições estressoras, os trabalhos físico e mental, quando em excesso, também cobram sua parcela a ser descontada na saúde do trabalhador, e, como resultado do trabalho excessivo, este acaba adoecendo¹³.

Apesar da evidente importância ambulatorial, a saúde mental e emocional do trabalhador tende a ser subestimada por um sem-número de profissionais da saúde

¹² DELGADO, Maurício Godinho. Curso de direito do trabalho. 18ª Ed. São Paulo: LTr, 2019, p. 956.

¹³ DEJOURS, Cristophe. A loucura do trabalho: estudo de psicopatologia do trabalho. 5ª Ed. São Paulo: Cortez – Oboré, 1992.

do trabalho face o menosprezo das queixas trazidas por seus pacientes. Neste sentido, Margarida Barreto, médica do trabalho e doutora em psicologia social, postula que:

Trabalhadores e trabalhadoras defrontam-se com médicos que ironizam e menosprezam suas queixas, negam diagnósticos, não fornecem laudos, pois sequer os examinam, retêm exames, inferiorizam e ridicularizam seus sintomas. [...] Tais atitudes são reveladoras da deterioração da relação médico-paciente, sobretudo da incapacidade dos médicos para lidar com os “gritos” do sofrimento alheio.¹⁴

Tal situação, ao representar imenso desafio para as empresas, requer, em matéria de saúde e segurança no trabalho, a adequada gestão do nível de estresse e os riscos psicossociais a que se acham expostos os trabalhadores, especialmente porque tais aspectos não somente causam impacto direto em sua saúde, como também na produtividade¹⁵, levando ao comprometimento da imagem da empresa. Consequentemente, a economia tende a ser atingida. Por equivalência, o precário suporte psicossocial, a demora na busca por soluções por parte da gerência, ou mesmo a banalização do assédio e discriminação tendem a provocar uma série de sentimentos negativos que contribuem para o adoecimento do trabalhador, além de exigências absurdas ou confusas, jornadas excessivas de trabalho, tarefas demoradas com prazos curtíssimos, exclusão nas decisões que afetam o trabalhador, carência de equipamentos de segurança entre outros.

Visando o aprimoramento de sistemas capazes de extinguir, ou pelo menos minorar os chamados riscos psicossociais, é imprescindível a implantação de um modelo de governança corporativa, ainda que destinado a sanear determinado problema existente na organização, conforme será visto no próximo item.

3. COMPLIANCE TRABALHISTA

Elevado número de ações trabalhistas tem sua origem lá no processo de seleção, ou seja, na fase pré-contratual. Isto acontece porque, a exemplo daqueles anúncios de trabalho mais antigos onde se exigia, por exemplo, boa aparência, o surgimento da tecnologia trouxe o algoritmo como ferramenta de discriminação. Basta, ao selecionador, proceder com certos ajustes para excluir incontáveis perfis de candidatos interessados ao mesmo cargo, mas que não possuem características exigidas pela empresa em fase de contratação. Por esta razão, todo e qualquer empregador deverá,

¹⁴ BARRETO, Margarida Maria Silveira. Violência, saúde e trabalho: uma jornada de humilhações. 1ª Ed. São Paulo: Editora da PUC-SP, 2006, p. 169.

¹⁵ C.F. OSHA. Riscos psicossociais e estresse no trabalho. Disponível em <<https://osha.europa.eu/pt/themes/sychosocial-risks-and-stress>>. Acesso em 11 dez. 2021.

antes de fazer qualquer oferta de emprego, verificar se não está em vias de cometer algum ato discriminatório que viole os direitos previstos em lei.

Além de tais atos discriminatórios, alguns quesitos devem acompanhar as partes durante todas as fases contratuais, especialmente “o princípio da boa-fé objetiva, cujo escopo é estabelecer um padrão ético de conduta nas relações obrigacionais, com observância dos deveres de honestidade, lealdade e probidade¹⁶.”

Na esteira deste raciocínio, o compliance trabalhista referenda a implantação de programas que visem a adequação às leis trabalhistas e suas generalidades, envolvendo diversos departamentos, entre os quais, jurídico e de recursos humanos, em sintonia com a alta gerência, devendo integrar-se ao sistema de gerenciamento de riscos, realizando o mapeamento de toda a legislação que alcance a empresa no raio de sua atuação.

Segundo o Instituto Brasileiro de Governança Corporativa – IBGC, o estabelecimento de uma gestão de riscos permite alcançar novos paradigmas ao monitorar categorias de riscos dentre as quais destacam-se corrupção e suborno, desrespeito aos direitos humanos e trabalhistas, conflito de interesses, impactos socioambientais entre diversos outros, tratando-se, portanto, de um novo paradigma, onde “Busca-se identificar e reconhecer o inter-relacionamento entre os diversos tipos e categorias de risco¹⁷.”

Ainda que as micro e pequenas empresas estejam dispensadas de certas obrigações previstas no Decreto 8.420/2015¹⁸, a adoção de uma cultura de integridade poderá lhes trazer enormes benefícios, considerando que investidores, fornecedores, clientes, consumidores e a própria comunidade, tem manifestado intolerância a certas condutas, conforme verifica-se:

Multiplicam-se os exemplos de perda de valor real para companhias que toleram a corrupção, desastres ambientais, práticas comerciais desequilibradas, descuido no manejo de seus produtos, más relações com as comunidades afetadas por seus negócios, políticas trabalhistas insensatas etc. Enfim, diminuem a paciência e a tolerância com as companhias que não prezam pela sustentabilidade de forma geral.¹⁹

¹⁶ SILVA, Fabrício Lima; PINHEIRO, Iuri; BOMFIM, Vólia. Manual do Compliance Trabalhista: teoria e prática. 2ª Ed., rev., atual. e ampl. – Salvador: Editora Juspodivm, 2021, p. 115.

¹⁷ BRANDÃO, Carlos Eduardo Lessa; FONTES, Joaquim Rubens; MURITIBA, Sérgio Nunes. (org.) Governança corporativa e integridade empresarial: dilemas e desafios. 1ª Ed. São Paulo: Saint Paul Editora, 2017, p. 118.

¹⁸ DECRETO Nº 8.420, DE 18 DE MARÇO DE 2015: Regulamenta a Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, que dispõe sobre a responsabilização administrativa de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira e dá outras providências.

¹⁹ BRANDÃO, Carlos Eduardo Lessa; FONTES, Joaquim Rubens; MURITIBA, Sérgio Nunes. (org.) **Governança corporativa e integridade empresarial: dilemas e desafios**. 1ª Ed. São Paulo: Saint Paul Editora, 2017, p. 146.

Considerando que não somente o empregador, mas também o empregado poderá vir a ser judicialmente responsabilizado pela prática de discriminação, resta evidente que a adoção de um programa de governança corporativa não somente conduz ao alinhamento em relação aos ditames da lei, como proporciona um estado de perenidade, posto que seus princípios inspiram a multiplicação de valores edificantes, tendo como contrapartida, a redução e o desaparecimento de ações discriminatórias.

Finalmente, o compliance trabalhista se traduz num instrumento necessário para a prevenção de práticas que deterioram o ambiente laboral em que pese a necessidade do cumprimento de normas e regras, sejam estas positivadas na lei, ou estabelecidas por um código de conduta, incluindo ações preventivas que visem alcançar uma cultura empresarial pautada pela ética.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo teve como propósito abordar um tema de grande complexidade, e cuja extensão sabidamente não se esgota. Isto porque, a organização do trabalho com vistas à promoção do bem-estar social, necessita incorporar certos princípios em sua estrutura para além da geração de empregos e o desenvolvimento, seja este de caráter econômico, cultural ou social. A adoção de práticas sustentáveis tais como a proteção do meio ambiente, o desenvolvimento de ambientes laborais saudáveis bem como o respeito aos parceiros de negócios, sejam fornecedores ou clientes, em muito contribui para o estabelecimento da chamada empatia social, haja vista que a empresa, ao abrir mão de práticas predatórias, assume o seu papel como parte da solução em que pese toda a gama de problemas e conflitos sociais. Vê-se, portanto, que é necessário a implantação de sistemas que facilitem a desconstrução da discriminação estrutural no ambiente de trabalho. O grande salto se dará no momento em que as empresas conseguirem oferecer um ambiente salutar a fim de que seus colaboradores consigam desenvolver-se não somente enquanto profissionais, mas acima de tudo, como cidadãos.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

BARRETO, Margarida Maria Silveira. **Violência, saúde e trabalho: uma jornada de humilhações**. 1ª Ed. São Paulo: Editora da PUC-SP, 2006.

BRANDÃO, Carlos Eduardo Lessa; FONTES, Joaquim Rubens; MURITIBA, Sérgio Nunes. (org.) **Governança corporativa e integridade empresarial: dilemas e desafios**. 1ª Ed. São Paulo: Saint Paul Editora, 2017.

- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.
- BRASIL. PRESIDENCIA DA REPÚBLICA. Secretaria-Geral. Subchefia para assuntos jurídicos: **Decreto nº 8.420, de 18 de março de 2015**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/decreto/d8420.htm>. Acesso em 11 jun. 2021.
- BRASIL. PRESIDENCIA DA REPÚBLICA. Secretaria-Geral. Subchefia para assuntos jurídicos: **Lei nº 13.104, de 9 de março de 2015**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113104.htm>. Acesso em 30 mar. 2021.
- C.F. OSHA. **Riscos psicossociais e estresse no trabalho**. Disponível em <<https://osha.europa.eu/pt/themes/sychosocial-risks-and-stress>>. Acesso em 11 jun. 2021.
- DEJOURS, Cristophe. **A loucura do trabalho: estudo de psicopatologia do trabalho**. 5ª Ed. São Paulo: Cortez – Oboré, 1992.
- DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 18ª Ed. São Paulo: LTr, 2019.
- FERRAJOLI, Luigi. **Igualdad y diferencia: derechos y garantías: la ley del más débil**. 3ª Ed. Madrid: Trotta, 2002.
- FIORELLI, José Osmir; FIORELLI Maria Rosa; MALHADAS Jr., Marcos Julio Olivé.
- FREDMAN, Sandra. **Discrimination Law**. OXFORD: Oxford University Press, 2002.
- HIRIGOYEN, Marie-France. **Assédio Moral: A violência perversa no cotidiano**. 18ª Ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2020.
- HONNETH, Axel. **O direito da liberdade**. 1ª Ed. São Paulo: Martins Editora Livraria, 2015.
- JIMENES, B.J. et al. **Estrés postraumático en víctimas de acoso psicológico en el trabajo: La influencia de las creencias**. 2006, Infocop Online. Disponível em: <http://www.infocop.es/view_article.asp?id=839>. Acesso em 16 abr. 2021.
- LEYMANN, Heinz. **Mobbing and Pssychological Terror at Workplaces, Violence and Victims, Vol. 5**. 1990, Springer Publishing Company.
- LEYMANN, Heinz. **Mobbing at Work**. Disponível em: <<http://www.leymann.se/English/frame.html>>. Acesso em 16 abr. 2021.
- LIMA, Firmino Alves. **Teoria da discriminação nas relações de trabalho**. São Paulo: Elsevier, 2011.
- LOCHAK, Daniele. **Réflexions sur la notion de discrimination**. Droit Social, Paris, n. 11, nov. 1987.

MILCZAREK, M. **Workplace violence and harassment: A European Picture**. Relatório do Observatório Europeu dos Riscos (Luxemburgo, Agência Europeia para a Segurança e Saúde no Trabalho (EU-OSHA)).

Organização Internacional do Trabalho. **Convenção nº 111**. Disponível em <https://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS_235325/lang--pt/index.htm>. Acesso em 11 jun. 2021.

RODRIGUES-PIÑERO, Miguel; FERNANDEZ LOPEZ, Maria Fernanda. **Igualdad y discriminación**. Madrid: Tecnos, 1986.

SCARPA, Antonio Oswaldo. **Direitos Fundamentais Sociais**. 1ª Ed. Salvador. Editora JusPodivm, 2021.

SILVA, Fabrício Lima; PINHEIRO, Iuri; BOMFIM, Vólia. **Manual do Compliance Trabalhista: teoria e prática**. 2ª Ed., rev., atual. e ampl. – Salvador: Editora Juspodivm, 2021.

A ATUAÇÃO DO GOVERNO FEDERAL MEDIANTE A APLICAÇÃO DA TEORIA DA TOLERÂNCIA ZERO NO DIREITO PENAL BRASILEIRO

THE ACTION OF THE FEDERAL GOVERNMENT THROUGH THE APPLICATION OF THE ZERO TOLERANCE THEORY IN BRAZILIAN CRIMINAL LAW

Fabiano Braga Pires¹

Resumo

O presente artigo tem o objetivo de apresentar o conceito de tolerância, desenvolvido por Voltaire e, a partir de então, analisar a teoria das janelas quebradas, apresentado em Nova Iorque na década de 80 e aplicado na década de 90, na mesma cidade norte-americana, sob a nomenclatura de tolerância zero. A partir daí far-se-á uma comparação ao atual cenário político-judicial que se desenvolve no Brasil, no qual inúmeras são as situações em que é indicada, como solução para a problemática da crescente criminalidade nacional, o uso do conceito da tolerância zero, contudo, nem sempre se leva em consideração os desdobramentos da referida tese e, tão pouco, o seu desrespeito aos direitos fundamentais do cidadão. Ao final, será apresentado um arrazoado a fim de demonstrar se dito conceito será um marco penal, que respeita os ditames legais, ou se o país corre um grande risco com sua aplicação.

Palavras-chave: Tolerância; Direito Penal; Teoria das Janelas Quebradas; Direitos Fundamentais; Direitos Humanos.

Abstract

This article aims to present the concept of tolerance, developed by Voltaire and, from then on, analyze the theory of broken windows, presented in New York in the 1980s and applied in the 1990s, in the same North city. American, under the nomenclature of zero tolerance. From there, a comparison will be made to the current political-judicial scenario that develops in Brazil, in which there are numerous situations in which the use of the concept of zero tolerance is indicated, as a solution to the problem of growing national criminality, however, it is not always taken into account the consequences of the referred thesis and, neither, its disrespect to the fundamental rights of the citizen. At the end, a reasoning will be presented in order to demonstrate if this concept will be a penal mark, which respects the legal dictates, or if the country runs a great risk with its application.

Keywords: Tolerance; Criminal Law; Broken Windows Theory; Fundamental Right; Human Rights.

¹ Doutorando pela Universidade de Santa Cruz do Sul, RS – UNISC, na linha de pesquisa: Dimensões Instrumentais das Políticas Públicas; Mestre em Direito, pela Universidade de Passo Fundo, RS – UPF (2021); Mestre pelo Instituto Universitario del Agua y de las Ciencias Ambientales de la Universidad de Alicante, IUACA – Espanha (2021); Especializado em Criminologia, Política Criminal e Segurança Pública pela Universidade para o Desenvolvimento do Estado e da Região do Pantanal - UNIDERP (2014) e graduado em Direito pela Faculdade de Direito de Santa Maria, RS – FADISMA (2012). E-mail: fabiano@piresadv.com.br.

INTRODUÇÃO

Em meio às notícias, diuturnamente divulgadas na mídia nacional e em redes sociais, se vê a crescente valorização, por parte do governo federal, em defender a aplicação do termo “tolerância zero” para o combate ao crime, quer sejam estes ambientais (queimadas na Amazônia Legal), comportamentais (dano ao patrimônio público), sociais (furtos e roubos) ou qualquer outro.

Ocorre que, antes de se atribuir e aplicar este conceito no direito penal brasileiro e, principalmente defender sua disseminação nos meios midiáticos e redes sociais, é necessário que se tenha a mínima informação acerca dos motivos que levaram o surgimento da tolerância zero no berço de criação da mesma, bem como os possíveis efeitos, quer sejam positivos ou danosos, que irão surgir na sociedade que terá dito conceito posto em prática.

De acordo com o pronunciamento do Presidente Jair Bolsonaro², em 23 de agosto de 2019, em rede de rádio e televisão, assim declarou:

Somos um governo de tolerância zero com a criminalidade, e na área ambiental não será diferente. Por essa razão, oferecemos ajuda a todos os estados da Amazônia Legal. Com relação àqueles que a aceitarem, autorizarei operação de Garantia da Lei e da Ordem, uma verdadeira GLO ambiental.

Ocorre que este discurso, da aplicação efetiva da tolerância zero, não apareceu isoladamente apenas no pronunciamento supracitado, ela vem ocorrendo como um dos pilares da campanha eleitoral do atual governo federal, incutindo, inclusive, de maneira irresponsável, o medo do aumento da criminalidade como supedâneo para a aplicação da citada teoria.

No que tange à aplicação da teoria da tolerância zero, será apresentado a *posteriori*, que a mesma somente surtirá efeito esperado, por quem a quer implantar, se diversos direitos constitucionais e humanos forem deixados de lado, tornados sem efeito primário e, de acordo com o pronunciamento do chefe do poder executivo acima transcrito, que afirma que o seu governo é de tolerância zero, causa temeridade a qualquer jurista e defensor dos direitos humanos.

O delinquente merece e deve, dentre os ditames legais vigentes no país, responder por seu delito e, veja-se, em momento algum o presente trabalho defende a não-sanção ao autor de qualquer tipo crime, contudo, o que se luta, com a presente pesquisa, é que as garantias

² Disponível in: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2019/08/23/bolsonaro-fala-em-tolerancia-zero-na-area-ambiental-em-pronunciamento-sobre-amazonia-na-tv.ghtml>

fundamentais, individuais e os princípios geradores dos direitos humanos sejam respeitados, sem que ocorram desrespeito às leis e sem que ocorra uma desvirtualização do direito penal e processual penal pátrios.

Executar uma estratégia agressiva contra quem comete crimes, desvinculando-se do papel garantidor que o Estado deve valer-se para preservar os direitos fundamentais dos cidadãos, como a seguir será exposto, é um retrocesso secular e, tal fato pode ser assim explicitado nas brilhantes palavras de Garcia³,

A Situação do Direito Penal e do Direito Processual Penal no decorrer dos séculos da Monarquia absoluta era caracterizada por um sem fim de arbitrariedades e uma forma cruel de tratar o acusado. Aos olhos do cidadão de hoje, era todo um conjunto de barbaridades: a falta de independência dos juizes; o fato de que os procedimentos não serem iguais a todos; a utilização da tortura como pena e como meio de averiguação da verdade; a utilização de penas inumanas e cruéis. Ditas arbitrariedades e crueldades serão os motivos do dissenso com a ordem legal da Monarquia absoluta que os pensadores do século XVIII utilizar-se-ão para gerar o movimento pela humanização do Direito penal e seu procedimento que, ao lado da necessidade de tolerância religiosa, serão as causas pioneiras – primeiras necessidades e reflexões – na formação do ideal dos direitos fundamentais.

Atuar, em frente a problemas que se apresentam há décadas no Estado Brasileiro, requer, de quem quer de detenha o poder político de tomadas de decisões exige um mínimo de conhecimento acerca do que irá ser externalizado, a fim de que se possa apresentar soluções úteis para a sociedade, baseadas em boas teorias, caso contrário poderá cair, o interlocutor, na perigosa trincheira da demagogia.

Dessa forma, destina-se o presente trabalho a explorar a teoria da tolerância zero, apresentando sua tese principal e seus efeitos positivos e negativos ocorridos nos Estados Unidos da América, especificamente na cidade de Nova Iorque, demonstrando a forma como ocorreu o desencadeamento perante a população e, também, como o governo se portou diante da aplicação efetiva do referido conceito.

1. A TOLERÂNCIA EXPLORADA EM VOLTAIRE

Em seu livro Tratado sobre a tolerância, Voltaire, apresenta a história, ocorrida em Toulouse, França, de Jean Calas, um pai protestante que teria sido acusado de matar o próprio filho, Marc-Antoine, por motivos religiosos. No decorrer da obra, a qual se embasa em fatos reais e que mobilizou todas as energias do autor, Voltaire analisa a questão da tolerância, dando ênfase a religiosa, e faz uma análise dos fatos políticos

³ GARCIA, Marcos Leite. A contribuição de Christian Thomasius ao processo de formação do ideal dos direitos fundamentais. **Revista Novos Estudos Jurídicos**. v. 10, n. 2, p. 429, jul/dez. 2005.

e judiciais de sua época, dentre os quais destaca-se, inicialmente, a passagem a seguir exposta de Voltaire⁴,

Eu ousaria tomar a liberdade de convidar aqueles que estão na chefia do governo, aqueles que são destinados a grandes cargos, a dignar-se a um exame maduro sobre se é efetivamente temível que a doçura produza as mesmas revoltas que a crueldade fez nascer; se o que aconteceu dentro de certas circunstâncias deve ocorrer em circunstâncias diferentes; e se os tempos, as opiniões e os costumes são sempre os mesmos.

Voltaire deixa claro em sua obra que a tolerância é uma forma eficaz na obtenção da ordem social, uma vez que, caso o Rei, a nobreza e o terceiro estado atribuíssem os ideais de tolerância mútua, a revolução não teria ocorrido.

Infere-se do livro de Voltaire que foram utilizados, pelo autor, exemplos reais de casos em que a tolerância foi a solução para a realização dos interesses do povo e do Estado, sendo a mesma uma ferramenta pacífica para a evolução da sociedade e manutenção do sentimento de paz social em todos, haja vista que para ser difundida é necessário que diferenças e divergências sejam superadas em prol da perfeita convivência entre o indivíduo, o Estado e a coletividade, todos focados em um mesmo norte, onde a realização de conflitos é algo proibido e convivência harmoniosa é imperativa para todos.

Assim, embora afirmando que a natureza do homem seja para o lado da intolerância, o autor define essa tendência precisa ser evitada a fim de que se impeça o indivíduo a cometer atos de intolerância ante diferenças sociais, religiosas, de orientação sexual e de cunho penal, pois, segundo o Dicionário Aurélio, tolerar é o ato de aceitar, suportar, não impor obstáculos e permitir.

Nas palavras de Hamel⁵,

Outro importante filósofo iluminista, François Marie Arouet, ou Voltaire como era conhecido, em seu *Tratado sobre a tolerância* (1763), onde se encontra uma parte significativa de sua filosofia social e política, também desfere uma crítica ao fanatismo religioso, buscando a mobilização da opinião pública contra o fanatismo. Voltaire alertou em seu *Tratado* sobre o perigo do fanatismo e defendeu a necessidade de tolerância universal entre as pessoas, o fazendo, especificamente, a partir da morte de Jean Calas na cidade Toulousse, na França.

Forçar uma ação de repreensão de crimes, atribuindo poder policial que excede os direitos humanos e as garantias individuais do cidadão é agir com intolerância, ou

⁴ VOLTAIRE, François-Marie Arouet. **Tratado sobre a tolerância**. Porto Alegre: L&PM Pocket. 2008. p. 15.

⁵ HAMEL, Marcio Renan. **Ensaio sobre reconhecimento e tolerância**. 1. ed. Santo Ângelo, RS: FUri. 2016. p. 36-37.

então, tolerância zero, e esta forma de agir, proveniente de um governo, sem sombra de dúvidas é algo ineficaz e temerário.

2. A TEORIA DAS JANELAS QUEBRADAS E A TOLERÂNCIA ZERO

Para aprofundar o conceito que envolve a chamada tolerância zero se faz necessário explicar, primeiramente, o que é a teoria das janelas quebradas ou *broken windows theory*.

Nascida de um experimento realizado por Philip Zimbardo em 1969, sendo publicada somente em 1982 por James Wilson e George Kelling, ocorrido na cidade norte-americana de Nova Iorque, a teoria dos vidros quebrados baseou-se em deixar dois veículos absolutamente idênticos (marca, ano, modelo, cor e situação de conservação) em dois bairros distintos, um ficou no *Bronx* (conhecido bairro por sua pobreza e problemas sociais, com alta criminalidade), no entanto, o segundo carro foi deixado em *Palo Alto* (zona de maior poder econômico, geralmente frequentado pela elite nova-iorquina).

Ocorre que o veículo deixado no *Bronx*, em poucas horas, sofreu vandalismo, sendo que suas peças foram subtraídas e, as partes que não puderam ser levadas foram destruídas ou danificadas.

Por sua vez, o automóvel deixado em *Palo Alto*, por uma semana, manteve-se intacto, sem sofrer nenhuma avaria ou ato de vandalismo, após o transcurso desse prazo, o pesquisador idealizador do experimento jogou uma pedra no vidro lateral do veículo, causando a sua quebra e, horas depois, o referido carro teve o mesmo fim que o que fora deixado no *Bronx*.

Ao analisar o experimento acima exposto, Odon⁶ afirma,

Algumas conclusões da teoria são: há relação de causalidade entre desordem e criminalidade, entre a não repressão a pequenos delitos e a criminalidade violenta. Se uma janela de uma fábrica ou prédio é quebrada e não é imediatamente consertada, as pessoas que por ali passam tendem a concluir que ninguém se importa, que não há autoridade zelando pela manutenção da ordem. Assim, as pessoas começariam a atirar pedras para quebrar as demais janelas. Inicia-se assim a decadência do local, com pequenas desordens levando a grandes desordens. Nessa lógica, diante do abandono de comunidades pela autoridade responsável, desocupados, desordeiros e pessoas com tendências criminosas se sentiriam à vontade para ali fazer negócios ou mesmo morar, levando outros moradores a desejarem se mudar para outros locais. A pequena desordem gera a ideia de deterioração, de desinteresse e de despreocupação nas pessoas.

⁶ ODON, Tiago Ivo. **Tolerância zero e janelas quebradas**: sobre os riscos de se importar teorias e políticas. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, mar. 2016 (Texto para discussão n. 194). p.2.

Dessa forma, vislumbra-se que a ausência do Estado, em especial através da presença ostensiva da polícia, leva a um falso sentimento de impunidade, tendo como consequência a destruição do sentimento coletivo de segurança, aumento dos índices de desigualdades sociais naquele local que está a sofrer o abandono do Estado e a maior incidência de crimes cada vez mais graves, haja vista que há uma percepção, por parte dos delinquentes, acerca do fato que se os delitos de menor monta não são, sequer, investigados e apurados, a facilidade do cometimento de atos mais gravosos são evidentes.

No início da década de 90 a teoria das janelas quebradas foi utilizada como fundamento teórico para uma nova política criminal norte-americana, conhecida como tolerância zero, tendo como local de início de sua implantação a cidade de Nova Iorque.

Foi justamente a partir da análise da teoria supramencionada que o Prefeito de Nova Iorque, Rudolph Giuliani em 1993, autorizou e implementou esta política criminal, através de estratégias de operações policiais que vislumbravam ações de forte impacto social e presencial, dando total poder aos agentes de polícia para prenderem qualquer pessoa que pudesse estar no início de um ato criminoso, no meio de um ou ter praticado dito fato, independente de ocorrer qualquer preocupação em garantir-se os direitos fundamentais do indivíduo. Dessa forma, a polícia nova-iorquina começou, com o aval de seu comandante (o prefeito), a cometer abusos e atrocidades, pois qualquer pessoa que passasse a gerar desconfiança em um agente de polícia do município era revistada e, dependendo da subjetividade em avaliar a situação do policial, poderia ser conduzida à uma delegacia a fim de ser investigada e, por muitas vezes, até presa. E os fatos narrados não se limitam a pichações, badernas, vadiagem e vendedores em semáforos, há a indicação de pessoas que estavam urinando em via pública serem presas.

Com essa forma de agir, o prefeito Giuliani, entendia que a maciça presença dos agentes da lei e a total intolerância para o tratamento de qualquer ato que pudesse ser ilícito, em zonas reconhecidamente abandonadas de Nova Iorque, iria reduzir drasticamente os índices de criminalidade, incluindo-se aí pequenos, médios e graves delitos.

Ocorre que, os dados coletados após a implementação da referida política criminal em Nova Iorque, foram reduzidos substancialmente.

Contudo, a máquina municipal sofreu avarias, eis que houve um significativo aumento da formação e capacitação de novos policiais, o clima tenso e o medo geral da população perante um agente da lei foi amplamente difundido na cidade e, a partir

desse momento, qualquer fato que desviasse da rotina era considerado crime. Insta salientar que os chefes de polícia eram responsabilizados pela implementação, em suas áreas de atuação, da política da tolerância zero e, ainda, só mereceriam promoções se os resultados fossem considerados satisfatórios, ou seja, se uma delegacia de polícia de um determinado bairro de Nova Iorque reduzisse o número de pessoas presas, provavelmente, o chefe daquele departamento não seria promovido e, dessa forma, os direitos e garantias individuais de qualquer cidadão estavam às margens de dados estatísticos, pouco importando se este tinha ou não alguma culpabilidade no cometimento de qualquer ato.

Ocorre que, para o cidadão americano, que estava amedrontado com o crescente aumento dos dados criminais e, ainda, tendo de conviver com a ameaça diária, plantada pela mídia com aval da esfera política, de que algo precisava ser feito para estrangular a passagem que conduzia o delinquente da vida pacata para o mundo do crime, a presença maciça de agentes policiais, mesmo que desrespeitando e invadindo a vida diária da cidade, era uma forma de resposta positiva do governo e deveria ser chancelada por todos.

Diante do crescimento da cobertura midiática ante os resultados “positivos” da implementação da tolerância zero, a referida teoria ganhou os noticiários do mundo todo, sendo considerada uma nova política criminal que gerava resultados a curto prazo.

A presença da política da tolerância zero, como já referido anteriormente, causou um aumento do gasto da máquina estatal e, pior ainda, aumentou significativamente o número da população carcerária de Nova Iorque, o que só fez aumentar, ainda mais, os gastos com a manutenção de cidadãos presos por conta do cometimento de pequenos delitos e, o que é pior, indivíduos pobres e negros que estavam presos sem ter cometido qualquer delito e que não possuíam condições financeiras de contratar um advogado para defende-las ante as injustiças cometidas pela municipalidade.

Para Sridhar⁷ as causas da redução da criminalidade foram outras, descartando veementemente como motivo primordial dessa diminuição a implementação da política da tolerância zero, em suas palavras pontuou os seguintes fatores:

(1) o *boom* na economia na década de 1990. O declínio das taxas de desemprego explicariam 30% da queda dos índices de criminalidade. Latinos se beneficiaram com a absorção de sua mão de obra desqualificada pelo mercado e os negros voltaram para as escolas e passaram a evitar o comércio ilegal;

⁷ SRIDHAR, C. R. **Policing urban crimes**: the broken windows theory. Economic and Political Weekly. Disponível em: http://sapienpen.blogspot.com.br/2011/10/policing-urban-crimes-broken-windows_31.html. Acesso em 07/09/2019.

- (2) mudanças no mercado de drogas, com a estabilização do mercado varejista de crack e a oligopolização, o que reduziu a violência entre gangues;
- (3) redução do número de jovens com idade entre 18 e 24 anos, em razão da epidemia de AIDS, overdoses de drogas (epidemia do crack na década de 1980) e violência entre gangues, o que teria contribuído para queda de 1/10 dos crimes de rua;
- (4) os efeitos do aprendizado (a morte de gerações anteriores – os nascidos em 1975/1980 – teve impacto positivo na conduta das gerações posteriores);
- (5) o papel de igrejas, escolas e instituições sociais em campanhas de conscientização e prevenção;
- (6) a lei estatística da regressão, segundo a qual os índices tendem a se aproximar da média com o tempo.

Com isso, vê-se que a justificativa para o total desrespeito para com os direitos individuais não encontrava eco com a instauração da tolerância zero, sendo que outros fatores externos, quer tenha ocorrido a incidência desta política ou não, foram determinantes para a redução abrupta dos índices de criminalidade apontados nas pesquisas.

3. AFINAL, É CORRETO OU INCORRETO AFIRMAR QUE O CONCEITO DA TOLERÂNCIA ZERO É UMA CARACTERÍSTICA NO ATUAL CENÁRIO POLÍTICO-CRIMINAL BRASILEIRO?

De acordo com tudo que foi demonstrado acima, verifica-se que não há que se falar que o Brasil possui, como afirmou o Presidente da República, uma política de tolerância zero no direito criminal.

Primeiro porque o déficit de aparato policial nacional é gigantesco, faltando investimento em material, viaturas, armamento, capacitação de policiais já concursados e, o que é pior, no aumento da oferta de vagas para novos policiais.

Há, sim, uma crescente corrente, conforme os atos políticos e afirmações quase circenses, desprovidas de estudos teóricos e fundamentação lógica, que defende que qualquer tipo bandido merece os rigores da lei, nem que para isso os seus direitos fundamentais, previstos na Constituição Federal, sejam castrados de seu ser.

Para Odon⁸,

A eficácia coletiva é um fator que Sampson e Raudenbush encontraram em suas pesquisas e cuja presença é fundamental para dar vida à correlação entre desordem e violência defendida pela teoria das janelas quebradas. Nem toda comunidade ou vizinhança apresenta o mesmo grau de eficácia coletiva, independentemente de suas características demográficas. A violência vai variar a depender da ação efetiva deflagrada com base em valores compartilhados entre vizinhos, da capacidade de um grupo de se autorregular espontaneamente com

⁸ ODON, Tiago Ivo. **Tolerância zero e janelas quebradas**: sobre os riscos de se importar teorias e políticas. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, mar. 2016 (Texto para discussão n. 194). p.11.

base em interesses comuns. Em outras palavras, tende haver menos violência em ambientes sociais em que encontramos um contrato social operante, em que há forte identidade coletiva, em que as pessoas se autoreconhecem umas nas outras.

Ademais, não é novidade afirmar que o Brasil vive sobre o medo da insegurança diário, sendo, dessa forma, um amplo terreno fértil para a obtenção, mediante falsas promessas eleitoreiras, de uma obtenção da paz social mediante o uso de ferramentas que possam vir a desrespeitar o contrato social entre Estado e população, dita manobra espúria nada mais do que o ativismo populista encontrado em Hitler e Mussolini.

Com o aumento dos índices criminais abre-se um vasto campo para o sensacionalismo midiático, causando revolta em boa parte da população que, desconhecendo os métodos empregados, acaba por defender a ideia de tolerância zero para a obtenção de uma segurança que nunca será alcançada desrespeitando o próximo, mesmo sendo ele um delinquente à margem da sociedade, o papel do governo é defender os direitos de todos e não falsamente fazer crer que os direitos de uma camada da sociedade será sobreposto em detrimento de uma classe social e econômica inferior, dessa forma o estado social é abandonado e o estado penal é tido como única saída. Ledo engano!

Necessário salientar que a tolerância zero difundida nos Estados Unidos da América, em especial em Nova Iorque, jamais obteve sua confirmação empírica, sendo apenas divulgada na mídia mediante interesses políticos e econômicos.

Assim, a afirmação de que vivemos em um país no qual a tolerância zero é característica de governo é incorreta, pois não possuímos capacidade de gestão para implementar dita política e, ainda bem, não há capacidade administrativa para iniciar o processo de modificação estrutural das polícias federal, militares e judiciárias espalhadas pelo vasto território nacional.

Precisa-se entender que certas afirmações não passam de demagogia e falsas esperanças à população, que vive cada vez mais amedrontada pelo aumento da criminalidade e pela inércia de quem deveria primar pela paz social em fazer o seu trabalho constitucional e penal, pois não é necessário apresentar um cenário de caos total para que se busquem medidas efetivas, constitucionais e garantidoras dos direitos humanos, individuais e coletivos para que sejam sopesados, por qualquer pessoa, antes de pensar em cometer um delito, tenha ele o peso que tiver.

O governo, ao invés de se preocupar em educar a sociedade através do direito penal deve ater-se em buscar a criação e manutenção de uma educação de qualidade, a fim de incutir em cada cidadão, desde sua alfabetização, a forma de agir em

sociedade, independente se há um aparato policial equiparado um cenário de guerra ou se inexistente a presença ostensiva de um policiamento em seu bairro, somente com a educação é que a criminalidade será extirpada dos noticiários e índices de criminalidade diariamente presentes na mídia.

O sentimento de um falso conforto e paz reinante não deve prosperar, pois é inevitável que a sociedade deixe de tolerar certos comportamentos, tidos como corriqueiros, mesmo que antissociais, sejam punidos, sendo que qualquer indivíduo desta coletividade poderia sofrer uma sanção pela pesada mão do Estado.

A presença de um grande número de policiamento nas ruas brasileiras, provavelmente iria reduzir o número de tráfico de drogas e cometimento de pequenos delitos nestes locais, contudo, o traficante não deixaria de ser delinquente e iria, por exemplo, substituir o ponto de venda da rua para o interior de uma residência, dificultando o trabalho policial e, ainda, o ladrão de carteiras iria partir para outro intento criminal, podendo, inclusive, começar a praticar delitos mais graves em locais menos vigiados.

No tocante ao combate e redução da venda de entorpecentes, o ideal é manter o foco no combate e minimização dos danos causados pelo tráfico e não perseguir o usuário a fim de prendê-lo, dessa forma a atenção está voltada para a ponta errada da longa e destruidora linha da venda de drogas.

Por fim, deve-se esclarecer que a situação atual das penitenciárias brasileiras já é crítica, beirando um estado de total absurdo no trato dos detentos, sendo que, caso fosse implementada realmente a tolerância zero, os presídios que já estão superlotados iriam ser verdadeiramente entupidos de presos, podendo ocorrer algo mais grave, como o aumento de homicídios cometidos por detentos contra outros detentos dentro destas casas penais a fim de reduzir-se a população carcerária. Ocorre que no Brasil de hoje não há condições mínimas de adequar as penitenciárias para receber, tratar e realmente ressocializar a população carcerária já existente, que dirá se o número de presos aumentar.

Sem sombra de dúvidas o estudo e aprofundamento da teoria das janelas quebradas e da política da tolerância zero é de grande monta para a discussão acadêmica, no entanto, afirmar que a utilização destes modelos é a solução para o decréscimo da criminalidade é despojado de estudos empíricos e, ainda, traz à baila certas lacunas que ficariam sem solução, como por exemplo os crimes de funcionários públicos e de colarinho branco.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante da experiência apresentada, no presente trabalho, na cidade de Nova Iorque, berço originário da teoria das janelas quebradas e, conseqüentemente, da política criminal da tolerância zero, verificou-se ser absolutamente temerário a implementação do referido marco penal, pois evidenciou-se que as diversas formas de desrespeito aos dos direitos dos cidadãos são infinitamente superiores que os benefícios que falsamente se atribuiu a mesma.

Tentar justificar a supremacia da força policial, em detrimento dos direitos humanos e garantias individuais, como fundamento para uma redução da criminalidade, além de ser falacioso e demagógico, é uma afronta à constituição de qualquer país, seja ele proveniente da *civil law* ou da *common law*, pois os direitos humanos são internacionalmente reconhecidos e a sua defesa, em caráter primordial, é a mais pura característica de um Estado Democrático de Direito.

Assim, gerar o medo na população, com a possível manipulação de dados mascarados e atribuir uma falsa paz social após o implemento da política criminal da tolerância zero é um ato irresponsável, imoral e desumano, pois a história recente não pode ser manipulada e o que ocorrera em Nova Iorque com negros, pobres e desprovidos de condições financeiras e sociais na década de 90 não pode ser revivido por nenhuma cidade em qualquer lugar do globo, por mais erto que este seja.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

GARCIA, Marcos Leite. A contribuição de Christian Thomasius ao processo de formação do ideal dos direitos fundamentais. **Revista Novos Estudos Jurídicos**. v. 10, n. 2, p. 429, jul/dez. 2005.

HAMEL, Marcio Renan. **Ensaio sobre reconhecimento e tolerância**. 1. ed. Santo Ângelo, RS: FUri. 2016.

ODON, Tiago Ivo. **Tolerância zero e janelas quebradas**: sobre os riscos de se importar teorias e políticas. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, mar. 2016 (Texto para discussão n. 194).

Site G1 da Rede Globo. Disponível in: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2019/08/23/bolsonaro-fala-em-tolerancia-zero-na-area-ambiental-em-pronunciamento-sobre-amazonia-na-tv.ghtml>. Acesso em 09/11/2021.

SRIDHAR, C. R. **Policing urban crimes**: the broken windows theory. *Economic and Political Weekly*. Disponível em:

http://sapienpen.blogspot.com.br/2011/10/policing-urban-crimes-broken-windows_31.html. Acesso em 07/11/2021.

VOLTAIRE, François-Marie Arouet. **Tratado sobre a tolerância**. Porto Alegre: L&PM Pocket. 2008.

VINGANÇA, MEMÓRIA E MEIOS ALTERNATIVOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS

REVENGE, MEMORY AND ALTERNATIVE CONFLICT RESOLUTION

Letícia Abati Zanotto¹

Patrícia da Luz Chiarello²

Resumo

O presente trabalho aborda a temática da memória, da vingança e de suas interações com os meios alternativos de resolução de conflitos. Objetiva demonstrar o benefício dos indivíduos de optar por se submeter às práticas alternativas para a solução de seus conflitos que muitas vezes não estão delimitados apenas pelo conteúdo da ação submetida ao Poder Judiciário. Na realização do estudo, o método de abordagem aplicado é o dedutivo e o método de procedimento consiste no bibliográfico. Para tanto, primeiramente é realizado um breve apanhado sobre resolução de conflitos. Em seguida, o tema do passado, memória e vingança é abordado. Por fim, se estuda meios adequados de resolução de conflitos e a quebra da perpetuação de violência/vingança. Conclui que passar pelas práticas consensuais é essencial para o encerramento do conflito interno entre as partes, aquele que vai além do processo e pode se perpetuar no tempo futuro.

Palavras-chave: Conflito; Memória; Resolução Alternativa de conflitos; Vingança.

Abstract

The present work addresses the theme of memory, revenge, and their interactions with alternative means of conflict resolution. It aims to demonstrate the individuals' benefit in choose to submit to alternative practices to resolve their conflicts, which are often not limited only by the content of the judicial process submitted to the Judiciary. For the accomplishment of the study, the method of approach applied is the deductive one and the method of the procedure consists of the bibliographic. To do so, first, there is a brief overview of conflict resolution. Then the theme of the past, memory, and revenge is addressed. Finally, adequate means of conflict resolution and the cycle of violence/revenge are studied. It concludes that going through consensual practices is essential for ending the internal conflict between the parties, one that goes beyond the process and can be perpetuated in the future.

Keywords: Alternative Conflict Resolution; Conflict; Memory; Revenge.

INTRODUÇÃO

O excesso de demandas em tramitação no Poder Judiciário é indicativo de que devemos procurar outras formas para que os conflitos sejam resolvidos de maneira

¹ Mestranda em Direito pela Universidade de Passo Fundo. Bolsista CAPES. E-mail: 152562@upf.br.

² Mestranda em Direito pela Universidade de Passo Fundo. Bolsista CAPES. E-mail: 130470@upf.br.

mais célere e eficiente do que sua submissão aos magistrados delimitados no processo pelos pedidos suscitados pelas partes em suas petições.

No presente trabalho se objetiva a realização de um estudo sobre a resolução de conflitos e o passado, a memória e a vingança buscando de que forma esses conceitos se relacionam com a utilização dos meios alternativos de resolução de conflitos. O estudo será realizado tendo como método de abordagem o dedutivo e método de procedimento o bibliográfico.

No primeiro capítulo será realizada uma breve introdução os conflitos e as formas de resolução de conflitos de forma geral, indicando o movimento de descontentamento e o estímulo do Conselho Nacional de Justiça para que as pessoas procurem de meios alternativos.

No capítulo seguinte irá ser trabalhado o passado, a memória e a vingança buscando discorrer sobre a relação entre eles. Por fim, discorrerá sobre os meios alternativos de resolução de conflitos e de que forma eles contribuem para tratar de uma perspectiva diferenciada e definitiva o conflito.

1. INTRODUÇÃO À RESOLUÇÃO DE CONFLITOS

Desde os tempos mais primórdios registra-se desentendimentos entre os indivíduos, sendo eles responsáveis até mesmo pela extinção de povos e Estados. Os conflitos são originados de desentendimentos, descumprimento de ordens e até mesmo cometimento de crimes podem surgir nas mais variadas relações e sobre os mais diversos temas da vida em sociedade. Do Latim *conflictus*, representa a falta de entendimento ou oposição violenta entre as partes, encontro entre corpos, choque, colisão³.

Por conta desta “colisão” de interesses os indivíduos buscam solucionar o problema ou equiparar suas perdas. Essa solução tomou algumas formas ao longo do tempo. A princípio pode-se afirmar a existência de três classificações primordiais de meios para proporcionar a solução dos conflitos, sendo eles: a autodefesa/autotutela, a autocomposição e o processo ou heterocomposição. Cada modalidade possui seus respectivos institutos que podem inclusive convergir para o desfecho de um litígio.

O método revestido de maior primitividade é o da autotutela, que resguardadas as suas devidas exceções⁴ indicadas pela legislação, é prática vedada

³MELHORAMENTOS. **Dicionário Michaelis.** Disponível em: <https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/conflicto/>. Acesso em: 15 set. 2021.

⁴ O exercício da autotutela é permitido pela legislação nos casos de legítima defesa, estado de necessidade, o “desforço

pelas legislações modernas e funciona por meio da promoção da autodefesa considerada como recurso de caráter bárbaro para a resolução de conflitos numa fase onde não havia a presença de um órgão estatal ou de autoridade que promovesse e garantisse aos indivíduos a aplicação de um direito⁵⁶.

A ausência de consenso entre as partes ou de normativas com imposições de caráter civil ou penal a serem aplicadas de acordo com o caso concreto, resultava na punição realizada por meio da vingança privada conhecida também como a justiça de mão própria. Com a carência de critérios para administrar a disputa, o resultado era a imposição dos interesses de uma parte sobre a outra pela aplicação da coação de força física, moral e econômica⁷.

Hoje o Estado passou a ser o responsável pelo monopólio do uso da força da coerção excetuando-se as ressalvas legislativas em que a atuação do indivíduo deve ser imediata sob pena de violação de seu direito, embora passe pelo crivo do judiciário em momento posterior⁸.

Porém, o tratamento das demandas pelo Poder judiciário por meio do acesso à justiça garantido como direito fundamental pela Constituição Federal de 1988 em seu art. 5º, XXXV⁹, sofre críticas:

A impossibilidade de tratamento adequado de todos os problemas que hoje demandam acesso à justiça e que colimam seja essa justiça, realmente, efetiva, na consecução dos propósitos prometidos, elucida um descompasso e um desajuste que acabam por ocasionar uma perda de poder do Estado e consequente desprestígio e deslegitimação do próprio Poder Judiciário, como Poder Público Estatal¹⁰.

Com o registro do excesso de demandas tramitando no Poder Judiciário e com a constatação de sua incapacidade em promover a solução de maneira célere às demandas, o Conselho Nacional de Justiça identificou a necessidade de se estabelecer uma Política Judiciária Nacional de Tratamento Adequado dos Conflitos

incontinenti”, o direito de cortar raízes e ramos de árvores limítrofes que ultrapassem a extrema do prédio, direito à retenção, penhor legal, e no direito de greve.

⁵ RAMOS FILHO, Wilson. *O fim do poder normativo e a arbitragem*. São Paulo: LTr, 1999. p.170-171.

⁶ FICHTNER, José Antônio; MANNHEIMER, Sérgio Nelson; MONTEIRO, André Luís. *Teoria geral da arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p.11.

⁷ ALVIM, José Eduardo Carreira. *Teoria geral do processo*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p.7-13.

⁸ ALVIM, José Eduardo Carreira. *Teoria geral do processo*. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p.10.

⁹ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito:[...]”. BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 15 set. 2021.

¹⁰ MORAIS, José Luis Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. *Mediação e arbitragem*: alternativas à jurisdição! 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p.105.

de Interesses no Âmbito do Poder Judiciário, o que foi materializado em 2010 pela Resolução do CNJ nº 125¹¹.

O art. 1º¹² da resolução busca assegurar que as lides sejam solucionadas pelos meios adequados à sua natureza e peculiaridade, com estímulo aos métodos consensuais de autocomposição, como a mediação e a conciliação. Junto com o incentivo, o art. 7º *caput*¹³ determina a criação de Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos, responsáveis por implementar a política nos Tribunais Estaduais e do Distrito Federal e Territórios e realizar o comando o art. 8º *caput*¹⁴, que traz a criação dos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSCs) para a realização dos procedimentos autocompositivos por profissionais com curso de formação para aplicar tais métodos¹⁵.

O estímulo pela opção das formas consensuais de resolução de conflitos, não envolvendo diretamente o ajuizamento de demandas, faz parte de uma tentativa de instigar o abandono da cultura do litígio, pois:

[...] de um lado, a demonstração de força provocada pela espada da Justiça serve ao propósito de garantir a solução da celeuma, de outro, faz surgir a cultura da litigância, tornando-se menos usual a utilização dos meios conciliatórios para a solução das lides. O que não se pode perder de vista, todavia, é que, ao entregar a lide à resolução pelo Estado (jurisdição), cada parte deve ter ciência de que a solução encontrada por meio da decisão judicial pode não lhe ser verdadeiramente efetiva (no sentido de não lhe atender as expectativas) e, de todo modo, lhe será sempre imposta, já que prolatada, em regra, sem sua participação¹⁶.

¹¹ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010*. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/files/resolucao_comp_125_29112010_19082019150021.pdf. Acesso em: 20 set. 2021.

¹²“Fica instituída a Política Judiciária Nacional de tratamento dos conflitos de interesses, tendente a assegurar a todos o direito à solução dos conflitos por meios adequados à sua natureza e peculiaridade”. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010*.

¹³“Os tribunais deverão criar, no prazo de 30 dias, Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos (Núcleos), coordenados por magistrados e compostos por magistrados da ativa ou aposentados e servidores, preferencialmente atuantes na área, com as seguintes atribuições, entre outras:[...]”. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010*.

¹⁴“Os tribunais deverão criar os Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (Centros ou Cejuscs), unidades do Poder Judiciário, preferencialmente, responsáveis pela realização ou gestão das sessões e audiências de conciliação e mediação que estejam a cargo de conciliadores e mediadores, bem como pelo atendimento e orientação ao cidadão[...]”. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010*.

¹⁵ HASHIMOTO, Andjanete Mess et al. Câmaras privadas de mediação em perspectiva. In: Alberton, Genacéia da Silva (Coord.); BARBEDO, Claudia Gay (Org.). *Mediação em movimento*. Porto Alegre: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, 2018.p.65-76. Disponível em: <https://www.tjrs.jus.br/export/processos/conciliacao/ebooks/E-Book-SerieMediacao-em-Movimento-Vol-1.pdf>. Acesso em: 15 set. 2021.p.67-69.

¹⁶ TOFFOLI, José Antônio Dias. Movimento conciliatório e a Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal (CCAF): breves considerações. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 50, jul./set. 2016. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_bol_etim/bibli_bol_2006/RArbMed_n.50.15.PDF. Acesso em: 25 set. 2021. p.3.

Uma cultura de paz na solução de conflitos mais do que uma opção, é uma necessidade frente ao ingresso no ano de 2018 de 28.052.925 causas e o registro de 78.691.031 casos pendentes segundo o CNJ em seu relatório Justiça em números 2019¹⁷ e 30.214.346 casos novos em 2019 e 77.096.939 casos pendentes de 2018 no relatório Justiça em Números 2020¹⁸, divulgado em 20 de agosto de 2020.

Dessa forma, observando o número de demandas e o movimento para que as partes optem pelos meios consensuais e se envolvam ativamente no processo para resolverem da melhor forma suas contendas, a seguir se discorre sobre passado, memória e vingança, que podem ter certa relação com as atuais demandas em excesso.

2. PASSADO, MEMÓRIA E VINGANÇA

Com o alto número de demandas submetidas ao Poder Judiciário e o estímulo ao acesso à justiça pelos meios consensuais, a combinação dos elementos passado, memória e vingança representa uma relação de extrema relevância. A observação de suas interações e consequências permitem entender a necessidade adoção dos meios adequados para a resolução de conflitos.

O Direito tem uma profunda e indissociável relação com o tempo. Antes de mais nada são guardiões da memória social e por mais que algumas sociedades busquem apagar o seu passado ele é parte essencial repercute de forma constante no presente¹⁹.

Os elementos passado e memória estão interligados, pois é através do passado e da preservação das memórias que é construída a identidade coletiva. A existência dessa identidade coletiva é o que move a instituição e reinstituição do tempo, uma vez que François Ost demonstra em diversas oportunidades que a memória é fundamental para o desenvolvimento da sociedade uma vez que as tradições são derivadas e transformadas a partir dela, não há o primeiro direito, “há sempre direito antes do direito”²⁰ tentar provar incorre na chamada *probatio diabólica* nunca é presenciado o surgimento de uma regra.

Assim, a preservação da memória se faz imprescindível e traz segurança jurídica aos indivíduos. A sua ausência ensejaria em resultado catastrófico e com certeza não

¹⁷CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em números 2019**. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2019. Disponível em: encurtador.com.br/wzBW8. Acesso em: 20 jul. 2021. p.36-37.

¹⁸CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em números 2020**. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2019. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/WEB-V3-Justi%C3%A7a-em-N%C3%BAnmeros-2020-atualizado-em-25-08-2020.pdf>. Acesso em: 28 ago. 2021. p.49.

¹⁹ OST, François. **O tempo do direito**. Lisboa: Instituto Piaget, 1999.

²⁰ OST, François. **O tempo do direito**. p.70.

democrático. Algumas ficções classificadas como distopias tem material inspirado no cenário que uma sociedade sem passado e sem memória proporcionaria.

No ano de 1949 foi lançada a distopia 1984²¹ de George Orwell, onde de forma surpreendentemente atual, já trazia uma pretensão da configuração do que seria uma sociedade sem memória. O personagem Winston trabalha no “Ministério da Verdade” onde curiosamente o slogan exposto é “guerra é paz; liberdade é escravidão; ignorância é força”. A sociedade ilustrada na obra é vigiada constantemente pelo “grande irmão” e a história é reescrita conforme a conveniência.

Outra obra que aborda o tema de uma perspectiva diferente é Fahrenheit 451²² de Ray Bradbury onde a função dos bombeiros colocar fogo em todo e qualquer livro, pois esses são proibidos. Ter opinião própria é algo mal visto, todos os conteúdos são resumidos e veiculados o mais brevemente possível. Guy Montag é o personagem central e também aponta para a falta de memória coletiva e modificações em questões históricas.

Longe de ser uma temática de caráter totalmente ficcional, esse procedimento da supressão de pensamentos dos indivíduos e transformação dos grupos sociais em massas é registrado inclusive na obra Origens do Totalitarismo de Hannah Arendt²³ em sua parte III que lida com a explicação para o sucesso dos regimes totalitários.

Dito isso, uma sociedade com a preservação de seu passado e memória traz outro ponto importante de discussão: o sentimento de vingança.

Toda ação ocasiona uma reação, o crime, por sua vez, traz o desejo de retribuição, de vingança. Quando se fala em vingança em retribuição do dano causado podemos nos remeter à códigos da antiguidade como as Leis de Talião e o Código de Hamurabi. Já para o direito penal da modernidade a pena a ser aplicada possui 3 funções: “uma função preventiva virada para o futuro, uma função de reparação centrada no presente e uma função de retribuição estribada no passado”²⁴.

A tendência é observar somente o aspecto retributivo quando alguém comete algum mal contra nós, “[...] planejamos vingança. Isto é, para compensar queremos causar um mal também a essa pessoa. Isso decorre da necessidade de compensação, portanto, da necessidade de justiça.”²⁵.

No momento em que o ato ocorre:

²¹ ORWELL, George. **1984**. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

²² BRADBURY, Ray. **Fahrenheit 451**. São Paulo: Globo, 2012.

²³ ARENDT, Hannah. **As origens do totalitarismo**. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.

²⁴ OST, François. **O tempo do direito**. p.128.

²⁵ HELLINGER, Bert. **Conflito e paz**: uma resposta. São Paulo: Cultrix, 2007. p. 10.

Tudo se passa então como seus relógios tivessem parado na hora da ofensa e o futuro não apresentasse outra perspectiva que não fosse a ruminação neurótica do crime e esperança da sua anulação simbólica ponto na resolução vingadora, o tempo e mobilizasse no espaço fechado do momento passado da ofensa presente e futuro apenas permitem a repetição obsessiva.²⁶

A necessidade de compensação nem sempre é atribuída ao indivíduo que perpetrrou a ameaça. O caso de Adolf Eichmann é exemplo disso. O livro *Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal* de Hannah Arendt, foi publicado em 1963 e narra o julgamento de Eichmann que foi raptado pela MOSSAD, o serviço secreto de Israel, e levado para ser julgado em Jerusalém pelos crimes cometidos na “solução final dos judeus”²⁷.

Muito embora de fato ele houvesse participado da solução final, não tinha um cargo de significativa importância e somente seguia ordens. Seu julgamento serviu para representar a realização da justiça e aplicação de uma punição aos responsáveis pelo holocausto. O problema deste tipo de retribuição é que:

Ao nos vingarmos, ultrapassamos a necessidade de compensação e justiça e causamos mais sofrimento e dano ao outro do que ele nos causou. Mas o outro também quer vingança e assim o conflito entre nós nunca tem fim. A justiça toma-se aqui um pretexto para a vingança. ²⁸

Para tentar quebrar esse conflito que nunca acaba entre as partes, pode ser indicada a busca pelas práticas de transformação do conflito, onde o que é abordado não é somente os direitos e lesões contidos nas peças processuais redigidas pelos procuradores dos envolvidos nesse ciclo sem fim que parece ser a vingança. Dessa forma, o próximo capítulo é dedicado a expor os modelos de resolução de conflitos que buscam desvendar a centro do conflito.

3. MEIOS ADEQUADOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS E A TENTATIVA DE QUEBRA DA PERPETUAÇÃO DA VINGANÇA

Com a ciência do formato perpetuador dos sentimentos de vingança, da sede pela retribuição do mal sofrido e do papel que o passado e a memória possuem nesse pensamento e ações dos indivíduos, uma ação judicial com seus pedidos delimitados

²⁶ OST, François. *O tempo do direito*. p.131.

²⁷ ARENDT, Hannah. *Eichmann em Jerusalém*: um relato sobre a banalidade do mal. São Paulo: Companhia das Letras, 2013.

²⁸ HELLINGER, Bert. *Conflito e paz*: uma resposta.p.10.

sujeitos a um magistrado para análise e processamento ou uma ação penal proposta pelo Estado, não parecem ser suficientes para o fechamento da questão demandada²⁹.

Sabendo que o conflito é parte inerente à convivência social, Santana e Santos propõe duas opções para o trabalho do conflito: “promovê-lo e estimular sua continuidade, ou racionalizá-lo, na tentativa de minimizar novos conflitos ou maiores consequências, sejam elas jurídicas, políticas, econômicas, relacionais ou sociais”³⁰.

Na continuidade do raciocínio trabalhado no capítulo 1 desta pesquisa, a resolução de conflitos é estimulada a seguir a seguir, quando possível, o caminho dos mecanismos de administração consensual de litígios, que envolvem institutos como a conciliação, a mediação, a negociação e a arbitragem.

A mediação é de utilização recomendada quando as partes possuem uma relação continuada anterior ao conflito e teve início nos processos envolvendo direito de família. Sua importância reside na procura não somente pela solução da demanda, mas do âmago do problema buscando restabelecer a comunicação, uma vez que as pessoas acabam por ter desentendimentos por um motivo qualquer e a demanda submetida ao judiciário é uma, porém, o conflito substancial pode ser outro³¹³².

A Conciliação, por sua vez, pode significar tanto o acordo realizado de maneira amigável quanto o que se faça judicialmente para terminar o litígio. Aqui, as partes assistidas pelo terceiro imparcial, que pode orientar e elaborar propostas, encontram a solução do conflito de interesses³³. Diferentemente da mediação, é destinada para os casos em que não há relação anterior das partes tendo por objeto somente a lide e a extinção do processo³⁴.

Por fim, a negociação é uma modalidade de autocomposição efetuada diretamente entre as partes que, em regra, não envolve a figura do terceiro, com exceção de quando se tratar de uma negociação assistida. Tem como foco o trabalho de modo que a solução possa atender o interesse das partes e estas buscam aplicar um conjunto de técnicas negociais como a negociação colaborativa (acordo como meta),

²⁹ “Essa visão de holofote restrita apenas à questão jurídica de subsunção da ocorrência aos ditames da lei, apequenada aos autos de processo, conformada aos limites da ocorrência policial, porém, não enxerga os verdadeiros problemas e interesses que podem estar por trás de uma infração penal” TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO PARANÁ. **Manual de justiça restaurativa**. Disponível em: <https://www.tjpr.jus.br/documents/14797/7836487/Manual+JR+-+NUPEMEC+TJPR.pdf/2dee4c67-fc1a-40ae-a896-9b86a7d631a1>. Acesso em 20 set. 2021. p.3.

³⁰ SANTANA, Selma Pereira de; SANTOS, Carlos Alberto Miranda. Os métodos consensuais de resolução conflitos como política pública alternativa ao encarceramento nos delitos econômicos. **Revista Justiça Do Direito**, v. 32, n.2, 373-405. Disponível em: <http://seer.upf.br/index.php/rjd/article/view/8142/114114328>. Acesso em 14 set. 2021. p.375.

³¹ GABBAY, Daniela Monteiro. **Mediação & judiciário**: condições necessárias para a institucionalização dos meios autocompositivos de solução de conflitos. 2011. Tese de doutorado-(Doutorado em Direito) Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. p. 29-30.

³² MORAIS, José Luis Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação e arbitragem**: alternativas à jurisdição! p.133.

³³ CAMBI, Accácio. Inovações introduzidas pelo novo código de processo civil na aplicação do instituto *da conciliação*. **Juris Plenum**, Caxias do Sul, ano 12, n. 69, p. 35- 46, mai./jun. 2016.p.37.

³⁴ BACELLAR, Roberto Portugal. **Mediação e arbitragem**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p.84-85.

competitiva (vitória como meta) e a baseada em princípios (resultado atingido de maneira eficiente e amigável) que segue quatro passos: separe as pessoas do problema, concentre-se nos interesses, e não nas posições, invente opções de benefícios múltiplos e insista em critérios objetivos³⁵³⁶.

Valendo-se da frase de que “a justiça penal só é eficaz se tivermos um futuro e um objetivo”³⁷, destaca-se um meio adequado de resolução de conflitos aplicável ao âmbito penal que busca oferecer maior protagonismo à vítima, já que fica de fora da maior parte do processo e visa uma oportunidade de reconhecimento e diálogo entre vítima e culpado³⁸.

Esse meio de resolução aplicável à esfera penal é a Justiça Restaurativa. Pode ser definida como:

[...] uma nova lente pela qual se observa o crime e a justiça, ao oportunizar um espaço dialógico para a expressão dos sentimentos e das emoções decorrentes do delito, objetivando construir um acordo que promova reparação, responsabilização, reconciliação e segurança e, assim, atenda satisfatoriamente às necessidades da vítima, do ofensor e da comunidade, restaurando, o máximo possível, os danos causados, em detrimento da mera resposta punitiva. Nesses termos, a Justiça Restaurativa tem o foco nas necessidades determinantes e emergentes do conflito, visando criar responsabilidades e compromissos futuros harmônicos³⁹.

A justiça restaurativa vem por vezes jogar luz às violências “invisíveis” perpetuadas pelo ambiente em que algum dos sujeitos vive e pode revelar as estruturas de violência institucional em que ele está inserido. É necessário a mudança de perspectiva para que esta se ajuste à localidade e a visão de justiça do próximo⁴⁰.

Observa-se, contudo, que a justiça restaurativa, em especial, não tem por objetivo realizar uma substituição do sistema criminal, somente atuam complementando o procedimento judicial visando trabalhar com a(s) vítima(s) e culpados(s) nos casos em que se determinar adequado ⁴¹.

³⁵GABBAY. Negociação. In: SALLES, Carlos Alberto de; LORENCINI, Marco Antônio Garcia Lopes; SILVA, Paulo Eduardo Alves da (Orgs.). **Negociação, mediação, conciliação e arbitragem**: curso de métodos adequados de solução de controvérsias. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p.123-143. p.124-130.

³⁶ GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida. **Manual de arbitragem e mediação, conciliação e negociação**.p.127-130.

³⁷ OST, François. **O tempo do direito**. p.381.

³⁸ OST, François. **O tempo do direito**. p.383.

³⁹SILVA, Linara da; LÂNGARO, Maurício Nedeff. **A consolidação do capital social mediante a (re)inserção do princípio da solidariedade na contemporaneidade**: o desenvolvimento da cooperação voluntária para a efetivação da justiça restaurativa. Disponível em: <http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=914a153b9ab6f86a>. Acesso em 15 set. 2021. p.376

⁴⁰PENIDO, Egberto de Almeida. Cultura de paz e justiça restaurativa: uma jornada de alma. In: PILIZZOLI, Marcelo L. **Justiça restaurativa**: caminhos da pacificação social. Caxias do sul: Educus, 2016. p.69-86. p.72-75.

⁴¹ SILVA, Linara da; LÂNGARO, Maurício Nedeff. **A consolidação do capital social mediante a (re)inserção do princípio da solidariedade na contemporaneidade**: o desenvolvimento da cooperação voluntária para a efetivação da justiça restaurativa.p.382.

O procedimento deve seguir princípios básicos como a voluntariedade, o consenso e a confidencialidade. Voluntariedade se refere à participação que deve ser expressa por ambos os interessados, diferentemente de uma conciliação realizada de acordo com o Código de Processo Civil de 2015. O consenso significa o desejo de prosseguir durante a prática. A confidencialidade cobre as vivências realizadas, assim, não poderão ser utilizadas como prova, salvo se autorizado expressamente pelas partes⁴².

Nos círculos de construção de paz, nome dado para a estrutura da reunião, vítima (com seu empoderamento), infrator (buscando a sua conscientização quanto a responsabilização e trabalhar a característica de pertencimento) e comunidade (buscando reestabelecer ou fortalecer o “senso de coletividade”) ou terceiros afetados pelo crime⁴³ procuram ativamente e de forma conjunta explorar soluções para a “ferida”, traumas e perdas pela infração/crime cometido⁴⁴.

Dessa forma, se faz uso de uma justiça que busca restaurar em vez de possuir caráter retributivo, pois “a simples punição do agressor satisfaz acima de tudo ao Estado, que fez com a legislação fosse cumprida, encerrando o caso Porém, nem sempre esse caso se encerra para a vítima”⁴⁵ que muitas vezes gostaria de obter mais respostas, ter os seus porquês esclarecidos.

Assim, a restauração objetiva “[...] reatar o elo social por meio de práticas de transformação progressiva do conflito dos pontos o desvio sacrificial da violência, oferta de uma compensação que conjuga ritos de reconciliação, e até de aliança [...]”⁴⁶.

Assim sendo, seja com a adoção da conciliação, mediação, negociação ou com a construção do círculo de construção de paz, trabalha-se a quebra da perpetuação do desejo de vingança e violência causada pelo delito/desentendimento que motivou a sua formação, por dar essa oportunidade de esclarecimento e reconciliação, evitando o transcorrer do tempo presente perpetuar esse desejo de vingança e suas implicações no futuro.

⁴² TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO PARANÁ. **Manual de justiça restaurativa**. p.7-9.

⁴³ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO PARANÁ. **Manual de justiça restaurativa**. p.5-7.

⁴⁴ GARCIA JÚNIOR, Iran Chaves. A justiça restaurativa como instrumento para garantir a dignidade da pessoa humana. **Revista Justiça do Direito**, v.28, n.1, p. 133-148, 2014. Disponível em: <http://seer.upf.br/index.php/rjd/article/view/4834/3261>. Acesso em: 12 set. 2021. p.144.

⁴⁵ GARCIA JÚNIOR, Iran Chaves. A justiça restaurativa como instrumento para garantir a dignidade da pessoa humana. p.144.

⁴⁶ OST, François. **O tempo do direito**. p.134

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Tendo em vista a proposição, trabalhou-se de forma ampla a resolução de conflitos indicando suas classificações gerais, expondo a questão da cultura do litígio e os números coletados pelo Conselho Nacional de Justiça em todas as esferas judiciais nos últimos dois anos, indicando que a escolha dos meios adequados de resolução de conflitos pode significar maior celeridade e melhor resolução dos mesmos.

Em seguida discorreu-se sobre a importância do passado para o Direito e de sua relação com a memória para a construção da identidade social e do próprio direito nas sociedades. A vingança é apontada como sentimento retributivo ao mal cometido. O desejo de fazer justiça e de punir o ato incorre num ciclo contínuo de vingança.

Dessa forma, último capítulo trouxe o estudo dos meios adequados de resolução de conflitos como a mediação, a conciliação a negociação e no sistema penal a justiça restaurativa, como elemento para auxiliar a quebra desse ciclo de vingança por buscar resolver o seu centro e não somente seu aspecto superficial.

Com o tratamento do eixo do conflito, as partes se desvinculam do ciclo da vingança que estavam inseridos e evitam atuais e futuras demandas frustradas pelo tratamento incorreto do conflito. A cultura de paz é de extrema importância a sociedade.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ALVIM, José Eduardo Carreira. ***Teoria geral do processo***. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p.7-13.

ALVIM, José Eduardo Carreira. ***Teoria geral do processo***. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p.10.

ARENDT, Hannah. ***As origens do totalitarismo***. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.

ARENDT, Hannah. ***Eichmann em Jerusalém***: um relato sobre a banalidade do mal. São Paulo: Companhia das Letras, 2013.

BACELLAR, Roberto Portugal. ***Mediação e arbitragem***. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016

BRADBURY, Ray. ***Fahrenheit 451***. São Paulo: Globo, 2012.

BRASIL. ***Constituição da República Federativa do Brasil de 1988***. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 15 set. 2021.

CAMBI, Accácio. Inovações introduzidas pelo novo código de processo civil na aplicação do instituto *da conciliação*. **Juris Plenum**, Caxias do Sul, ano 12, n. 69, p. 35- 46, mai./jun. 2016.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em números 2019**. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2019. Disponível em: encurtador.com.br/wzBW8. Acesso em: 20 jul. 2021.p.36-37.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em números 2020**. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2019. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/WEB-V3-Justi%C3%A7a-em-N%C3%BAmoros-2020-atualizado-em-25-08-2020.pdf>. Acesso em: 28 ago. 2021. p.49.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução n° 125, de 29 de novembro de 2010**. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/files/resolucao_comp_125_29112010_19082019150021.pdf. Acesso em: 20 set. 2021.

FICHTNER, José Antônio; MANNHEIMER, Sérgio Nelson; MONTEIRO, André Luís. **Teoria geral da arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p.11.

GABBAY, Daniela Monteiro. **Mediação & judiciário**: condições necessárias para a institucionalização dos meios autocompositivos de solução de conflitos. 2011. Tese de doutorado-(Doutorado em Direito) Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.

GABBAY. Negociação. In: SALLES, Carlos Alberto de; LORENCINI, Marco Antônio Garcia Lopes; SILVA, Paulo Eduardo Alves da (Orgs.). **Negociação, mediação, conciliação e arbitragem**: curso de métodos adequados de solução de controvérsias. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p.123-143.

GARCIA JÚNIOR, Iran Chaves. A justiça restaurativa como instrumento para garantir a dignidade da pessoa humana. **Revista Justiça do Direito**, v.28, n.1, p. 133-148, 2014. Disponível em: <http://seer.upf.br/index.php/rjd/article/view/4834/3261>. Acesso em: 12 set. 2021

GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida. **Manual de arbitragem e mediação, conciliação e negociação**. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

HASHIMOTO, Andjanete Mess et al. Câmaras privadas de mediação em perspectiva. In: Alberton, Genacéia da Silva (Coord.); BARBEDO, Claudia Gay (Org.). **Mediação em movimento**. Porto Alegre: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, 2018.p.65-76. Disponível em: <https://www.tjrs.jus.br/export/processos/conciliacao/ebooks/E-Book-SerieMediacao-em-Movimento-Vol-1.pdf>. Acesso em: 15 set. 2021.p.67-69.

HELLINGER, Bert. **Conflito e paz**: uma resposta. São Paulo: Cultrix, 2007.

MELHORAMENTOS. **Dicionário Michaelis**. Disponível em:<https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/conflito/>. Acesso em: 15 set. 2021.

MORAIS, José Luis Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição!** 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

ORWELL, George. **1984**. São Paulo: Companhia das Letras. 2009.

OST, François. **O tempo do direito**. Lisboa: Instituto Piaget, 1999.

PENIDO, Egberto de Almeida. Cultura de paz e justiça restaurativa: uma jornada de alma. In: PILIZZOLI, Marcelo L. **Justiça restaurativa: caminhos da pacificação social**. Caxias do sul: Educs, 2016. p.69-86.

RAMOS FILHO, Wilson. **O fim do poder normativo e a arbitragem**. São Paulo: LTr, 1999. p.170-171.

SANTANA, Selma Pereira de; SANTOS, Carlos Alberto Miranda. Os métodos consensuais de resolução conflitos como política pública alternativa ao encarceramento nos delitos econômicos. **Revista Justiça Do Direito**, v.32, n.2, 373-405. Disponível em: <http://seer.upf.br/index.php/rjd/article/view/8142/114114328>. Acesso em 14 set. 2021.

SILVA, Linara da; LÂNGARO, Maurício Nedeff. **A consolidação do capital social mediante a (re)inserção do princípio da solidariedade na contemporaneidade: o desenvolvimento da cooperação voluntária para a efetivação da justiça restaurativa**. Disponível em: <http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=914a153b9ab6f86a>. Acesso em 15 set. 2021.

TOFFOLI, José Antônio Dias. Movimento conciliatório e a Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal (CCAF): breves considerações. **Revista de Arbitragem e Mediação**, v. 50, jul./set. 2016. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RArbMed_n.50.15.PDF. Acesso em: 25 set. 2021. p.3.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO PARANÁ. **Manual de justiça restaurativa**. Disponível em: <https://www.tjpr.jus.br/documents/14797/7836487/Manual+JR+-+NUPEMEC+TJPR.pdf/2dee4c67-fc1a-40ae-a896-9b86a7d631a1>. Acesso em 20 set. 2021

AS LOCAÇÕES TEMPORÁRIAS SEGUNDO A DECISÃO PROFERIDA NO RECURSO ESPECIAL Nº. 1.819.075-RS¹

TEMPORARY LEASES ACCORDING TO THE DECISION RENDERED IN SPECIAL APPEAL N. 1.819.075-RS

Mônica Polidoro Lopes²

Adriana Fasolo Pilati³

Resumo

O Recurso Especial nº 1.819.075-RS versou sobre a possibilidade de os condôminos realizarem a proibição das locações de temporada através das plataformas digitais, como, por exemplo, a AIRBNB. O objetivo deste trabalho é verificar na doutrina e na legislação os pontos específicos sobre o tema que levaram à decisão sobre a possibilidade de o próprio condomínio edilício residencial deliberar em assembleia, por maioria qualificada de dois terços, a possibilidade de permitir a utilização das unidades condominiais para fins de hospedagem por intermédio de plataformas digitais; e, posteriormente, a incorporação desta modificação à Convenção do Condomínio. No julgamento do Recurso, permitiu-se que o condomínio vede a utilização das unidades para fins de hospedagem se isso contrariar a finalidade residencial do condomínio.

Palavras-chave: AIRBNB; alteração da finalidade por unanimidade; contrato de hospedagem; locação de temporada; plataformas digitais de locação; proibição de locação por condômino.

Abstract

This paper analyzes Special Appeal nº 1.819.075-RS, which dealt with the possibility of condominium owners banning season rentals through digital platforms, such as, for example, AIRBNB. The objective is to verify in doctrine and legislation the specific points on the subject that led to the decision on the possibility of the residential building condominium itself deciding in a meeting, by a qualified majority of two thirds, the possibility of allowing the use of condominium units for purposes hosting through digital platforms; and, later, the incorporation of this modification to the Condominium Convention. In the judgment of the Appeal, the condominium was allowed to prohibit the use of the units for lodging purposes if this contravenes the condominium's residential purpose.

Keywords: AIRBNB; change of purpose unanimously; hosting contract; season rental; digital rental platforms; prohibition of renting by unit owne.

¹ Artigo científico produzido 2021, da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo/RS, no ano de 2021.

² Aluna do Curso de Direito da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo. 90183@upf.br.

³ Docente 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. apilati@upf.br

INTRODUÇÃO

Conforme vão se alterando as necessidades das pessoas, vão surgindo novas ferramentas e formas de conectar interesses e pessoas, de forma rápida e simples e então, novas possibilidades surgem para acompanhar as transformações. Com a melhoria da *internet* e a disseminação dos negócios de forma *on-line*, a comunicação acessível agregou oportunidade para os negócios, que foram fluindo numa rapidez descompassada e estão um passo à frente da legislação que tenta acompanhar, mas, por vezes, encontra-se em descompasso e surge a necessidade de expansão das normas.

No Brasil, o estudo do impacto das locações por meio de plataformas digitais tem gerado uma intensa discussão, com muitas opiniões divergentes entre si, pois não existe regulamentação específica sobre o tema, o que tem causado problemas tanto aos condomínios quanto aos condôminos que tentam alugar suas propriedades e têm sido barrados pelas convenções que proíbem seu direito de propriedade, de usar e extrair os frutos das suas unidades condominiais.

Muitos dos problemas estão relacionados à forma com que as plataformas dispõem as informações ao acesso às unidades de locação, em especial o fato de as palavras remeterem a hospedagem, o que faz com que se crie uma ideia formal da hospedagem, quando, na verdade, o que existe é a disponibilização de locação de temporada.

Contudo, a falta de entendimento da diferença entre as duas espécies contratuais e a necessidade da observação dos requisitos para o enquadramento de cada relação contratual em específico geram conflito entre as partes interessadas, quais sejam, o proprietário da unidade a ser locada e o condomínio.

Após a publicação do Recurso Especial nº 1.819.075 – RS (2019/0060633-3), devido ao grande número de notícias divulgadas, entendeu-se que os condomínios poderiam realizar a proibição das locações realizadas por meio das plataformas digitais, dentro de seus espaços. Em razão disso, muitos condôminos sentiram-se lesados no seu direito de propriedade, por serem barrados ao realizar suas locações por meio de plataformas digitais.

Nesse contexto, analisam-se, neste trabalho, as espécies de locação, incluindo a realizada por meio de plataformas digitais, a natureza e as possibilidades dos condomínios edilícios para, ao final, expor-se a decisão proferida no Recurso Especial em comento.

1. DAS LOCAÇÕES E AS PLATAFORMAS DE HOSPEDAGENS

A AIRBNB surgiu em 2007, num momento de necessidade, quando seus fundadores *designers* observaram que algumas pessoas não tinham dinheiro para pagar o aluguel de imóveis durante um evento na cidade onde residiam, São Francisco, na Califórnia, USA, que também estava com lotação máxima dos hotéis. Foi então que surgiu a ideia de disponibilizar 3 colchões de ar e café da manhã para seus hóspedes. Após o sucesso da primeira divulgação, nasceu a ideia de criar um *site*, que foi crescendo e em 2014 já estava avaliada em 10 bilhões de dólares. Daqueles três primeiros hóspedes, hoje já são mais de 1 bilhão de hóspedes em quase todos os países do mundo.⁴

Hoje, é possível, através de plataformas e aplicativos digitais, que o proprietário viabilize a locação por curtos períodos de um determinado espaço ou de todo o seu imóvel, mediante pagamento, para que as pessoas que façam uso do aplicativo possam utilizá-lo, seja por um dia ou um mês.

Os imóveis disponíveis para locação normalmente são espaços residenciais, ociosos, ou propriedades que são adquiridas para utilização de temporada de férias e veraneios, e não permanecem utilizados todo o período.

1.1 NATUREZA JURÍDICA

Com um número elevado de demandas judiciais e forte repercussão sobre as decisões que ora permitem ora proíbem que os condôminos loquem suas propriedades através das plataformas, percebe-se a existência de muitas teorias sobre a natureza jurídica da relação estabelecida entre as partes, sem uma legislação específica sobre o tema, razão pela qual se tenta enquadrar a espécie na legislação pátria, a fim de que seja possível resolver os conflitos dela decorrentes. No momento, cada órgão julgador profere sua decisão conforme seu entendimento e, assim, existem duas correntes divergentes sobre o tema.

Nessa problemática, duas leis estão envolvidas: de um lado, a Lei 11.771/2008, que versa sobre a Política Nacional do Turismo, e, de outro, a Lei 8.245/1991 chamada de Lei do Inquilinato, versando sobre locações dos imóveis urbanos, e que, portanto, exclui bens móveis e imóveis rurais.

⁴ AIRBNB. **About us**. 2021. Disponível em: <https://news.airbnb.com/br/about-us/>. Acesso em: 2021.

Em razão de não existir norma específica para tratar das locações ofertadas nas plataformas digitais, faz-se necessária a análise de ambas as leis em seus pontos específicos para tentar enquadrar as locações realizadas por curtos períodos, e, posteriormente, tentar descobrir se é juridicamente possível proibir ou não essa espécie de locação quando se tratar de condomínio.

O Código Civil brasileiro define a locação de coisas em seu artigo 565, quando “[...] uma das partes se obriga a ceder à outra, por tempo determinado ou não, o uso e gozo de coisa não fungível, mediante certa retribuição.”, sendo aplicado para locação de coisas móveis desde que não fungíveis. Logo, não se pode aplicar essa definição a bens imóveis residenciais, pois a Lei 8.245/91, em seu artigo 1º, determina que ela regulamenta a locação de imóveis urbanos, sendo eles residenciais ou não.

Destarte, ainda em seu artigo 1º, a Lei do Inquilinato informa a exceção que permanece regulada pelo Código Civil e leis especiais em seu parágrafo único, a, 4: “em apart-hotéis, hotéis - residência ou equiparados, assim considerados aqueles que prestam serviços regulares a seus usuários e como tais sejam autorizados a funcionar.”. Portanto, a locação de quartos em hotéis e apart-hotéis não se enquadra em locações de imóveis urbanos e sim na Lei 11.771/08.

De fato, se analisarmos as ofertas realizadas nas plataformas, teríamos variadas discussões sobre a atipicidade dos contratos celebrados, pois, quando abrimos o *site* da plataforma, em seu menu há três opções: “lugares para ficar; experiências; experiências on line”⁵, o que nos interessa nessa análise são as locações residenciais dentro dos condomínios.

Outro ponto que chama atenção e faz com que a discussão tenda a ser vista como hospedagem é o fato de constar, já ao abrir a página, as expressões “cheque-in, check-out”, e número de hóspedes”.⁶

Tartuce elenca, dentro dos requisitos dessa espécie de contrato, que “O prazo da locação pode ser determinado ou indeterminado, dependendo do que se fixar no instrumento [...]” logo, a entrada e a saída são dados muito importantes para que se defina o período de locação. Menciona ainda que “A forma do contrato de locação pode ser qualquer uma, inclusive a verbal, posto que é um contrato consensual e informal”⁷. Assim, quando o anúncio é cadastrado e o usuário da plataforma realiza a pesquisa, por se tratar de locações por curtos períodos, se faz necessário que especifique o

⁵ AIRBNB. **About us**. 2021.

⁶ AIRBNB. **About us**. 2021.

⁷ TARTUCE, Flávio. **Direito Civil**: Teoria Geral dos Contratos e Contratos em Espécie, Vol. 3. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2020. p. 439.

período em que realizará a contratação. Então, tem-se um contrato que se firmará pelas vontades das partes, e os requisitos essenciais transcritos no artigo 565 do Código Civil, sendo o tempo da locação, a coisa e a retribuição como contraprestação, pois sua forma é essencialmente livre, desde que a lei não expresse de forma contrária.

1.2 LOCAÇÕES DE IMÓVEIS URBANOS E HOSPEDAGEM

Por contrato de locação de coisas temos a definição de Tartuce⁸, para o qual a locação pode ser conceituada como o contrato pelo qual uma das partes se obriga a ceder à outra, por tempo determinado ou não, o uso e gozo de coisa não fungível, mediante certa remuneração, denominada aluguel.

Na locação de imóveis, precisa-se obedecer à legislação especial, como é o caso da Lei do Inquilinato, cujo artigo 1º estabelece sua regência e, em seguida, menciona as exceções no parágrafo único⁹.

Segundo Souza, a legislação anterior à Lei do Inquilinato estava ligada ao incentivo do turismo e tinha como principais características para serem aceitas como locações de temporada “[...] que o prazo não excedesse a 90 dias, que o imóvel se situasse em orla marítima ou estação climática e que o locatário residisse em outra cidade”.¹⁰ Eram necessários que todos os requisitos fossem preenchidos para que o locador pudesse receber o aluguel antecipadamente, porém, os requisitos nem sempre eram observados e os aluguéis seguiam sendo cobrados de forma antecipada. Dessa forma, ocorria a descaracterização da locação por temporada.

Com a necessidade de incentivo às locações por curtos períodos, a nova legislação dispensou dois requisitos, permanecendo apenas que o período não exceda os 90 dias, conforme o artigo 48.¹¹

Assim, foi dispensada a localização do imóvel bem como o domicílio do locador. O prazo de 90 dias é expresso e necessário para a caracterização do contrato de temporada; passados 90, dias entende-se que deve ser enquadrado como locação

⁸ TARTUCE. **Direito Civil**, 2020. p. 439.

⁹ Art. 1º A locação de imóvel urbano regula - se pelo disposto nesta lei. Parágrafo único. Continuam regulados pelo Código Civil e pelas leis especiais: a) as locações: 1. de imóveis de propriedade da União, dos Estados e dos Municípios, de suas autarquias e fundações públicas; 2. de vagas autônomas de garagem ou de espaços para estacionamento de veículos; 3. de espaços destinados à publicidade; 4. em apart-hotéis, hotéis - residência ou equiparados, assim considerados aqueles que prestam serviços regulares a seus usuários e como tais sejam autorizados a funcionar; b) o arrendamento mercantil, em qualquer de suas modalidades (grifo nosso).

¹⁰ SOUZA, Sylvio Capanema de. **A Lei do Inquilinato Comentada**: Artigo por Artigo. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2020, p. 236.

¹¹ BRASIL. Lei 8.245, de 18 de outubro de 1991. **Dispõe sobre as locações dos imóveis urbanos e os procedimentos a elas pertinentes**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18245.htm. Acesso em: 1º out. 2021.

comum residencial. Porém, a lei nada menciona quanto ao número mínimo de dias, apenas o máximo que deve ser observado.

Quando a legislação tirou o requisito “orla marítima ou estação climática”, ela possibilitou que o proprietário pudesse aproveitar a alta rotatividade dos períodos de férias de verão, e assegurou os imóveis que pudessem serem locados, possibilitando ao menos uma remuneração extraordinária aos investimentos realizados, pois muitos dos imóveis normalmente são adquiridos como forma de passeio em alta temporada, e nem sempre permanecem ocupados todo o tempo.

Logo, a Lei do Inquilinato é expressa em seu artigo 1º ao excluir “[...] apart-hotéis, hotéis-residência ou equiparados, assim considerados aqueles que prestam serviços regulares a seus usuários e como tais sejam autorizados a funcionar;”¹², e com isso exclui de sua abrangência todos aqueles que prestam serviços, sendo o imóvel mobiliado ou não.

Venosa, ao discorrer sobre hospedagens de curta duração das propriedades ofertadas pelas plataformas como a AIRBNB, é crítico ao dizer que “não se pode admitir essa atividade indiscriminadamente”.¹³ Considera em seu ponto de vista que essas ofertas realizadas pela AIRBNB são de hospedagem, e não seriam de contrato de locação, justificando com os aspectos negativos trazidos aos condomínios, mas volta a dizer que as ofertas são de imóveis normais, não se enquadrando na Lei 11.771/2008, por se tratar de estabelecimentos de hotelaria.

A Lei de Política Nacional do Turismo, 11.771/2008, no artigo 21, estabelece o que considera prestadores de serviços turísticos: os meios de hospedagem, desde que as atividades econômicas se destinem à prestação de serviços turísticos. Adiante, em seu parágrafo único, lista quais seriam esses serviços.¹⁴

A lei também define o que é um contrato de hospedagem. O que se entende é que teremos dois contratos conjugados: de um lado, um contrato de locação, conjugado com um contrato de prestação de serviços. Necessariamente, os dois precisam estar interligados, o serviço precisa ser profissional, e isso tudo precisa ser equilibrado, conforme exposto por Souza:

¹² BRASIL. Lei 8.245, de 18 de outubro de 1991. **Dispõe sobre as locações dos imóveis urbanos e os procedimentos a elas pertinentes.**

¹³ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Contratos**, Vol. 3. São Paulo: Grupo GEN, 2020. p. 17.

¹⁴ BRASIL. Lei 11.771, de 17 de setembro de 2008. **Dispõe sobre a Política Nacional de Turismo, define as atribuições do Governo Federal no planejamento, desenvolvimento e estímulo ao setor turístico; revoga a Lei nº 6.505, de 13 de dezembro de 1977, o Decreto-Lei nº 2.294, de 21 de novembro de 1986, e dispositivos da Lei nº 8.181, de 28 de março de 1991; e dá outras providências.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/111771.htm. Acesso em: 1º out. 2021.

O critério aferidor da exceção é a prestação regular de serviços aos usuários, tais como, por exemplo, lavanderia, arrumação dos quartos, restaurantes, central de recados, sala de jogos ou reuniões, etc. Deve haver uma conjugação de dois contratos típicos, um de locação de coisa, e outro de prestação de serviços, a gerar um terceiro, que não se subordina à legislação inquilinatória.¹⁵

Existe a relação da hospedagem nos empreendimentos e estabelecimentos destinados a prestar serviços de alojamento temporário, e “de uso exclusivo do hóspede”. Nesse caso, mesmo sendo em condomínios residenciais, deverão ser gerenciados por empreendimento e precisam ser cadastrados. O artigo 23 da Lei do Turismo trata dos meios de hospedagem.¹⁶

A lei do Turismo é muito clara ao estabelecer as normas para enquadrar os meios e os serviços prestados para a funcionalidade de hotelaria, portanto o condomínio para se enquadrar na legislação especial, precisa possuir ao menos um dos requisitos mencionados no artigo 24.

Tendo em vista que a temática do presente trabalho diz respeito à investigação da possibilidade ou não de locação de imóveis residenciais inseridos em condomínios, no próximo item passa-se a explorar essa forma de propriedade e seus limites.

1.3 CONDOMÍNIOS: CRIAÇÃO, CONVENÇÃO, ALTERAÇÃO DA INSTITUIÇÃO

Pereira¹⁷, de forma bem resumida, explica que o condomínio surgiu com a proliferação dos edifícios em todas as grandes cidades. Surge, então, a figura de um indivíduo que procura o dono de um terreno bem situado e oferta a ideia de realizar a construção de um edifício coletivo. Por outro lado, sem dispor do valor para a aquisição e a construção, e sem a possibilidade de conseguir um empréstimo para realizar a obra, aliena o imóvel, procura um arquiteto para realizar o projeto, o construtor que lhe fornece o orçamento necessário. De posse desses dados, oferece as unidades à venda e, assim,

Vendidas todas as unidades, promove a regularização da transferência de domínio, reunindo em uma escritura única o vendedor e compradores que ele nunca viu, aos quais são transmitidas as respectivas quotas ideais do terreno. Normalmente, os contratos com o construtor, fornecedores, empreiteiros de serviços e empregados são feitos em nome dos adquirentes, que o incorporador é encarregado de representar. Quando o edifício está concluído, obtém o ‘habite-se’ das autoridades municipais, acerta suas contas com cada adquirente e lhe

¹⁵ SOUZA. *A Lei do Inquilinato Comentada*. p. 18.

¹⁶ BRASIL. Lei 11.771, de 17 de setembro de 2008. **Dispõe sobre a Política Nacional de Turismo, define as atribuições do Governo Federal no planejamento, desenvolvimento e estímulo ao setor turístico; revoga a Lei nº 6.505, de 13 de dezembro de 1977, o Decreto-Lei nº 2.294, de 21 de novembro de 1986, e dispositivos da Lei nº 8.181, de 28 de março de 1991; e dá outras providências.**

¹⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Condomínio e Incorporações**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2019. p. 210.

entrega as chaves de sua unidade. Normalmente, é o incorporador que promove a lavratura da escritura de convenção do condomínio.¹⁸

Para que o condomínio exista, se faz necessária sua instituição. Scavone Jr. expõe uma definição muito didática sobre a instituição do condomínio, qual seja, “[...] o ato que torna jurídico o condomínio edilício, tornando possível regular as relações jurídicas entre os diversos proprietários”.¹⁹ O prédio urbano então denominado condomínio, pertence a vários proprietários, com suas áreas exclusivas e áreas em comuns. Para que seja possível existir um bom relacionamento entre os indivíduos como toda sociedade em si, um condomínio necessita de regras de convívio, delimitando os direitos e deveres.

Através da instituição, as unidades autônomas são descritas e separadas das áreas comuns, e as frações ideais no terreno calculadas, e

O resultado é a especificação do condomínio. A especificação torna jurídico o fracionamento do imóvel em unidades autônomas, ou seja, discrimina, no âmbito da edificação, o que será objeto do domínio exclusivo e o que será objeto do domínio comum, fixando, ainda, a fração ideal das unidades autônomas em relação às áreas comuns.²⁰

Para a criação do condomínio, conforme o artigo 1.332 do Código Civil, se faz necessária a instituição, realizada por um engenheiro, delimitando as frações correspondentes a cada parte exclusiva e individual e das áreas em comum, bem como o fim a que se destina. Esses dados devem ser levados ao Cartório de Registro de Imóveis, juntamente com os documentos elencados no artigo 32 Lei 4.591/64, que dispõe sobre o condomínio em edificações e as incorporações imobiliárias, juntamente com os documentos do artigo 553 da Consolidação Normativa Notarial e Registral do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.²¹

A convenção, por sua vez, é elaborada após a instituição, e nesta se atribui a propriedade, enquanto a convenção é o ato que regulamenta a vida interna do condomínio. Não se pode confundir os dois instrumentos legais.

Através da convenção condominial fica designada a lei interna do condomínio, para administrar a convivência dos condôminos, sobre os direitos e deveres, tanto dos que habitarem quanto dos que frequentarem o prédio, e dispõe sobre o uso das áreas exclusivas e comuns, e da conduta individual dos moradores, aprovada em assembleia;

¹⁸ PEREIRA. **Condomínio e Incorporações**. p. 211.

¹⁹ SCAVONE Jr., Luiz Antonio. **Direito Imobiliário**: Teoria e Prática. 16. ed. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2020. p. 933.

²⁰ SCAVONE Jr. **Direito Imobiliário**. p. 934.

²¹ TABELIONATO MANICA. **Consolidação Normativa Notarial e Registral Corregedoria – Geral da Justiça**. Disponível em: <http://www.tabelionatomanica.com.br/Leis/consolidacao.pdf>. Acesso em: 09 nov. 2021.

assim, é um ato normativo regulatório. Sua minuta constará no ato de instituição do condomínio.²²

A convenção tem como obrigatoriedade adotar a forma escrita (art. 9 da Lei 4.591/64), podendo ser por instrumento público ou particular (§ 1º do art. 1.334 do CC), para constar do registro imobiliário, elaborada e aprovada pelo *quórum* de dois terços das frações ideais (art. 1.333 do CC), e desde logo torna-se obrigatória para todas as unidades ou para aqueles que exerçam posse ou detenção sobre elas.

Quanto ao regimento interno, nas palavras de Rizzardo,

constitui-se o regimento ou regulamento interno de um conjunto de normas de procedimento mais particularizado que rege o condomínio, sobretudo a conduta dos condôminos, suplementando e regulamentando as regras da convenção, devendo, portanto, estar em perfeita sintonia com as mesmas. Considera-se mais propriamente um regulamento da convenção, um instrumento complementar, revelando um caráter mais dinâmico, explicitativo e detalhado, e expondo como se realizam as regras gerais da convenção. Está ele para a convenção como o regulamento administrativo está para a lei. Deve concluir a convenção, regulamentá-la, sem com ela conflitar. Ocorrendo divergência, deve predominar a convenção, pois é ele um instrumento complementar.²³

Através do regimento interno, ficam estabelecidas questões como presença de animais no prédio; as proibições de locais onde não devem permanecer pessoas paradas; datas e locais de pagamento; a respeito do salão de festas de uso comum; horário de circulação de pessoas, dentre outros.

2. ANÁLISE DO RECURSO ESPECIAL

Muitas discussões foram geradas após o número expressivo de reportagens que veiculavam informações equivocadas sobre o julgado do Recurso Especial Nº 1.819.075 – RS (2019/0060633-3). As principais mencionavam em seus títulos “condomínios podem proibir locações através da plataforma da AIRBNB”.

Ao analisar os principais pontos do caso, encontramos as seguintes observações que merecem destaque para podermos entender o problema: de um lado o condomínio que ajuizou ação contra os recorrentes que eram proprietários de duas unidades no prédio, com o objetivo de cessar a locação e serviços de hospedagem que realizavam.

O pedido foi julgado procedente em primeira instância, conforme exposto na folha 4 do relatório do Ministro Luis Felipe Salomão:

²² RIZZARDO, Arnaldo. **Condomínio Edifício e Incorporação Imobiliária**. 7. ed. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2019. p. 116.

²³ RIZZARDO. **Condomínio Edifício e Incorporação Imobiliária**. p. 137.

O pedido cominatório foi acolhido pelo Juízo de primeiro grau (fls. 481-492), o qual consignou que as atividades desenvolvidas pelos recorrentes não se amoldam ao contrato típico de locação, seja na modalidade residencial (artigo 47 da Lei n. 8.245/91), seja na modalidade por temporada (art. 48 do mesmo estatuto normativo), em razão do prazo máximo estabelecido para a locação por temporada (90 dias) e da disponibilização de serviços pela proprietária aos ocupantes do imóvel – serviços que não estão incluídos no rol dos direitos e deveres de locador e locatário (arts. 22 a 26 da Lei n. 8.245/91). Por oportuno, destacou o juízo sentenciante, ainda, que a abstenção imposta aos proprietários *‘não atinge o direito de disposição do patrimônio da parte ré à locação disciplinada pela Lei 8.245/91, dentro dos parâmetros ali estabelecidos’* (grifo nosso).²⁴

A sentença foi mantida pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que confirmou a proibição, conforme ementa anexa ao relatório:

APELAÇÃO CÍVEL. CONDOMÍNIO. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE NÃO FAZER. ABSTENÇÃO DE REALIZAR ATIVIDADE COMERCIAL DE HOSPEDAGEM NO CONDOMÍNIO. **A ausência de vinculação entre os inquilinos, a reforma do apartamento no sentido criar novos quartos e acomodar mais pessoas, a alta rotatividade de pessoas e o fornecimento de serviços é suficiente para caracterizar contrato de hospedagem.** No caso concreto, caracterizado o contrato de hospedagem, atividade comercial proibida pela convenção condominial, impõe-se a manutenção da sentença de procedência do pedido cominatório formulado pelo condomínio, ficando vedado aos réus exercerem o referido comércio. APELAÇÃO DESPROVIDA.²⁵

De outro lado, os recorrentes interuseram recurso especial com “fundamento no art. 105, III, a e c, da Constituição da República, sob a alegação de ofensa aos arts. 47 e 48 da Lei n. 8.245/91, art. 1.335, I, do CC e art. 19 da Lei n. 4.591/64”.²⁶

Portanto, alegam que a procedência da ação ajuizada pelo condomínio viola “o direito de propriedade dos recorrentes de usar, fruir e livremente dispor de seus apartamentos, locando-os para fins residenciais ou por temporada”.²⁷ E que não violaram as regras da convenção, conforme trecho constante no relatório:

Afirmam, outrossim, que **‘inexiste proibição expressa na convenção do condomínio para locações de dormitórios de um mesmo imóvel, tampouco para que sejam feitas locações por temporada, em períodos curtos, com alguma rotatividade maior de inquilinos’** (e-STJ, fl. 572) e que ‘somente estaria configurado o uso comercial se os recorrentes ou seus inquilinos passassem a desenvolver atividade comercial, como um escritório ou similar e com atendimento de clientes externos de forma constante, o que definitivamente não é o caso (e-STJ, fl. 573), não havendo que se falar em contrato de hospedagem’.²⁸

²⁴ STJ - SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Recurso Especial n. 1.819.075** - RS (2019/0060633-3), Rel. Ministro Luis Felipe Salomão. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1875215&num_registro=201900606333&data=20210527&formato=PDF. Acesso em: 2021.

²⁵ STJ. **Recurso Especial n. 1.819.075**.

²⁶ STJ. **Recurso Especial n. 1.819.075**.

²⁷ STJ. **Recurso Especial n. 1.819.075**. p. 5.

²⁸ STJ. **Recurso Especial n. 1.819.075**. p. 45.

Interposta a apelação, que manteve a decisão. E posteriormente, foi interposto recurso especial, que foi negativo de admissibilidade na origem, mas provido agravo interposto para determinar a sua conversão em especial, ao qual o Ministro Luis Felipe Salomão deu provimento.

Em sua análise, concluiu, entre os pontos mais relevantes para o problema, que para haver a configuração do contrato de hospedagem compreende a prestação de múltiplos serviços como serviços de portaria, segurança, limpeza arrumação dos cômodos, dentre outros, não sendo possível categorizar a atividade realizada pelos proprietários, uma vez que os elementos de estrutura e prestação de serviços são inerentes à configuração da hospedagem, o que não acontece com o oferecido pelos recorrentes.

Ainda, o relatório menciona que, mesmo os contratos sendo de curtos períodos a períodos superiores a 12 meses, mantiveram a forma e a finalidade residencial, que a restrição foi baseada na finalidade residencial do condomínio, sem haver qualquer restrição expressa quanto as atividades realizada na convenção. Também, que não constava nos autos registro de Assembleias de Condomínio tratando o assunto; considerou como uma afronta ao direito de propriedade de fato, ainda menciona:

Não bastasse a ausência de qualquer lei que limite tal comportamento dos requeridos (princípio da legalidade), há que se ressaltar que os recorrentes realizam as atividades de disponibilização de seus imóveis, na forma como apresentado, desde o ano de 2011, sem que tenha havido oposição, ao menos pelo que evidencia, de insurgência dos demais condôminos em relação a tais atividades.²⁹

Concluiu que não houve quebra de segurança quanto ao convívio no condomínio, razão pela qual o relator expresso penar “ser ilícita a prática de privar o condômino do regular exercício do direito de propriedade, em sua vertente de exploração econômica”³⁰, e deu provimento ao recurso, para julgar improcedente o pedido inicial.

A Ministra Maria Isabel Gallotti argumentou que o fato não se enquadra na destinação meramente residencial, permitida pela convenção. Mantendo seu voto com o Ministro Araújo.

O Ministro Antônio Carlos Ferreira discorreu sobre a forma como a oferta ocorreu através de plataformas digitais, o que, por si só, não a torna em uma atividade comercial, mas sim as “características dos serviços prestados”, que cada condomínio tem suas características, os quais caberia ao condomínio disciplinar o uso de suas

²⁹ STJ. **Recurso Especial** n. 1.819.075. p. 35.

³⁰ STJ. **Recurso Especial** n. 1.819.075.

unidades, sem resultar indevida restrição ao direito de propriedade, dentro das suas características residenciais.

Refere que ficou evidenciado nos autos que os serviços prestados desqualificam a mera locação por temporada, e que a situação descrita nos autos caracteriza uma modalidade atípica de hospedagem, evidenciando o uso comercial. E que teria a convenção poderes para realizar a proibição. Mantém seu voto com o Ministro Raul Araújo, para negar o provimento.

O **voto vencedor** foi do Ministro **Raul Araújo**.

A própria demandada Mônica, como exposto no relatório da sentença nas folhas 51 e 52, relata que morava em um dos apartamentos que, quando adquirido, possuía 3 quartos. Ela realizou modificação na propriedade e adaptando- a mais dois cômodos na sala, com divisórias de escritório; posteriormente passou a lavar roupas como forma de agregar valor ao aluguel.

Outro ponto que chama atenção é o período de locação dos quartos, que ocorria de forma isolada, e conforme a necessidade de cada inquilino:

[...] eu tenho um anúncio no site, e é exigido um mínimo de doze meses, e eu tenho contrato de doze meses, e isso não impede uma pessoa por algum motivo resolver ir morar com outra e sair, aí é uma coisa que foge da minha alçada. Se tu alugar um apartamento pra uma pessoa por trinta meses e a pessoa sair, ela saiu, isso não impede.³¹

A grande questão fática reside no fato de o condomínio se sentir prejudicado pela exploração comercial realizada pela proprietária, pois sua relação contratual com os inquilinos não pode se enquadrar na locação por temporada.

O Ministro elencou as características da nova modalidade de hospedagem atípica:

- a) Pessoas sem vínculo entre si;
- b) Ambientes físicos de estrutura residencial familiar (também cômodos isolados);
- c) Exercida sem profissionalismo;
- d) Comumente anunciada por plataformas digitais;
- e) Imóveis de padrão residencial.

Logo, como já mencionado e exposto, para configuração do contrato de temporada na Lei do Inquilinato (Lei 8.245/91), em seu artigo 48, além de servir como residência temporária, nas opções elencadas no dispositivo como sendo de tempo de

³¹ STJ. **Recurso Especial** n. 1.819.075. p. 53.

férias, lazer, dentre outros, o prazo não deve exceder aos 90 dias. Restou provado no próprio depoimento demandada que o prazo excepcional, já que o anúncio era de 12 meses podendo ser alterado conforme a necessidade do inquilino.

Dessa forma, já estaria desconfigurada a locação de temporada, por ser norma pública e cogente, é regra explícita, para que possa ser enquadrada a relação contratual, não prevendo aluguel informal e fracionado de quartos, a pessoas sem relação entre si, e exclui seu alcance no artigo 1º, a, 4.

Restou, então, tentar enquadrar a atividade na hospedagem regulamentada pela Lei Política Nacional do Turismo 11.771. Porém, conforme observado no relatório,

Realmente, ainda que se verifique a existência de vários contratos concomitantes, escritos ou não, relativos a partes do mesmo imóvel residencial, conforme o número de quartos alugados a pessoas distintas, e com prazos de estada diferentes, assim como o oferecimento ou disponibilização de singelos serviços de lavanderia e *internet*, não se pode falar em **contrato típico de hospedagem**, ao menos nos termos em que definido pela legislação vigente, mas sim de **contrato atípico**, conforme consignado no v. acórdão recorrido.³²

Os elementos que geram a obrigação contratual de fato não podem ser enquadrados como contrato de hospedagem típico, pois o serviço de lavagem de roupas não se enquadra numa prestação de serviço profissional, tampouco possui os requisitos do artigo 24 para regular o funcionamento como hospedagem.

Surge, assim, como mencionado, uma nova forma de contrato, o “contrato atípico de hospedagem”. Logo, temos serviços prestados não de forma profissional, ainda sem qualquer estrutura para a caracterização como empresarial; uma eventual divisão da unidade condominial em cômodos extras (no caso em tela surgiram mais dois quartos onde seria a sala); com contratos muitas vezes sendo verbais.

Outro ponto destacado de grande importância foi sobre o direito de propriedade. Ao buscar as normas regulamentadoras em conflito, quais sejam, o direito de propriedade, as normas do condomínio e o direito de vizinhança, concluiu-se que o “proprietário de imóvel em condomínio edilício pode, em princípio, usar e fruir de sua unidade da forma como melhor lhe aprouver, **desde que em consonância com a legislação e as regras e convenções condominiais.**” (grifo nosso).³³

Assim concluiu tendo em vista que o Código Civil, concede “**autonomia e força normativa** à convenção de condomínio regularmente aprovada e registrada no Cartório de Registro de Imóveis competente.” (grifo nosso).³⁴

³² STJ. Recurso Especial n. 1.819.075. p. 60.

³³ STJ. Recurso Especial n. 1.819.075. p. 70.

³⁴ STJ. Recurso Especial n. 1.819.075. p. 71.

Para que o proprietário condômino possa gozar dos seus direitos de propriedade, primeiro ele tem que se harmonizar com os direitos relativos às regras abrangidas no Condomínio, onde os direitos e os deveres agregam desde a segurança de todos, o sossego, e a saúde de todas as unidades.

Ao analisar a doutrina, verificou-se que, mesmo sendo um tipo de contrato de hospedagem atípico, e não possuindo todas as características de hospedagem, e existindo na Convenção de Condomínio regra a destinação residencial, estaria sofrendo o desvirtuamento daquela finalidade residencial.

Todos os pontos do recurso foram analisados, argumentados e justificados a não deixar dúvidas sobre o direito de ambas as partes no caso fático. Mas um único ficou controverso no que diz respeito à alteração da destinação da finalidade condominial por “dois terços das frações ideais”:

Não obstante isso, ressalva-se a possibilidade de que os próprios condôminos de um condomínio edilício residencial deliberem em assembleia, por maioria qualificada (de **dois terços das frações ideais**), permitir a utilização das unidades condominiais para fins de hospedagem, por intermédio de plataformas digitais ou outra modalidade de oferta, ampliando seu uso para além do estritamente residencial e, posteriormente, incorporem essa modificação à Convenção do Condomínio.³⁵

As disposições gerais sobre o condomínio encontram-se reguladas no Código Civil, e sua administração, no artigo 1.351, que dispõe sobre a possibilidade da alteração da convenção. Assim, por se tratar de matéria de grande importância, necessária se faz a assembleia geral extraordinária conforme orientação de Rizzardo.³⁶

Ocorreu que temos uma mudança na oração contextual, que segue com uma pontuação de ponto e vírgula, e a unanimidade se faz necessária para a alteração da destinação. Assim entende também Scavone:

Portanto, as frações ideais no terreno atribuídas a cada unidade pelo critério estabelecido na especificação do condomínio servirão, salvo disposição diversa da Convenção (CC, 1.334, I), para o cálculo da contribuição da unidade (CC, 1.336, I) e para estabelecer a proporção dos votos (CC, 1.352, parágrafo único). Sendo assim, a alteração da especificação depois da instituição do condomínio significa alteração do direito de propriedade. Por essa razão, essa alteração reclama a unanimidade dos condôminos com a outorga uxória/marital, quando for exigível (Código Civil, art. 1.351). A especificação é um fato. Como tal, não pode ser alterada por sentença, o que se afirma na medida em que o juiz não pode alterar os fatos. A especificação do condomínio, o instituidor deve anexar a minuta da convenção.³⁷

³⁵ STJ. **Recurso Especial** n. 1.819.075. p.75.

³⁶ RIZZARDO. **Condomínio Edilício e Incorporação Imobiliária**. p. 224.

³⁷ SCAVONE Jr. **Direito Imobiliário**. p. 934.

O condomínio, portanto, é registrado na sua instituição, onde constará sua finalidade, e constará na minuta da Convenção, que também deverá prever sua finalidade residencial. Não pode ser feita alteração da sua finalidade com apenas dois terços dos votos, sendo de extrema importância a unanimidade dos votos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O grande problema na veiculação de informações incorretas e incompletas é devido à repercussão que causa e a proporção com que atinge todo o seu meio, gerando um conflito que, por vezes, vai parar no Poder Judiciário, que fica sobrecarregado, com ações que poderiam ser evitadas.

No caso em análise, a imprensa veiculou a informação de forma incorreta, ao noticiar que os condomínios poderiam proibir as locações de temporada por aplicativos como o AIRBNB, o que gerou uma repercussão grande de notícias e artigos tentando justificar que as plataformas fazem parte da globalização, mas muitos não se ativeram ao caso concreto do julgamento, e nem às características da relação contratual naquele caso.

Ora, sendo as locações de temporada reguladas pela lei do Inquilinato, caracterizadas como residenciais, não alteram e nem ferem a finalidade residencial do condomínio, e o proprietário não pode ter o seu direito de “fruir” os frutos e realizar as locações de curta temporada, desde que observadas as regras e os elementos essenciais para sua caracterização. A menos que o condomínio, em sua criação raiz, em sua instituição, já possua gravada essa proibição, ou por unanimidade os condôminos assim decidam.

Por outro lado, não podemos realizar contrato de hospedagem atípico em condomínio com a finalidade residencial. Pode o condomínio vetar tais contratos irregulares, pois estarão desvirtuando a finalidade residencial. A hospedagem tem regras específicas e precisa de regulamentação, além da observação dos requisitos essenciais para o seu funcionamento.

Esse último tipo contratual ainda sem regulamentação não pode ser enquadrado como locação temporária, ainda que seja um contrato híbrido, resultante das duas leis, precisa ser regulamentado da forma mais eficiente pela lei do Turismo, motivo pelo qual pode ser barrado pelo condomínio que possua sua finalidade residencial.

Conclui-se que, se condomínio com finalidade residencial decidir em contrário, somente por unanimidade, poderá PERMITIR hospedagem atípica, alterando sua destinação residencial; ou VEDAR a locação por temporada.

Portanto, não importa o meio em que o proprietário utilize para a divulgação da locação ou da hospedagem, pois não é isso que vai determinar a natureza jurídica do contrato que está sendo celebrado, mas os fatos os quais vão resultar na relação contratual entre as partes.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

AIRBNB. **About us**. 2021. Disponível em: <https://news.airbnb.com/br/about-us/>. Acesso em: 2021.

BRASIL. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 1º out. 2021.

BRASIL. Lei 11.771, de 17 de setembro de 2008. **Dispõe sobre a Política Nacional de Turismo, define as atribuições do Governo Federal no planejamento, desenvolvimento e estímulo ao setor turístico; revoga a Lei nº 6.505, de 13 de dezembro de 1977, o Decreto-Lei nº 2.294, de 21 de novembro de 1986, e dispositivos da Lei nº 8.181, de 28 de março de 1991; e dá outras providências**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2007-2010/2008/lei/111771.htm. Acesso em: 1º out. 2021.

BRASIL. Lei 4.591, de 16 de dezembro de 1964. **Dispõe sobre o condomínio em edificações e as incorporações imobiliárias**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/14591.htm. Acesso em: 2021.

BRASIL. Lei 8.245, de 18 de outubro de 1991. **Dispõe sobre as locações dos imóveis urbanos e os procedimentos a elas pertinentes**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18245.htm. Acesso em: 1º out. 2021.

TABELIONATO MANICA. **Consolidação Normativa Notarial e Registral Corregedoria – Geral da Justiça**. Disponível em: <http://www.tabelionatomanica.com.br/Leis/consolidacao.pdf>. Acesso em: 09 nov. 2021.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Condomínio e Incorporações**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2019.

RIZZARDO, Arnaldo. **Condomínio Edifício e Incorporação Imobiliária**. 7. ed. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2019.

SCAVONE Jr., Luiz Antonio. **Direito Imobiliário: Teoria e Prática**. 16. ed. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2020.

SOUZA, Sylvio Capanema de. **A Lei do Inquilinato Comentada: Artigo por Artigo**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2020.

STJ - SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Recurso Especial n. 1.819.075** - RS (2019/0060633-3), Rel. Ministro Luis Felipe Salomão. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1875215&num_registro=201900606333&data=20210527&formato=PDF. Acesso em: 2021.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil**: Teoria Geral dos Contratos e Contratos em Espécie, Vol. 3. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2020.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**: Contratos, Vol. 3. São Paulo: Grupo GEN, 2020.

IMPOSTO DE TRANSMISSÃO DE BENS IMÓVEIS E A USUCAPIÃO

REAL ESTATE TRANSFER TAX AND USUCAPIÃO

William Guimarães Sgarbossa¹

Adriana Fasolo Pilati²

Resumo

A incidência do imposto de transmissão de bens imóveis, *inter vivos*, no contrato de promessa de compra e venda sucedido de usucapião, pode vir a ser um meio de fraude contra o erário do município. O objetivo desse artigo é demonstrar eventual fraude do fato gerador, ou seja, a não incidência do imposto uma vez que não a ação de usucapião descaracteriza a tão necessária transmissão do bem entre o promitente comprador e o promitente devedor. Ao longo do artigo, será demonstrado os diversos tipos de usucapião e sua consequência para a incidência do imposto de transmissão de bens imóveis. Demonstrando os casos de usucapião extraordinários, ordinário e a questão de aquisição e transmissão da propriedade, sendo a principal pauta do artigo.

Palavras-chaves: fraude, imposto, incidência, transmissão, usucapião.

Abstract

The levying of the tax on the transfer of real estate, *inter vivos*, in the contract for the purchase and sale of a successful adverse possession, may be a means of fraud against the municipality's treasury. The purpose of this article is to demonstrate any fraud of the taxable event, that is, the non-levy of the tax, since the usucapion action does not detract from the much-needed transmission of the asset between the promising buyer and the promising debtor. Throughout the article, the various types of adverse possession and their consequences for the levying of property transfer tax will be demonstrated. Demonstrating extraordinary and ordinary cases of adverse possession and the issue of acquisition and transmission of property, being the main agenda of the article.

Keywords: fraud, tax, incidence, transmission, adverse possession.

INTRODUÇÃO

O presente estudo esclarecerá a incidência do imposto de transmissão de bens imóveis, *inter vivos*, (ITBI ou ITIV) de acordo com doutrinas voltadas para o direito tributário, jurisprudência e nosso texto legislativo vigente, sendo a Constituição

¹Formando em Direito pela Universidade de Passo Fundo, Campus Passo Fundo, endereço eletrônico: williamsgarbossa@gmail.com.

² Docente 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. (Texto informado pelo autor).

Federal como fonte para estipular a competência de tributar, o Código Tributário, o qual nos trás os requisitos e aplicabilidade ao tributo, e o Código Civil Brasileiro.

Em se tratando de imposto de transmissão, que será esclarecido mais adiante, o fato gerador deste imposto é a transmissão, a qual ocorre quando houver o registro em Cartório de Registro de Imóveis, assim como prevê o Código Civil.

Sendo assim, todo o estudo é voltado para evitar meios de fraudar o fato gerador, pois, quando o fato gerador não for caracterizado, totalmente tipificado, não haverá a incidência do tributo. Sendo assim, o sujeito passivo se aproveita de uma lacuna na lei para descaracterizar o fato gerador.

Para que o estudo tenha um horizonte claro e definido, a principal pauta é a cessão de direitos, oriunda da usucapião, e a transmissão de bens imóveis, em especial aqueles que se deram por contrato de promessa de compra e venda. A incidência do imposto de transmissão de bens imóveis, *inter vivos*, em nossa jurisprudência e doutrina, já está pacificada, porém nos caso onde o promitente comprador ou o promitente vendedor se utilizam da usucapião para adquirir a propriedade, evitando a transmissão de bens, carece de entendimento tanto doutrinário quanto jurisprudencial.

Isto posto, a Constituição Federal (CF) de 1988 artigo 156, inciso II, o imposto de transmissão de bens imóveis é a transmissão "*inter vivos*", a qualquer título, por ato oneroso, de bens imóveis, por natureza ou acessão física, e de direitos reais sobre imóveis, exceto os de garantia, bem como cessão de direitos a sua aquisição", encontrado na seção "Dos Impostos dos Municípios". A Constituição Federal esclarece, neste primeiro contato com o texto normativo, que a competência é municipal e em segundo momento esclarece o que é o ITBI e o seu fato gerador.

Assim, não é o objetivo do estudo analisar a forma com que cada município legisla sobre a o ITBI, mas sim, garantiremos que o contribuinte não tenha meios de fraudar a incidência deste imposto.

1. IMPOSTO DE TRANSMISSÃO DE BENS IMÓVEIS

Dando início ao primeiro ponto do artigo, o imposto de transmissão de bens imóveis, taxado no Código Tributário Nacional (CTN) nos artigos 35 a 42, ocorre no momento em que há a transmissão da propriedade e do direitos reais dos bens imóveis, ou seja, incide quando há conduta dos agentes permitindo que o estado participe indiretamente na consumação do fato gerador.

Assim, esclarece o doutrinador Ives Granda da Silva Martins³ a respeito do fato gerador do ITBI.

Em consonância com o Doutrinador acima citado Isac Newton Carneiro⁴ parte do mesmo raciocínio.

Assim, José Mauricio Conti⁵ aborda a questão sobre a incidência do ITBI em dois pontos:

Percebe-se com o textos doutrinários que o fato gerador, o verbo em que se sustenta a incidência do imposto de transmissão de bens imóveis é transmitir, e havendo a transmissão do bem acarretará na incidência do imposto.

Com o intuito de solidificar o entendimento de que a transferência do bem imóvel se dá no momento em que há o registro no Cartório de Registro de Imóveis, segue o entendimento jurisprudencial proveniente do Superior Tribunal de Justiça Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho⁶, o qual, assim se posiciona:

Interessantíssimo o posicionamento do Ministro, mesmo que esta situação não ocorra sobre a égide do contrato de promessa de compra e venda, o fato de que a transmissão do bem ocorreu, porém essa transmissão de propriedade não se manteve por força de sentença judicial transitada em julgado a qual declarou nulo o negócio jurídico. Gerando o direito de restituição do ITBI ao sujeito passivo, por não ter ocorrida a transmissão em caráter definitivo do bem imóvel.

³ Dessa forma, se a pessoa física ou jurídica transmitir inter vivos bens imóveis e direitos reais sobre eles ou ceder direitos a sua aquisição, haverá incidência de imposto por meio do ITBI. A materialidade do imposto é a transmissão imobiliária, a qualquer título, por ato oneroso, inter vivos. (MARTINS, 1998, p. 270).

⁴ O fato gerador do ITIV é a transmissão inter vivos de bens imóveis, pelas diferentes formas de a lei civil regular este ato, sempre que este fato se der de maneira onerosa (NEWTON CARNEIRO, 2016, p. 251).

⁵ Como a própria denominação do imposto estabelece, sua hipótese de incidência, ou fato gerador in abstrato, é, genericamente, a transmissão, por ato oneroso, de bens imóveis, excluindo-se a sucessão (causa mortis). A legislação tributária do município de São Paulo prevê ter o ITBI os seguintes fatos geradores (LM 11.154/91, art. 1 "): a) as transmissões, inter vivos, a qualquer título, por ato oneroso, de bens imóveis, por natureza ou acessão física, e a de direitos reais sobre bens imóveis, exceto os de garantia e as servidões; b) a cessão, por ato oneroso, dos direitos relativos à aquisição de bens imóveis. Esclarece a citada legislação, para evitar controvérsias, que estão compreendidas nestas hipóteses a compra e venda, a dação em pagamento, a permuta, a arrematação, a adjudicação, o uso, o usufruto, e a enfiteuse. Também incide o imposto na cessão de direitos do arrematante ou adjudicatário, depois de assinado o auto de arrematação ou adjudicação, bem como na cessão de direitos decorrente de compromisso de compra e venda. O fato gerador do imposto abrange ainda a cessão de direitos à sucessão e a cessão de benfeitorias e construções em terreno comprometido à venda. (CONTI, 2001, p. 46).

⁶ De acordo com os arts. 156, II da CF, e 35, I, II, e III do CTN, o fato gerador do ITBI ocorre, no seu aspecto material e temporal, com a efetiva transmissão, a qualquer título, da propriedade imobiliária, o que se perfectibiliza com a consumação do negócio jurídico hábil a transmitir a titularidade do bem, mediante o registro do título translativo no Cartório de Registro de Imóveis.

Todavia, na hipótese dos autos, verifica-se que o negócio jurídico que ensejou a transferência de propriedade do imóvel e, por conseguinte, a tributação pelo ITBI, não se concretizou em caráter definitivo devido à superveniente declaração de nulidade por força de sentença judicial transitada em julgado.

Logo, não tendo havido a transmissão da propriedade, já que nulo o negócio jurídico de compra e venda de imóvel entabulado pelas partes, ausente fato gerador do imposto em apreço, nos termos dos referidos arts.156, II da CF, e 35, I, II, e III do CTN, sendo devida a restituição do correspondente valor recolhido pelo Contribuinte a tal título. (EREsp 1493162 / DF EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL 2014/0279116-0)

Portanto, o momento de incidência, o fato que gera ao sujeito passivo o direito de tributar sobre a compra de bens imóveis é a efetiva transmissão da propriedade do bem entre os contratantes.

Sendo assim, passa a ser analisado o contrato de promessa de compra e venda o qual rege a relação entre as partes promitentes em momento que antecede a transmissão do bem e, conseqüentemente, antecede também a incidência do imposto.

2. CONTRATO DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA

O Código Civil (CC) de 1916 em seu art. 674, que tratava dos direitos reais, não trazia no rol dos respectivos direitos o contrato de promessa de compra e venda. A partir do Código de 2002, tornou-se possível se atribuir a natureza jurídica de direito real ao contrato de promessa de compra e venda.

O artigo 1.225 do Código Civil, inciso VII, trata do direito real que o promitente comprador tem sobre o imóvel. Caso o promitente vendedor se recuse a efetuar a entrega do bem, cabe ao promitente comprador ingressar com ação de adjudicação compulsória a fim de assegurar o seu direito.

Porém, no artigo 1.427, o direito real previsto no artigo 1.225, acima citado, só será válido caso não haja cláusula de arrependimento no contrato pactuado entre as partes promitentes. Porém, o fato de que o direito real das partes só existirá na situação em que o contrato de promessa de compra não conste cláusula de arrependimento, não significa que contrato seja nulo.

Então o contrato de promessa de compra e venda que não contém cláusula de arrependimento, uma vez que adimplindo o contrato pode o promitente comprador, assim que pagar todas as prestações, requerer a transferência do bem por meio da adjudicação compulsória.

Segundo o entendimento do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS) é possível ao promitente comprador resolver o contrato, mormente quando não possui condições financeiras para arcar com o seu pagamento, o que configura hipótese idêntica ao inadimplemento, o qual é completado pelo entendimento do Superior Tribunal de Justiça, EREsp 59870/SP, Rel. Ministro Barros Monteiro⁷, segunda seção:

⁷o compromissário comprador que deixa de cumprir o contrato em face da insuportabilidade da obrigação assumida tem o direito de promover ação a fim de receber a restituição das importâncias pagas"(EREsp 59870/SP, Rel. Ministro BARROS MONTEIRO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 10/04/2002, DJ 09/12/2002 p. 281).

O contrato de promessa de compra e venda pode ser resolvido caso o promitente comprador se mostre incapaz de suportar as prestações assumidas, mas o contrato não deixa de ser válido com a cláusula de arrependimento.

Logo, sendo o contrato de promessa de compra e venda firmado, a transmissão do bem, muitas vezes, só depende de tempo, a qual tipificada o Código Civil de 2002, artigo n. 1.227, em cujo artigo se determina que "os direitos reais sobre imóveis constituídos, ou transmitidos por atos entre vivos, só se adquirem com o registro no Cartório de Registro de Imóveis dos referidos títulos" acarretando na incidência do imposto de transmissão de bens imóveis.

3. CONTRATO DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA E O IMPOSTO DE TRANSMISSÃO DE BENS IMÓVEIS

Mesmo não sendo o principal ponto do projeto, não deve ser deixado de fora do estudo uma vez que todos os tópicos jurídicos do artigo estão em pauta.

O principal aspecto do contrato de promessa de compra e venda é o seu cumprimento, uma vez que as partes se comprometem com a plena execução do contrato.

Neste ponto há uma discussão diversa do problema deste artigo, onde se discute sobre o tempo em que se deve pagar o imposto de transmissão de bens imóveis quando instrumento utilizado para formalizar a vontades das partes é o contrato de compra e venda. Porém está pacificado que há a incidência deste imposto, uma vez que o fato gerador da transmissão, onerosidade e a relação da transmissão ocorre *inter vivos*.

Nesse sentido, segue entendimento jurisprudencial no que tange a incidência do imposto de transmissão de bens imóveis nos contratos de promessa de compra e venda, segundo o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul⁸:

Logo, a principal questão do trabalho sobre a incidência do imposto de transmissão de bens imóveis na usucapião de bem imóvel que teve sua posse originada no contrato de promessa de compra e venda, não será obstruída pela eventual não incidência do imposto nos contratos de promessa de compra e venda.

⁸ o Desembargador Roque Joaquim Volkweiss partiu da distinção entre posse e propriedade de imóvel. Enquanto a posse acontece com o contrato de promessa de compra e venda, é apenas sobre a propriedade, fato gerador, que pode ocorrer a incidência do ITBI. Para tanto, é preciso haver a conclusão do negócio e devido registro.

Citando o artigo 156, parágrafo II, da Constituição Federal, que trata das atribuições tributárias dos municípios, o relator comentou: "Absolutamente claro que a incidência, pela lei municipal, do ITBI, somente será possível nas estritas hipóteses de transmissão da propriedade imobiliária, e nas cessões de direito à sua aquisição (que envolvem, portanto, a propriedade), e jamais sobre a simples promessa de compra e venda, mesmo que ela venha a ser desfeita. (Apelação Cível, Nº 70013672332, Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Roque Joaquim Volkweiss, Julgado em: 15-02-2006)

4. USUCAPIÃO

Adentrando na questão da usucapião a fim de esclarecer suas peculiaridades para que ao final desse projeto, o principal conflito seja esclarecido da melhor forma, evitando assim quaisquer tipo de obscuridade ao longo da leitura.

Antes da exposição dos fundamentos do presente tópico é importante ressaltar a utilização das palavras, observa-se que não utilizar-se-á o verbo transmitir, muito menos o substantivo transmissão, situação que compromete a incidência do imposto de transmissão de bens imóveis. O ITBI será analisado juntamente com a usucapião ao final do presente tópico, assim, inicia-se a usucapião e suas espécies.

O Código Civil Brasileiro de 2002, a partir do artigo 1.238 versa sobre as mais diversas espécies da usucapião, desta forma, o doutrinador Arnaldo Rizzardo⁹ traz expressamente que a usucapião é a aquisição do domínio devido a posse que se perpetuou no tempo, preenchendo os requisitos previstos em lei.

Porém, neste momento há apenas os requisitos para que se configure o direito à usucapião, existindo diversas espécies a serem postuladas, por exemplo a usucapião extraordinária.

A usucapião extraordinária, encontra-se prevista no art. 1.238 do código de processo civil, o qual requer o período de 15 anos, com a possibilidade da redução desse período para 10 anos, caso o possuidor venha utilizar tal propriedade a fim de moradia. Observa-se que na usucapião extraordinária não é exigido título de boa-fé do adquirente

Todavia, temos também a previsão a usucapião ordinária, a qual está prevista no art. 1.242 do código civil, onde seus requisitos divergem da usucapião extraordinária, porém acabam por ser semelhantes no que tange ao requisito de tempo.

Assim como na usucapião extraordinária, a ordinária reduz, consideravelmente, o tempo para exigir a usucapião nos casos onde os adquirentes utilizem o bem com fim de moradia, se assemelhando ainda mais com a extraordinária.

Porém, a usucapião ordinária, como foi dita acima tem suas peculiaridades com relação a extraordinária. Na usucapião ordinária há os requisitos da boa-fé, a posse contínua e incontestada, assim como, não é apenas a moradia que influencia na diminuição do tempo, mas também adquirido onerosamente, realizado investimentos de interesse social e econômico.

⁹ [...] um modo originário de aquisição, pelo qual a pessoa que exerce a posse em um imóvel, por certo prazo previsto em lei, adquirir-lhe o domínio, desde que sua posse tenha satisfeito certos requisitos, ou seja, revele que sempre foi pacífica, mansa e ininterrupta, sem oposição alguma do titular do domínio e com o animus domin. (RIZZARDO, 2013, p. 264).

No entanto, o Código Civil, não prevê apenas a boa-fé, a legislação requer o justo título de boa fé, assim esclarece os doutrinadores Cristiano Farias e Nelson Rosenlvald¹⁰.

Em concomitância aos doutrinadores acima citados, a fim de pacificar o entendimento doutrinário sobre o justo título de boa-fé, os doutrinadores Washington de Barros Monteiro e Carlos Alberto Dabus Maluf entendem que o justo título do usucapião ordinário, assim como prevê a legislação, pode ser uma escritura de compra e venda ou quaisquer título, desde que não apresente vícios formais. Possibilitando a aquisição de domínio.

Ademais, o problema principal do estudo não foi pautado. Esclarecido os requisitos para algumas das espécies de usucapião, restando analisar a usucapião em concomitância aos demais assuntos do presente estudo .

No que tange a incidência do imposto de transmissão de bens imóveis nos casos em que o bem imóvel foi adquirido pela usucapião e, posteriormente, analisar , especialmente, a usucapião ordinária quando o justo título de boa fé a aquisição onerosa do bem se originou através de contrato de promessa de compra e venda, por fim analisar o imposto de transmissão de bens imóveis, a promessa de compra e venda e a usucapião no mesmo fato.

5. USUCAPIÃO E O IMPOSTO DE TRANSMISSÃO DE BENS IMÓVEIS

Inicialmente, recorda-se as peculiaridades da usucapião e do imposto de transmissão de bens imóveis, analisando seus respectivos artigos. Referente a usucapião extraordinária, a previsão legislativa encontra-se no artigo 1.238¹¹ do Código Civil, no entanto, no mesmo código, encontra-se no artigo 1.242¹² a usucapião ordinária e, por fim, a previsão legal que estabelece o fato gerador do imposto de

¹⁰ O justo título pode se concretizar em uma escritura de compra e venda, formal de partilha, carta de arrematação, enfim, um instrumento extrinsecamente adequado à aquisição do bem por modo derivado. Importa que contenha aparência de legítimo e válido, com potencialidade de transferir direito real, a ponto de induzir qualquer pessoa normalmente cautelosa a incidir em equívoco sobre a sua real situação jurídica perante a coisa. (FARIAS e ROSENVALD , 2015, p. 357).

¹¹Art. 1.238. Aquele que, por quinze anos, sem interrupção, nem oposição, possuir como seu um imóvel, adquire-lhe a propriedade, independentemente de título e boa-fé; podendo requerer ao juiz que assim o declare por sentença, a qual servirá de título para o registro no Cartório de Registro de Imóveis

Parágrafo único. O prazo estabelecido neste artigo reduzir-se-á a dez anos se o possuidor houver estabelecido no imóvel a sua moradia habitual, ou nele realizado obras ou serviços de caráter produtivo.

¹²Art. 1.242. Adquire também a propriedade do imóvel aquele que, contínua e incontestadamente, com justo título e boa-fé, o possuir por dez anos.

Parágrafo único. Será de cinco anos o prazo previsto neste artigo se o imóvel houver sido adquirido, onerosamente, com base no registro constante do respectivo cartório, cancelada posteriormente, desde que os possuidores nele tiverem estabelecido a sua moradia, ou realizado investimentos de interesse social e econômico.

transmissão de bens imóveis, artigo 35 do Código Tributário Nacional¹³ e o artigo 156 da Constituição Federal¹⁴.

No tópico anterior, ressaltou-se a inexistência de transmissão referente aos direitos do bem imóvel, o verbo adquirir foi utilizado para abordar isoladamente a usucapião, neste tópico, como previsto nos artigos, utilizar-se-á o verbo adquirir proveniente da usucapião e o verbo transmitir, precisamente o substantivo transmissão sendo o fato gerador do imposto de transmissão de bens imóveis.

Isto posto, segundo artigo publicado por Genevieve Gomes, a pessoa que adquire bem imóvel por usucapião não pratica ato que se enquadre na definição legal do tributo em questão. Portanto, sequer ocorre o fato gerador, que, no caso, é a transmissão onerosa inter vivos de bem imóvel.

Logo, não existindo ato que se enquadre no fato gerador previsto no código tributário nacional, não há a incidência do imposto de transmissão de bens imóveis.

Seguindo o mesmo entendimento, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul¹⁵ tem o entendimento consolidado sobre o assunto, a não incidência do imposto de transmissão de bens imóveis na usucapião.

Porém, a fim de expor o entendimento consolidado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul sobre a não incidência do imposto de transmissão de bens imóveis nos casos de usucapião, uma vez que não há a transmissão. A fim de consolidar o entendimento do TJRS decisão proferida pelo Desembargador Giovanni Conti¹⁶.

¹³ Art. 35. O imposto, de competência dos Estados, sobre a transmissão de bens imóveis e de direitos a eles relativos tem como fato gerador:

I - a transmissão, a qualquer título, da propriedade ou do domínio útil de bens imóveis por natureza ou por acessão física, como definidos na lei civil;

II - a transmissão, a qualquer título, de direitos reais sobre imóveis, exceto os direitos reais de garantia;

III - a cessão de direitos relativos às transmissões referidas nos incisos I e II.

Parágrafo único. Nas transmissões causa mortis, ocorrem tantos fatos geradores distintos quantos sejam os herdeiros ou legatários.

¹⁴ Art. 156. Compete aos Municípios instituir impostos sobre:

I - propriedade predial e territorial urbana;

II - transmissão "inter vivos", a qualquer título, por ato oneroso, de bens imóveis, por natureza ou acessão física, e de direitos reais sobre imóveis, exceto os de garantia, bem como cessão de direitos a sua aquisição; BRASIL. Código Tributário Nacional. Brasília. Senado Federal, 2021

¹⁵ Considerando que o usucapião é modo de aquisição originária da propriedade, não há transmissão inter-vivos do domínio, razão pela qual não incide o imposto de transmissão. (Apelação Cível, Nº 70015583131, Décima Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Francisco Pellegrini, Julgado em: 11-07-2006)

¹⁶ O usucapião, no plano do direito material, é clássico modo originário de aquisição da propriedade, que se aperfeiçoa pela satisfação dos seus pressupostos legais, passando ao patrimônio dos adquirentes em toda a sua plenitude, surgindo sem dependência com qualquer relação anterior, não sofrendo as limitações impostas aos antecessores dos prescipientes. Por isso a carga preponderantemente declaratória da sentença de procedência. Na dicção de Pontes de Miranda: "Adquire-se, porém não se adquire de alguém. O novo Direito já começou a formar-se antes que o velho se extinguisse. Chega o momento em que esse não mais pode subsistir, suplantado por aquele. Dá-se a impossibilidade de coexistência, e não sucessão, não o nascer um do outro. Nenhum ponto entre os dois marca a continuidade. Nenhuma relação, a *fortiori*, entre o perdente do direito de propriedade e o usucapiente". (Comentários ao Código de Processo Civil, v. 13, Cap. VII, p.349, Rio de Janeiro : Forense). No mesmo sentido, v.g., o escólio de Orlando Gomes, que pondera que o usucapião é modo originário de aquisição da propriedade, pois, "a despeito de acarretar a extinção do direito de propriedade do antigo titular, não se estabelece qualquer vínculo entre ele e o possuidor que o adquire? (Direitos Reais, 9ª edição, p. 157, Rio de Janeiro: Forense, 1985). Outro não é o entendimento de Marco Aurélio S. Vianna, que estabelece que a aquisição

Percebe-se que na decisão do Desembargador sua manifestação de acordo com a previsão legislativa tributária do Município de Esteio, prevista na Constituição Federal acima exposta. “Compete aos Municípios instituir impostos sobre:”.

No entanto, não é objetivo deste estudo analisar os mais de 5000 municípios da República Federativa do Brasil, em suma o ITBI não se aplica nos casos da usucapião de acordo com o entendimento jurisprudencial e doutrinário, assim como mostra a decisão acima exposta.

Se encaminhando para o penúltimo tópico do estudo, onde será analisada a usucapião e o contrato de promessa de compra e venda, sendo que a posse teve origem devido ao compromisso entre as partes.

6. USUCAPIÃO E O CONTRATO DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA

Com relação a usucapião e a promessa não se encontra fundamentos jurídicos com tamanha facilidade, não há um vasto conhecimento aprofundado na doutrina e muito menos na jurisprudência.

Este tópico, pode ser considerado o divisor de águas do trabalho, sendo que até então tudo conspirou para que o sujeito passivo, na relação tributária, não configurasse o fato gerador do imposto de transmissão de bens imóveis.

Logo, este tópico discute se pode ocorrer a usucapião nos casos em que a posse se originou através de contrato de promessa de compra e venda.

Sendo assim, o principal confronto da questão gira em torno do direito das partes, ao firmar contrato de promessa de compra e venda o promitente comprador, ao adimplir o contrato, tem o direito a adjudicação compulsória, principal vantagem ao se pactuar um contrato de promessa de compra e venda, havendo a transferência do bem de qualquer maneira, mesmo que o promitente vendedor esteja relutante em transferir o bem. No entanto, ao tratarmos de usucapião, não há de se falar em

originária se dá quando a titularidade nasce sem vinculação com o passado, inexistindo relação entre o adquirente e o precedente sujeito de direito, não há transmissão de um sujeito para outro” (Curso de Direito Civil, v. 03, p. 109, Belo Horizonte : Del Rey, 1993). Gera, no plano registral, por consequência, a abertura de matrícula nova, inédita, fenecendo toda a cadeia registral anterior. Ainda, considerando que o autor da ação de usucapião adquire a propriedade de forma originária, não há a incidência de imposto de transmissão, uma vez que não é a sentença declaratória do usucapião fato gerador para a cobrança do aludido tributo. Não há, como visto, transmissão da propriedade.

A par disso, observa-se que a legislação municipal citada nas razões recursais, mais precisamente o artigo 55, inciso IV1, da Lei Municipal n.º 7.054/2018, Código Tributário Municipal de Esteio, é expressa no sentido da não incidência do ITBI sobre aquisição por usucapião. Ainda, o próprio Conselho Nacional de Justiça, ao estabelecer as diretrizes para o procedimento da usucapião extrajudicial, consagrou, expressamente, no artigo 24 do Provimento nº 65/2017, que: O oficial do registro de imóveis não exigirá, para o ato de registro da usucapião, o pagamento do Imposto de Transmissão de Bens Imóveis (ITBI), pois trata-se de aquisição originária de domínio. (Agravado de Instrumento, Nº 70084843622, Décima Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Giovanni Conti, Julgado em: 29-01-2021)

adjudicação compulsória, e sim de cessão de direito, não existindo a transmissão do bem imóvel segundo o Código Civil.

Como foi exposto no tópico que versava sobre a usucapião a usucapião é meio originário de aquisição de propriedade, é um jeito de adquirir a propriedade do bem através da posse que se perpetua no tempo. Já demonstrado anteriormente, porém os doutrinadores Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pampa Filho¹⁷ seguem o mesmo entendimento que a jurisprudência e os demais doutrinadores, assunto pacificado.

Sendo assim, o possuidor ao longo do tempo, para que tenha direito a usucapir o bem, deverá de cumprir os requisitos previstos na legislação. O artigo 1.238 do Código Civil requer 15 anos de sem interrupção, nem oposição, possuir como seu um imóvel, adquire-lhe a propriedade, independentemente de título e boa-fé, porém o tempo poderá ser reduzido em 10 anos caso o possuidor comprove sua moradia habitual, ou nele realizado obras ou serviços de caráter produtivo. Já o artigo 1.242, do mesmo código, requer do possuidor comprove a posse de 10 anos, desde que a posse seja contínua e incontestada, com justo título e boa-fé, caindo para 5 anos se o imóvel houver sido adquirido, onerosamente, com base no registro constante do respectivo cartório, cancelada posteriormente, desde que os possuidores nele tiverem estabelecido a sua moradia, ou realizado investimentos de interesse social e econômico. Nessas duas ocasiões, o possuidor adquirirá a propriedade do bem.

É de suma importância que expor que o contrato de promessa de compra e venda gera ao promitente comprador a situação perfeita para se encaixar aos requisitos do artigo 1.242 do Código Civil, desde que quite as prestações em dia, já que tendo a posse do bem, tendo o bem como sua moradia e, possivelmente, arrecadando os frutos proveniente deste.

Logo, o meio mais viável para o promitente comprador é pactuar um contrato de promessa de compra e venda, e com o passar do tempo requer a propriedade do bem através da usucapião, já que nenhum promitente vendedor irá se opor ao promitente comprador, caso ele cumpra com sua parte no contrato, pagando as prestações e fazendo o uso adequado da propriedade.

A promessa de compra e venda acontece corriqueiramente sobre transferência de bens imóveis rurais, que por sua vez, o promissor comprador tem a posse do bem enquanto cumpre as obrigações previstas no contrato, seja de dar quantia certa, fazer

¹⁷A usucapião é modo originário de aquisição da propriedade, mediante o exercício da posse pacífica e contínua, durante certo período de tempo previsto em lei. (GAGLIANO E FILHO, 2021)

, quaisquer obrigações legalmente possíveis que os promitentes contratantes pactuaram.

Sendo assim o contrato de promessa de compra e venda gera ao promitente comprador a situação perfeita para se encaixar aos requisitos do artigo 1.242 do Código Civil, desde que quite as prestações em dia, já que a posse advém no início das obrigações. De fato, o promitente comprador não precisará se esforçar para comprovar tais alegações, já que o proprietário, até então o promitente vendedor, não fará nenhuma objeção com relação a usucapião do promitente comprador. Portanto, o Superior Tribunal de Justiça¹⁸ (Brasil, 2016) tem entendimento de que não há a possibilidade de usucapião em bem imóvel que houve a posse decorrente de contrato de Promessa de Compra e Venda. Segue entendimento do Ministro Ricardo Bôas Cuevas: Logo, se a posse se funda em contrato, não há que se falar em *animus rem sibi habendi*, salvo se houver, posteriormente, inversão da causa de possuir... No caso dos autos, a posse não foi exercida com *animus domini*, porquanto decorrente de contrato particular de compra e venda.

Logo, com o entendimento do Superior Tribunal de Justiça (STJ) de que não é possível usucapir propriedade em que a posse se originou por contrato de promessa de compra e venda, pois, desta forma se torna incompatível com o *animus domini*.

18 RECURSO ESPECIAL. SISTEMA FINANCEIRO HABITACIONAL. NEGATIVA DE PRESTACAO JURISDICCIONAL. NAO OCORRENCIA. USUCAPIAO EXTRAORDINARIA. POSSE DECORRENTE DE CONTRATO DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA. CONTRATO DE GAVETA. ANIMUS DOMINI NAO CONFIGURADO. POSSE MANSA E PACÍFICA. DEBATE. IMPOSSIBILIDADE. REEXAME DO ACERVO FATICO-PROBATÓRIO. INCIDENCIA DA SUMULA No 7/STJ.1. Pretensao dos recorrentes de usucapir imovel adquirido por meio de cessao de direitos e obrigacoes decorrentes de contrato de mutuo de imovel originariamente financiado pelo Sistema Financeiro de Habitacao com incidencia de hipoteca sobre o bem.2. Para a configuracao da usucapiao extraordinaria e necessaria a comprovacao simultanea de todos os elementos caracterizadores do instituto, constantes no art. 1.238 do Codigo Civil, especialmente o animus domini, condicao subjetiva e abstrata que se refere a intencao de ter a coisa como sua.3. A posse decorrente de contrato de promessa de compra e venda de imovel por ser incompativel com o animus domini, em regra, nao ampara a pretensao a aquisicao por usucapiao.4. A analise da existencia de posse mansa e pacifica demandaria o revolvimento do contexto fatico-probatorio dos autos, o que e vedado em sede de recurso especial, nos termos da Súmula no 7 do STJ.5. Recurso especial parcialmente conhecido e nao provido".(REsp 1.501.272/SC, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BOAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 12/05/2015, DJe 15/05/2015 - grifou-se) "PROCESSO CIVIL. USUCAPIAO. POSSE. ANIMUS DOMINI NAO CONFIGURADO. EMBARGOS DE DECLARACAO. OMISSÃO. INEXISTENCIA.Documento: 1533501 - Inteiro Teor do Acordao - Site certificado - DJe: 01/09/2016 Pagina 5 de 4Superior Tribunal de Justica1. O Tribunal nao esta obrigado a pronunciar-se acerca de todos os artigos de lei invocados no recurso especial, desde que decida a materia suscitada, adotando fundamento suficiente para embasar a manifestacao jurisdiccional. A omissao que enseja o cabimento dos embargos diz respeito a questoes apreciadas, nao aos argumentos trazidos no recurso.2. A mera repeticao dos fundamentos da sentenca pelo acordao da apelacao, a principio, nao acarreta prestacao jurisdiccional deficiente, desde que tais fundamentos contenham a analise dos pontos controvertidos submetidos a decisao judicial.3. Imoveis destinados a populacao de baixa renda e financiados por meio do Sistema Financeiro de Habitacao, gerido pela Caixa Economica Federal, nao estao sujeitos a aquisicao originaria pela usucapiao urbana especial do Estatuto da Cidade se, no periodo de cinco anos de posse previsto no art. 9o da Lei n. 10.257/2001, a CEF promovia os atos juridicos necessarios a retomada e refinanciamento.4. Para efeitos da usucapiao, mesmo a especial urbana, a posse exercida com animus domini ultrapassa a mera vontade de possuir, devendo resultar do titulo pelo qual e detida, de forma que posse decorrente de relacoes contratuais que afetem o proprietario do imovel prescinde do animus domini. 5. Recurso especial desprovido" (REsp 1.221.243/PR, Rel. Ministro JOAO OTAVIO DE NORONHA, TERCEIRA TURMA, julgado em 25/2/2014, DJe 10/3/2014 - grifou-se)

Porém, há julgados de cortes inferiores que entendem a possibilidade de usucapião de bem imóvel onde a posse se originou através da promessa de compra e venda, como acontece no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul pelo Desembargador José Aquino Flôres De Camargo¹⁹.

Segundo o Desembargador, mesmo existindo o contrato de promessa de compra e venda, com a possibilidade da adjudicação compulsória, o direito à usucapião ainda existe, sendo assim fica facultado ao promitente comprador qual meio ele deseja utilizar para ter a propriedade do bem.

Conclui-se, de acordo com o entendimento do Superior Tribunal de justiça não se aplica usucapião nos casos em que a posse se originou no contrato de promessa de compra e venda.

Por fim, passa a ser analisado todos os tópicos com um só, juntando a incidência do imposto de transmissão de bens imóveis, o contrato de promessa de compra e venda e a usucapião como uma cadeia de fatos.

7. CONTRATO DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA, USUCAPIÃO E O CONTRATO DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA

Infelizmente a jornada está se encerrando, neste momento será analisado o todo projeto como um só. Onde tudo se origina entre os promitentes compradores e com o passar do tempo, a usucapião fica caracterizada para o promitente comprador, o qual se utilizará da usucapião para se eximir do fato gerador do usucapião.

A decisão que vai contra o entendimento do Superior Tribunal de Justiça , foi citada no tópico acima, demonstrando a divergência entre os tribunais, porém a apelação interposta pelo Ministério Público da Comarca De Palmeira Das Missões²⁰(Brasil, 2009) expõe a principal preocupação deste artigo.

¹⁹ AÇÃO DE USUCAPIÃO EXTRAORDINÁRIO. posse derivada de contrato de promessa de compra e venda. sentença de procedência. 1. Prova documental a demonstrar que a área, objeto da pretensão, encontra-se dentro de um todo maior, não individualizada junto ao registro, sem matrícula própria, razão pela qual não pode, o demandante, pleitear a sua adjudicação compulsória. 2. Mesmo que se mostre possível o manejo da ação de adjudicação compulsória, não se desconhece que a parte pode optar pela ação de usucapião, pois preencheu os requisitos para tanto. 3. Ainda que o reconhecimento da prescrição aquisitiva em favor do demandante conduza à aquisição da propriedade por um modo originário, o que acarreta inúmeras consequências jurídicas, como a incorporação do bem ao patrimônio do autor livre de quaisquer vícios porventura existentes, e a não incidência do fato gerador do ITBI, não se pode perder de vista que o autor preencheu um a um todos os requisitos que compõem o suporte fático da usucapião. Fato incontroverso nos autos. Dessa forma, não há como negar à parte o manejo da ação de usucapião tão só porque a via da adjudicação compulsória mostrar-se-ia mais benéfica ao interesse de terceiros. 4. Requerente que, com base em sua posse, adquiriu o domínio pela usucapião. Incidência da norma prevista no art. 1.238, § único do CC de 2002. APELO DESPROVIDO. (Apelação Cível, Nº 70028659191 , Vigésima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Aquino Flôres de Camargo, Julgado em: 17-06-2009)

²⁰ "Referiu que o autor deu início aos atos necessários à aquisição da propriedade do bem pela forma derivada, pois celebrou negócio jurídico com os anteriores proprietários do bem. Mencionou que a ação própria para o registro do negócio jurídico é a de adjudicação compulsória, uma vez que o proprietário anterior e/ou seus sucessores se encontram obrigados à

Tal preocupação consiste em garantir que não haja meios ardilosos de um aldrabão conseguir fraudar a incidência do imposto de transmissão de bens imóveis.

O meio pelo qual há esta possibilidade é a usucapião, a qual não deve ser deferida pelo magistrado quando haver a usucapião, como já dito anteriormente, a usucapião traz consigo o direito de adquirir a propriedade através da preclusão do tempo, ou seja, aquele que cumprir os requisitos legais adquirirá a propriedade pelo tempo na posse.

Já a imposto de transmissão de bens imóveis tem sua incidência no memento em que seu fato gerador é cumprido pelos jeitos passivos da obrigação tributária. Em se tratando de imposto de competência municipal, teria que analisar a legislação de cada município, porém, via de regra o sujeito passivo é o comprador do bem.

Logo, o imposto de transmissão de bens imóveis ocorrerá quando a transmissão, assim como conta no artigo 1.227 de Código Civil de 2002²¹, vigente.

Porém, não basta a transmissão do bem, há outros tipos possíveis de transmissão. A pauta deste artigo é a transmissão onerosa de bens imóveis *inter vivos*, que se aplica nos casos onde há os contrato de promessa de compra e venda.

Havendo o contrato de promessa de compra e venda, na relação entre os contratantes, é assegurando ao promitente comprador o direito à ação de adjudicação compulsória, a qual assegura o promitente comprador, desde que tenha adimplido sua obrigação com o promitente vendedor, de que ao final de sua obrigação tenha a propriedade do bem, nos casos onde o promitente comprador não queria entregar, se recuse transmitir o bem.

Logo, percebe-se que o contrato de compra e venda é a situação ideal para as duas situações, para a incidência do imposto de transmissão onerosa de bens imóveis *inter vivos* e a usucapião. Uma vez que o promitente comprador tem a posse do bem no início do contrato de promessa de compra e venda, configurando a onerosidade, o justo título de boa-fé, a eventual ocupação do bem como moradia e o investimento econômico no bem, restando assim um fato que independe de seus atos, o passar do tempo.

Leva-se em consideração que a ação de usucapião, nesta situação, que as partes são promitentes contraentes e o prejudicado é o sujeito ativo da obrigação tributária,

outorga de escritura pública de compra e venda. Disse ser prática comum na Comarca o manejo de ações de usucapião como forma de substituir a ação de adjudicação compulsória com o fim de burlar a lei e evitar o pagamento do imposto de transmissão *inter vivos*, além das taxas do Ofício de Registro de Imóveis.” (Brasil, 2009).

²¹Art. 1.227. Os direitos reais sobre imóveis constituídos, ou transmitidos por atos *inter vivos*, só se adquirem com o registro no Cartório de Registro de Imóveis dos referidos títulos (arts. 1.245 a 1.247), salvo os casos expressos neste Código.

o município. Logo, o promitente vendedor no processo de usucapião será o réu, já que se tem conhecimento de quem é o proprietário do bem imóvel, e o autor, por óbvio, o promitente comprador que pagou ao réu para a fim de comprar a propriedade.

Observa-se que esta relação está completamente viciada, uma vez que o réu é pago para de qualquer forma perder a propriedade do bem, uma vez que indeferida a ação de usucapião, o autor pode ter deferimento na ação de adjudicação compulsória.

Sendo assim, cabe ressaltar que há questões em que não foram analisadas, e houve o deferimento na ação e usucapião do promitente comprador. No entanto, em se tratando da via administrativa, incube ao município a competência do imposto de transmissão de bens imóveis, *inter vivos*, logo cabe a ele manifestar-se sobre sua incidência nesses casos específicos.

A principal fonte do estudo é a incidência do imposto de transmissão de bens imóveis, *inter vivos*, sobre propriedade que teve sua posse adquirida por contrato de promessa de compra e venda e, posteriormente, sofreu ação de usucapião.

Logo, como foi exposto no tópico de usucapião e a promessa de compra e venda, se acordo com o Superior Tribunal de Justiça, não pode haver a usucapião quando a posse se originou através do promitente contrato.

Sendo assim, restou-se provado com esse estudo por meio de doutrinas, legislações e jurisprudências o fato gerador do imposto de transmissão de bens imóveis, *inter vivos*, a incidência do ITBI no contrato de promessa de compra e venda e a possibilidade de aplicar o ITBI no caso específico, uma vez que o promitente comprador se utilizaria da usucapião para fraudar a incidência do imposto.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A incidência do imposto de transmissão de bens imóveis no contrato de promessa de compra e venda, portanto, seguindo o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, incide quando houver a transferência do bem, e não quando o promitente comprador adquirir a posse, somado-se com o entendimento da mesma corte que defende a impossibilidade de usucapir um bem que teve sua posse originada pelo contrato de promessa de compra e venda, pois desta forma corromperia o *animus domini*.

Logo, de acordo com o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, os demais magistrados das cortes inferiores não devem dar provimento para ação de usucapião quando houver a posse pelo contrato de promessa de compra e venda.

A solução para o promitente comprador deve ser a transmissão do bem pelo polimento vendedor e cumprindo com a obrigação tributária que se originou. Nos casos em que o promitente vendedor se recusa entrar o prometido bem, incube ao comprador a adjudicação compulsória para obter, judicialmente a transmissão do prometido bem, assim, incidindo o imposto de transmissão de bens imóveis *inter vivos*. Deixando de haver meios de fraudar a incidência deste imposto municipal.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

BRASIL. Código Tributário Nacional. Brasília. Senado Federal, 2021.

BRASIL. Constituição Federal (1988). Brasília. Senado Federal, 2021.

CONTI, José Mauricio. O imposto sobre a transmissão de bens imóveis (ITBI): principais questões. **Scientia Iuris**, v. 5, p. 46, 2001.

GOMES, GENEVIEVE ALINE ZAFFANI GRABLAUSKAS. Do Imposto Sobre Transmissão Onerosa Inter Vivos De Bens Imóveis: Questões Polêmicas.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Curso de direito civil. Direitos Reais. 6ª ed. Rio de Janeiro. Editora Lumen Juris, 2009.

CHAVES, Marcos Antonio Souza. Usucapião especial urbano e a função social da propriedade. 2018. 40 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito)—Universidade de Brasília, Brasília, 2018.

PAULA, Saulo Luiz Oliveira de. "Usucapião extrajudicial: alternativa para a desjudicialização da aquisição da propriedade imóvel." (2018).

de Castro, Karina Pinheiro. "O CONVALESCIMENTO DA POSSE PRECÁRIA NAS MODALIDADES EXTRAORDINÁRIAS DE USUCAPIÃO." *PRENSAS DE LA UNIVERSIDAD DE ZARAGOZA*: 159.

Alves, Érica Veiga, and Jorge Renato dos Reis. "CONTRATO DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA: DA INOVAÇÃO DA SÚMULA 239 DO STJ E DA DESNECESSIDADE DE REGISTRO PARA FINS DE ADJUDICAÇÃO1." *ENTRE O PÚBLICO E O PRIVADO*: 259.

Schaefer, João José Ramos. "Usucapião: conceito, requisitos e espécies." *Jurisprudência Catarinense, Florianópolis* 30.104/105 (2003): 2004.

PABLO, S.; FILHO, R.P. **NOVO CURSO DE DIREITO CIVIL 5 - DIREITOS REAIS**. [Digite o Local da Editora]: Editora Saraiva, 2021. 9786555592573. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555592573/>. Acesso em: 01 Jul 2021

CARNEIRO, Isac Newton. Manual de Direito Municipal Brasileiro. Salvador: P&A, 2016.

MARTINS, Ives Granda da Silva. Comentários ao Código tributário Nacional. Volume. I. São Paulo: Saraiva, 1998.

BALEIRO, Aliomar. Direito Tributário Brasileiro, 11 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999

MARTINS, Ives Granda da Silva. Comentários ao Código tributário Nacional. Vol. II. São Paulo: Saraiva, 1998

MOURA, Mário Aguiar. Promessa de Compra e Venda, 1 ed.. Rio de Janeiro: Aide, 1980.

COELHO, Sacha Calmon Navarro. Manual de Direito Tributário. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000

Brasil, Superior Tribunal de Justiça. RECURSO ESPECIAL No 1.520.297 - RS (2015/0054606-4), Relator: MINISTRO RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, DJ: 23 de agosto de 2016, Site do Superior Tribunal de Justiça, 2016, disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201500546064&dt_publicacao=01/09/2016 . Acesso em: 03 de dezembro de 2020

Brasil, Superior Tribunal de Justiça EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RESP No 1.493.162 - DF, Relator: MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, DJ: 4 de outubro de 2020, site do Superior Tribunal de Justiça, Disponível em: (2014/0279116-0)https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201402791160&dt_publicacao=21/10/2020 . Acesso em: 03 de dezembro de 2020

PABLO, S.; FILHO, R.P. **NOVO CURSO DE DIREITO CIVIL 5 - DIREITOS REAIS**. São Paulo-SP, Editora Saraiva, 2021. 9786555592573. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555592573/>. Acesso em: 07 Oct 2021, pg.68.

GT 12 – DIREITO, GOVERNANÇA E NOVAS TECNOLOGIAS

Objetivos: Direito, governança e novas tecnologias têm como objetivo a pesquisa multidisciplinar visando interrelacionar as três grandes linhas de conhecimento com temas como: Direito da informática; Informática jurídica; Internet e redes sociais; Sociedade informacional; Democracia e Tecnologia; Mundo do Trabalho na Sociedade Informacional; Governo Eletrônico; Governança; Segurança da Informação; Crimes de Informática; Inteligência artificial e sistemas especialistas legais.

PROGRAMAS DE INTEGRIDADE: O “NOVO NORMAL” DAS EMPRESAS CONTRATADAS PELO PODER PÚBLICO

INTEGRITY PROGRAMS: THE "NEW NORMAL" OF COMPANIES CONTRACTED BY THE PUBLIC AUTHORITIES

Giovani Corralo¹

Carlos Afonso Rigo Santin²

Resumo

A nova Lei de Licitações – Lei 14.133/21 – representa um avanço na tentativa de promover administrações públicas mais eficientes. Reorganiza as diversas leis sobre contratações públicas num único marco legislativo. O objetivo da pesquisa é analisar a normatividade da nova Lei de Licitações quanto aos programas de *compliance* – programas de integridade – nas empresas contratantes com o poder público, para o qual utiliza-se do método dedutivo e pesquisa bibliográfica e documental. Para tanto, discorre-se, no primeiro capítulo, sobre os programas de integridade – *compliance* – e o seu desenvolvimento histórico e conceitual, fenômeno recente que ganha cada vez mais destaque e importância normativa. Também se compreende a sua evolução no Brasil. O segundo capítulo, por sua vez, analisa a nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos – Lei 14.133/21 – e a sua relação com os referidos programas de integridade. Em notas conclusivas, observa-se um importante avanço legislativo na nova Lei de Licitações, a considerar a importância dos programas de integridade no combate à corrupção e desvios de todo o gênero nas diversas contratações com o poder público.

Palavras-chave: *Compliance*; Lei de Licitações e Contratos Administrativos; Programas de integridade.

¹ Graduação em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade de Passo Fundo (1995), especialização em advocacia municipal pela UFRGS (2001), mestrado (2004) e doutorado (2006) em Direito pela Universidade Federal do Paraná; Plataforma Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1893559315225978> Email: gcorralo@upf.br

² Bacharel em Direito pela Universidade de Passo Fundo (2005); advogado inscrito na OABRS 64193 (2005); especialista em direito processual civil pelo Instituto Meridional – IMED (2008); Plataforma Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0238077864917585> Email: carlossantin@razaoinfo.com.br

Abstract

The new Bidding Law – Law 14.133/21 – represents a step forward in the attempt to promote more efficient public administrations. Reorganizes the various laws on public procurement into a single legislative framework. The objective of the research is to analyze the normativity of the new Bidding Law regarding compliance programs - integrity programs - in companies contracting with the government, for which the deductive method and bibliographic and documentary research are used. To this end, the first chapter discusses integrity – compliance – programs and their historical and conceptual development, a recent phenomenon that is gaining increasing prominence and normative importance. Its evolution in Brazil is also understood. The second chapter, in turn, analyzes the new Law 14,133/21 and its relationship with the aforementioned integrity programs. In concluding notes, there is an important legislative advance in the new Bidding Law, considering the importance of integrity programs in the fight against corruption and deviations of all kinds in the various contracts with the government.

Keywords: Administrative Contracts and Bidding Law; Compliance; Integrity programs.

INTRODUÇÃO

A nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos – Lei 14.133/21 – representa um avanço na tentativa de promover administrações públicas mais eficientes. Reorganiza as diversas leis sobre contratações públicas num único marco legislativo. O objetivo dessa pesquisa é analisar a normatividade da nova Lei de Licitações quanto aos programas de *compliance* – programas de integridade – nas empresas contratantes com o poder público. Para tanto, utiliza-se do método dedutivo e pesquisa bibliográfica e documental.

A problemática centra nos impactos da nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos nos programas de *compliance* em empresas que contratam com o poder público. Para tanto, no primeiro capítulo, discorre-se sobre a evolução dos referidos programas, o que requer a análise da *compliance* numa perspectiva histórica – nos Estados Unidos, Reino Unido e em diversas pactuações internacionais. Também analisa a legislação brasileira sobre o assunto. O segundo capítulo, por sua vez, centra na análise da Lei 14.133/21 e os respectivos impactos nas empresas que contratam com o poder público.

Várias são as causas da corrupção e dos desvios de todo o gênero na espacialidade estatal, das quais muitas decorrem das relações com o setor privado. Buscar caminhos institucionais que aprimorem as relações entre as mais diversas empresas que pactuam com o poder público e o Estado é uma importante alternativa para a uma boa administrativa pública, tema que permite futuros desenvolvimentos.

1. NOTAS HISTÓRICAS, CONCEITUAIS E DE PROCEDIMENTOS PARA A IMPLEMENTAÇÃO DO COMPLIANCE

A definição de *compliance* não denota em si algum conceito jurídico especial. Na realidade, em análise preliminar, é um conceito meramente linguístico. *Compliance* significa *to be in compliance with the law* ou *to comply*, o que poderia ser traduzido para “estar em conformidade com a lei” ou “cumprir”. Aliás, a sua definição, a princípio não traz nenhuma novidade e prevê tão somente o que seria o óbvio em qualquer sociedade democrática, que todo cidadão deve cumprir a lei à qual ele se submete³.

Em contraposição à definição preliminar linguística, a conceituação prática do *compliance*, não é tão simples, pois depende do objeto com o qual se relaciona. É necessário definir quem está em conformidade e com o que se dá essa conformidade, pois se trata de um conceito relacional.⁴

O *compliance* é algo relativamente novo na história humana e surgiu como uma consequência do avanço da globalização. Isso porque a sociedade organizada democraticamente pressupõe que o cumprimento de regras seja basilar a fim de promover uma boa convivência entre os agentes que formam a sociedade globalizada, com maior transparência e segurança.⁵

As conferências de Haia de 1907 e 1930 apresentam-se como os primeiros esforços internacionais para reconhecer a necessidade de se estabelecer regras visando a boa convivência financeira internacional. Para tanto, concebeu a fundação do BIS – *Bank for International Settlements*, sediado em Basileia, na Suíça, cujo principal objetivo foi buscar a cooperação entre os Bancos Centrais do Mundo.⁶

A partir de 1960, nos Estados Unidos, o *compliance* aparece em seu conceito mais atual, especialmente quando a SEC – *Securities and Exchange Commission* passa a realizar a contratação de *Compliance Officers* para criar procedimentos internos de controles, treinar pessoas e monitorar atividades, com o objetivo de auxiliar as áreas de negócios a ter a efetiva supervisão.

Na década de 70, a partir do caso *Watergate* e escândalos de corrupção envolvendo empresas privadas e governos, que as atuais bases do *compliance*

³ BONACCORSI, Matheus Fernandino: Corporate governance e compliance: origem e evolução dos programas de cumprimento. In: Direito Empresarial I. Renata Albuquerque Lima; Viviane Coêlho de Séllos Knoerr (org.). Florianópolis: CONPEDI, 2020. p. 105.

⁴ BONACCORSI, Matheus Fernandino: Corporate governance e compliance: origem e evolução dos programas de cumprimento. In: Direito Empresarial I. Renata Albuquerque Lima; Viviane Coêlho de Séllos Knoerr (org.). Florianópolis: CONPEDI, 2020. p. 107.

⁵ PAGOTTO, Leopoldo. Esforços globais anticorrupção e seus reflexos no Brasil. In: DEL DEBBIO, Alessandra et al. (coord.). Temas de anticorrupção & compliance. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013. pg. 24.

⁶ ABBI, Comitê de compliance da: Função de compliance. Publicado em 19 de setembro de 2008. Pg. 25-27

passaram a ser definidas. Para evitar que o escândalo se repetisse e tomasse proporções ainda maiores, foi criado o *Foreign Corrupt Practice Act* – FCPA, de 1977, ou em uma tradução livre, Lei Anticorrupção Transnacional ou Lei de Práticas de Corrupção no Exterior, que tornou ainda mais rígidas as penas para empresas americanas envolvidas com corrupção no exterior.⁷

Essa legislação veio a se adequar conforme os novos casos de corrupção ocorriam, sendo relevantes, em 1995, a falência do Banco Barings e em 2001 da ENRON, a enfatizar a falta de instrumentos de controle; os ataques terroristas de 2001 e o *US Patriot Act*; concordata da WORLDCOM em 2002 e crise da PARMALAT em 2003, bem como a crise no setor imobiliário americano, com repercussão mundial e que exigiu a fusão de grandes conglomerados financeiros mundiais e a atuação do Banco Central Americano com recursos financeiros para evitar a quebra de grandes e tradicionais instituições financeiras.⁸

No reino Unido, os governos sofreram pressão internacional decorrentes do exemplo americano. Em 1998, a Comissão de Legislação do Reino Unido produziu um documento de consulta e um relatório sobre corrupção que resultou em um projeto de lei patrocinado pelo governo, bases para apresentação do UK Bribery ACT ou livremente traduzida como a lei anticorrupção britânica, extremamente severa.⁹

O mesmo ocorreu em diversos países que reproduziram e adaptaram a legislação americana. Nesse cenário, merece destaque a norma australiana AS 3806: 1998, que traz os princípios para os programas de *compliance* similares aos que são adotados pelo Brasil.¹⁰

No Brasil, a experiência internacional não passou despercebida e já no final da década de 90, início dos anos 2000, o *compliance* passa a ganhar notoriedade. Nesse período, o Brasil ratifica três das maiores convenções mundiais sobre o tema: a Convenção Interamericana contra a Corrupção, realizada em Caracas na Venezuela, da Organização dos Estados Americanos (OEA); a Convenção sobre o Combate da Corrupção a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico, da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE); e a Convenção

⁷ ZAGARIS, Bruce: Transnational corruption in Brazil: the relevance of the U.S. experience with the Foreign Corrupt Practices Act. In DEL DEBBIO, Alessandra et al. (coord.). Temas de anticorrupção & compliance. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013. P. 102-108.

⁸ ABBI, Comitê de compliance da: Função de compliance. Publicado em 19 de setembro de 2008. Pg. 28

⁹ QC, Jonathan Fischer. Overview of The UK Bribery Act. In: DEL DEBBIO, Alessandra et al. (coord.). Temas de anticorrupção & compliance. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013. p. 141

¹⁰ ABBI, Comitê de compliance da: Função de compliance. Publicado em 19 de setembro de 2008. Pg. 28

das Nações Unidas Contra a Corrupção, promulgada em 2003 das Nações Unidas (ONU).¹¹

Em 1998, o Banco Central do Brasil publica a Resolução nº 2.554/98, ratificando os princípios de *compliance* da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE. Diversos mecanismos de combate aos crimes financeiros, a exemplo do Conselho de Controle de Atividades Financeiras – COAF e do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE –, se agregam nessa tarefa. A Controladoria Geral da União – CGU – estabelece os seus manuais de conduta que preveem planos de integridade, os quais são mantidos até hoje e emprestam base à elaboração dos programas de *compliance* de diversas empresas. Também foi publicada a Lei 9.613/98, dispondo sobre os crimes de lavagem de dinheiro e ocultação de bens.¹²

Quase 50 anos depois do exemplo americano – FCPA de 1977 –, a experiência democrática do Brasil passa a enfrentar problemas semelhantes, o que requer soluções. O Brasil passa a conviver com os maiores escândalos de corrupção de sua história. Nesse contexto, foi aprovada a Lei 12.846/2013 – Lei Anticorrupção.¹³ Os casos revelados pela operação Lava Jato (instaurada em 2014) serviram de base à aprovação da Lei 13.303/16 – Lei das Estatais – que também avança na matéria. O Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE – lança em 2015 o Guia de Programas de Compliance baseado em um Termo de Compromisso de Cessação para cartéis, visando a implementação de um programa sério, eficaz e que atenuie as sanções pecuniárias. Todo esse ambiente, e, em especial, após os desdobramentos decorrentes da operação “Lava-Jato”, impulsionados por expressivas manifestações populares, o Brasil passou a adotar regramentos de incentivo às boas práticas administrativas e de combate à corrupção.

A portaria nº 750/2016, da CGU, instituiu de forma oficial o primeiro programa de integridade e em maio de 2018 o CADE lança a portaria nº 283 que aprova a sua política de governança, gestão de integridade, riscos e controles da gestão.¹⁴ E, mais recentemente, sobreveio a Lei 14.133/21 – nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos.

¹¹ VIOL, Dalila Martins: O Farol da Integridade Pública: Um Estudo de Caso sobre o Programa de Integridade da CGU. Revista da CGU. Volume 13. Nº 23. Jan-Jun 2021.pg. 132-136

¹² BRAGATO, Adelita Aparecida Podedera Bechelani. O compliance no Brasi: a empresa entre a ética e o lucro. Dissertação Mestrado – Universidade Nove de Julho – UNINOVE, São Paulo, 2017. Pg. 52-56.

¹³ O art. 41 do Decreto 8.420/2015, que regulamenta a Lei Anticorrupção, define *compliance*: “um conjunto de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e na aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta, políticas e diretrizes com objetivo detectar e sanar desvios, fraudes, irregularidades e atos ilícitos praticados contra a administração pública, nacional ou estrangeira.”

¹⁴ CEREN, João Pedro; CARMO, Valter Moura do. Crítica ao compliance na lei brasileira de anticorrupção. Revista do Direito Público, Londrina, v. 14, n. 3, dez. 2019. p. 91.

Não é difícil concluir que o *compliance* vem ganhando lucidez no Brasil, a despeito das cabíveis críticas de sua forçosa implementação sem consideração da efetividade de suas medidas.¹⁵ Seja pelos benefícios conferidos àqueles que aderem ao programa de integridade e ética, seja porque aqueles que mantêm programas de integridade se sujeitam de forma reduzida às sanções administrativas e judiciais, ou seja ainda por razões econômico-financeiras pela consequente valorização da empresa, o Brasil apresenta avanços na implementação dos programas de integridade.

Para uma melhor compreensão do *compliance*, é preciso compreender os seus pilares essenciais. O artigo 42 do Decreto 8.420/2015 estabeleceu parâmetros mínimos para avaliação de um programa de integridade, mas não definiu objetivamente os seus elementos imprescindíveis, relegando ao caso concreto e às especificidades de cada empresa ou corporação.

Inferre-se que cada organização terá um programa único, preventivo e, por vezes, corretivo, construído com base no risco da operação ou negócio. Obviamente, empresas do mesmo setor ou do mesmo grupo econômico apresentarão programas com alguma similaridade. Todavia, cada programa deverá ser construído exclusivamente considerando-se a realidade da empresa, pois também deve refletir também a cultura da organização e fazer sentido à realidade da organização.¹⁶

Ainda que não se tenha uma fonte legal do conteúdo de um programa de integridade, não faltam fontes teóricas e práticas. Assim, a Controladoria Geral da União – CGU – instituiu diretrizes para as empresas privadas criarem seus programas de integridade, com normas que podem ajudar as empresas a construir ou aperfeiçoar os instrumentos destinados à prevenção, detecção e remediação de atos lesivos à Administração Pública e à própria empresa.

A CGU editou a portaria nº 2279/2015 e apresentou um guia para a elaboração de um programa de integridade:

O conteúdo desta publicação tem por objetivo esclarecer o conceito de Programa de Integridade em consonância com a Lei nº 12.846/2013 e suas regulamentações e apresentar diretrizes que possam auxiliar as empresas a construir ou aperfeiçoar Programa dessa natureza. O documento é eminentemente orientativo e não possui, portanto, caráter normativo ou vinculante. As diretrizes descritas não criam direitos ou garantias, sejam eles relacionados a eventual análise de Programa de Integridade em processo de

¹⁵ CEREN, João Pedro; CARMO, Valter Moura do. Crítica ao compliance na lei brasileira de anticorrupção. Revista do Direito Público, Londrina, v. 14, n. 3, dez. 2019. p. 94

¹⁶ WAGATSUMA, Adriana Tocchet. A ESTRUTURAÇÃO DO COMPLIANCE CORPORATIVO: CRIANDO E DISSEMINANDO A CULTURA DE COMPLIANCE. Guia prático de compliance / organização Isabel Franco. – 1. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2020. Pg. 50.

A partir do referido material, que compila de forma econômica os requisitos de composição de um plano de integridade, pode-se inferir a existência de pelo menos 05 pilares de um programa de integridade

O primeiro pilar é o comprometimento da alta administração. O apoio da alta direção da empresa é condição indispensável e permanente para o fomento de uma cultura ética e de respeito às leis e para a aplicação efetiva do Programa de Integridade. Na língua inglesa, o *tone from the top* resume o comprometimento necessário. Por intermédio da liderança o *compliance* deve penetrar na cultura organizacional. É de responsabilidade dos mais altos gestores o estímulo a um clima organizacional positivo, produtivo, ético e responsável, em que todos compreendam os valores, a missão da companhia e a postura que se espera dos colaboradores. Devem ser implementadas estratégias de gestão participativa, buscando o engajamento de todos¹⁸.

O segundo pilar é ter uma instância responsável pelo Programa de Integridade. Uma vez tomada a decisão pelo comprometimento com a ética e a integridade na empresa, os membros da alta direção devem adotar as medidas necessárias para definir uma instância interna responsável por desenvolver, aplicar e monitorar o referido programa. Para garantir que essa instância tenha as condições para colocar o programa em prática é importante a alocação de recursos financeiros, materiais e humanos adequados. Além de recursos, tal área deve possuir condições para coordenar os seus esforços com as áreas diretamente responsáveis pela execução das atividades de divulgação, treinamento, funcionamento do canal de denúncias e outros procedimentos, de modo a garantir que as ações sejam de fato realizadas conforme as definições do programa.¹⁹

O terceiro pilar é a análise de perfil e dos riscos. Elemento primordial é a matriz de risco, que nada mais é do que a contínua identificação, análise e avaliação dos riscos aos quais a empresa esteja vulnerável. Tão somente conhecendo suas áreas e processos mais sensíveis será possível criar controles ou adaptar os já existentes de forma a evitá-los ou remediá-los. O levantamento e a análise de riscos realizados

¹⁷ CGU – Controladoria Geral da União: Programa de Integridade: Diretrizes para Empresas Privada. Publicado em novembro de 2015. Pg. 06.

¹⁸ FIGUEIREDO, Rudá Santos. Direito de intervenção e Lei 12.846/2013: a adoção do compliance como excludente de responsabilidade – 2015. 229 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal da Bahia – UFBA. Salvador, 2015. p.140.

¹⁹ MARTÍN, Adán Nieto (Coord). Manual de cumprimento normativo e responsabilidade penal da pessoa jurídica. Florianópolis: Ed. Tirant do Brasil. Coleção Tirant Lo Blanch Brasil; 1ª Edición. 2018. . Pg 440-442

previamente auxiliam a identificar vulnerabilidades e as áreas mais suscetíveis à corrupção, oportunizando atuar de maneira mais direcionada e especializada para prevenir a possibilidade de ocorrência dos eventos apontados.²⁰

Importante esclarecer que o risco é de quebra da integridade, não devendo ser confundido com risco de descumprimento de leis em geral. Ou seja, é mais abrangente, pois identifica dentro de situações aparentemente legais, possibilidades de ocultar desvios e cometer atos de corrupção.

O quarto pilar é a estruturação de regras e instrumentos. Uma vez conhecidos os riscos da empresa, deve-se elaborar ou atualizar o código de ética ou de conduta e as regras, políticas e procedimentos de prevenção de irregularidades; desenvolver mecanismos de detecção ou reportes de irregularidades (alertas ou red flags; canais de denúncia; mecanismos de proteção ao denunciante); e definir medidas disciplinares para casos de violação e medidas de remediação.

Em apertada síntese, para cada risco verificado, deve haver uma conduta prescrita em códigos e manuais da empresa. A companhia deve criar procedimentos operacionais, disciplinando suas ações nas mais diferentes áreas.²¹

O quinto pilar é o monitoramento contínuo. É necessário definir procedimentos de verificação da aplicabilidade do Programa de Integridade ao modo de operação da empresa e criar mecanismos para que as deficiências encontradas em qualquer área possam realimentar continuamente seu aperfeiçoamento e atualização. É preciso garantir que o Programa de Integridade seja parte da rotina da empresa e que atue de maneira integrada com outras áreas correlacionadas, tais como recursos humanos, departamento jurídico, auditoria interna e departamento contábil-financeiro.

O sistema de monitoramento sobre o programa de integridade objetiva identificar as deficiências existentes, para promoção de melhorias. Como ferramentas para a ação de monitoramento, dispõe-se de entrevistas com empregados e colaboradores, análises e possíveis reflexos dos indicadores de desempenho, auditorias de avaliação e outros.²²

²⁰ CGU - Programa de Integridade: Diretrizes para Empresas Privada. Publicado em novembro de 2015. Pg. 14.

²¹ GIOVANINI, Wagner. Programas de compliance e anticorrupção: importância e elementos essenciais. In PAULA, Marco Aurélio Borges de; CASTRO, Rodrigo Pirronte Aguirre de (Coord.) Compliance, gestão de riscos e combate à corrupção: Integridade para o desenvolvimento. Belo Horizonte: Fórum, 2018. Pg. 147.

²² CGU - Programa de Integridade: Diretrizes para Empresas Privada. Publicado em novembro de 2015. Pg. 15

2. OS PROGRAMAS DE COMPLIANCE NA NOVA LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS – LEI 14.133/21

A Lei 8.666/93 – Lei de Licitações e Contratos Administrativos –, ainda em vigor, não fez nenhuma referência aos programas de integridade – *compliance*. Trata-se de texto normativo elaborado no início dos anos 90 do século passado, sem a influência do contexto histórico que nas décadas mais recentes impulsionaram a busca de uma relação mais íntegra entre o poder público e as empresas. Estava-se muito distante dos escândalos que assolaram a república em tempos mais recentes.

Conforme visto, em termos de produção legislativa, foi a Lei 12.846/13, também chamada de Lei Anticorrupção, que introduziu os programas de integridade na ordem jurídica nacional. Ter programa de integridade é fator a ser considerado na aplicação de sanções diante de atos contra a administração pública nacional ou estrangeira. Aliás, esta lei chegou a ter enquanto condição para a formalização dos acordos de leniência o compromisso da pessoa jurídica de implementar ou aprimorar o seu programa de integridade.²³

A Lei das Estatais – Lei 13.303/16 – avança nesse diapasão ao requerer programas de integridades em todas as empresas do Estado, sejam prestadoras de serviços públicos, sejam as que exploram atividade econômica, em todos os níveis da Federação.

Não obstante a nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos – Lei 14.133/21 – coabite em termos de vigência por 2 anos com a Lei 8.666/93 e Lei 10.520/02 – técnica legislativa altamente questionável por manter dois dispositivos legislativos normativamente diferentes em vigor ao mesmo tempo –, trouxe para o seu alcance legislativo os programas de *compliance*, foco desse artigo.

Há quatro artigos que trabalham os programas de *compliance* na nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos: a) Art. 25, que trata da obrigação de programa de integridade nas empresas no caso de contratações de grande vulto; b) Art. 60, que traz o desenvolvimento de programa de integridade como critério de desempate em licitações; c) Art. 156, no caso de sanções pelo cometimento de faltas administrativas a implantação ou aperfeiçoamento dos programas de *compliance* deve ser levado em consideração para a imposição das respectivas sanções; e d) Art. 163, a requerer, em determinadas sanções, que a reabilitação do contratado somente possa ocorrer se,

²³ É o que constava na MP 703/2015.

dentre outros requisitos, tenha implementado ou aperfeiçoado programa de integridade.

Quanto ao previsto no art. 25, depende de regulamentação acerca das medidas a serem adotadas, a comprovação de implementação e as penalidades pelo descumprimento, o que ainda inexiste normativamente. No que diz respeito aos critérios de desempate, ter programa de integridade é o quarto critério, pois devem ser utilizados, na respectiva ordem: disputa final entre os empatados após a classificação, avaliação de desempenho contratual prévio e o desenvolvimento de ações de equidade entre homens e mulheres no ambiente de trabalho – este último a depender de regulamentação.

Não obstante a Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos – Lei 14.133/21 – não tenha sido mais incisiva a ponto de requerer que toda e qualquer empresa que contrate com o poder público por valores razoáveis/medianos – e não somente diante de grandes valores – e de forma contumaz tenha que ter programa de integridade, é inegável que houve avanços. Mais tímidos do que poderiam ter sido, mas não ficou no silêncio legislativo sobre a matéria.

Não que os programas de *compliance* sejam as cartas-coringas para superar o patrimonialismo e clientelismo que marcam a história administrativa brasileira. Há muitos fatores que se conjugam para que o vulto da corrupção e desvios de todo o gênero estejam permanentemente presentes. Contudo, o aprimoramento institucional é um dos caminhos para um melhor controle das mais diversas relações com o poder público, aprimoramento esse que pode ocorrer com os programas de integridade – *compliance*. Mais envolvimento da alta gestão e de todos os atores, mais conhecimento dos riscos do negócio, mais normatividade para disciplinar condutas e procedimentos, mais controle das ações, menor a probabilidade de desvios. É o que se espera.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os programas de integridade – *compliance* – ganharam força nas últimas cinco décadas, especialmente por crises que impulsionaram países como os Estados Unidos e a Inglaterra, como também diversos organismos multilaterais, em buscar um relacionamento correto entre o setor privado e o setor público, internamente e internacionalmente.

Não se trata somente de proteger o Estado e o interesse público da coletividade, mas o próprio mercado, pois grandes corporações a agir sem controle e com desvios podem comprometer os princípios elementares da própria economia de mercado.

No Brasil, registra-se, no aspecto legislativo, a Lei 12.846/2013 – Lei Anticorrupção –, importante marco que incorporou a *compliance* no Direito pátrio, a ser considerado nas aplicações de sanções. Administrativamente há o grande esforço de entes como o COAF e o CADE para que os programas de integridade estejam presentes na vida empresarial.

A nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos não ficou inerte. Prevê, em quatro artigos, os programas de integridade: obrigatório para contratações de grande vulto, como um critério para o desempate de licitações, a ser considerado no caso de aplicação de sanções administrativas e a requerer, em determinadas sanções, que a reabilitação do contratado somente possa ocorrer se tenha implementado ou aperfeiçoado programa de integridade.

A referida lei não avançou a ponto de requerer o *compliance* de todas as empresas que contratem por valor razoável ou continuamente com o poder público, o que poderá ocorrer no futuro. De toda a sorte, avançou a relevar os programas de integridade como importantíssimos instrumentos de aprimoramento das relações entre o setor público e o setor privado. Por conseguinte, são consideráveis e positivos os impactos da Lei 14.133/21 nos programas de integridade nas empresas que contratem com o poder público.

Que seja possível avançar, institucionalmente, no combate à corrupção e aos desvios de todo o gênero. O *compliance* é um caminho relevante para este fim.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ABBI, Comitê de compliance da: Associação Brasileira de Bancos Internacionais. Função de compliance. Publicado em 19 de setembro de 2008. Disponível em <http://www.abbi.com.br/download/funcaoodecompliance_09.pdf>. Acesso em 09 de novembro de 2021.

BONACCORSI, Matheus Fernandino: Corporate governance e compliance: origem e evolução dos programas de cumprimento. In: LIMA, Renata Albuquerque; KNOERR, Viviane Coêlho de Séllos (org.). **Direito Empresarial I** Florianópolis: CONPEDI, 2020. Disponível em www.conpedi.org.br; Tema: Direito, pandemia e transformação digital: novos tempos, novos desafios? Acesso em 09 de novembro de 2021.

BRAGATO, Adelita Aparecida Podedera Bechelani. **O compliance no Brasi: a empresa entre a ética e o lucro**. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Nove de Julho – UNINOVE, São Paulo, 2017.

CASTRO, Marina Grimaldi de. O programa de compliance corporativo. In DUTRA, Lincoln Zub (Org.). **Compliance no Ordenamento Jurídico Brasileiro**. Curitiba: Juruá, 2018.

CLAYTON, Mona: Entendendo os desafios de Compliance no Brasil: um olhar estrangeiro sobre a evolução do Compliance anticorrupção em um país emergente. In DEL DEBBIO, Alessandra et al. (coord.). **Temas de anticorrupção & compliance**. Pg. 156-241. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

CEREN, João Pedro; CARMO, Valter Moura do. Crítica ao compliance na lei brasileira de anticorrupção. Revista do Direito Público, Londrina, v. 14, n. 3, p. 87-109, dez. 2019.

CGU - Programa de Integridade: Diretrizes para Empresas Privada. Publicado em novembro de 2015. Disponível em <https://www.gov.br/cgu/pt-br/centrais-de-conteudo/publicacoes/integridade/arquivos/programa-de-integridade-diretrizes-para-empresas-privadas.pdf>.> Acesso em: 01 de dezembro de 2021.

COELHO, Cláudio Carneiro Bezerra Pinto. Compliance na administração pública: uma necessidade para o brasil. **RDFG – Revista de Direito da Faculdade Guanambi** v. 3, n. 1, Pg. 75-95. Julho-dezembro 2016.

FEBRABAN, comissão de compliance da; Federação Brasileira de Bancos, GUIA/boas práticas de compliance. Disponível em <https://cmsarquivos.febraban.org.br/Arquivos/documentos/PDF/febraban_manual_compliance_2018_2web.pdf> Acesso em 27 de novembro de 2021.

FIGUEIREDO, Rudá Santos. **Direito de intervenção e Lei n.12.846/2013: a adoção do compliance como excludente de responsabilidade** – 2015. 229 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal da Bahia – UFBA. Salvador, 2015.

GIOVANINI, Wagner. Programas de compliance e anticorrupção: importância e elementos essenciais. In: PAULA, Marco Aurélio Borges de; CASTRO, Rodrigo Pirronte Aguirre de (Coord.) **Compliance, gestão de riscos e combate à corrupção: Integridade para o desenvolvimento**. Belo Horizonte: ed. Fórum, 2018.

MAEDA, Bruno Carneiro. Programas de Compliance Anticorrupção: importância e elementos essenciais. In DEL DEBBIO, Alessandra et al. (coord.). **Temas de anticorrupção & compliance**. p. 174-208. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

MARTÍN, Adán Nieto (Coord). Manual de cumprimento normativo e responsabilidade penal da pessoa jurídica. Florianópolis: Ed. Tirant do Brasil. Coleção Tirant Lo Blanch Brasil; 1ª Edición / 671 págs. 2018.

MENDES, Francisco Schertel; CARVALHO, Vinícius Marques de. Compliance: concorrência e combate à corrupção. São Paulo: Trevisan Editora, 2017.

PAGOTTO, Leopoldo. Esforços globais anticorrupção e seus reflexos no Brasil. In: DEL DEBBIO, Alessandra et al. (coord.). **Temas de anticorrupção & compliance**. p. 31-54. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

QC, Jonathan Fischer. Overview of The UK Bribery Act. In: DEL DEBBIO, Alessandra et al. (coord.). **Temas de anticorrupção & compliance**. p. 133-155. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

VIOL, Dalila Martins: O Farol da Integridade Pública: Um Estudo de Caso sobre o Programa de Integridade da CGU. **Revista da CGU**. Volume 13. Nº 23. Jan-Jun 2021. Disponível em https://revista.cgu.gov.br/Revista_da_CGU/issue/view/36/41 Acesso em 01 de dezembro de 2021.

WAGATSUMA, Adriana Tocchet. A estruturação do compliance corporativo: criando e disseminando a cultura de compliance. In Franco, Isabel (organização): **Guia prático de compliance**. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

ZAGARIS, Bruce: Transnational corruption in Brazil: the relevance of the U.S. experience with the Foreign Corrupt Practices Act. In DEL DEBBIO, Alessandra et al. (coord.). **Temas de anticorrupção & compliance**. p. 64-132. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

SÍNDROME DE FOMO: UMA RAMIFICAÇÃO DA UBERIZAÇÃO NA SOCIEDADE DO CANSAÇO

FOMO SYNDROME: A RAMIFICATION OF UBERIZATION IN THE TIRED SOCIETY

Tricieli Radaelli Fernandes¹

Resumo

O artigo proposto quer motivar algumas discussões a respeito das circunstâncias de trabalho dos brasileiros, sobretudo dos trabalhadores uberizados. Impõe-se refletir acerca da Síndrome de FOMO na ocasião dos infoproletariados, sendo todos os elementos inseridos na Sociedade do Cansaço. Os objetivos são: reconhecer a lógica da Sociedade do Cansaço representada pela uberização, no caso entregadores por aplicativos; vincular a Síndrome de FOMO à precarização dos corpos uberizados e; enfim, constituir o direito à desconexão enquanto rompimento da eficiência característica da Sociedade do Cansaço. O método de abordagem fora o indutivo e os métodos de procedimento o observacional e o monográfico. A técnica de pesquisa fora a documentação indireta. Conclui-se a essencialidade de legalizar as empresas de aplicativo e atribuir melhores opções de labor aos trabalhadores.

Palavras-chave: Síndrome de FOMO. uberização. Sociedade do Cansaço. precarização. direito à desconexão.

Abstract

The proposed article intends to motivate some discussions about the working circumstances of Brazilians, especially of uberized workers. It is necessary to reflect on the FOMO Syndrome at the time of infoproletariats, with all elements being inserted in the Society of Tiredness. The objectives are: to recognize the logic of Sociedade do Cansaço represented by uberization, in this case, app-deliverers; linking the FOMO Syndrome to the precariousness of uberized bodies and; finally, to constitute the right to disconnection while breaking the characteristic efficiency of the Society of Tiredness. The approach method was inductive and the procedural methods were observational and monographic. The research technique had been indirect documentation. It concludes that it is essential to legalize application companies and assign better labor options to workers.

Keywords: FOMO Syndrome. uberization. Society of Tiredness. precariousness. right to disconnect.

INTRODUÇÃO

A forma diametral pela qual os seres são submetidos à experiência com a tecnologia não os deixa ilesos aos seus efeitos, tanto na escolha em usar as mídias

¹ Pós-graduada em Direito Trabalhista pela Faculdade Dom Alberto. E-mail: tricielir@gmail.com.

sociais para relacionar-se, quanto o aproveitamento delas para exercer o trabalho, designam exacerbado poder a essas tecnologias. O existir em sociedade, atualmente, não se afasta do convívio inerente ao controle realizado pela tecnologia.

A capacidade de escolha em conviver ou não com essas inteligências foi sujeitada à necessidade de utilizá-las para todas as tarefas, quase como se não houvesse possibilidades de viver fora da bolha tecnológica. Para alguns, decidir incluí-las em seu mundo da vida ainda é oportunizado, porém a outros submeter-se às vontades das corporações por detrás de aplicativos é a única “opção” para manter seu mundo da vida existindo.

Atendo-se à segunda exposição, deve ser deslocado o foco para as relações de trabalho que se formam a partir disso. Isto é, a dependência nociva dos trabalhadores para com os aplicativos de prestação de serviço e os reflexos na vida privada e social. Inseridos no contexto da Sociedade do Cansaço apresentada por Byung-Chul Han, emergem questões como a síndrome de FOMO e, além disso, o direito à desconexão. Sendo assim, surge a inquietação: em que medida a Síndrome de FOMO, enquanto fenômeno resultante da uberização do trabalho, ao confrontar o direito à desconexão, encontra limites na Sociedade do Cansaço?

Na esteira do proposto, a sociedade apontada é o cenário no qual os elementos de decorrência interrelacionais se manifestam e, por tal razão, a intenção geral é compreender suas causas e repercussões. A temática é relevante à análise de outros assuntos que vêm à tona, como a precarização massiva das relações trabalhistas na sociedade capitalista, impondo desafios nos aspectos de saúde e, também, na área normativa.

O desenvolvimento da pesquisa oportuniza-se com base no método indutivo, porque parte do pressuposto que a patologia é ocorrência do modelo social pós-imunológico de Han. Examina-se, pois, o geral segundo o específico. Quanto aos métodos de procedimento, opta-se pelo monográfico ao observar, particularmente, a FOMO e o observacional, segundo uma perspectiva macro sobre o trabalho. Já a técnica de pesquisa detém-se na documentação indireta.

Para a elaboração do artigo, infere-se organizá-lo em três seguimentos da seguinte maneira, na primeira seção tratar-se-á de identificar a lógica da Sociedade do Cansaço representada pela uberização do trabalho no caso dos entregadores por aplicativo. Por conseguinte, associar a Síndrome de FOMO à precariedade dos corpos uberizados e, enfim, constituir o direito à desconexão enquanto rompimento da eficiência característica da Sociedade do Cansaço.

1. O CANSAÇO DOS TRABALHADORES POR APLICATIVO

As fronteiras da pós-modernidade podem ser vislumbradas em aspectos do desenvolvimento humano², sobretudo, na esfera trabalhista. Algumas divisões muito claras com tempos sociais anteriores separam o momento atual. Assim, características como o adoecimento massivo das pessoas são marcas do presente. Mas, veja-se, não são todas as pessoas que estão à mercê de determinadas patologias, grupos bem demarcados são vítimas do desenvolvimentismo neoliberal seletivo.

Nisso, pode se considerar o processo de quem irá padecer, enquanto distribuição deliberada das precariedades na coletividade³. Logo, um dos traços dessa precariedade pode ser encontrado na uberização, atinente a parcela específica da população, resultado da subalternização de pessoas invisibilizadas e excluídas do corpo político participativo, relegadas somente a sustentar um estado de coisas que privilegia os detentores do poder de decidir a respeito de suas vidas.

Deve se compreender, de início, a existência organizacional que delimita papéis sociais para manter uma estrutura dada. Por isso, a distribuição da precariedade é uma lógica pensada que auxilia no entendimento de quem são as vítimas do processo de plataformização do trabalho⁴. Nesse ponto, o recurso da *surveillance* é bastante eficiente para categorizar as pessoas necessitadas a esse tipo de trabalho⁵. A Economia do Compartilhamento possui intenção de divisibilidade apenas na nomenclatura⁶, a não ser que se pense na quantidade de riscos partilhados pelos trabalhadores desse meio⁷.

A complexidade dessa categorização se apresenta por enublar as divisões entre a vida pública e a privada, a flexibilização aparentemente vantajosa, retira do arbítrio do trabalhador o espaço insubstituível do particular⁸. A ausência de limites para o trabalho, afasta a possibilidade de construção de vínculos entre os *socii* e a vida política, como também a criação da identidade, das subjetividades, impondo inconscientemente

² BAUMAN, Zigmunt. **Modernidade líquida**. Tradução: Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2011. *E-book*.

³ BUTLER, Judith. **Corpos em aliança e a política das ruas**: notas para uma teoria performativa de assembleia. Tradução: Fernanda Siqueira Miguens. 1. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2018. *E-book*.

⁴ ABÍLIO, Ludmila Costhek. Uberização: a era do trabalhador *just-in-time*? **Estudos Avançados**, v. 34, n. 38, 2020a. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ea/a/VHXmNyKzQLzMyHbgcGMNNwv/?lang=pt>. Acesso em: 12 nov. 2021.

⁵ MENEZES NETO, Elias Jacob. Vigilância ou surveillance? Uma proposta para começar a compreender corretamente este fenômeno. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 103, n. 939, jan. 2014. Disponível em: <https://dspace.almg.gov.br/handle/11037/21500>. Acesso em: 18 dez. 2021.

⁶ SLEE, Tom. **Uberização**: a nova onda do trabalho precarizado. Tradução: João Peres. São Paulo: Editora Elefante, 2017. *E-book*.

⁷ ABÍLIO, Ludmila Costhek. Uberização do trabalho: subsunção do real da viração. In: **Blog da Boitempo**, 22 fev. 2017b. Disponível em: <https://blogdaboitempo.com.br/2017/02/22/uberizacao-do-trabalho-subsuncao-real-da-viracao/>. Acesso em: 18 dez. 2021.

⁸ ABÍLIO, Ludmila Costhek. Uberização: a era do trabalhador *just-in-time*? **Estudos Avançados**, v. 34, n. 38, 2020a. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ea/a/VHXmNyKzQLzMyHbgcGMNNwv/?lang=pt>. Acesso em: 12 nov. 2021.

massificação à coletividade. O silenciamento do *eu* é essencial para manter a imobilidade e o potencial de ameaça longe dos arranjos estabelecidos.

Nesse sentido, a uberização vista enquanto espécie do gênero precarização, é responsável pela movimentação do trabalhador assalariado e tutelado por mecanismos normativos, inserido no local de trabalho, regido por horários fixos de jornada, à disponibilidade constante, desamparo a garantias e, talvez, um dos piores reflexos, a adoção da concepção de “empresário de si”⁹. Esse termo também usado pelo filósofo Byung-Chul Han como atribuição à Sociedade do Cansaço, enfatiza o sujeito carregado de influências positivas, focado em alcançar produtividade em período integral¹⁰.

A produtividade é uma das leis do capitalismo e, sobretudo, diretamente atrelada aos conceitos aqui tratados. Dentro desse espaço idealizado por Han, o controle sobre o trabalho na lógica da uberização naturaliza a precarização e a informalidade¹¹, transformando o trabalhador em refém do aplicativo e escravo de si mesmo. É importante ressaltar, que se recorre a concepção de uberização como fenômeno abrangente às novas formulações de trabalho, não necessariamente ligada aos trabalhadores de mobilidade urbana por aplicativo, porém estes vinculados ao capitalismo de plataforma, em especial os entregadores por aplicativo¹².

Essa nova forma de exploração se apropria do corpo do sujeito da obediência, transformando-o em sujeito da autoexploração, do desempenho¹³. Diferente de quem manuseia as mídias por lazer ou hábito (mesmo entendendo que essas pessoas, igualmente, estão passíveis de condicionamento), no contexto dos entregadores por aplicativo, eles não podem se desvincular das redes para não perderem oportunidade de fazer as corridas, serem excluídos da plataforma, maximizando sua situação de precariedade.

Os trabalhadores dessa classe vêm fazendo manifestações e paralisações, demonstrando ação contrária ao poder das empresas exploradoras. Inaugurou-se, inclusive, o grupo de Entregadores Antifascistas¹⁴ como elemento de performatividade

⁹ ABÍLIO, Ludmila Costhek. Uberização do trabalho: subsunção do real da viração. *In: Blog da Boitempo*, 22 fev. 2017b. Disponível em: <https://blogdaboitempo.com.br/2017/02/22/uberizacao-do-trabalho-subsuncao-real-da-viracao/>. Acesso em: 18 dez. 2021.

¹⁰ HAN, Byung-Chul. **Sociedade do cansaço**. Tradução: Enio Paulo Giachini. Petrópolis, RJ: Vozes, 2015. *E-book*.

¹¹ ABÍLIO, Ludmila Costhek. Uberização: a era do trabalhador *just-in-time*? **Estudos Avançados**, v. 34, n. 38, 2020a. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ea/a/VHXmNyKzQLzMyHbgcGMNNwv/?lang=pt>. Acesso em: 12 nov. 2021.

¹² ABÍLIO, Ludmila Costhek. Uberização: do empreendedorismo para o autogerenciamento subordinado. **Revista Psicoperspectivas**, v. 18, n. 3, Valparaíso, 2019c. Disponível em: https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?pid=S0718-69242019000300041&script=sci_arttext. Acesso em: 18 dez. 2021.

¹³ HAN, Byung-Chul. **Sociedade do cansaço**. Tradução: Enio Paulo Giachini. Petrópolis, RJ: Vozes, 2015. *E-book*.

¹⁴ CAPRIGLIONE, Laura. Um mês dentro do grupo dos Entregadores Antifascistas: política, solidariedade e empoderamento. *In: Jornalistas Livres*, 5 maio 2020. Disponível em: <https://jornalistaslivres.org/um-mes-dentro-do-grupo-dos-entregadores-antifascistas-politica-solidariedade-e-empoderamento/>. Acesso em: 18 dez. 2021.

na contramão das condições de precariedade enfrentadas¹⁵. Mesmo em meio a boicotes das responsáveis pelos aplicativos, como no caso do “bloqueio branco”, quando o trabalhador não é excluído, porém não recebe pedidos¹⁶, conforme relatado por alguns entregadores, essas formas de resistência são fortes inspirações para rompimento da sistemática da uberização.

2. CORPOS UBERIZADOS

Segundo menção feita no início do trabalho, alguns copos estão mais suscetíveis às mazelas que outros. Nessa senda, a interferência irrestrita dos aplicativos na vida dos trabalhadores podem causar inúmeros prejuízos a seus corpos e mentes, por isso prioriza-se falar acerca da Síndrome de FOMO. O nome original em inglês *fear of missing out* ou, em tradução livre, *o medo de estar perdendo*, alerta sobre a dificuldade do sujeito pós-moderno de se manter *offline*.

Descrita como uma síndrome de saúde mental endêmica, representa a dificuldade extrema em se desligar das mídias sociais, despertando inúmeros sentimentos nocivos, baixa autoestima e problemas de relacionamento¹⁷. O ciclo de dependência do usuário emerge consequências negativas da tecnologia na vida das pessoas, alarmando para o uso consciente e responsável da ferramenta.

Todavia, na situação dos entregadores por aplicativos (e os demais trabalhadores plataformizados), a necessidade das redes para exercício da atividade laboral vai além de qualquer observância aos efeitos colaterais. Ou seja, não é possível enquadrar na mesma condição das pessoas que empregam a vida digital para lazer. A realidade dos infoproletariados¹⁸ é de dependência total dos aplicativos. O medo de perder algo ultrapassa estar por fora do que está acontecendo no mundo, mas sim, de perder o próprio sustento.

As “oportunidades” de trabalho desperdiçadas podem vir a ser a renda que deixa de fazer parte do orçamento mensal. Em razão disso, a alcunha do termo por si exclui a parte dos sujeitos que está condicionado a adoecer, com base nos motivos já

¹⁵ BUTLER, Judith. **Corpos em aliança e a política das ruas**: notas para uma teoria performativa de assembleia. Tradução: Fernanda Siqueira Miguens. 1. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2018. *E-book*.

¹⁶ MONCAU, Gabriela. Greves de entregadores contra apps de delivery se espalham e já duram dias. In: **Brasil de Fato**, São Paulo, 11 out. 2021. Geral, breque dos apps. Disponível em: <https://www.brasildefato.com.br/2021/10/11/greves-de-entregadores-contr-apps-de-delivery-se-espalham-e-ja-duram-dias>. Acesso em: 11 nov. 2021.

¹⁷ GOSAIN, Prerna; YADAV, Kanchan. A study on social media usage and fear of missing out (FOMO) among youngsters. **Jornal of studies in social sciences and humanities**, v. 6, n. 2, p. 76-87, 2020. Disponível em: http://www.jssshonline.com/wp-content/uploads/2020/07/JSSSH_Vol.6_No.2_2020_76-87_Sr.-No.4.pdf. Acesso em: 13 nov. 2021.

¹⁸ ANTUNES, Ricardo. **O privilégio da servidão**: o novo proletariado de serviços na era digital. 1. ed. São Paulo: Boitempo, 2018. *E-book*.

expostos, apontando que lhes é negado até mesmo o direito à enfermidade. Haja vista a conceptualização dada pelos especialistas, os efeitos da FOMO sugerem, igualmente, a participação da socialização proporcionada pelas mídias sociais¹⁹. Mais um tipo de exclusão da qual esses trabalhadores participam, tendo em vista a cooptação de suas vidas ao exercício incessante para o trabalho. Não resta tempo para a socialização quando todo ele é direcionado ao trabalho.

Capitaliza-se o tempo de vida do trabalhador e não somente sua força de trabalho, haja vista a inexistência de normas reguladoras de vínculo empregatício com os aplicativos no Brasil, inexistente também tempo legal de jornada, implicando na ausência de restrição para a interferência dos aplicativos na vida privada²⁰. Então o trabalhador é privado da vida privada.

O paradoxo da doença, bem como outras que atingem a classe trabalhadora, no cenário dos entregadores uberizados, é uma repercussão direta dessa condição laboral. Praticamente um acessório da uberização, uma sujeição inevitável ao ofício. Entona-se o mito do trabalhador autônomo, empreendedor, com vistas a camuflar a isenção das empresas por detrás do aplicativo com os encargos trabalhistas, negando a possibilidade de escolha do trabalhador recusar alguma solicitação²¹.

Ao contrário da defesa que as empresas de aplicativo fazem em suas publicidades, pela promoção da diversidade, preocupação com parâmetros sustentáveis e liberdade para seus “colaboradores” fazerem o próprio salário e jornada²², o aproveitamento da ausência de legislações regulatórias aumenta exponencialmente o mercado a essas empresas. Ao passo que o valor líquido dos trabalhadores varia de R\$ 0,59 a R\$ 5,00 por hora trabalhada, com jornadas podendo passar 12 horas de trabalho diárias²³.

O cálculo é injusto, comparado ao crescimento do faturamento das empresas de delivery de até US\$ 1 bilhão²⁴, mesmo com a crise. Isso assevera o caráter parasitário

¹⁹ GOSAIN, Perna; YADAV, Kanchan. A study on social media usage and fear of missing out (FOMO) among youngsters. **Jornal of studies in social sciences and humanities**, v. 6, n. 2, p. 76-87, 2020. Disponível em: http://www.jssshonline.com/wp-content/uploads/2020/07/JSSSH_Vol.6_No.2_2020_76-87_Sr.No.4.pdf. Acesso em: 13 nov. 2021.

²⁰ ASSEMBLEIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**, 1948. Adotada e proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas (resolução 217 A III). 10 dez. 1948. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 13 nov. 2021.

²¹ ANTUNES, Ricardo. **O privilégio da servidão**: o novo proletariado de serviços na era digital. 1. ed. São Paulo: Boitempo, 2018. *E-book*.

²² ABÍLIO, Ludmila Costhek. Uberização: do empreendedorismo para o autogerenciamento subordinado. **Revista Psicoperspectivas**, v. 18, n. 3, Valparaíso, 2019c. Disponível em: https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?pid=S0718-69242019000300041&script=sci_arttext. Acesso em: 18 dez. 2021.

²³ ENTREGADOR DE APLICATIVO ganha em média R\$ 1.170 por mês, aponta pesquisa. *In: Folha de São Paulo*, 15 dez. 2021. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/colunas/painelsa/2021/12/entregador-de-aplicativo-ganha-em-media-r-1170-por-mes-aponta-pesquisa.shtml>. Acesso em: 18 dez. 2021.

²⁴ VASCONCELOS, Heloisa. De café da manhã a lanches da madrugada: aplicativos de delivery registram alta no número de pedidos. *In: Diário do Nordeste*, 7 nov. 2021. Disponível em: <https://diariodonordeste.verdesmares.com.br/negocios/de->

da camada burguesa, pois se apropria das riquezas geradas pela classe assalariada, sem que elas usufruam nem da metade desses lucros²⁵. O potencial de usurpação do valor do infoproletariado, infelizmente, repercute potencial adoecimento da classe, que já denegada a direitos básicos, precisa lidar com mais um formato de exploração, só que dessa vez, digital.

3. O DIREITO FUNDAMENTAL À DESCONEXÃO

O direito à desconexão é mais um dos novos direitos que surgem na era da tecnologia. Com ele, uma bagagem de outras garantias andam em compasso. Paradigma é o direito à privacidade que é afetado com a não demarcação da vida privada e da vida pública a partir do momento em que o trabalhador precisa ficar todo o seu dia conectado ao ambiente virtual para receber os pedidos de entregas de comida.

Tal benesse é constitucionalmente definida²⁶, porém recorrentemente violada perante a uberização. Tampouco o direito ao descanso é permitido, seja ele entre as jornadas (que, saliente-se, do mesmo modo são desconsideradas), ou durante a jornada²⁷. Inúmeras proteções são desrespeitadas quando de frente a precarização oriunda da uberização, tanto que se defende a criação de estatutos que defendam a classe trabalhadora.

Em paralelo à desregulação brasileira, a França desde 2017 positivou o direito à desconexão. O aparato prevê a o amparo a empregados não responderem mensagens após o horário do expediente²⁸. Por aqui, tramita o Projeto de Lei nº 4044, de 2020, de iniciativa do Senador Fabiano Contarato, possibilita a mudança da legislação vigente para integrar o trabalhador a não obrigatoriedade de estar sempre digitalmente à disposição da empresa ou empregador, sem que isso incorra em falta funcional. O projeto aguarda votação no plenário²⁹.

cafe-da-manha-a-lanches-da-madrugada-aplicativos-de-delivery-registram-alta-no-numero-de-pedidos-1.3156443. Acesso em: 18 dez. 2021.

²⁵ LAFARGUE, Paul. **Porque crê em Deus a burguesia**: o direito à preguiça. Monkey Books, [1906]. *E-book*. Disponível em: <https://pt.book4you.org/book/17347423/c28684>. Acesso em: 18 dez. 2021.

²⁶ BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 19 dez. 2021.

²⁷ MOREIRA, Teresa Alexandra Coelho. Algumas questões sobre o direito à desconexão dos trabalhadores. **Minerva Revista de Estudos Laborais**, v. 9, n. 2, 2019. Disponível em: http://repositorio.ulusiada.pt/bitstream/11067/5506/1/minerva_v9_n2_5.pdf. Acesso em: 19 dez. 2021.

²⁸ GRILLO, Brenno. Aprovado na França, direito à desconexão é discutido em tribunais brasileiros. *In: Conjur*, 24 jan. 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-jan-24/aprovado-franca-direito-desconexao-discutido-brasil>. Acesso em: 18 dez. 2021.

²⁹ PROJETO DE LEI nº 4044, de 2020. *In: Senado Federal*, 2020. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/143754>. Acesso em: 18 dez. 2021.

Considerar o direito à desconexão, oportuniza um paradoxo entre a abstinência da desconexão sintoma da FOMO e a oportunidade de desfrutar desse desligamento. Logo, tendo em conta a ruptura das paredes da sociedade disciplinar, substituídas pela conexão ininterrupta da sociedade do desempenho³⁰, o esgotamento característico da FOMO compõe um poder limitante ao ser na Sociedade do Cansaço. Enfatiza-se que talvez o direito à desconexão, ainda que essencial, seja insuficiente para afirmar aos trabalhadores suas garantias fundamentais.

Sozinho ele não possui força suficiente a romper com o sujeito da eficiência construído pela Sociedade do Cansaço. Mas aliado a normatizações as empresas que aproveitam a lacuna legislativa brasileira para oprimir trabalhadores, podem relevar-se verdadeiros rompimentos com a necessidade de autoexploração capitalista. Excessivos estímulos levam o sujeito do cansaço à inércia, ao apagamento da subjetividade, ensejando não existir contenção maior e mais eficiente que a causada por si mesmo, como um colapso do corpo precarizado que cansado somente consegue sucumbir.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Durante a pesquisa, conclui-se a confirmação da problemática. Claramente, conforme abordado, algumas outras questões surgem para análise. Somente a preconização do direito à desconexão, de suma importância, não possui artifícios competentes a auxiliar os trabalhadores uberizados a saírem dessa perspectiva. Outras observações devem ser feitas, na seara da privacidade, do controle de jornada de trabalho, direito ao descanso, assim como demais oportunidades de interpretação.

Com certeza o respeito a legislação vem propiciar condições de trabalho decentes aos trabalhadores, prevenindo o adoecimento de ordem mental e física, para que síndromes como a apontada não venham abatê-los. Um dos objetivos desse artigo é a problematização dos direitos fundamentais dos trabalhadores, a fim de não normalizar a situação de precariedade de pessoas que são primordiais para a estrutura social.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ABÍLIO, Ludmila Costhek. Uberização: a era do trabalhador *just-in-time*? **Estudos Avançados**, v. 34, n. 38, 2020a. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ea/a/VHXmNyKzQLzMyHbgcGMNNwv/?lang=pt>. Acesso em: 12 nov. 2021.

³⁰ HAN, Byung-Chul. **Sociedade do cansaço**. Tradução: Enio Paulo Giachini. Petrópolis, RJ: Vozes, 2015. *E-book*.

ABÍLIO, Ludmila Costhek. Uberização do trabalho: subsunção do real da viração. *In: Blog da Boitempo*, 22 fev. 2017b. Disponível em: <https://blogdaboitempo.com.br/2017/02/22/uberizacao-do-trabalho-subsuncao-real-da-viracao/>. Acesso em: 18 dez. 2021.

ABÍLIO, Ludmila Costhek. Uberização: do empreendedorismo para o autogerenciamento subordinado. *Revista Psicoperspectivas*, v. 18, n. 3, Valparaíso, 2019c. Disponível em: https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?pid=S0718-69242019000300041&script=sci_arttext. Acesso em: 18 dez. 2021.

ANTUNES, Ricardo. **O privilégio da servidão**: o novo proletariado de serviços na era digital. 1. ed. São Paulo: Boitempo, 2018. *E-book*.

ASSEMBLEIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**, 1948. Adotada e proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas (resolução 217 A III). 10 dez. 1948. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 13 nov. 2021.

BAUMAN, Zigmunt. **Modernidade líquida**. Tradução: Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2011. *E-book*.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 19 dez. 2021.

BUTLER, Judith. **Corpos em aliança e a política das ruas**: notas para uma teoria performativa de assembleia. Tradução: Fernanda Siqueira Miguens. 1. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2018. *E-book*.

CAPRIGLIONE, Laura. Um mês dentro do grupo dos Entregadores Antifascistas: política, solidariedade e empoderamento. *In: Jornalistas Livres*, 5 maio 2020. Disponível em: <https://jornalistaslivres.org/um-mes-dentro-do-grupo-dos-entregadores-antifascistas-politica-solidariedade-e-empoderamento/>. Acesso em: 18 dez. 2021.

ENTREGADOR DE APLICATIVO ganha em média R\$ 1.170 por mês, aponta pesquisa. *In: Folha de São Paulo*, 15 dez. 2021. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/colunas/painelsa/2021/12/entregador-de-aplicativo-ganha-em-media-r-1170-por-mes-aponta-pesquisa.shtml>. Acesso em: 18 dez. 2021.

GOSAIN, Prerna; YADAV, Kanchan. A study on social media usage and fear of missing out (FOMO) among youngsters. *Jornal of studies in social sciences and humanities*, v. 6, n. 2, p. 76-87, 2020. Disponível em: http://www.jssshonline.com/wp-content/uploads/2020/07/JSSSH_Vol.6_No.2_2020_76-87_Sr.-No.-4.pdf. Acesso em: 13 nov. 2021.

GRILLO, Brenno. Aprovado na França, direito à desconexão é discutido em tribunais brasileiros. *In: Conjur*, 24 jan. 2017. Disponível em:

<https://www.conjur.com.br/2017-jan-24/aprovado-franca-direito-desconexao-discutido-brasil>. Acesso em: 18 dez. 2021.

HAN, Byung-Chul. **Sociedade do cansaço**. Tradução: Enio Paulo Giachini. Petrópolis, RJ: Vozes, 2015. *E-book*.

LAFARGUE, Paul. **Porque crê em Deus a burguesia**: o direito à preguiça. Monkey Books, [1906]. *E-book*. Disponível em: <https://pt.book4you.org/book/17347423/c28684>. Acesso em: 18 dez. 2021.

MENEZES NETO, Elias Jacob. Vigilância ou surveillance? Uma proposta para começar a compreender corretamente este fenômeno. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 103, n. 939, jan. 2014. Disponível em: <https://dspace.almg.gov.br/handle/11037/21500>. Acesso em: 18 dez. 2021.

MONCAU, Gabriela. Greves de entregadores contra apps de delivery se espalham e já duram dias. *In: Brasil de Fato*, São Paulo, 11 out. 2021. Geral, breque dos apps. Disponível em: <https://www.brasildefato.com.br/2021/10/11/greves-de-entregadores-contr-apps-de-delivery-se-espalham-e-ja-duram-dias>. Acesso em: 11 nov. 2021.

MOREIRA, Teresa Alexandra Coelho. Algumas questões sobre o direito à desconexão dos trabalhadores. **Minerva Revista de Estudos Laborais**, v. 9, n. 2, 2019. Disponível em: http://repositorio.ulusiada.pt/bitstream/11067/5506/1/minerva_v9_n2_5.pdf. Acesso em: 19 dez. 2021.

PROJETO DE LEI nº 4044, de 2020. *In: Senado Federal*, 2020. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/143754>. Acesso em: 18 dez. 2021.

SLEE, Tom. **Uberização**: a nova onda do trabalho precarizado. Tradução: João Peres. São Paulo: Editora Elefante, 2017. *E-book*.

VASCONCELOS, Heloisa. De café da manhã a lanches da madrugada: aplicativos de delivery registram alta no número de pedidos. *In: Diário do Nordeste*, 7 nov. 2021. Disponível em: <https://diariodonordeste.verdesmares.com.br/negocios/de-cafe-da-manha-a-lanches-da-madrugada-aplicativos-de-delivery-registram-alta-no-numero-de-pedidos-1.3156443>. Acesso em: 18 dez. 2021.

GT 13 – RELAÇÕES DE CONSUMO

Objetivos: O GT Relações de Consumo tem como objetivo refletir sobre o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor, as políticas públicas de defesa do consumidor e as formas extrajudiciais de solução de conflitos de consumo; a qualidade dos produtos e serviços, a prevenção e a reparação dos danos; as novas formas de consumo no século XXI, superendividamento, comércio eletrônico e a econômica compartilhada; ações de educação para o consumo como forma de garantia dos direitos dos consumidores.

AS RELAÇÕES VIRTUAIS DE CONSUMO: A SOCIEDADE DE INFORMAÇÃO E A VULNERABILIDADE DO CONSUMIDOR NO COMÉRCIO ELETRÔNICO

VIRTUAL CONSUMPTION RELATIONS: THE INFORMATION SOCIETY AND CONSUMER VULNERABILITY IN ELECTRONIC COMMERCE

Jovana De Cezaro¹

Weslei Vidmar²

Resumo

A sociedade passou e está passando por inúmeras mudanças, principalmente no que concerne às revoluções tecnológicas e os meios de comunicação. Dessa forma, o presente trabalho visa analisar a inteligência artificial utilizada nas relações de consumo e a vulnerabilidade do consumidor no ambiente virtual. Justifica-se a importância do tema, pois as transformações tecnológicas que deram origem à internet, possibilitaram o surgimento de novas formas de comercialização de bens e serviços, por meio do comércio eletrônico. Dessa forma, destaca-se que existem grandes benefícios para a empresa e para o consumidor com o uso da inteligência artificial, porém é necessário que a legislação exponha mecanismos de proteção adequados de modo que a liberdade de escolha do consumidor não seja prejudicada. Deve-se almejar a conciliação dos avanços tecnológicos à tutela jurídica, de forma a não engessar a inovação, mas garantindo que o direito avance também, visando proteger os direitos fundamentais dos consumidores vulneráveis.

Palavras-chave: Comércio eletrônico. Consumo. Sociedade de informação. Vulnerabilidade.

¹ Mestranda do Programa de Pós Graduação em Direito da Universidade de Passo Fundo - UPF. Pós-Graduada em Direito do Trabalho pela Faculdade Venda Nova do Imigrante - FAVENI. Pós-Graduada em Advocacia Cível pela Fundação Escola Superior do Ministério Público - FMP. Advogada. Endereço de e-mail: jovanadc@hotmail.com.

² Bacharel em Engenharia de Computação pela Universidade do Vale do Taquari - UNIVATES. Desenvolvedor de Software. Endereço de e-mail: weslei.vidmar@universo.univates.br.

Abstract

Society has gone through and is going through countless changes, especially with regard to technological revolutions and the media. Thus, this work aims to analyze the artificial intelligence used in consumer relations and consumer vulnerability in the virtual environment. The importance of the theme is justified, as the technological changes that gave rise to the internet enabled the emergence of new forms of commercialization of goods and services, through electronic commerce. Thus, it is highlighted that there are great benefits for the company and for the consumer with the use of artificial intelligence, but it is necessary that the legislation exposes adequate protection mechanisms so that the consumer's freedom of choice is not harmed. It should aim to reconcile technological advances with legal protection, so as not to stifle innovation, but ensuring that the law also advances, aiming to protect the fundamental rights of vulnerable consumers.

Keywords: E-commerce. Consumption. Information society. Vulnerability.

INTRODUÇÃO

O presente estudo visa analisar a sociedade consumocentrista, que coloca o consumo como centro da sociedade contemporânea. Ainda, estudar o advento tecnológico como facilitador da sociedade de consumo, que incentiva a voraz aquisição de bens e serviços, bem como a necessidade de proteção do consumidor no comércio eletrônico.

Justifica-se a importância do tema tendo em vista o surgimento da internet, que faz com que a comunicação e a troca de informações se tornem cada vez mais rápidas e acessíveis, desencadeando, com isso, o surgimento de uma nova realidade social, que proporcionou uma nova forma de venda e aquisição de bens e serviços, denominada e-commerce ou comércio eletrônico.

No meio virtual o consumidor é bombardeando hodiernamente por inúmeras informações e anúncios publicitários sempre com o objetivo de instigá-lo ao consumo. Com isso, a problemática a ser investigada consiste no seguinte questionamento: com a sociedade consumocentrista e o avanço das tecnologias, existe uma necessidade maior de proteção do consumidor no comércio eletrônico?

Para responder a indagação adotou-se o método indutivo, sendo que a técnica de pesquisa foi a bibliográfica. A hipótese que fundamenta os resultados consigna que o advento tecnológico facilitou a aquisição de bens e produtos, fazendo com que o consumo cresça, porém o comércio eletrônico deixou o consumidor ainda mais vulnerável.

Objetiva-se abordar os aspectos referentes à sociedade consumocentrista, analisando as principais mudanças ocorridas nos meios de comunicação e informação, bem como o surgimento da internet e comércio eletrônico. Após, analisar a necessidade de proteção do consumidor no ambiente virtual.

1. A SOCIEDADE CONSUMOCENTRISTA POTENCIALIZADA PELO COMÉRCIO ELETRÔNICO

O consumo é um processo que compreende a história do homem e que tem passado por transformações, onde as prioridades e a forma de se consumir alteraram-se. Com a modernização dos sistemas de produção e com a maior facilidade de aquisição de bens, deixou-se de consumir somente o necessário e o ato de consumir passou a ser o propósito da vida dos seres humanos.

De maneira distinta do consumo, que é uma característica e ocupação dos seres humanos e visa atender as necessidades do indivíduo, o consumismo é caracterizado pelo excessivo consumo e é caracterizado como um atributo da sociedade,

[...] um tipo de arranjo social resultante da reciclagem de vontades, desejos e anseios humanos rotineiros, permanentes e, por assim dizer, “neutros quanto ao regime”, transformando-os na principal força propulsora e operativa da sociedade, uma força que coordena a reprodução sistêmica, a integração e a estratificação sociais, além da formação de indivíduos humanos, desempenhando ao mesmo tempo um papel importante nos processos de auto-identificação individual e de grupo, assim como na seleção e execução de políticas de vida individuais. O “consumismo” chega quando o consumo assume papel-chave que na sociedade de produtores era exercido pelo trabalho³.

A compra excessiva de bens supérfluos e desnecessários fez surgir a denominada sociedade de consumo, expressão que passou a ser amplamente utilizada a partir do século XX. Na sociedade de consumo, o consumo é intensificado pela criação de novas necessidades de consumo, ou seja, consumir está além da satisfação de necessidades essenciais.

Lopes define a sociedade de consumo⁴ como “uma sociedade de massas e de classes”, em que suas relações “definem-se pelo mercado, que ao mesmo tempo permite interações anônimas e despersonalizadas entre grandes números de pessoas

³ BAUMAN, Zygmunt. *Vidas para consumo: a transformação das pessoas em mercadorias*. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2008. p. 41.

⁴ Na concepção de Sodré, a sociedade de consumo é [...] aquela na qual, tendo fundamento em relações econômicas capitalistas, estão presentes, pelo menos, cinco externalidades: (i) produção em série de produtos, (ii) distribuição em massa de produtos e serviços, (iii) publicidade em grande escala no oferecimento dos mesmos, (iv) contratação de produtos e serviços via contrato de adesão e (v) oferecimento generalizado de crédito direto ao consumidor [...]. SODRÉ, Marcelo Gomes. **Formação do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 25.

(por isso sociedade de massas)” e “determinadas pela sua posição respectiva no processo produtivo (na apropriação dos benefícios da vida social, por isso sociedade de classes)”⁵.

Na concepção de Lipovetsky já passamos da sociedade de consumo e atualmente nos encontramos na sociedade de hiperconsumo, período que se caracteriza pela incessante vontade de consumir, ou seja, quanto mais se consome mais se gostaria de consumir.⁶ O hiperconsumo se caracterizou por um consumo exagerado e “faz com que o consumidor afogue seu tédio na aquisição de mais e mais bens, o que demonstra que nenhum bem consegue trazer a felicidade que ela, cidadão/consumidor almeja, ou o que necessita para ser feliz”.⁷

Para Pereira, Calgaro e Pereira a sociedade hiperconsumista foi superada, dando azo a uma sociedade consumocentrista, o qual assinala para um novo conceito, muito mais profundo que o hiperconsumo. Nesse viés “o consumo passa a ser o elemento principal das atividades humanas” e se coloca no centro da sociedade contemporânea, ou seja, no centro de todas as decisões que envolvem o indivíduo.⁸ Afirmam Calgaro e Pereira que a nova máxima é “consumo, logo existo”.⁹

A sociedade consumocentrista “incute no consumidor a ideia de que o consumo é divindade a ser adorada, em quem esse consumidor deve depositar sua vida e suas vontades”. O centro de seu existir “está nesse consumo, e a sua vontade de interagir com outros é substituída por uma relação com o mundo dos objetos, dos desejos, do vazio”.¹⁰

Com os avanços tecnológicos das últimas décadas, desenvolvimento da informática, das telecomunicações e da produção ocorreram profundas mudanças na sociedade consumocentrista. Muitos fornecedores utilizam a internet como meio de divulgar e vender seus produtos.

⁵ LOPES, José Reinaldo de Lima. Crédito ao consumidor e superendividamento - uma problemática geral. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 17, 1996, p. 57 – 64, jan./mar. 1996. Disponível em: <http://www.rtd.com.br/marketing/hotsite/Revistas2014/RDC.html>. Acesso em: 21 mar. 2021. p. 1.

⁶ LIPOVETSKY, Gilles. **A felicidade paradoxal**: ensaio sobre a sociedade de hiperconsumo. Tradução de Maria Lucia Machado. São Paulo: Companhia das Letras, 2007. p. 38.

⁷ ALVES, Leonio José. Hiperconsumo e tutela preventiva do decrescimento. **Revista Direito Ambiental e Sociedade**, v. 5, n. 1, 2015. p. 240.

⁸ PEREIRA, Agostinho Oli Koppe; CALGARO, Cleide; PEREIRA, Henrique Mioranza Koppe. Consumocentrismo e os seus reflexos socioambientais na sociedade contemporânea. **Revista Direito Ambiental e sociedade**, Caxias do Sul, v. 6, n. 2, p. 264-279, 2016. Disponível em: <<http://www.ucs.br/etc/revistas/index.php/direitoambiental/index>>. Acesso em: 04 nov.. 2021. p. 267.

⁹ CALGARO, Cleide; PEREIRA, Agostinho Oli Koppe. Constitucionalismo latino americano e o decrescimento como parâmetros de minimização dos impactos socioambientais causados pelo consumocentrismo. In: XXVI CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI SÃO LUÍS – MA, 26, 2017, São Luís. **Anais**. Florianópolis: CONPEDI, 2017. P. 64-79. Disponível em: <<http://conpedi.danilolr.info/>>. Acesso em: 04 nov. 2021. p. 66.

¹⁰ PEREIRA, Agostinho Oli Koppe; CALGARO, Cleide; PEREIRA, Henrique Mioranza Koppe. Consumocentrismo e os seus reflexos socioambientais na sociedade contemporânea. p. 267.

A internet surgiu em meio a Guerra Fria pelas necessidades militares de uma comunicação eficaz e um sistema de informações seguro.¹¹ Para Rabaça e Barbosa internet é a

rede de computadores e de pessoas de alcance mundial, formada por inúmeras e diferentes máquinas interconectadas em todo o mundo, que entre si trocam informação na forma de arquivos de textos, sons e imagens digitalizadas, software, correspondência, e-mail, etc”. Observam, ainda, os autores que “mais do que uma rede de computadores, é agora uma rede de pessoas, a maior que já houve na humanidade.¹²

Ainda, sob o ponto de vista técnico,

[...] a Internet é uma imensa rede que liga elevado número de computadores em todo o planeta. As ligações surgem de várias maneiras: redes telefônicas, cabos e satélites. Sua difusão é levemente semelhante à da rede telefônica. Existe, entretanto, uma radical diferença entre uma rede de computadores e uma rede telefônica: cada computador pode conter e fornecer, a pedido do usuário, uma infinidade de informações que dificilmente seriam obtidas por meio de telefonemas.¹³

Desde então, a internet encontra-se em constante evolução e se tornou parte da rotina da população mundial. Como consequência desta evolução, novas ferramentas começaram a surgir como facilitadoras para operações a distância. Dentre estas surge o comércio eletrônico como uma alternativa para transacionar produtos e serviços via rede.

Marques conceitua o comércio eletrônico como

o comércio “clássico” de atos negociais entre empresários e clientes para vender produtos e serviços, agora realizando através de contratações à distância, conduzidas por meios eletrônicos (e-mail, mensagem de texto etc.), por internet (on-line) ou por meios de telecomunicação de massa (telefones fixos, televisão a cabo, telefones celulares etc.). Estes negócios jurídicos por meio eletrônico são concluídos sem a presença física simultânea dos dois contratantes no mesmo lugar, daí serem denominados, normalmente, contratos à distância no comércio eletrônico [...].¹⁴

O principal objetivo do comércio eletrônico é facilitar o processo da venda, aumentar o capital de giro e abranger públicos de diferentes regiões. Diante disso, as

¹¹ GILES, David. **Psychology of the media**. New York: Palgrave Macmillan, 2010.

¹² RABACA, Carlos Alberto; BARBOSA, Gustavo Guimarães. **Dicionário de comunicação**. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2001, p. 395.

¹³ PAESANI, Liliana Minardi. **Direito e Internet**: liberdade de informação, privacidade e responsabilidade civil. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 12.

¹⁴ MARQUES, Claudia Lima. **Confiança no comércio eletrônico e proteção do consumidor**: (um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 35-36.

novas formas de como ofertar o produto ou serviço de modo a facilitar negociações com o cliente passam a ser de grande importância para o setor de vendas.

Dias afirma que a internet tomou conta do dia a dia das pessoas e empresas. Assim, “anunciar nesse meio digital passou igualmente a ser tarefa obrigatória das empresas que buscam diferenciar sua marca, bem como promover produtos ou serviços com maior acuracidade, direcionando-os para públicos-alvo específicos”.¹⁵

Conforme Gobe et. al, é essencial para uma empresa que tem a intenção de garantir ou ampliar a posição no mercado, estabelecer metas e analisar de forma estratégica a melhor maneira de alcançar os objetivos.¹⁶

O setor comercial mundial vem evoluindo em larga escala diante da demanda de produtos e serviços. Conforme Ratto, a venda é o principal elemento de toda atividade econômica. Desta forma, o processo de vender se torna essencial e de grande importância para as indústrias cujo objetivo é consolidar-se no mercado.¹⁷

Dessa forma, os meios tecnológicos desenvolvidos como forma facilitadora ao processo de venda passam a ser uma opção de grande rentabilidade e que proporcionam maior agilidade e resultados. É inegável que a internet transformou o modo de interação da sociedade. Muitas pessoas e empresas se utilizam dela como meio de divulgar e vender produtos. Com isso, grande parte dos usuários consideram a compra pela internet como um meio seguro e fácil de adquirir bens e serviços no conforto de seu lar. Tal situação fomenta o consumismo que caracteriza a sociedade de consumo.

2. A INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E O INCENTIVO AO CONSUMO

Com o aumento do uso da tecnologia no ambiente corporativo, cresce também a quantidade de dados e informações armazenadas computacionalmente formando, assim, um conjunto de dados grande e complexo que são os bancos de dados.

Benjamin afirma que

o vocábulo banco de dados carrega a ideia de informações organizadas, arquivadas de maneira permanente em estabelecimento outro que não o do fornecedor que diretamente lida com o consumidor; ali ficam, de modo latente, à espera de utilização. A abertura do arquivo no banco de dados nunca decorre de solicitação do consumidor. Muito ao revés, é inteiramente feita à sua revelia.¹⁸

¹⁵ DIAS, Luciana Ancona Lopez de Magalhães. **Publicidade e direito**. 3.ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 332.

¹⁶ GOBE, Carlo Antonio et. al. **Administração de vendas**. Coordenação de Júlio Cesar Tavares Moreira. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

¹⁷ RATTO, Luiz. **Vendas: técnicas de trabalho e mercado**. São Paulo: Editora Senac São Paulo, 2019.

¹⁸ BENJAMIN, Antonio Herman. **Código de Defesa do Consumidor**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 359.

Devido a este aumento diário do armazenamento de informações surge, segundo Camilo, a questão do que pode ser feito com todos estes dados armazenados tendo em vista que os métodos tradicionais não são mais adequados para analisar uma quantidade de informações tão grande.¹⁹

Segundo Chui *et. al* cerca de 45% dos processos do setor comercial podem ser automatizados através de aplicações de Inteligência Artificial. Além disso, afirma que o campo de vendas é um dos mais influenciados pela Inteligência Artificial na atualidade.²⁰ Ratz afirma que o ponto de maior foco desta no setor de vendas é analisar os dados de consumo de forma a entender melhor a jornada de compra do cliente. Assim, com os dados obtidos pela análise das informações do cliente, é possível entregar uma melhor experiência de consumo.²¹

Sellitto define a Inteligência Artificial como um campo de conhecimento capaz de oferecer modelos de apoio à decisão e ao controle com base em fatos reais com o objetivo de demonstrar resultados de princípios coerentes. Dessa forma, por abranger diversas técnicas para diferentes aplicações, este campo da Tecnologia de Informação passou a ser uma tecnologia bastante utilizada pelas empresas fornecedoras de aplicações.²²

No mesmo ponto de vista, Vilela explica a Inteligência Artificial como sendo um ramo dentro da ciência da computação disposta a elaborar dispositivos capazes de simular a capacidade humana de raciocinar, perceber, resolver problemas e tomar decisões.²³

Surgido por volta dos anos 90, o termo *Big Data*, campo da inteligência artificial, inicialmente, possuía o intuito de descrever um conjunto de dados grande e complexo. Devido a esses fatores, os sistemas computacionais até então não eram capazes de processar, analisar e armazenar. Passos afirma que o

¹⁹ CAMILO, Cássio Oliveira. Mineração de Dados: Conceitos, Tarefas, Métodos e Ferramentas. **Relatório Técnico**, Goiás, ago. 2009. Disponível em: <http://ww2.inf.ufg.br/sites/default/files/uploads/relatorios-tecnicos/RT-INF_001-09.pdf>. Acesso em 18 dez. 2021.

²⁰ CHUI, Michael; MANYIKA, James; MIREMADI, Mehdi. Quatro fundamentos da automação do local de trabalho. **McKinsey Digital**. Disponível em: <<https://www.mckinsey.com/business-functions/mckinsey-digital/our-insights/four-fundamentals-of-workplace-automation#>>>. Acesso em: 10 dez. 2021.

²¹ RATZ, Leandro. IA: Inteligência artificial aplicada nos marketplaces. **E-Commerce Brasil**: muito mais que e-commerce, 2019. Disponível em: <<https://www.ecommercebrasil.com.br/artigos/ia-aplicada-nos-marketplaces/>>>. Acesso em 18 dez. 2021.

²² SELLITTO, Miguel Afonso. Inteligência Artificial: uma aplicação em uma indústria de processo contínuo. **Gestão & Produção**, São Carlos, v.9, n.3, p. 363-376, dez. 2002. Disponível em: <<https://www.scielo.br/pdf/gp/v9n3/14574.pdf>>. Acesso em: 19 dez. 2021.

²³ VILELA, Camila Maria de Moura. Inteligência Artificial e Big Data: O Processamento de Dados como Instrumento de Uma Inclusão Sócio Digital. **Associação Brasileira Lawtechs & Legaltechs**, 2019. Disponível em: <<https://itsrio.org/wp-content/uploads/2019/03/Camila-Vilela.pdf>>. Acesso em: 16 dez. 2021.

Big Data conta com diversas tecnologias e algoritmos que são implementados a grandes bancos de dados (estruturados ou não) com intuito de efetuar correta captura, análise, processamento e disseminação das informações, conforme demanda e objetivo traçado ao início do processo e frequentemente reanalisado. Seu principal objetivo é tornar as informações úteis para o processo decisório.²⁴

Assim, o Big Data é,

a produção e armazenamento de uma grande quantidade de informações e dados pessoais que são produzidas em todo o mundo, com as quais, após a sua análise, é possível gerar novos conhecimentos que só são possíveis de serem descobertos após o cruzamento de dados garimpados na grande jazida que é o mundo virtual. Estes novos conhecimentos gerados é que possibilitam, por exemplo, que as plataformas digitais apresentem sugestões de produtos para consumo ou, até mesmo, que criem os algoritmos consumidores.²⁵

Para o setor de vendas, estas técnicas e algoritmos podem ser utilizados em sistemas de recomendação de produtos, de forma a induzir a compra do mesmo com base em informações do perfil do cliente. Para uma efetiva recomendação de produtos faz-se necessária a utilização de mecanismos e sistemas que auxiliam na criação de um ambiente personalizado para cada usuário.

Desta forma, além de auxiliar o vendedor e garantir um melhor atendimento, as tecnologias para vendas são desenvolvidas de forma estratégica com o objetivo de aumentar o número de itens comprados pelos clientes. Conforme Fernandes *et. al*, estas técnicas de recomendações auxiliam no aumento da capacidade e eficácia do processo de indicar produtos ou serviços, mas afirma que a tarefa de identificar o que pode ser de grande interesse do cliente pode ser um grande desafio.²⁶

Para um melhor entendimento, Takahashi explica um sistema de recomendação como algoritmos capazes de obter itens que possam ser de grande potencial de compra para um cliente, baseando-se na interação e dados de usuários que possuem interesses parecidos.²⁷

²⁴ PASSOS, Danielle Sandler dos. Big Data, Data Science e seus contributos para o avanço no uso da Open Source Intelligence. **Revista Eletrônica Sistemas & Gestão**, Niterói, v. 11, n. 4, p. 392-396, 2016. Disponível em: <<https://revistasg.uff.br/sg/article/view/1026/524>>. Acesso em: 19 dez. 2021. p. 394.

²⁵ AMARAL, Ricardo Garcia. **Vulnerabilidade social na sociedade da informação**: A algoritmização da vida cotidiana e a violação de direitos dos consumidores inseridos no filter bubble. 2020. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito, Mestrado em Direitos Sociais, Universidade Federal De Pelotas, Pelotas, 2020. p. 39.

²⁶ FERNANDES, Anita Maria da Rocha; LINHARES, Bruno Luiz. Utilização de Técnicas de Sistemas de Recomendação para Aprimoramento de um E-commerce do Tipo B2b. In: SIMPÓSIO DE EXCELÊNCIA EM GESTÃO E TECNOLOGIA, 9, 2012, Resende. **Anais**. Resende: Faculdades Dom Bosco, 2016. Disponível em: <<https://www.aedb.br/seget/arquivos/artigos12/441624.pdf>>. Acesso em: 15 dez. 2021.

²⁷ TAKAHASHI, Marcos M. **Estudo comparativo de Algoritmos de Recomendação**. 2015. Monografia (Bacharelado em Ciências da Computação) - Instituto de Matemática e Estatística, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015. Disponível em: <https://bcc.ime.usp.br/tccs/2014/marcost/monografia_final.pdf>. Acesso em: 10 dez. 2021.

3. A NECESSIDADE DE PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR NO COMÉRCIO VIRTUAL

O Código de Defesa do Consumidor, visa tutelar um grupo específico de indivíduos, considerados vulneráveis²⁸ nas relações de consumo. O objetivo é de proteção das relações de consumo para que não ocorra desequilíbrio e desigualdade entre as partes, ou seja, eliminar “a injusta desigualdade entre o fornecedor e o consumidor, restabelecendo o equilíbrio entre as partes nas relações de consumo”.²⁹

30

No Código de Defesa do Consumidor é importante destacar o artigo 4º, que em seus incisos enumera princípios que devem ser observados na política nacional das relações de consumo. Dentre eles, destaca-se como mais importante para esse estudo, o inciso I, que reconhece o consumidor como vulnerável em uma relação de consumo.³¹ De acordo com Moraes:

Vulnerabilidade³², 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 relação.³³

Miragem afirma que “há na sociedade atual o desequilíbrio entre dois agentes econômicos, consumidor e fornecedor, nas relações jurídicas que estabelecem entre si”. Reconhecendo essa situação, surge a necessidade de uma “lei *retione personae* de proteção do sujeito mais fraco da relação de consumo”.³⁴

²⁸ Vulnerabilidade e hipossuficiência não se confundem, embora digam respeito ao consumidor. Benjamin destaca que “a vulnerabilidade é um traço universal de todos os consumidores, ricos ou pobres, educados ou ignorantes, crédulos ou espertos. Já a hipossuficiência é marca pessoal, limitada a alguns – até mesmo a uma coletividade – mas nunca a todos os consumidores. [...] A vulnerabilidade do consumidor justifica a existência do Código. A hipossuficiência, por seu turno, legitima alguns tratamentos diferenciados no interior do próprio Código, como, por exemplo, a previsão de inversão do ônus da prova”. GRINOVER, Ada Pellegrini, et al. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto: direito material e processo coletivo: volume único. p. 382.

²⁹ Para que se configure uma relação de consumo é preciso ter o consumidor de um lado e o fornecedor do outro e, entre eles, um produto ou serviço.

³⁰ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Direito do Consumidor**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 06.

³¹ Artigo 4º do Código de Defesa do Consumidor de 1990: “A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: I - reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo; [...]”. BRASIL. **Lei Federal número 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, DF: Senado, 1990.

³² Importante mencionar a existência de diversas espécies de vulnerabilidade, quais sejam: vulnerabilidade fática ou socioeconômica, vulnerabilidade técnica, vulnerabilidade jurídica ou científica, vulnerabilidade informacional.

³³ 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.

³⁴ MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 114.

Como diato, com o avanço da tecnologia a humanidade presenciou incessantes transformações e mudanças, visando suprir necessidades informacionais e ocasionado inúmeros benefícios para o estilo de vida do cidadão. Assim, as mídias sociais e a difusão da internet, “se tornam cenários para uma sociedade hiperconectada, que possibilitam o acesso à informação e promovem a comunicação de forma instantânea, provando-se verdadeiros e efetivos os avanços deste século”.³⁵

A sociedade hiperconectada, “além de terem transformado o meio como nos comunicamos, também trouxeram mudanças no modo como consumimos e, conseqüentemente, como as empresas comercializam e divulgam seus produtos e serviços”.³⁶ Entre os inúmeros benefícios que a internet trouxe destaca-se o e-commerce, chamado também de comércio eletrônico, que foi anteriormente conceituado.

Dias afirma que a internet tomou conta do dia a dia das pessoas e empresas. Assim, “anunciar nesse meio digital passou igualmente a ser tarefa obrigatória das empresas que buscam diferenciar sua marca, bem como promover produtos ou serviços com maior acuracidade, direcionando-os para públicos-alvo específicos”.³⁷

O aumento das compras virtuais é expressivo, se intensifica cada vez mais e, conseqüentemente, surgem problemas e fragilidades na proteção dos consumidores no comércio eletrônico. O e-commerce proporciona aos consumidores vantagens e benefícios, mas também inúmeras formas de abuso por parte dos fornecedores, tendo em vista seu domínio técnico, econômico e tecnológico sobre o meio.

Com o advento da produção em larga escala surge a necessidade de atingir o maior número de consumidores, incentivando o consumo em massa. Para isso, passou-se a utilizar a publicidade, a qual desempenha o papel de aproximar consumidores e fornecedores que, anteriormente, eram anônimos. Marques define a publicidade como “toda informação ou comunicação difundida com o fim direto ou indireto de promover junto aos consumidores a aquisição de um produto ou a utilização de um serviço, qualquer que seja o local ou meio de comunicação utilizado”.³⁸

É inegável a importância da publicidade na sociedade contemporânea. Porém, para se manter atrativa e atingir seus objetivos, a publicidade deve sempre reinventar-

³⁵ BARBOSA, Caio César do Nascimento; SILVA, Michael César; BRITO, Priscila Ladeira Alves de. Publicidade ilícita e influenciadores digitais: novas tendências da responsabilidade civil. **Revista IBERC**. Minas Gerais, v. 2, n. 2, p. 01-21, mai./ago.2019. Disponível em: <https://www.responsabilidadecivil.org/revista-iberc>. Acesso em: 15 nov. 2021. p. 9.

³⁶ CALISTRO, Alyne Grazieli. Responsabilidade civil dos influenciadores digitais. In: CARVALHO, Jorge Morais. **Anuário do Nova Consumer Lab**. Nova Consumer Lab, 2020. p. 166.

³⁷ DIAS, Luciana Ancona Lopez de Magalhães. **Publicidade e direito**. 3.ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 332.

³⁸ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 801.

se. Na sociedade de informação os arquivos ou bancos de dados de consumo assumem uma importância fundamental para o êxito da publicidade.³⁹

A publicidade superou a dimensão informacional e atingiu outro patamar, ou seja, ela atua no psicológico do indivíduo provocando desejos e vontades. Com o propósito de atingir tal objetivo as empresas se valem de informações que possuem sobre o consumidor para traçar o seu perfil através do seu comportamento e, conseqüentemente, determinar as preferências de cada indivíduo⁴⁰.

A partir da formação de um perfil, o consumidor é exposto a uma mensagem publicitária específica, direcionando apenas produtos compatíveis com aquele consumidor, cujas chances de se enquadrar em seus interesses é consideravelmente maior. Ao estabelecer esse *profiling*, faz-se com que o consumidor seja individualizado e caracterizado a partir de seus hábitos e atos.⁴¹

Quanto à vulnerabilidade, explica Lima que diante do avanço tecnológico e da complexidade de informações referentes aos produtos e serviços ofertados no mercado, o consumidor, que já é considerado parte presumidamente mais fraca da relação de consumo, se torna cada vez mais frágil, ou seja, a vulnerabilidade do consumidor é agravada, em face das contratações eletrônicas acontecerem por meio de contratos de adesão. Isso porque, essa modalidade de consumo se caracteriza por diversos fatores, que afastam cada vez mais os consumidores das lojas físicas e do contato direto com o fornecedor, o que proporciona um ambiente bastante inseguro.⁴²

A percepção em proteger o consumidor-cidadão ganhou relevância no Brasil com a elaboração da Constituição Federal de 1988. A proteção do consumidor é um direito fundamental positivado no artigo 5º, inciso XXXII, da Carta Maior, que foi regulamentado pelo Código de Defesa do Consumidor.

O Código de Defesa do Consumidor também é aplicado nas relações de consumo virtuais. Contudo, faz-se necessário mencionar sobre a sua efetividade, visto que as tratativas elencadas no Código referem-se às relações de consumo realizadas fisicamente, com partes presentes ou, ainda que ausentes, seja possível sua localização

³⁹ O banco de dados é o conjunto de dados relativo a pessoa natural ou jurídica, armazenados com a finalidade de subsidiar a concessão de crédito, a realização de venda a prazo ou de outras transações comerciais e empresariais que impliquem risco financeiro. Benjamin afirma que “o vocábulo banco de dados carrega a ideia de informações organizadas, arquivadas de maneira permanente em estabelecimento outro que não o do fornecedor que diretamente lida com o consumidor; ali ficam, de modo latente, à espera de utilização. A abertura do arquivo no banco de dados nunca decorre de solicitação do consumidor. Muito ao revés, é inteiramente feita à sua revelia”. BENJAMIN, Antonio Herman. **Código de Defesa do Consumidor**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 359.

⁴⁰ MACHADO, Fernando Inglez de Souza; RUARO, Regina Linden Ruaro. Publicidade comportamental, proteção de dados pessoais e o direito do consumidor. **Conpedi Law Review**, Braga – Portugal, v. 3, n. 2, p. 421 – 440, jul./dez. 2017. Disponível em: <https://www.conpedi.org.br/>. Acesso em: 27 abr. 2021. p. 422.

⁴¹ BRASIL. Escola Nacional de Defesa do Consumidor. **A proteção de dados pessoais nas relações de consumo**: para além da informação creditícia. Brasília: SDE/DPDC, 2010. p. 63-64.

⁴² LIMA, Rogério Montai de. **Relações contratuais na Internet e Proteção Jurídica do Consumidor**. São Paulo: Editora Nelpa: 2006, p. 45.

para o acerto do negócio. Com isso, nas relações de consumo virtual a efetividade da proteção fica mitigada.⁴³

Visando suprir a falta de legislação específica acerca do e-commerce e do aumento significativo das vendas nas plataformas virtuais, desde setembro de 2013, foi editado o Decreto número 7.962, que regulamenta o Código de Defesa do Consumidor, incluindo a este, artigos específicos sobre o comércio eletrônico. Tal decreto representa e concretiza um grande avanço em busca da regulamentação das relações de consumo ocorridas nas esferas virtuais.

Embora a vigência do Código de Defesa do Consumidor e do Decreto nº 7.962/13 revelarem-se instrumentos reais e eficazes que promovem a efetiva garantia ao direito fundamental de proteção do consumidor, surge ao Estado a preocupação com a elaboração e atualização de dispositivos legais específicos que versem sobre a regulamentação das relações de consumo virtuais, a fim de acompanhar o surgimento das inovações tecnológicas

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Denota-se que, desde os primórdios a humanidade tem presenciado diversas mudanças, principalmente no que concerne às novas tecnologias e os meios de comunicação. Nas últimas décadas o consumo foi fortemente acelerado em função da economia globalizada e do acesso à internet. Contudo não se trata apenas do consumo de produtos e serviços essenciais, mas também de bens supérfluos e desnecessários, dando azo a uma sociedade consumocentrista.

Com o desenvolvimento da internet, o ambiente digital passou a ser visto como solo fértil pelo setor corporativo como forma de imprimir maior agilidade aos negócios. Assim ocorreu o surgimento do e-commerce no Brasil e no mundo, que pode ser traduzido como comércio eletrônico e que modificou a forma como pessoas e empresas transacionam mercadorias (produtos e serviços) de todos os tipos.

As aplicações da inteligência artificial, do big data e dos algoritmos estão intrinsicamente ligadas ao nosso cotidiano. Porém, cumpre destacar que, com a utilização dessas técnicas, o consumidor, que já tem presumida sua vulnerabilidade (técnica, jurídica e econômica) em qualquer relação de consumo, acaba tendo a mesma agravada no comércio eletrônico, tendo em vista que passa a ser bombardeado por

⁴³ FINKELSTEIN. Maria Eugenia Reis. **Direito do comércio eletrônico**. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. p. 224

sugestões e padrões de consumo que poderão surtir reflexos devastados na sua liberdade de escolha.

Conclui-se que as inovações e a inteligência artificial não são um mal em si mesmas. Deve-se almejar a conciliação dos avanços tecnológicos e da tutela jurídica, de forma a não engessar a inovação, mas garantindo que o direito avance, visando proteger os direitos fundamentais dos consumidores vulneráveis.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ALMEIDA, Ricardo Gesteira Ramos de. Aspectos relevantes dos contratos eletrônicos. In: FERREIRA, Ivete Senise; BAPTISTA, Luiz Olavo (coords.). **Novas fronteiras do direito na era digital**. São Paulo: Saraiva, 2002.

ALVES, Leonio José. Hiperconsumo e tutela preventiva do decrescimento. **Revista Direito Ambiental e Sociedade**, v. 5, n. 1, 2015.

BARBOSA, Caio César do Nascimento; SILVA, Michael César; BRITO, Priscila Ladeira Alves de. Publicidade ilícita e influenciadores digitais: novas tendências da responsabilidade civil. **Revista IBERC**. Minas Gerais, v. 2, n. 2, p. 01-21, mai./ago.2019. Disponível em: <https://www.responsabilidadecivil.org/revista-iberc>. Acesso em: 15 nov. 2021.

BAUMAN, Zygmunt. **Vidas para consumo: a transformação das pessoas em mercadorias**. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2008.

BENJAMIN, Antonio Herman. **Código de Defesa do Consumidor**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 359.

BRASIL. Escola Nacional de Defesa do Consumidor. **A proteção de dados pessoais nas relações de consumo**: para além da informação creditícia. Brasília: SDE/DPDC, 2010.

BRASIL. **Lei Federal número 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, DF: Senado, 1990.

CALGARO, Cleide; PEREIRA, Agostinho Oli Koppe. Constitucionalismo latino americano e o decrescimento como parâmetros de minimização dos impactos socioambientais causados pelo consumocentrismo. In: XXVI CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI SÃO LUÍS – MA, 26, 2017, São Luís. **Anais**. Florianópolis: CONPEDI, 2017. P. 64-79. Disponível em: <<http://conpedi.danilolr.info/>>. Acesso em: 04 nov. 2021.

CALISTRO, Alyne Grazieli. Responsabilidade civil dos influenciadores digitais. In: CARVALHO, Jorge Morais. **Anuário do Nova Consumer Lab**. Nova Consumer Lab, 2020.

CAMILO, Cássio Oliveira. Mineração de Dados: Conceitos, Tarefas, Métodos e Ferramentas. **Relatório Técnico**, Goiás, ago. 2009. Disponível em:

<http://ww2.inf.ufg.br/sites/default/files/uploads/relatorios-tecnicos/RT-INF_001-09.pdf>. Acesso em 18 dez. 2021.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Direito do Consumidor**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

CHUI, Michael; MANYIKA, James; MIREMADI, Mehdi. Quatro fundamentos da automação do local de trabalho. **McKinsey Digital**. Disponível em: <<https://www.mckinsey.com/business-functions/mckinsey-digital/our-insights/four-fundamentals-of-workplace-automation#>>. Acesso em: 10 dez. 2021.

DIAS, Luciana Ancona Lopez de Magalhães. **Publicidade e direito**. 3.ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

FERNANDES, Anita Maria da Rocha; LINHARES, Bruno Luiz. Utilização de Técnicas de Sistemas de Recomendação para Aprimoramento de um E-commerce do Tipo B2b. In: SIMPÓSIO DE EXCELÊNCIA EM GESTÃO E TECNOLOGIA, 9, 2012, Resende. **Anais**. Resende: Faculdades Dom Bosco, 2016. Disponível em: <<https://www.aedb.br/seget/arquivos/artigos12/441624.pdf>>. Acesso em: 15 dez. 2021.

FINKELSTEIN, Maria Eugenia Reis. **Direito do comércio eletrônico**. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

GILES, David. **Psychology of the media**. New York: Palgrave Macmillan, 2010.

GOBE, Carlo Antonio et. al. **Administração de vendas**. Coordenação de Júlio Cesar Tavares Moreira. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

GRINOVER, Ada Pellegrini, et al. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto: direito material e processo coletivo: volume único. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

LIMA, Rogério Montai de. **Relações contratuais na Internet e Proteção Jurídica do Consumidor**. São Paulo: Editora Nelpa: 2006.

LIPOVETSKY, Gilles. **A felicidade paradoxal**: ensaio sobre a sociedade de hiperconsumo. Tradução de Maria Lucia Machado. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Crédito ao consumidor e superendividamento - uma problemática geral. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 17, 1996, p. 57 – 64, jan./mar. 1996. Disponível em: <http://www.rtdc.com.br/marketing/hotsite/Revistas2014/RDC.html>. Acesso em: 21 mar. 2021.

MACHADO, Fernando Inglez de Souza; RUARO, Regina Linden Ruaro. Publicidade comportamental, proteção de dados pessoais e o direito do consumidor. **Conpedi Law Review**, Braga – Portugal, v. 3, n. 2, p. 421 – 440, jul./dez. 2017. Disponível em: <https://www.conpedi.org.br/>. Acesso em: 27 abr. 2021.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

MARQUES, Claudia Lima. **Confiança no comércio eletrônico e proteção do consumidor**: (um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

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.

PAESANI, Liliana Minardi. **Direito e Internet**: liberdade de informação, privacidade e responsabilidade civil. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

PASSOS, Danielle Sandler dos. Big Data, Data Science e seus contributos para o avanço no uso da Open Source Intelligence. **Revista Eletrônica Sistemas & Gestão**, Niterói, v. 11, n. 4, p. 392-396, 2016. Disponível em: <<https://revistasg.uff.br/sg/article/view/1026/524>>. Acesso em: 19 dez. 2021.

PEREIRA, Agostinho Oli Koppe; CALGARO, Cleide; PEREIRA, Henrique Mioranza Koppe. Consumocentrismo e os seus reflexos socioambientais na sociedade contemporânea. **Revista Direito Ambiental e sociedade**, Caxias do Sul, v. 6, n. 2, p. 264-279, 2016. Disponível em: <<http://www.uces.br/etc/revistas/index.php/direitoambiental/index>>. Acesso em: 04 nov.. 2021.

RABACA, Carlos Alberto; BARBOSA, Gustavo Guimarães. **Dicionário de comunicação**. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2001.

RATTO, Luiz. **Vendas**: técnicas de trabalho e mercado. São Paulo: Editora Senac São Paulo, 2019.

RATZ, Leandro. IA: Inteligência artificial aplicada nos marketplaces. **E-Commerce Brasil**: muito mais que e-commerce, 2019. Disponível em: <<https://www.ecommercebrasil.com.br/artigos/ia-aplicada-nos-marketplaces/>>. Acesso em 18 dez. 2021.

SELLITTO, Miguel Afonso. Inteligência Artificial: uma aplicação em uma indústria de processo contínuo. **Gestão & Produção**, São Carlos, v.9, n.3, p. 363-376, dez. 2002. Disponível em: <<https://www.scielo.br/pdf/gp/v9n3/14574.pdf>>. Acesso em: 19 dez. 2021.

SODRÉ, Marcelo Gomes. **Formação do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

POLÍTICAS PREVENTIVAS DE PROTEÇÃO AO CONSUMIDOR SUPERENDIVIDADO

PREVENTIVE POLICIES FOR THE PROTECTION OF OVER-INDEBTED CONSUMERS

Franco Scortegagna¹

Nathália Debiasi Salvi²

Resumo

Este artigo visa demonstrar a necessidade de elaborar políticas preventivas que venham ao encontro de assegurar a proteção de consumidores superendividados, essa necessidade exsurge mediante o problema da massiva oferta de crédito, violação dos princípios da informação, da dignidade humana e da boa-fé. Permitindo que o consumidor seja induzido a erro ou comprometa sua subsistência devido à excessiva contratação de crédito em inúmeras instituições financeiras. Contudo, o superendividamento não se restringe a contratação de crédito, sendo mais complexo, o consumidor se vê envolto a uma gama de oportunidades de aquisição de bens e serviços desnecessários, mas atrativos, acessíveis e de fácil aquisição, o que auxilia a comprometer a renda e a capacidade de pagamento das dívidas. O procedimento metodológico será dedutivo-argumentativo, contemplando pesquisa em bases de dados *online* de Universidades, Congressos e Revistas de Direito, (livros, artigos, teses, dissertações) que discutem o tema proposto nos últimos 12 (doze) anos, bem como a legislação constitucional e infraconstitucional que possibilitam uma análise jurídica sobre o assunto. Concluiu-se que a proteção do consumidor além de tema extenso some-se a isso prevenção do endividamento excessivo, e efetivação de princípios fundamentais, como informação, dignidade da pessoa humana e boa-fé, têm-se elementos complexos para concretizar políticas públicas de prevenção. Todavia, conclui-se que a Lei nº 14.181/2021 (Lei do Superendividamento) veio disponibilizar aos consumidores um meio de evitar sua exclusão social e econômica.

Palavras-chave: Consumidor; Políticas Preventivas; Princípios; Superendividamento.

Abstract

This article aims to demonstrate the need to develop preventive policies that come to ensure the protection of over-indebted consumers, this need arises through the problem of massive supply of credit, violation of the principles of information, human dignity and good faith. Allowing the consumer to be misled or compromise their livelihood due to excessive credit contracting in numerous financial institutions. However, over-indebtedness is not restricted to taking out credit, being more complex, the consumer finds himself involved in a range of opportunities to purchase unnecessary, but attractive, accessible and easy-to-purchase goods and services, which helps to compromise income and the ability to pay debts. The methodological

¹ Mestre em Direito pela Universidade de Passo Fundo, atualmente professor da Faculdade de Direito da UPF e orientador do Programa Balcão do Consumidor – UPF. E-mail: 98275@upf.br <http://lattes.cnpq.br/2733496190270371>

² Aluna do Curso de Direito da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo. E-mail: 180721@upf.br <http://lattes.cnpq.br/7680571421244766>

procedure will be deductive-argumentative, contemplating research in online databases of Universities, Congresses and Law Journals (books, articles, theses, dissertations) that discuss the proposed theme in the last 12 (twelve) years, as well as the legislation constitutional and infra-constitutional that allow a legal analysis on the subject. It was concluded that consumer protection, in addition to being an extensive topic, adds to this the prevention of excessive indebtedness, and the implementation of fundamental principles, such as information, human dignity and good faith, there are complex elements to implement public policies of prevention. However, it is concluded that Law No. 14.181/2021 (Law on Over-indebtedness) provided consumers with a means of avoiding their social and economic exclusion.

Keywords: Consumer; Preventive Policies; Principles; Over-indebtedness.

INTRODUÇÃO

Este artigo tem por objetivo demonstrar a necessidade de elaborar políticas preventivas que venham ao encontro de assegurar a proteção de consumidores superendividados, essa necessidade exsurge mediante o problema da massiva oferta de crédito, violação dos princípios da informação, da dignidade humana e da boa-fé.

Violação esta que acaba induzindo o consumidor a erro, resultando no comprometimento de sua subsistência devido à excessiva contratação de crédito em inúmeras instituições financeiras.

Contudo, o superendividamento não se restringe a contratação de crédito, sendo mais complexo, o consumidor se vê envolto a uma gama de oportunidades de aquisição de bens e serviços desnecessários, mas atrativos, acessíveis e de fácil aquisição, o que auxilia a comprometer a renda e a capacidade de pagamento das dívidas. Desta forma compreende-se que o problema envolve a efetivação de políticas preventivas de proteção ao consumidor, que possam reduzir ou no mínimo dar ciência a possibilidade de superendividamento, quando o consumidor extrapola seu orçamento familiar. Ao não prever determinados fatores, como doenças, acidentes, inflação, desemprego, dentre outros que podem impedi-lo de pagar dívidas existentes, tornando a sua vida e da família um caos financeiro.

O procedimento metodológico foi dedutivo-argumentativo, contemplando pesquisa em bases de dados *online* de Universidades, Congressos e Revistas de Direito, (livros, artigos, teses, dissertações) que discutem o tema proposto nos últimos 12 (doze) anos. Assim no primeiro tópico abordam-se os princípios da informação, dignidade humana e boa-fé vinculando-os ao superendividamento; no segundo tópico trata-se sobre políticas preventivas de proteção ao consumidor, seguindo-se assim para as considerações finais do artigo.

1. PRINCÍPIOS E SUPERENDIVIDAMENTO

Inicia-se pelo princípio da informação, pois além de um direito constitucional e infraconstitucional, a sociedade no século XXI passou a ter contato com novas tecnologias que oportunizam o acesso massivo a informação.

Nesse sentido, Garcia menciona que:

Os direitos do consumidor, dentre eles o direito à informação, inserem-se nos direitos fundamentais de terceira geração e somente foram concebidos nas últimas décadas do século XX. O direito à informação adequada, suficiente e veraz é um dos pilares do direito do consumidor e um dos direitos mais importantes na sociedade atual.²

Enquanto direito fundamental, o direito à informação necessita ser interpretado com base em fontes do sistema para compreender sua extensão. Por exemplo, o direito a informação do consumidor, na seara constitucional e infraconstitucional, no caso o Código de Defesa do Consumidor, que conforme preleciona em seu art. 7º do CDC:

Os direitos previstos neste código não excluem outros decorrentes de tratados ou convenções internacionais de que o Brasil seja signatário, da legislação interna ordinária, de regulamentos expedidos pelas autoridades administrativas competentes, bem como dos que derivem dos princípios gerais do direito, analogia, costumes e equidade.³

Significa dizer que cabe ao fornecedor agir com lealdade fornecendo informações condizentes, de forma a não induzir o consumidor a erro. Deste modo, o fornecedor precisa dar “a máxima informação possível sobre os dados e riscos do produto ou serviço (dever anexo de informação)”.⁴ O princípio em comento acarreta dever ao fornecedor, pois ele deve esclarecer ao consumidor todos os elementos sobre o produto ou serviço, bem como, em relação “ao conteúdo do contrato que será estipulado, sob pena de ser passível de responder pela falha na informação”.⁵

A realidade na sociedade de consumo é a contração do crédito para a aquisição de bens e a contratação de serviços para consumo. Observa-se que há uma facilidade de contração de crédito associada à possibilidade de melhora das condições

² GARCIA, Leonardo de Medeiros. O princípio da informação na pós-modernidade: direito fundamental do consumidor para o equilíbrio nas relações de consumo. **Direito UNIFACS – Debate Virtual**, Salvador – BA, n. 176, 2015. p. 2

³ GARCIA, Leonardo de Medeiros. O princípio da informação na pós-modernidade: direito fundamental do consumidor para o equilíbrio nas relações de consumo. **Direito UNIFACS – Debate Virtual**, Salvador – BA, n. 176, 2015. p. 4-5

⁴ GARCIA, Leonardo de Medeiros. O princípio da informação na pós-modernidade: direito fundamental do consumidor para o equilíbrio nas relações de consumo. **Direito UNIFACS – Debate Virtual**, Salvador – BA, n. 176, 2015. p. 6

⁵ GARCIA, Leonardo de Medeiros. O princípio da informação na pós-modernidade: direito fundamental do consumidor para o equilíbrio nas relações de consumo. **Direito UNIFACS – Debate Virtual**, Salvador – BA, n. 176, 2015. p. 6

econômicas e da realização de sonhos, fatores que tornaram o crédito uma chave para o consumo.⁶

Na percepção de Contijo:

As consequências da contração indiscriminada do crédito demonstram a outra face da sociedade de consumo: o endividamento excessivo e o risco da falência pessoal do consumidor. Atenta a esta nova realidade e baseando-se nos valores promovidos pelo Estado Social, as ordens jurídicas passaram a criar instrumentos de proteção ao consumidor de crédito a fim de assegurar a efetivação dos seus direitos fundamentais e a dignidade humana do consumidor, principalmente como forma de evitar o superendividamento.⁷

Já é possível inferir que a qualidade da informação é essencial, quando se reflete sobre o direito de informação do consumidor. Razão pela qual, o CDC busca garantir ampla informação “tanto na fase pré-contratual, como na fase contratual e pós-contratual, para que o consumidor possa agir de maneira consciente no mercado de consumo”. Todavia, a informação dada ao consumidor necessita ser adequada, tornando-o ciente sobre o produto ou serviço contratado, de modo a reduzir o desequilíbrio existente em sua relação com o fornecedor.⁸

É preciso evitar o excesso de informação ou informações irrelevantes, que servem somente para confundir o consumidor e mantê-lo desinformado. A informação precisa acrescentar conhecimento, portanto, não pode ser redundante, sob pena de contrariar as disposições do CDC e se afastar do objetivo proposto.⁹

Pois, segundo Martins, Miguel e Araújo:

É notável o déficit, sofrido pela maioria da população brasileira, entre direito posto e efetivo, sob o ponto de vista do exercício de uma existência digna. Quando os textos constitucionais incorporam princípios e objetivos, abrem espaço para a construção no plano normativo de interpretações construtivistas judiciais, justificando-se, portanto, o próprio protagonismo da instituição, principalmente nos casos de omissão legislativa.¹⁰

⁶ CONTIJO, Patricia Maria Oliva. Crédito e superendividamento: uma análise em busca da concretização do princípio da dignidade da pessoa humana. In: **Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI**, Fortaleza - CE nos dias 09, 10, 11 e 12 de Junho de 2010.

⁷ CONTIJO, Patricia Maria Oliva. Crédito e superendividamento: uma análise em busca da concretização do princípio da dignidade da pessoa humana. In: **Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI**, Fortaleza - CE nos dias 09, 10, 11 e 12 de Junho de 2010. p. 8308

⁸ GARCIA, Leonardo de Medeiros. O princípio da informação na pós-modernidade: direito fundamental do consumidor para o equilíbrio nas relações de consumo. **Direito UNIFACS – Debate Virtual**, Salvador – BA, n. 176, 2015. p. 8

⁹ GARCIA, Leonardo de Medeiros. O princípio da informação na pós-modernidade: direito fundamental do consumidor para o equilíbrio nas relações de consumo. **Direito UNIFACS – Debate Virtual**, Salvador – BA, n. 176, 2015.

¹⁰ MARTINS, Guilherme Magalhães; MIGUEL, Laila Natal; ARAUJO, Stella de Souza Ribeiro. O Protagonismo Judicial e o Superendividamento dos Consumidores no Brasil. **Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, n. 64, abr./jun. 2017p. 227

Não por outro motivo, que pesquisas revelam que 63 milhões de pessoas estão inadimplentes, 40% da população adulta, com base nos dados da Confederação Nacional dos Lojistas (CNDL) e o Serviço de Proteção ao Crédito-SPC Brasil. Em 2020, 32 milhões de brasileiros “afirmam que não conseguem pagar suas contas básicas (água, energia elétrica, telefone) sem com isso comprometer a maior parte de seus ganhos. As dívidas com os bancos representam um importe de 53% das pendências dos inadimplentes”.¹¹

Essa situação veio somente se agravando, a situação social e econômica associada a uma oferta indiscriminada de crédito a juros altos, falta de orientação financeira e de políticas públicas que possam prevenir essa situação, contribuíram para agravar o fenômeno do superendividamento da esfera privada para transcender a esfera coletiva. Tornando-se um problema social¹², associe-se a esse contexto a Pandemia da COVID 19, que além de causar a morte e sequelas de provedores da família, também com o isolamento social fomentou o consumo por meio das novas tecnologias, impactando o comércio eletrônico.

Para Martins, Miguel e Araújo:

[...] o superendividamento dos consumidores é um fenômeno econômico-social, endêmico à sociedade de consumo, que atinge a pessoa física que de boa-fé contraiu crédito. Trata-se de uma situação em que o consumidor encontra-se de tal forma endividado, que não conseguiria pagar as prestações sem comprometer o mínimo existencial necessário ao seu sustento e de sua família.¹³

Nota-se uma oferta desmedida de crédito, vinculada às peculiaridades da sociedade moderna, como por exemplo, velocidade dos meios de transmissão de informações; evolução tecnológica e métodos agressivos de publicidade, os quais impulsionam o consumidor a consumir, em ritmo acelerado, oportunizando que os rendimentos do consumidor não sejam mais suficientes para manter o ciclo de compra e descarte. “Assim, passa a adquirir crédito de forma não sustentável, até atingir a situação de superendividamento”.¹⁴

¹¹ OLIVEIRA, Fabiana G. Machado. Superendividamento do Consumidor. **Cadernos Jurídicos da Faculdade de Direito de Sorocaba**, SP, Ano 2, n. 1, p. 268-304, 2020. p. 269-277

¹² OLIVEIRA, Fabiana G. Machado. Superendividamento do Consumidor. **Cadernos Jurídicos da Faculdade de Direito de Sorocaba**, SP, Ano 2, n. 1, p. 268-304, 2020.

¹³ MARTINS, Guilherme Magalhães; MIGUEL, Laila Natal; ARAUJO, Stella de Souza Ribeiro. O Protagonismo Judicial e o Superendividamento dos Consumidores no Brasil. **Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, n. 64, abr./jun. 2017p. 227-228

¹⁴ MARTINS, Guilherme Magalhães; MIGUEL, Laila Natal; ARAUJO, Stella de Souza Ribeiro. O Protagonismo Judicial e o Superendividamento dos Consumidores no Brasil. **Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, n. 64, abr./jun. 2017p. 227-228

A percepção sobre o crédito é benéfica, por meio dele os consumidores adquirem bens como moradia, considerada essencial, veículos, dentre outros, considerados necessários ou utilitários. O crédito garante a democratização ao acesso de bens e serviços, contudo:

O grande impasse do crédito é a sua contração sem a prévia avaliação das condições do contratante e das possíveis consequências para o seu futuro. A sedução que exerce a sociedade de consumo promete muitas vezes a felicidade, a prosperidade e o prazer através da aquisição de bens. As práticas exercidas no comércio, porém, podem terminar por arruinar toda a vida daquele que contrai o crédito sem maiores reflexões ou desnecessariamente, apenas para satisfazer um desejo supérfluo.¹⁵

É fato que os consumidores são seduzidos pelas ofertas de produtos e serviços, pelas denominadas publicidade e propagandas, as quais nem sempre transparentes em relação a “cláusulas essenciais do contrato, ou pelo desconhecimento do próprio conteúdo do contrato e das consequências negativas da contratação, o que pode levá-lo a ruína econômica”.¹⁶ Motivo pelo qual, “a proteção do consumidor é tutelada constitucionalmente e o ser humano é considerado o centro do ordenamento jurídico”.¹⁷

Vale comentar que:

O fenômeno do superendividamento nasce fruto da vulgarização/democratização do crédito, da alta taxa de desemprego e do hiperconsumo. Tudo isso somado aos fatos denominados acidentes da vida. O crescente aumento de ações imbuídas com objetivo de cobrança ou revisional de contratos, demonstra a busca por soluções através da intervenção Judiciária nas relações privadas. Intervir e trazer solução para o conjunto de dívidas acumuladas pelo devedor, que em grande maioria compromete a totalidade de seus rendimentos presentes e futuros conduzindo-o a uma exclusão social.¹⁸

O endividamento por si só, não constitui um problema, mas sim o superendividamento que caracteriza a falência pessoal do consumidor. Esse se

¹⁵ CONTIJO, Patricia Maria Oliva. Crédito e superendividamento: uma análise em busca da concretização do princípio da dignidade da pessoa humana. In: **Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI**, Fortaleza - CE nos dias 09, 10, 11 e 12 de Junho de 2010. p. 8314

¹⁶ CONTIJO, Patricia Maria Oliva. Crédito e superendividamento: uma análise em busca da concretização do princípio da dignidade da pessoa humana. In: **Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI**, Fortaleza - CE nos dias 09, 10, 11 e 12 de Junho de 2010. p. 8314

¹⁷ CONTIJO, Patricia Maria Oliva. Crédito e superendividamento: uma análise em busca da concretização do princípio da dignidade da pessoa humana. In: **Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI**, Fortaleza - CE nos dias 09, 10, 11 e 12 de Junho de 2010. p. 8313

¹⁸ OLIVEIRA, Fabiana G. Machado. Superendividamento do Consumidor. **Cadernos Jurídicos da Faculdade de Direito de Sorocaba**, SP, Ano 2, n. 1, p. 268-304, 2020. p. 269-270

caracteriza como passivo, ocorre por circunstâncias alheias à vontade do consumidor, como doenças, perda de emprego, falecimento de parente, dentre outros.¹⁹

As consequências de um superendividamento são desastrosas na vida de um ser humano, pois ele se vê excluído da sociedade de consumo e das suas atividades rotineiras, sendo levado à ruína econômica e a inúmeros outros problemas, como depressão e isolamento, além do sentimento de vergonha pública em relação à sua situação.²⁰

Os superendividados passam a ter como única perspectiva de vida o pagamento de suas dívidas contraídas e o restabelecimento de sua dignidade. Daí exsurge os motivos, pelos quais “a legislação deve preocupar-se, sobretudo, com a prevenção destas situações de superendividamento, a fim de garantir a existência digna do ser humano, considerado o centro do ordenamento jurídico”. Na seara do Direito do Consumidor, a dignidade humana deve ser buscada e assegurada nos contratos de crédito, a fim de evitar a ruína “do *homo economicus* e a perda dos planos existenciais do consumidor abalado pela situação [...]”.²¹

Seguindo a mesma linha de análise, Oliveira argumenta que:

A superação do *pacta sunt servanda* frente ao princípio da dignidade da pessoa humana é fator predominante no estudo da reabilitação patrimonial do superendividamento. O respeito ao mínimo existencial conecta-se ao superendividamento na busca pela manutenção do patrimônio mínimo para a reabilitação patrimonial do devedor, visando evitar sua exclusão social. Dentro do contexto do superendividamento a preservação do mínimo existencial como sendo uma parcela inatingível dos rendimentos do devedor superendividado figura como uma reserva mínima para sua subsistência com dignidade.²²

Pode-se dizer que o contrato é o caminho de efetivação do princípio da dignidade da pessoa humana, da livre escolha do consumidor e do desenvolvimento da personalidade, e não tornar-se um possível instrumento de instabilidade e falência pessoal.²³

¹⁹ CONTIJO, Patricia Maria Oliva. Crédito e superendividamento: uma análise em busca da concretização do princípio da dignidade da pessoa humana. In: **Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI**, Fortaleza - CE nos dias 09, 10, 11 e 12 de Junho de 2010. p. 8315

²⁰ CONTIJO, Patricia Maria Oliva. Crédito e superendividamento: uma análise em busca da concretização do princípio da dignidade da pessoa humana. In: **Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI**, Fortaleza - CE nos dias 09, 10, 11 e 12 de Junho de 2010. p. 8315

²¹ CONTIJO, Patricia Maria Oliva. Crédito e superendividamento: uma análise em busca da concretização do princípio da dignidade da pessoa humana. In: **Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI**, Fortaleza - CE nos dias 09, 10, 11 e 12 de Junho de 2010. p. 8316

²² OLIVEIRA, Fabiana G. Machado. Superendividamento do Consumidor. **Cadernos Jurídicos da Faculdade de Direito de Sorocaba**, SP, Ano 2, n. 1, p. 268-304, 2020. p. 291

²³ CONTIJO, Patricia Maria Oliva. Crédito e superendividamento: uma análise em busca da concretização do princípio da dignidade da pessoa humana. In: **Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI**, Fortaleza - CE nos dias 09, 10, 11 e 12 de Junho de 2010.

Por sua vez o Código de Defesa do Consumidor, neste aspecto, não é suficiente na prevenção do superendividamento, pois

A contratação de crédito sem a possibilidade de uma ponderação pode levar o consumidor à ruína econômica e a total instabilidade das relações sociais e familiares. A previsão do prazo de reflexão nos contratos de crédito ao consumo permitirá ao consumidor exercer o seu direito de escolha de forma mais livre, avaliando as consequências do contrato e, assim, prevenindo situações de superendividamento. No Brasil, onde inexistem limites às taxas de juros remuneratórios, a instituição do prazo de reflexão se faz ainda mais necessária, visto que o simples incumprimento pode tornar-se uma verdadeira "bola de neve" gerando uma situação de superendividamento.²⁴

Passa-se, assim a explicar sobre o princípio da boa-fé objetiva, o qual impõe aos contratantes conduta honesta e leal no âmbito do negócio jurídico. Trata-se de regra de comportamento, já que obriga os contratantes tanto no momento da celebração do contrato quanto no da execução, remanescendo até mesmo após a sua extinção.

A partir do Código de Defesa do Consumidor, a boa-fé objetiva foi positivada no ordenamento brasileiro, inciso III do artigo 4º, como princípio orientador das relações entre fornecedores de produtos e serviços, bem como no inciso IV do artigo 51 e em todo o corpo normativo do Código, na forma de deveres gerais de conduta dela decorrentes, alguns alçados a condição de princípio autônomo nas relações de consumo, como a informação.²⁵ A boa-fé objetiva no Código Civil de 2002, de maneira sintética observa-se três funções: “a de norma de interpretação (art. 113), a de norma limitadora do exercício de direitos subjetivos (art. 187) e a de norma criadora de deveres entre as partes contratantes (art. 422)”.²⁶

Ainda destaca Andrade que:

A boa-fé objetiva permeia todo o corpo normativo do Código de Defesa do Consumidor, dela decorrendo diversas normas de conduta como a que estabelece como direito básico do consumidor a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva e outros métodos e práticas comerciais desleais (art. 6º, IV); ou a que veda ao fornecedor a elevação do preço de produtos ou serviços sem causa que a justifique (art. 39, X); ou ainda a que prescreve que o consumidor inadimplente não será exposto ao ridículo ou submetido a qualquer tipo de constrangimento ou ameaça (art. 42).²⁷

²⁴ CONTIJO, Patricia Maria Oliva. Crédito e superendividamento: uma análise em busca da concretização do princípio da dignidade da pessoa humana. In: **Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI**, Fortaleza - CE nos dias 09, 10, 11 e 12 de Junho de 2010. p. 8318

²⁵ ANDRADE, Gustavo Henrique B. A boa-fé nas relações de consumo: informação e defesa do contratante vulnerável nas situações de superendividamento. **Revista OAB/RJ**, Rio de Janeiro, Edição Especial – Direito Civil, 2017. p. 11-12

²⁶ ANDRADE, Gustavo Henrique B. A boa-fé nas relações de consumo: informação e defesa do contratante vulnerável nas situações de superendividamento. **Revista OAB/RJ**, Rio de Janeiro, Edição Especial – Direito Civil, 2017. p. 11-12

²⁷ ANDRADE, Gustavo Henrique B. A boa-fé nas relações de consumo: informação e defesa do contratante vulnerável nas situações de superendividamento. **Revista OAB/RJ**, Rio de Janeiro, Edição Especial – Direito Civil, 2017. p. 15

Portanto, a principal fonte do direito à informação do consumidor é a boa-fé objetiva, sobretudo em sua função integrativa, criação de deveres anexos ou laterais. A boa-fé objetiva determina um dever de conduta entre fornecedores e consumidores, ambos devem agir com lealdade e confiança, na busca do fim comum, que é o adimplemento do contrato, garantindo, as expectativas das partes. Ou seja, “a boa fé objetiva constitui um conjunto de padrões éticos de comportamento, aferíveis objetivamente, que devem ser seguidos pelas partes contratantes em todas as fases da existência da relação contratual”, no momento da sua criação, no decorrer do período de cumprimento e, até a sua extinção.²⁸

É de se verificar que:

O superendividamento é consequência do próprio mercado de oferta de crédito. A oferta ostensiva de créditos e a concessão abusiva nas mais diversas modalidades (crédito pessoal, crédito consignado, cartão de crédito, crédito para negativados e crédito para renegociação de dívidas), a superficialidade ou ausência na análise de poder de adimplemento e a não exigência de garantias do devedor, cumuladas com a inobservância do dever de informação, violam os princípios contratuais da boa-fé e função social do contrato.²⁹

Os consumidores passaram a ser hiperestimulados a consumir, a contratar sempre mais crédito, muitas vezes acabam depositando mais confiança do que deveriam, assim comprometem-se demasiadamente. “Quando, porém, a saúde, o mercado de trabalho, a psique e a economia do país não se encontram na mais perfeita ordem, as quantias generosamente emprestadas pelos bancos já não podem ser devolvidas nos termos iniciais”.³⁰

É então que a sociedade de consumo, antes acolhedora, prestativa e calorosa, vira as costas ao consumidor, que falhou na missão que lhe foi confiada. Não dispõe mais de poder de compra para manter o ritmo de vida capitalista, seu trabalho não é suficiente para quitar seus débitos, não pode mais comprar. A face do mercado o contempla cruel, reprovadora, inquisitiva. Os outros consumidores o enxergam como um infeliz que não soube administrar suas finanças, um exemplo do que devem temer e evitar, à sua semelhança ou não.³¹

²⁸ GARCIA, Leonardo de Medeiros. O princípio da informação na pós-modernidade: direito fundamental do consumidor para o equilíbrio nas relações de consumo. **Direito UNIFACS – Debate Virtual**, Salvador – BA, n. 176, 2015. p. 6

²⁹ OLIVEIRA, Fabiana G. Machado. Superendividamento do Consumidor. **Cadernos Jurídicos da Faculdade de Direito de Sorocaba**, SP, Ano 2, n. 1, p. 268-304, 2020. p. 269-270

³⁰ MARTINS, Guilherme Magalhães; MIGUEL, Laila Natal; ARAUJO, Stella de Souza Ribeiro. O Protagonismo Judicial e o Superendividamento dos Consumidores no Brasil. **Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, n. 64, abr./jun. 2017. p. 230

³¹ MARTINS, Guilherme Magalhães; MIGUEL, Laila Natal; ARAUJO, Stella de Souza Ribeiro. O Protagonismo Judicial e o Superendividamento dos Consumidores no Brasil. **Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, n. 64, abr./jun. 2017. p. 230

Cumpra assinalar que “a boa-fé tem enorme importância não somente pela necessidade de observância da norma de conduta de uma maneira geral, mas sobretudo, no seu cumprimento”, seja quando o consumidor contrai a dívida, seja quando busca solucionar seu status financeiro. É bem verdade que “há dois tipos de consumidores superendividados: os que contratam imbuídos de boa-fé e os que pactuam de má-fé”.³² Portanto verifica-se que, boa-fé é um princípio essencial, pois dita o tratamento a ser dado ao consumidor em situação de superendividamento. E aquele consumidor que contratou de má-fé, mesmo em situação de superendividamento está excluído da tutela do mesmo tratamento daquele consumidor que contraiu dívida atuando de boa-fé.³³

2. POLÍTICAS PREVENTIVAS DE PROTEÇÃO AO CONSUMIDOR

As políticas públicas de cunho preventivo de proteção ao consumidor vêm ao encontro de garantir direitos fundamentais, principalmente no que tange aos princípios da informação, dignidade humana e boa-fé.

Daí a necessidade de planejamento do Estado e para elaborar ações por meios de seus agentes públicos na atuação da defesa dos interesses e valores tutelados pelo próprio Estado em conformidade com a Constituição Federal e o Código de Defesa do Consumidor. Interessante destacar que:

[...] a administração do conflito pode ser obtida de duas formas, com coerção e política. A coerção consiste na repressão, e a política corresponde a força exercida pelo Estado para fazer valer o direito. É preciso construir consensos e controlar conflitos. A adoção de medidas governamentais atribuídas aos Estados e Municípios para que através de seus agentes públicos viabilizem por projetos a prática de formação financeira nas escolas, cursos, palestras, certamente a longo prazo seriam sentidas pela economia.³⁴

Cabe dizer que com intuito de assegurar a efetividade aos princípios reguladores do Código de Defesa do Consumidor, a jurisprudência brasileira vem encontrando caminhos através das normas axiológicas tanto do próprio CDC, como do Código Civil

³² ANDRADE, Gustavo Henrique B. A boa-fé nas relações de consumo: informação e defesa do contratante vulnerável nas situações de superendividamento. **Revista OAB/RJ**, Rio de Janeiro, Edição Especial – Direito Civil, 2017. p. 15

³³ ANDRADE, Gustavo Henrique B. A boa-fé nas relações de consumo: informação e defesa do contratante vulnerável nas situações de superendividamento. **Revista OAB/RJ**, Rio de Janeiro, Edição Especial – Direito Civil, 2017. p. 15

³⁴ OLIVEIRA, Fabiana G. Machado. Superendividamento do Consumidor. **Cadernos Jurídicos da Faculdade de Direito de Sorocaba**, SP, Ano 2, n. 1, p. 268-304, 2020. p. 299

e da Constituição Federal, “como a boa-fé objetiva, o dever geral de informação por parte do fornecedor, a razoabilidade e a solidariedade social”.³⁵

Assim, é possível encontrar decisões vanguardistas reconhecendo a abusividade da instituição financeira, e mesmo a ocorrência de lesão, decorrente do descumprimento do dever de informar. O Código de Defesa do Consumidor conta com dois artigos que visam à proteção específica do consumidor inadimplente, pela vedação de sua exposição ao ridículo ou a qualquer tipo de constrangimento ou ameaça na cobrança das dívidas, e também garantindo o seu acesso às informações existentes em cadastros, fichas, registros e dados pessoais e de consumo arquivados sobre ele. Tais são as normas dos artigos 42 e 43, que vedam, ainda, o fornecimento pelos Sistemas de Proteção ao Crédito de quaisquer informações que possam impedir ou dificultar novo acesso ao crédito junto aos fornecedores após a consumação da prescrição relativa à cobrança dos débitos. Também não silenciou a legislação protetiva do consumidor quanto à possibilidade de interferência dos magistrados no contrato entre as partes, de maneira a rever parcelamentos e prestações, expurgando os encargos abusivos, em ações judiciais com pedidos de revisão.³⁶

A aceitação de tais poderes é assegurada pelo artigo 6º, inciso V do CDC, que prevê como “direito básico do consumidor a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas”.³⁷

Políticas preventivas de proteção ao consumidor devem atentar para eixos financeiros, comportamentais, sociais, culturais, possibilitando um conhecimento macro sobre economia, contratos, aquisição de informações, que viabilizem educação para o consumo e para resolução de seus problemas em caso de superendividamento. Nesse sentido, dá-se ênfase às iniciativas o Balcão do Consumidor foi reconhecido como projeto inovador por suas práticas, ganhando o Prêmio Innovare, por atuar no atendimento extrajudicial das relações de consumo, em conjunto com o Procon Municipal, procurando a resolução das relações de consumo. Sua atuação devido ao seu reconhecimento foi ampliada para os municípios de Carazinho, Lagoa Vermelha, Casca, Soledade, todos do Estado do Rio Grande do Sul. Ainda conta com uma unidade móvel de atendimento, chamada Balcão na Estrada, realizando um atendimento

³⁵ MARTINS, Guilherme Magalhães; MIGUEL, Laila Natal; ARAUJO, Stella de Souza Ribeiro. O Protagonismo Judicial e o Superendividamento dos Consumidores no Brasil. **Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, n. 64, abr./jun. 2017. p. 235

³⁶ MARTINS, Guilherme Magalhães; MIGUEL, Laila Natal; ARAUJO, Stella de Souza Ribeiro. O Protagonismo Judicial e o Superendividamento dos Consumidores no Brasil. **Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, n. 64, abr./jun. 2017. p. 235

³⁷ MARTINS, Guilherme Magalhães; MIGUEL, Laila Natal; ARAUJO, Stella de Souza Ribeiro. O Protagonismo Judicial e o Superendividamento dos Consumidores no Brasil. **Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, n. 64, abr./jun. 2017. p. 235

itinerante, junto aos bairros e cidades da área de abrangência da Universidade de Passo Fundo.³⁸

Segundo Pilau Sobrinho, o Balcão do Consumidor transforma a realidade social consumerista por meio da educação para o consumo:

Com participação do personagem Tchê Consumidor, em revistas em quadrinhos, vídeo com bonecos, vídeo-aulas, flyer's, cartilhas, códigos, palestras e seminários. Dentre as atividades já desenvolvidas pelo Balcão do Consumidor, vimos a necessidade de ampliar as ações de educação para o consumo. O projeto Balcão do Consumidor desenvolve suas atividades fomentando a educação para o consumo e mediando as relações de consumo entre consumidores e fornecedores. No município de Passo Fundo temos 5 guichês de atendimento e duas salas de audiência.³⁹

O projeto é considerado pioneiro, reconhece que dentre as dificuldades centra-se o desrespeito dos fornecedores em cumprir com as determinações do Código de Defesa do Consumidor diante da vulnerabilidade dos mesmos, devido à falta de informação e fragilidade, “isso tudo devido à omissão dos Municípios em criarem um sistema municipal de defesa dos consumidores, sendo que passados mais de 30 anos da promulgação do CDC ainda impera o descaso político”.⁴⁰

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este artigo buscou demonstrar a necessidade de elaborar políticas preventivas que venham ao encontro de assegurar a proteção de consumidores superendividados. Verificou-se a importância da aplicação de medidas legais que buscam combater o superendividamento, contudo a adoção de iniciativas educativas precisa ser enaltecida, pois essas se encontram mais próximas ao consumidor, e revelam-se como possíveis soluções para minimizar o fenômeno do superendividamento.

A proteção do consumidor além de tema extenso some-se a isso prevenção do endividamento excessivo, e efetivação de princípios fundamentais, como informação, dignidade da pessoa humana e boa-fé, têm-se elementos complexos para concretizar políticas públicas de prevenção. Todavia, conclui-se que a Lei nº 14.181/2021 (Lei do Superendividamento) veio disponibilizar aos consumidores um meio de evitar sua

³⁸ PILAU SOBRINHO, Liton Lanes; SILVA, Rogerio. Balcão do Consumidor: Mediação das Relações de Consumo. **Prêmio Innovare**, Edição X, 2013.

³⁹ PILAU SOBRINHO, Liton Lanes; SILVA, Rogerio. Balcão do Consumidor: Mediação das Relações de Consumo. **Prêmio Innovare**, Edição X, 2013.

⁴⁰ PILAU SOBRINHO, Liton Lanes; SILVA, Rogerio. Balcão do Consumidor: Mediação das Relações de Consumo. **Prêmio Innovare**, Edição X, 2013.

exclusão social e econômica, portanto, a mencionada lei precisa ser analisada, o que se deixa como sugestão para trabalhos futuros.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ANDRADE, Gustavo Henrique B. A boa-fé nas relações de consumo: informação e defesa do contratante vulnerável nas situações de superendividamento. **Revista OAB/RJ**, Rio de Janeiro, Edição Especial – Direito Civil, 2017. p. 11-12

CONTIJO, Patricia Maria Oliva. Crédito e superendividamento: uma análise em busca da concretização do princípio da dignidade da pessoa humana. In: **Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI**, Fortaleza - CE nos dias 09, 10, 11 e 12 de Junho de 2010. p. 8308

GARCIA, Leonardo de Medeiros. O princípio da informação na pós-modernidade: direito fundamental do consumidor para o equilíbrio nas relações de consumo. **Direito UNIFACS – Debate Virtual**, Salvador – BA, n. 176, 2015.

LOPES JÚNIOR, Waldir L. Cordeiro; SIQUEIRA, Andreia Oliveira de. Superendividamento do consumidor prevenção e tratamento do fenômeno no âmbito do TJDF. **Revista de Doutrina e Jurisprudência**. Brasília, v.107, n. 1. p. 10-31, jul/ dez., 2015. p. 21-22.

MARTINS, Guilherme Magalhães; MIGUEL, Laila Natal; ARAUJO, Stella de Souza Ribeiro. O Protagonismo Judicial e o Superendividamento dos Consumidores no Brasil. **Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, n. 64, abr./jun. 2017p. 227

OLIVEIRA, F. G. M. de. Superendividamento do consumidor. **Cadernos Jurídicos da Faculdade de Direito de Sorocaba**, /S. l./, v. 2, n. 1, p. 268–304, 2020. Disponível em: <https://www.fadi.br/revista/index.php/cadernosjuridicos/article/view/60>. Acesso em: 6 nov. 2021.

PEREIRA, Andressa; ZAGANELLI, Margareth Vetis. Superendividamento do consumidor: prevenção e tratamento sob o prisma da dignidade da pessoa humana. **Revista Jurídica Cesumar**, v. 19, n. 1, janeiro/abril, p. 89-117, 2019.

PILAU SOBRINHO, Liton Lanes; SILVA, Rogerio. Balcão do Consumidor: Mediação das Relações de Consumo. **Prêmio Inovare**, Edição X, 2013.

O DANO TEMPORAL COMO DIREITO AUTÔNOMO

TEMPORAL DAMAGE AS AN AUTONOMOUS RIGHT

Alana Tessaro Vuelma¹

Marcio C. Godinho ²

Resumo

O artigo discute o dano temporal enquanto direito autônomo, bem como os desafios para se estabelecer como tal, pois que a jurisprudência tende a defini-lo como mero dissabor ou aborrecimento, em vez de considerá-lo como um dano extrapatrimonial passível de indenização.

Palavras-Chave: dano temporal – direito – dano pela perda do tempo.

Abstract

This paper discusses temporal damage as an autonomous right, as well as the challenges to establish itself as such, as the jurisprudence tends to define it as mere unpleasantness or annoyance, instead of considering it as an off-balance sheet damage subject to indemnification.

Keywords: temporal damage, right, damage for the loss of time.

INTRODUÇÃO

Na sociedade pós-moderna, o tempo torna-se algo cada vez mais valioso. Esta era propiciou um caminhar tecnológico acelerado que, de um lado propicia a comunicação instantânea, através da telepresença, e de outro, causa a chamada inércia domiciliária. Ou seja, as relações de consumo, trabalho e manutenção dos vínculos familiares encontram-se à distância de um clique, estabelecendo a noção do tempo subjetivo, aquele em que o indivíduo escolhe como irá utilizá-lo, o que faz com que o tempo deixe de ser um evento meramente natural para se tornar um bem passível de proteção jurídica.

Desta forma, o tempo é fator determinante para o êxito nas tarefas cotidianas, inclusive para a própria subsistência, tornando-se, portanto, um instrumento de poder. Nessa diapasão, o tempo abrange a necessidade de vida digna do cidadão, com ligação ao princípio constitucional da dignidade humana. Entretanto, o tempo não é tutelado de forma direta no ordenamento jurídico brasileiro, mas deve ser visto como

¹ Acadêmica da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo – Campus Lagoa Vermelha. Autora correspondente e-mail: 166939@upf.br.

² Acadêmico da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo – Campus Lagoa Vermelha. Autor correspondente e-mail: marciogodinho@gmail.com.

um valor jurídico em si mesmo, em que interessa à responsabilidade civil, já que da sua violação pode decorrer a indenização.

Nas relações de consumo é comum a violação ao tempo do consumidor, como em casos em que os consumidores aguardam em filas enormes por longo tempo para adquirirem novos produtos ou serviços. Tal fato, parece ser um problema de mero valor juridicamente relevante. Todavia, faz-se necessário esclarecer que o tempo deve ser visto como um bem jurídico irrecuperável, isto é, um dano autônomo, pois mesmo em situações que não haja lesão direta a algum direito da personalidade, haverá uma subtração involuntária do tempo valioso do consumidor, afastando-se dos meros dissabores acometidos no cotidiano, especialmente porque o tempo enquanto bem jurídico, é algo finito e não renovável.

O sentimento de frustração que acomete o consumidor por ter seu tempo produtivo subtraído de forma ilícita é manifesto, pois a tutela que se busca neste âmbito é sobre as vivências desperdiçadas. Assim, a possibilidade de proteção sobre novas espécies de danos é medida que se faz necessária em decorrência da evolução da sociedade, principalmente em face da violação de princípios basilares, como da dignidade da pessoa humana, dado que, nas relações de consumo o fornecedor deve agir visando o fornecimento de produtos e serviços de qualidade, e à preservação do tempo do consumidor, não apenas como seu meio produtivo, mas também como bem de valor jurídico e social inestimável a ele.

A partir dos métodos dedutivo e revisão bibliográfica, objetivou-se pensar a matéria central justificando o tema abordado na pesquisa, desenvolvendo o presente trabalho em três momentos a seguir: no item 1, O instituto do tempo como valor jurídico; no item 2, O dano temporal como instrumento autônomo; e, finalmente, no item 3, Desafios à caracterização do dano temporal.

1. O INSTITUTO DO TEMPO COMO VALOR JURÍDICO

Ao adentrar no âmbito do dano temporal, primeiramente deve-se analisar qual é o valor jurídico do tempo, visto que, na sociedade pós-moderna, sua escassez lhe torna importante elemento a ser devidamente administrado, evocando-se o velho aforismo de que “tempo é dinheiro”, pois que, ao exemplo das relações consumeristas, do fornecimento de produtos à prestação de serviços, tal aforismo não poderia caber de maneira mais escorreita. Aliás, tal afirmação torna-se veridicamente aplicável diante

os anseios impostos pela sociedade pós-industrial, em que o tempo vem a ser considerado o bem mais inestimável da humanidade³.

Neste sentido, Maurilio Casas Maia evidencia que “tutelar o tempo vai muito além do adágio popular segundo o qual ‘tempo é dinheiro’, pois tempo, na atual sociedade tecnológica e da informação, é vida e é vida digna”⁴.

Levando em consideração o tempo enquanto princípio de vida digna, e diante da presente forma acelerada de se viver, os cidadãos exercem diversas atividades em suas rotinas diárias onde, não raro, sacrifica-se o tempo do lazer, atividade essencial na vida humana, e, sem dúvidas, parte fundamental na vida do indivíduo, em que pese a manutenção de uma vida saudável e exitosa, seja do ponto de vista pessoal ou profissional.

Assim, o tempo para o lazer é erigido como direito fundamental pela Constituição Federal de 1988, em seu artigo sexto⁵. Logo, o gozo do lazer requer o tempo livre e será ilícito ato que subtrair este tempo em que o indivíduo poderia utilizar para o lazer. A destinação do tempo ao lazer propicia a convivência familiar e comunitária, bem como, há o exercício da cidadania, o qual torna-se o maior bem da sociedade “líquido-moderna”, pois é limitado e irrecuperável⁶.

O tempo se apresenta como fator determinante para o êxito das tarefas de todos os indivíduos e até mesmo para a subsistência de cada um, o que o faz tornar-se um bem cada vez mais caro e raro⁷. Também, pode-se afirmar que o tempo tornou-se um “artigo de luxo”, justamente por sua raridade e porque é necessário para a identidade de cada ser humano.

Com a sociedade líquido-moderna, é visível a vivência do momento presente aliado a instantânea satisfação humana, na qual o individual sempre prevalece ao coletivo; ao contrário do que ocorria na sociedade anterior, onde o senso de coletividade se sobrepunha às necessidades pessoais de cada um. Nesse sentido, os membros desta nova sociedade vivem para consumir, e estes consumidores possuindo expectativas não alcançadas, passam a ser o motor da sociedade de consumo. Logo, a subtração do

³ TACQUES, Ana Paula Pizarro. **Dano temporal: O valor jurídico social do tempo**. Monografia (Especialização em Direito do Consumidor e Direitos Fundamentais pelo Programa de Pós Graduação em Direito). Faculdade de Direito. Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2016.

⁴ MAIA, Maurilio Casas. O dano temporal indenizável e o mero dissabor cronológico no mercado de consumo: quando o tempo é mais que dinheiro – é dignidade e liberdade. **Revista de Direito do Consumidor**, Brasília, v. 92/2014, p. 161-176. Mar. – Abr. 2014.

⁵ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 13 dez. 2021.

⁶ TACQUES, Ana Paula Pizarro. **Dano temporal: O valor jurídico social do tempo**. p. 11.

⁷ MAIA, Maurílio Casas. **O dano temporal indenizável e o mero dissabor cronológico no mercado de consumo: quando o tempo é mais que dinheiro – é dignidade e liberdade**. p. 161-176.

tempo, recurso produtivo do consumidor, em razão de situações em que um produto ou serviço não corresponde às expectativas por ele criadas, passa a ser extremamente prejudicial ao homem moderno⁸.

Tal realidade, ao mesmo tempo em que se observa a multiplicação de tecnologias, em contrapartida, há a incidência de consumidores esperando em longas filas por horas. Trata-se de algo à primeira vista como normal, não parecendo haver um problema juridicamente relevante em o consumidor aplicar seu tempo livre ou seu tempo útil durante o expediente de trabalho, na espera pelo avanço da fila em virtude do serviço ou produto almejado⁹.

Entretanto, mesmo que o tempo enquanto bem ou valor jurídico não tenha recebido tratamento específico e expresso no ordenamento jurídico brasileiro, é certo que os efeitos do tempo geram reflexos consideráveis no campo do direito. Nesse sentido, Vitor Vilela Guglinski observa que “nada impede que, adotando-se uma interpretação sistemática, o tempo seja entendido como um bem jurídico”¹⁰, elucidando que alguns institutos jurídicos como a prescrição, a decadência, a preclusão, perempção, prazos para atos processuais, denunciam que o tempo é um parâmetro que tem como objetivo conferir segurança à ordem jurídica e às relações pessoais.

Percebe-se que o tempo está intimamente ligado aos direitos fundamentais e sociais estabelecidos na Constituição Federal, visto que, relaciona-se com o direito à liberdade, dignidade da pessoa humana, sendo imprescindível na realização de atividades como o trabalho, descanso, lazer e demais atividades trazidas na Carta Magna. Vale destacar que o tempo foi assertivamente tutelado na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) de 1943, referente a regulamentação dos intervalos intra e interjornada, bem como, posteriormente, sobre a duração do trabalho normal a todos os trabalhadores.

Apesar de o tempo não constituir efetivamente um bem tutelado perante os dispositivos constitucionais, ainda assim, sua relevância permite que seja considerado um direito fundamental, já que é imprescindível para a realização das atividades do ser humano e caracteriza-se como um verdadeiro suporte na efetivação de direitos e

⁸ TACQUES, Ana Paula Pizarro. **Dano temporal: O valor jurídico social do tempo**. p. 13.

⁹ SILVA, Rodrigo da Guia; SILVA, Marcela Guimarães Barbosa da. Lesão ao tempo e o método bifásico de quantificação do dano moral. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 1029/2021, p. 43-60. Jul. 2021.

¹⁰ GUGLINSKI, Vitor Vilela. O dano temporal e sua reparabilidade: aspectos doutrinários e visão dos tribunais brasileiros. **Misión Jurídica Revista de Derecho y Ciencias Sociales**. Bogotá, Colômbia, Jul./ Dez., 2016. Disponível em: <<https://www.revistamisionjuridica.com/wp-content/uploads/2020/09/O-dano-temporal-e-sua-reparabilidade-aspectos-doutrinarios-e-visao-dos-tribunais-brasileiros.pdf>>. Acesso em: 14 dez. 2021.

garantias constitucionais. Por conseguinte, as atuações ilícitas dos fornecedores de produtos e serviços, ao esquivarem-se de seus deveres à relação de consumo, seja disponibilizando produtos defeituosos no mercado ou serviços ineficazes, e assim obrigando o consumidor a desviar-se de suas funções na incessante busca pela resolução destes problemas, afrontam além da liberdade do ser humano, todos os direitos fundamentais que do tempo dependem e em razão de sua subtração, ilicitamente e involuntariamente, deixam de ser prioritariamente exercidos¹¹.

Diante do tempo requerido para a solução dos referidos problemas, além de o consumidor não ter dado causa para os respectivos atos, e que em diversas vezes poderiam ser evitados através de um pouco de apreço por parte do fornecedor, mostra-se clara a relevância do dano temporal e a possibilidade de se buscar a tutela jurídica com intuito indenizatório, para assim minimizar a subtração dolosa e inconveniente do tempo do consumidor.

2. O DANO TEMPORAL COMO INSTRUMENTO AUTÔNOMO

À vista das considerações ora expostas, é incontroverso que o tempo é algo finito, intangível, ininterrupto, escasso, insubstituível, indisponível, irrecuperável e irreparável. Logo, é evidente que o tempo possui imenso valor, o qual deve ser objeto de atenção pelos juristas diante da concreta proteção jurídica, já que se trata de um bem precioso para o ser humano¹².

É frequente, no mercado de consumo, consumidores ingressarem com demandas judiciais em busca de reparação por danos sofridos, assim, o tempo é um bem que merece cuidado, atenção, respeito e tutela jurídica. Nessa linha, Marcos Dessaune traz o “desvio produtivo do consumidor”, que é caracterizado pela seguinte série de condutas:

[...] o consumidor, impelido por seu estado de carência e por sua condição de vulnerabilidade, despende então uma parcela do seu tempo, adia ou suprime algumas de suas atividades planejadas ou desejadas, desvia as suas competências dessas atividades e, muitas vezes, assume deveres operacionais e custos materiais que não são seus. O consumidor comporta-se assim ora porque não há solução imediatamente ao alcance para o problema, ora para buscar a solução que no momento se apresenta possível, ora para evitar o prejuízo que

¹¹ TACQUES, Ana Paula Pizarro. **Dano temporal: O valor jurídico social do tempo**. p. 19.

¹² LOUREIRO, Rene Edney Soares; SANTANA, Héctor Valverde. Dano moral e responsabilidade objetiva do fornecedor pela perda do tempo produtivo do consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, Brasília, v. 106/2016, p. 357-378. Jul. – Ago. 2016.

poderá advir, ora para conseguir a reparação dos danos que o problema causou, conforme o caso¹³.

Desta forma, segundo ele, esse desvio produtivo do consumidor é um evento danoso que se consoma quando o consumidor ao sentir-se prejudicado, gasta seu tempo vital (recurso produtivo) e se desvia das suas atividades cotidianas (geralmente existenciais). Por conseguinte, tais fatos fazem com que haja uma violação aos mais legítimos interesses do consumidor.

Nesta senda, valendo-se do tempo como bem jurídico irrecuperável, o dano temporal revela-se como um dano autônomo, pois mesmo em situações em que não haja lesões ao direito da personalidade, haverá um ato ilícito de subtração involuntária do tempo do consumidor. Essa autonomia do dano temporal permite que a extensão do dano ao “bem jurídico tempo” seja levada em consideração para a quantificação de eventuais danos morais, visto que, é necessário que haja a desvinculação do dano cronológico da esfera dos danos morais e principalmente no enquadramento dos meros dissabores acometidos no cotidiano¹⁴.

Infelizmente, alguns juristas enquadram o dano temporal como uma espécie de dano moral. Sobre este assunto, Vitor Vilela Guglinski elucida que segundo alguns entendimentos, a perda involuntária do tempo do consumidor por ato do fornecedor, reflete negativamente em sua esfera anímica, e assim o ofendido experimenta sentimentos humanos desagradáveis como a frustração, angústia, irritação, os quais, tradicionalmente são entendidos como causas de dano moral, pois representam ofensa aos direitos da personalidade¹⁵.

Claramente é inegável o sentimento de frustração que acomete o indivíduo que tem seu tempo produtivo subtraído ilicitamente, no entanto, o que se busca tutelar neste âmbito não é a saúde mental e emocional do indivíduo, e sim as suas vivências desperdiçadas. Isto é, o tempo que deixou de exercer sua atividade laborativa, de cuidar de si e de sua família, de confraternizar com amigos, de interagir socialmente, para, contra a sua vontade resolver situações desagradáveis, que não contribuiu para as suas ocorrências e poderiam ter sido evitadas pelo fornecedor, que tem o dever de prestar um atendimento de qualidade¹⁶.

¹³ DESSAUNE, Marcos. Teoria aprofundada do desvio produtivo do consumidor: um panorama. **Revista de Direito do Consumidor**, Brasília, v. 119/2018, p. 89-103. Set. – Out. 2018.

¹⁴ TACQUES, Ana Paula Pizarro. **Dano temporal: O valor jurídico social do tempo**. p. 31.

¹⁵ GUGLINSKI, Vitor Vilela. O dano temporal e sua reparabilidade: aspectos doutrinários e visão dos tribunais brasileiros. p. 92.

¹⁶ TACQUES, Ana Paula Pizarro. **Dano temporal: O valor jurídico social do tempo**. p. 32.

Outrossim, a autonomia que cada um possui sobre a destinação do seu tempo, é uma faculdade que resulta no direito à liberdade e relaciona-se ao princípio da dignidade da pessoa humana. Isto posto, Maurilio Casas Maia dispõe:

[...] tutelar juridicamente o tempo humano é também respaldar a liberdade, valorizar a vida, a família, o trabalho, o estudo, o afeto e tantos outros bens caros à personalidade humana em meio ao cotidiano veloz da sociedade da informação¹⁷.

Desta forma, o simples fato de o consumidor exercer o papel de destinatário final no fornecimento de produtos e serviços e por ser a parte mais vulnerável, ao se valer da possibilidade de livre escolha do seu tempo e utilizando-o para o consumo, presume-se que agiu para satisfazer suas necessidades. Assim, percebe-se a importância da tutela de novas espécies de danos, principalmente em decorrência à observância de princípios basilares, como da dignidade da pessoa humana, e então para que o tempo seja preservado não somente como um recurso produtivo do consumidor, mas também como um bem jurídico social e imensurável a todos.

3. DESAFIOS À CARACTERIZAÇÃO DO DANO TEMPORAL

Conforme supracitado, embora não possua previsão específica no ordenamento jurídico brasileiro, à luz da mudança que ocorre nas perspectivas ideológica e metodológica em relação à análise da responsabilidade civil, o tempo pode ser classificado como bem jurídico, estabelecendo um novo paradigma na abordagem do tradicional "ato ilícito" ao que agora pode ser visto como "dano injusto".

Conforme leciona Maria Celina Bodin de Moraes, ainda que a indenização ocorra nos termos legais, “o dano será injusto quando, ainda que decorrente de conduta lícita, afetando aspecto fundamental da dignidade humana, não for razoável, ponderados os interesses contrapostos, que a vítima dele permaneça irressarcida”¹⁸. E desta forma, embora o dano temporal seja, em essência, uma espécie de dano injusto, entretanto ainda tende a sofrer descaracterização para mero dissabor ou aborrecimento, razão pela qual, faz-se necessário a observação de certos critérios que caracterizam o dano em si, especialmente porque o mero aborrecimento ou dissabor via de regra não

¹⁷ MAIA, Maurilio Casas. **O dano temporal indenizável e o mero dissabor cronológico no mercado de consumo: quando o tempo é mais que dinheiro – é dignidade e liberdade**. p. 161-176.

¹⁸ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 179.

ultrapassa o sentimento de contrariedade que um indivíduo sofre na vida, e, ainda que lhe fira o ego, nem por isto lhe garante o direito à indenização moral.

Nas palavras do eminente magistrado e professor Pablo Stolze Gagliano, o tempo possui duas perspectivas, a seguir:

[...] na perspectiva dinâmica (ou seja, em movimento), o tempo é um 'fator jurídico em sentido estrito ordinário, ou seja, um acontecimento apto a deflagrar efeitos na órbita do Direito.
Em perspectiva "estática", o tempo é um valor, um relevante bem, passível de proteção jurídica.

Desta forma, o caráter ordinário do tempo constitui, implicitamente, o suporte primordial, posto que é através dele que a vida se desenvolve. Isto implica dizer que o indivíduo é o soberano de seu tempo, decidindo, portanto, como irá utilizá-lo visando sua conversão em bens patrimoniais. E seu desvio produtivo, ocasionado por determinados eventos, é que tendem a gerar o dano temporal, conforme postula Dessaune, em citação a Vitor Guglinski, quando este último posiciona contra a argumentação de que a judicialização dos problemas de consumo é resultado de uma sociedade que não dialoga. Senão vejamos:

[..] se o consumidor necessita solucionar um problema dessa natureza, quase sempre é obrigado a falar com um atendente virtual ou, na melhor das hipóteses, com atendentes de *Call Centers* e SACs que [...] são extremamente despreparados (de propósito) para solucionar essas demandas. O que resta ao consumidor? Ora, queixar-se ao juiz [...].
Sob esse aspecto, a culpa da falta de diálogo é de quem? [...].

Ainda sob esse prisma, Guglinski postula que, com o surgimento da tese que aborda o tempo desperdiçado, poderá se ver com maior clareza que a perda do tempo útil é “uma ofensa aos direitos da personalidade”, concluindo que, se “para o empreendedor, tempo é dinheiro, para o consumidor, tempo é vida”¹⁹.

Portanto, o tortuoso caminho percorrido pelo consumidor merece uma análise mais acurada por parte da justiça, pois que até o presente momento, conflitos e situações danosas estabelecidas pelos próprios fornecedores a seus clientes, têm se mantido incólumes sob o manto jurisprudencial de que toda e qualquer busca por uma solução advinda do próprio cliente, ao fim ao cabo consistiu mero dissabor ou aborrecimento para este, e não um dano extrapatrimonial passível de ser ressarcido.

¹⁹ GUGLINSKI, Vitor. **Danos morais pela perda do tempo útil: uma nova modalidade**. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 17, n 3237, 12-05-2012. Disponível em <<http://jus.com.br/artigos/21753>>. Acesso em 18 dez. 2021.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Fica evidente que o dano temporal é de suma importância e deve ser tutelado pelo ordenamento jurídico, especialmente nas relações consumeristas. Todavia, ele não deve ser enquadrado no âmbito do dano moral, e sim, como um instrumento autônomo, já que visa tutelar vivências e o tempo útil dos indivíduos.

Levando em consideração o tempo como meio valioso da sociedade atual, se os fornecedores de produtos e serviços não agirem conforme prevê a legislação, com integridade, qualidade e visando os interesses dos consumidores, estes tendo seus anseios e o tempo útil violado devem ter respaldo à proteção jurídica, sendo os atos passíveis de indenização, já que abarca a responsabilidade civil e afronta principalmente o princípio da dignidade humana.

Além de recurso produtivo e limitado que não pode ser acumulado ou recuperado ao longo da vida, o tempo é meio essencial à vida das pessoas, seja para a própria subsistência ou daqueles que o dependem, tornando-se assim, imponderável na sociedade pós-moderna.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

DESSAUNE, Marcos. **Teoria aprofundada do desvio produtivo do consumidor: um panorama**. Revista de Direito do Consumidor, Brasília, v. 119/2018, p. 89-103. Set. – Out. 2018.

DESSAUNE, Marcos. **Teoria aprofundada do desvio produtivo do consumidor: O prejuízo do tempo desperdiçado e da vida alterada**. 2ª Ed. Vitória: Edição do Autor, 2017.

GUGLINSKI, Vitor. **Danos morais pela perda do tempo útil: uma nova modalidade**. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 17, n 3237, 12-05-2012. Disponível em <<http://jus.com.br/artigos/21753>>. Acesso em 18 dez. 2021.

GUGLINSKI, Vitor Vilela. **O dano temporal e sua reparabilidade: aspectos doutrinários e visão dos tribunais brasileiros**. Mision Jurídica Revista de Derecho y Ciencias Sociales. Bogotá, Colômbia, Jul./ Dez., 2016. Disponível em: <<https://www.revistamisionjuridica.com/wp-content/uploads/2020/09/O-dano-temporal-e-sua-reparabilidade-aspectos-doutrinarios-e-visao-dos-tribunais-brasileiros.pdf>>. Acesso em: 14 dez. 2021.

LOUREIRO, Rene Edney Soares; SANTANA, Héctor Valverde. Dano moral e responsabilidade objetiva do fornecedor pela perda do tempo produtivo do consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, Brasília, v. 106/2016, p. 357-378. Jul. – Ago. 2016.

MAIA, Maurilio Casas. O dano temporal indenizável e o mero dissabor cronológico no mercado de consumo: quando o tempo é mais que dinheiro – é dignidade e liberdade. **Revista de Direito do Consumidor**. Brasília, v. 92/2014, p. 161-176. Mar. – Abr. / 2014.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

SILVA, Rodrigo da Guia; SILVA, Marcela Guimarães Barbosa da. **Lesão ao tempo e o método bifásico de quantificação do dano moral**. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 1029/2021, p. 43-60. Jul. 2021.

TACQUES, Ana Paula Pizarro. **Dano temporal: O valor jurídico social do tempo**. Monografia (Especialização em Direito do Consumidor e Direitos Fundamentais pelo Programa de Pós Graduação em Direito). Faculdade de Direito. Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2016.

A PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR SUPERENDIVIDADO E A POSSIBILIDADE DE AÇÃO DE REPACTUAÇÃO DE DÍVIDAS PELO MICROEMPREENDEDOR INDIVIDUAL E MICROEMPRESÁRIO NOS CONTRATOS BANCÁRIOS

THE PROTECTION OF OVER-INDEBTED CONSUMERS AND THE POSSIBILITY OF A DEBT REPACTUATION LAWSUIT BY INDIVIDUAL MICROENTREPRENEURS AND MICROENTREPRENEURS IN BANK CONTRACTS

Cássio Henrique Pacheco dos Santos¹

Gabriel Sassi²

Franco Scortegagna³

Resumo

A promulgação da Lei nº 14.181/2021 inovou o CDC de forma salutar, incluindo a prevenção e proteção contra o superendividamento dentro do rol de direitos e garantias do consumidor, inaugurando disposições de ordem principiológica, material e processual, visando mitigar a vulnerabilidade econômica dos consumidores dentro do mercado de bens e serviços. O ponto fulcral da incógnita enfrentada neste estudo é a possibilidade de Microempendedor Individual e Microempresário proporem ação de repactuação de dívidas pelo, visto que a Lei nº 11.101/2005 dispõe de mecanismos próprios para sanar a insolvência dos empresários. Concluiu-se que, em razão da jurisprudência tratar a firma individua, no caso em comento o MEI e o ME, como ficção jurídica para fins tributários e para possibilitar a atuação da pessoa natural como empresária, em razão disso, torna-se viável a propositura da ação de repactuação de dívidas prevista no art. 104-A do CDC.

Palavras-chave: Direito do Consumidor, Direito Empresarial, Microempendedor Individual, Microempresário, Confusão Patrimonial, Superendividamento.

Abstract

The enactment of Law No. 14.181/2021 innovated the CDC in a healthy way, including the prevention and protection against over-indebtedness within the list of consumer rights and guarantees, inaugurating provisions of a principle, material and procedural order, aiming to mitigate the economic vulnerability of consumers within the market for goods and services. The crux of the question faced in this study is the possibility of

¹ Advogado. Mestre em Direito pela Universidade de Passo Fundo, Linha de Pesquisa: Jurisdição Constitucional e Democracia; Especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho, com ênfase na docência, pela Faculdade de Direito Damásio- São Paulo-/SP- Unidade Passo Fundo; Pós-Graduado em Direito Material e Processual do Trabalho na Faculdade Meridional- IMED de Passo Fundo-RS; Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade de Passo Fundo/RS- UPF (bolsista - PROUNI); Professor das Disciplinas de Direito do Trabalho I e II, Processo do Trabalho, Direito Empresarial e Direito de Recuperação das Empresas da Universidade de Passo Fundo/RS.

² Acadêmico do X Nível do Curso de Direito da Universidade de Passo Fundo Campus Carazinho, estagiário do Juizado Especial Cível e Juizado Especial da Fazenda Pública Adjunto da Comarca de Carazinho, e-mail: 165060@upf.br

³ Bacharel em Direito pela Universidade de Passo Fundo, Especialista em Direito Processo Civil pela Universidade de Passo Fundo, Especialista em Direito do Consumidor e Mestrando em Direito pela Universidade de Passo Fundo, atualmente orientador do Programa Balcão do Consumidor – UPF. E-mail: fscortegagna@upf.br

Individual Microentrepreneurs and Microentrepreneurs proposing an action for renegotiation of debts by Law No. 11.101/2005, which has its own mechanisms to remedy the insolvency of entrepreneurs. It was concluded that, due to the jurisprudence treating the individual firm, in this case, the MEI and the ME, as a legal fiction for tax purposes and to enable the performance of the natural person as an entrepreneur, as a result, it is feasible to filing of the debt renegotiation action provided for in art. 104-A of the CDC.

Keywords: Consumers Law, Enterprise Law, Individual Microentrepreneur, Microentrepreneur, Patrimonial Confusion, Over-Individed.

INTRODUÇÃO

No dia primeiro de julho de 2021, foi publicada a Lei nº 14.811 de 1º de julho de 2021, que fez uma das mais importantes reformas dentro do Direito do Consumidor no Brasil: adicionou normativas direcionadas à prevenção e combate ao superendividamento. Com isso, um número considerável de consumidores e consumidoras hoje obtêm um meio jurídico adequado de zelar pela sua dignidade e buscar a solução para suas contendas financeiras. Considerando que o art. 2º do Código de Defesa do Consumidor não faz distinção entre o consumidor indivíduo ou empresário, o presente trabalho tem como objetivo estudar o novo mecanismo de proteção do consumidor endividado e sua possível aplicabilidade para consumidores que se enquadram como pessoa física ou pessoa jurídica. Os estudos hão de se desenvolver a partir da análise da Constituição Federal, do Código Civil, do Código de Defesa do Consumidor, das jurisprudências das cortes judiciais e também dos comentários feitos pela doutrina jurídica.

1. A PROTEÇÃO CONTRATUAL NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E O ZELO PARA COM OS SUPERENDIVIDADOS APÓS A PROMULGAÇÃO DA LEI Nº 14.181, DE 2021

A proteção aos interesses do consumidor possui uma característica peculiar em relação a outros ramos do Direito, por força dos art. 5º, inciso XXXI⁴ da Constituição Federal, a proteção do consumidor na forma da Lei é tratada como uma garantia individual, além de ser um dos princípios norteadores da ordem econômica nacional no art. 170, inciso V⁵ da Carta Magna.

⁴ 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: [...] XXXII - o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor;

⁵ Art. 170 - A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a

Os dispositivos mencionados alçam a proteção ao consumidor a um dos mais nobres patamares dentro do ordenamento jurídico nacional, sendo classificado como um princípio constitucional, Rizzato Nunes explica que esses princípios “são verdadeiras vigas mestras, alicerces sobre os quais se constrói o sistema jurídico.”⁶

Diante da forte natureza principiológica advinda do texto constitucional, o Código de Defesa do Consumidor se desenvolveu de forma a garantir a equidade dos consumidores no mercado de consumo, através de um corolário próprio de princípios que dá um novo panorama à típica subjetividade dentro dos contratos regulados pelo Código Civil.

A proteção dos interesses do consumidor se desenvolve a partir do princípio da vulnerabilidade que se encontra positivado no CDC pelo art. 4º, inciso I⁷, esse conceito associa-se à constatação da fraqueza ou debilidade de um dos sujeitos de um negócio jurídico devido a condições ou qualidades que lhe é inerente ou em razão da posição que um ou outro ocupam na relação⁸.

A corrente majoritária da doutrina consumerista defende que essa condição jurídica se ramifica de três formas diferentes, manifestando-se na realidade através das seguintes modalidades: vulnerabilidade técnica, vulnerabilidade fática e vulnerabilidade jurídica, as quais podem ser constatadas simultaneamente em um único consumidor.

Conceituando-as de forma breve, entende-se como vulnerabilidade técnica a circunstância na qual o adquirente não detenha conhecimentos suficientes acerca da coisa que está adquirindo, logo, está mais exposto ao risco de ser ludibriado acerca das qualidades do bem ou de sua efetiva utilidade, em se tratando de serviços⁹.

A vulnerabilidade fática é aquela que resulta de uma disparidade fática de forças, sejam elas intelectuais ou econômicas, o que caracteriza propriamente a relação de consumo¹⁰, visto que o reconhecimento da vulnerabilidade dos consumidores no mercado de bens e serviços é uma presunção legal, independentemente de provas.

todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...] V – a defesa do consumidor.

⁶ NUNES, Rizzato. **Curso de Direito do Consumidor**. 12. ed. São Paulo: Saraiva. 2019. p. 48.

⁷ Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: I - reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo;

⁸ MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**. 7. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Thomas Reuters. 2018 p. 136.

⁹ MARQUES, Cláudia de Lima, et al. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 229.

¹⁰ MARQUES, Cláudia de Lima, et al. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 229.

Por fim, a vulnerabilidade jurídica ou científica resulta da falta de conhecimento do consumidor acerca das normativas jurídicas específicas ao negócio jurídico no qual está inserido, sendo esta presumida para aqueles consumidores que não exercem profissão na área, bem como para os consumidores que são pessoas físicas.

Um exemplo empírico onde se verifica os efeitos dessas características são os contratos firmados perante instituições financeiras, ante ao desconhecimento dos consumidores acerca dos efeitos da correção monetária e dos juros compostos, muitos celebram negócios que acabam por comprometer sua subsistência financeira

Nessa esteira, levando em conta a vulnerabilidade dos consumidores perante as instituições financeiras, foi aprovada a Lei nº 14.181, de 2021, que trouxe importantíssimas inovações legislativas no Código de Defesa do Consumidor, dentre elas, houve a inclusão dos incisos IX e X no art. 4º do CDC, e foram incluídas disposições legais visando a prevenção e tratamento ao superendividamento e a conciliação no superendividamento.

A proteção e tratamento do superendividamento dos consumidores é uma matéria há muito debatida em solo brasileiro, com a inclusão dos dispositivos legais aludidos, o Código de Defesa do Consumidor passou a contar com ferramentas factualmente eficazes para garantir uma defesa maior das garantias constitucionais destinadas aos consumidores.

No panorama de prevenção ao superendividamento, o rol de artigos compreendidos entre o art. 54-A e 54-G positivou uma série de prerequisites que devem ser observados pelo fornecedor de bens e serviços antes de formalizar o negócio jurídico, além de incluir circunstâncias fáticas também caracterizadas como práticas abusivas.

Já na fase processual, com a finalidade de remediar a referida condição, o rol de artigos compostos pelo art. 104-A ao 104-C estabelece a ação de repactuação de dívidas como um mecanismo de defesa para o consumidor de boa-fé, no qual o consumidor pode propor plano de pagamento, sendo preservado o mínimo existencial, as garantias e as formas de pagamento pactuadas.

Entende-se como superendividamento a circunstância na qual o consumidor se encontra incapaz de adimplir com suas dívidas em razão de descontrole financeiros que resultam de abuso de crédito, na qual se constata o superendividamento ativo, ou, nas hipóteses em que as dívidas são oriundas de uma situação imprevista em sua vida pessoal, classificando-se essa modalidade como superendividamento passivo.¹¹

¹¹ MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**. 7. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Thomas Reuters. 2018 p. 459.

Usualmente os contratos firmados perante as instituições financeiras são classificados como contratos de adesão, que é aquele na qual as cláusulas são definidas pelo contratante economicamente mais forte, sem que o consumidor possa discutir ou alterar os termos do negócio¹². Portanto, percebe-se que a sinalagmaticidade, ou seja, a bilateralidade, característica típica dos contratos em geral.

Ademais, pertinente comentar que, apesar de que na referida modalidade contratual a capacidade de transigência estar praticamente toda concentrada na pessoa que oferece o bem ou serviço, o Código Civil¹³ estabelece que as cláusulas ambíguas ou contraditórias devem ser interpretadas em favor do aderente, mitigando o poder do vendedor ou prestador do serviço.

Entretanto, no contrato de consumo, que “é aquele em que figura num dos polos um fornecedor, no outro um consumidor e tem por objeto o fornecimento de produtos e serviços”¹⁴, não se autoriza uma disparidade de forças tão latente, visto que tamanho poder por parte de um único contratante tem potencial de gerar abusos.

Em que pese num determinado momento houve ferrenha discussão acerca da aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor nas relações bancárias, o Superior Tribunal de Justiça pacificou o entendimento acerca da aplicação do código nos contratos bancários com a redação da Súmula nº 297¹⁵, confirmando o enunciado legal do art. 3, §2º¹⁶ do CDC.

2. ATIVIDADE EMPRESARIAL E O FENÔMENO DA CONFUSÃO PATRIMONIAL

Dentro da dinâmica de consumo, especificamente a relação entre consumidor e fornecedor, a legislação tomou o cuidado de não restringir a aplicação do CDC apenas ao fornecedor de bens e serviços que exerce a atividade empresarial, mas sim todo aquele que o faz de forma habitual, onerosa e profissional.

Entretanto, há hipóteses em que uma empresa pode ser consumidora, desde que utilize o bem ou serviço como consumidora final e apresente vulnerabilidade técnica em relação ao objeto do negócio jurídico, ademais, para fins de melhor análise do tema

¹² MARQUES, Cláudia de Lima, et al. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 4. ed. rev. atual. e. ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 1298.

¹³ Art. 423 - Quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, deverá adotar a interpretação mais favorável ao aderente.

¹⁴ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Direito do Consumidor**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 233.

¹⁵ Súmula 297 - O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras.

¹⁶ Art. 3º - [...] - [...] §2º - Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.

estudado neste artigo, necessário o exame do que é empresa, empresário e o fenômeno da desconsideração da personalidade jurídica.

Primeiramente, o conceito de empresário em sentido amplo é disciplinado pelo art. 966, *caput*¹⁷ do Código Civil, sendo o empresário um sujeito de direitos, com personalidade jurídica própria, podendo exercer, enquanto pessoa física, a atividade econômica como empresário individual, ou, como pessoa jurídica, na condição de sociedade empresária.¹⁸

Nesse sentido, são diversas as modalidades na qual é possível constituir a personalidade jurídica de uma empresa, podendo o empresário exercer-la de forma individual mediante constituição de registro como Microempreendedor Individual (MEI) Microempresa (ME) ou Empresa de Pequeno Porte (EPP) desde que configurados os requisitos da Lei Complementar nº 123/2006.

E dentre as possibilidades de constituição de empresa com duas ou mais pessoas, o Código Civil franqueia o acesso a atividade empresarial de diversas formas, como a sociedade simples, a sociedade limitada, a sociedade por comandita simples e a sociedade anônima, realizando a pretensão legislativa de que “a pessoa jurídica deflui de técnica do Direito; é criação jurídica para consecução de certos fins.”¹⁹

Entretanto, o legislador vislumbrou as hipóteses em que a personalidade jurídica da empresa foi constituída não com o fulcro de exercer atividade econômica no mercado, mas sim com o intuito de lesar terceiros mediante o abuso da personalidade jurídica da empresa, conforme preveem os arts. 28 do Código de Defesa do Consumidor e o art. 50 do Código Civil.

Este fenômeno enseja a desconsideração da personalidade jurídica da empresa, que realiza a superação episódica desta personalidade visando a satisfação de terceiro lesado junto ao patrimônio do empresário ou dos sócios que compõem o quadro social da empresa, sendo pessoalmente responsáveis pelo ato ilícito.²⁰

O aludido instituto jurídico se subdivide em duas modalidades: a teoria maior e a teoria menor. A teoria maior corresponde ao art. 50 do Código Civil, cuja redação estabelece critérios bem estabelecidos e de considerável rigor técnico, no caso concreto, sendo a personalidade jurídica utilizada para quando a pessoa jurídica, ou melhor, a

¹⁷ Art. 966. Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços.

¹⁸ TOMAZETTE, Marlon. **Curso de direito empresarial v 1 - teoria geral e direito societário**. São Paulo: Editora Saraiva, 2019.

¹⁹ Salvo, VENOSA, Sílvio D. **Código Civil Interpretado**, 4ª edição. Disponível em: Minha Biblioteca, Grupo GEN, 2019. P. 64

²⁰ GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Manual de Direito Civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva. 2018. P. 129.

personalidade jurídica for utilizada para se eivar de suas finalidades, para prejudicar terceiros, deve ser desconsiderada, isto é, não deve ser levada em conta a personalidade técnica, não deve ser tomada em consideração sua existência²¹

No que tange às relações de consumo, se aplica a teoria menor, prevista no art. 28, *caput*, do Código de Defesa do Consumidor, entretanto, a legislação consumerista não tem primazia pelo rigor técnico no momento da constatação da atitude fraudulenta por parte do fornecedor de bens e serviços, visto que o CDC menciona circunstâncias como abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito sem conceitua-los²².

Logo, o que se extrai é que a desconsideração da personalidade jurídica, via de regra é fruto de atitudes fraudulentas daqueles que perpetram a atividade empresarial, visando gerar prejuízos a terceiros, no caso da teoria maior, ou, gerando prejuízos ao consumidor, obstando a devida reparação dos danos causados, sendo sujeito ao procedimento previsto no art. 133 do Código de Processo Civil.

Todavia, a exceção à regra está no caso do MEI, ME e EPP, tendo em vista que a jurisprudência, especialmente a gaúcha²³, reconhece que nesses casos a confusão patrimonial se presume não por má-fé, mas sim porque essas são modalidades de constituição de empresa na qual o empresário pessoa física constitui a personalidade jurídica para adequação de requisitos tributários, logo, a ausência de distinção independe do preenchimento dos requisitos dos arts. 50 do Código Civil ou art. 28 do Código de Defesa do Consumidor.

3. DA POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR NOS CONTRATOS BANCÁRIOS FIRMADOS POR EMPRESAS

No caso da repactuação e resolução de dívidas que obstem o bom andamento da atividade econômica de empresas, usualmente se aplica a Lei de Recuperação de

²¹ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil - Parte Geral** - Vol. 1. São Paulo. Grupo GEN, 2021. P. 297.

²² BESSA, Leonardo Roscoe. **Código de Defesa do Consumidor Comentado**. São Paulo: Grupo GEN, 2020. P.184.

²³ Nesse sentido: AGRADO INTERNO. DECISÃO MONOCRÁTICA EM AGRADO DE INSTRUMENTO. DIREITO PRIVADO NÃO ESPECIFICADO. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO C/C COM INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. DECISÃO QUE DESACOLHE A IMPUGNAÇÃO A GRATUIDADE DA JUSTIÇA. MICROEMPRESÁRIO INDIVIDUAL. PEDIDO DE APRESENTAÇÃO DE BALANÇO PATRIMONIAL. PRESCINDIBILIDADE DA MEDIDA. ART. 1.179, §2º DO CC. **O patrimônio da microempresa individual confunde-se com o da pessoa física**, cujas declarações de imposto de renda foram acostadas com a petição inicial. Outrossim, a microempresa individual agravante possui personalidade jurídica diversa da pessoa física do empresário tão somente para fins fiscais, havendo confusão patrimonial entre ambos. Dessarte, uma vez que se confundem os patrimônios dos recorridos e considerando que a benesse da Gratuidade da Justiça foi concedida ao empresário individual, deverá ser estendida à microempresa, que, inclusive, está dispensada não está obrigado a levantar anualmente o balanço patrimonial e o de resultado econômico nos termos do artigo 1.179, §2º do CPC. AGRADO INTERNO DESPROVIDO. UNÂNIME. (Agravo, Nº 70079904090, Décima Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Gelson Rolim Stocker, Julgado em: 21-02-2019) (grifamos).

Empresas e Falências, visto que possui dispositivos próprios para a organização contábil da empresa a fim de recupera-la ou viabilizar sua falência de forma que cumpra com todos os seus débitos.

Não obstante, as causas do superendividamento e a caracterização do status falimentar são extremamente semelhantes, haja vista que a legislação pertinente a falência e recuperação de empresas exige que, na exordial da ação pertinente, sejam caracterizadas a impontualidade dos pagamentos das obrigações contraídas pelas empresas, prática de atos de insolvência e indicação de grave crise de cunho econômico-financeira que inviabiliza o empresário de dar prosseguimento em suas atividades²⁴.

Já a redação do art. 104-A do Código de Defesa do Consumidor estabelece com a devida clareza de que a ação de repactuação de dívidas para fins de tratamento do superendividamento, seja ele ativo ou passivo, deve ser proposto por pessoa natural, portanto, devendo-se observar as disposições atinentes ao Código Civil quanto à sua caracterização.

Em uma cognição sumária, em tese não se autorizaria a propositura da ação de repactuação de dívidas pela pessoa jurídica independentemente de sua constituição, afinal, via de regra a personalidade jurídica é distinta da personalidade natural daqueles que administram a empresa, se tornando completamente inviável a adoção da medida referida.

Entretanto, no caso de MEI, ME e EPP, a Lei Complementar nº 123, define uma caracterização mais enxuta para essas modalidades empresariais, inclusive para que a pessoa natural exerça serviços de forma individual podendo cumprir com suas obrigações perante o fisco de forma simplificada.

Portanto, incide no caso específico dessas três modalidades empresariais, quando constituídas por apenas uma pessoa natural o que a doutrina jurídica caracteriza como teoria da ficção, cuja conceituação delimita que “a pessoa jurídica, concebida dessa forma, não passa de simples conceito, destinado a justificar a atribuição de certos direitos a um grupo de pessoas físicas”²⁵

Apesar da teoria da ficção ter sua aplicabilidade recusada em diversas hipóteses, a jurisprudência já pacificou o entendimento de que a firma individual é uma ficção jurídica, é uma figura criada pelo ordenamento jurídico, cujo objetivo é franquear à

²⁴ NEGRÃO, Ricardo. *FALÊNCIA E RECUPERAÇÃO DE EMPRESAS*. São Paulo: Editora Saraiva, 2019. P. 18.

²⁵ GONÇALVES, Carlos. R. *Direito Civil Brasileiro - Volume 1*. São Paulo: Editora Saraiva, 2021. P. 201.

pessoa natural a realizar atos de comércio, concedendo-lhe tratamento especial de natureza fiscal.²⁶

Portanto, considerando que a confusão patrimonial entre os bens das pessoas jurídicas formadas por apenas uma pessoa no enquadramento de MEI, ME ou EPP não é oriunda das circunstâncias previstas nos arts. 50 do CC e 28 do CDC, o ônus de eventual superendividamento atingiria o patrimônio da pessoa natural, sendo viável a propositura da ação de repactuação de dívidas com a finalidade de tratar a situação posta.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante dos estudos realizados neste trabalho, se extrai que nas hipóteses da constatação de superendividamento por microempresas, a aplicação do Código de Defesa do Consumidor para tratamento do superendividamento se torna viável, visto que, diante da presunção de confusão patrimonial nas modalidades empresárias analisadas neste estudo, não por má-fé, mas sim por características inerentes ao registro da empresa, o ônus das dívidas envolve o patrimônio da pessoa natural que exerce a propriedade da pessoa jurídica, logo, cumprido o requisito do art. 104-A sendo, neste panorama específico, viável a propositura de ação de repactuação de dívidas.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

BRASIL. Constituição Federal 1988. **Código Civil de 2002**. Distrito Federal: Brasília, Congresso Nacional. 2021.

BRASIL. **Código de Defesa do Consumidor**: Lei n. 8075, de 11 de setembro de 1990. 2. ed. Porto Alegre: Assembleia Legislativa do Rio Grande do Sul, Comissão Mista Permanente de Defesa do Consumidor e Participação Legislativa Popular, 2016.

BRASIL. Constituição Federal 1988. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Distrito Federal: Brasília, Senado Federal: Centro Gráfico, 2016.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Direito do Consumidor**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Manual de Direito Civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva. 2018.

²⁶ NORA, Flávia. **Confusão patrimonial da pessoa física equiparada à jurídica**. Consultor Jurídico ISSN 1809-2829. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2008-dez-21/confusao_patrimonial_pessoa_fisica_equiparada_juridica> acessado em 15/12/2021.

GONÇALVES, Carlos. R. ***Direito Civil Brasileiro - Volume 1***. São Paulo: Editora Saraiva, 2021. P. 201.

MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**. 7 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters, 2018.

MARQUES, Cláudia de Lima, et al. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 4. ed. rev. atual. e. ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

NEGRÃO, Ricardo. ***Falência e recuperação de empresas***. São Paulo: Editora Saraiva, 2019.

NORA, Flávia. **Confusão patrimonial da pessoa física equiparada à jurídica**. Consultor Jurídico ISSN 1809-2829. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2008-dez-21/confusao_patrimonial_pessoa_fisica_equiparada_juridica> acessado em 15/12/2021.

NUNES, Luiz Antonio Rizzato. **Curso de Direito do Consumidor**. 8 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

TOMAZETTE, Marlon. **Curso de direito empresarial v 1 - teoria geral e direito societário**. São Paulo: Editora Saraiva, 2019.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil - Parte Geral - Vol. 1**. São Paulo. Grupo GEN, 2021.

VENOSA, Sílvio de Salvo. ***Código Civil Interpretado***, 4ª edição. São Paulo: Atlas, 2019.

A CORRELAÇÃO ENTRE O FENÔMENO DA CRISE, AS PRÁTICAS ABUSIVAS E AS LESÕES AOS INTERESSES TRANSINDIVIDUAIS DO CONSUMIDOR

THE CORRELATION BETWEEN CRYISIS, ABUSIVE PRACTIVES AND THE LESIONS AGAINST THE TRANSINDIVIDUAL INTERESTS OF THE CONSUMERS

Gabriel Sassi¹

Franco Scortegagna²

Resumo

O tema do presente trabalho é a análise da possível correlação entre o fenômeno das crises, as práticas abusivas e as lesões aos interesses transindividuais do consumidor. Na ocorrência das crises, independente de sua natureza, se vislumbra a ocorrência de práticas abusivas por parte dos fornecedores de bens e serviços, um exemplo disso se observou na Crise do Diesel, em que os proprietários de postos de combustíveis passaram a comercializar seus produtos com aumento nos preços. O estudo foi desenvolvido analisando o impacto dessas práticas no consumidor, a modalidade de dano que se vislumbra à coletividade e as formas pela qual a classe consumerista busca a reparação destes danos. A conclusão encontrada foi de que as crises de fato engendram práticas abusivas em razão do domínio econômico que os fornecedores possuem sobre os consumidores, gerando danos aos direitos transindividuais aos consumidores.

Palavras-chave: direitos do Consumidor, judicialização, direitos transindividuais, domínio econômico

Abstract

The theme of this work is the analysis of the possible correlation between the phenomenon of crises, abusive practices and injuries to the trans-individual interests of the consumer. In the event of crises, regardless of their nature, the occurrence of abusive practices by suppliers of goods and services can be seen, an example of which was observed in the Diesel Crisis, in which the owners of gas stations started to market their products with increase in prices. The study was developed by analyzing the impact of these practices on the consumer, the type of damage that is seen in the community and the ways in which the consumer class seeks to repair these damages. The conclusion found was that crises in fact engender abusive practices due to the economic domain that suppliers have over consumers, generating damage to the trans-individual rights of consumers.

Keywords: Consumer rights, judicialization, trans-individual rights, economic domain

¹ Acadêmico do X nível do Curso de Direito da Universidade de Passo Fundo, campus Carazinho; Estagiário do Juizado Especial Cível da Comarca de Carazinho; e-mail: 165060@upf.br

² Bacharel em Direito pela Universidade de Passo Fundo, Mestre em Direito e Especialista em Direito Processo Civil, Especialista em Direito do Consumidor pela Universidade de Passo Fundo, atualmente orientador do Programa Balcão do Consumidor – UPF. E-mail: fscortegagna@upf.br

INTRODUÇÃO

30 anos após a promulgação do Código de Defesa do Consumidor, a classe consumerista tem enfrentado toda a espécie de intempéries e crises que violem seus direitos transindividuais. As crises econômicas como a Crise de 2008 e a recessão que tomou conta do Brasil entre 2014, bem como crises de cunho social como a Crise do Diesel e os impactos gerados pela Pandemia ocasionada pelo novo coronavírus geraram diversos impactos na aplicação prática do Código de Defesa do Consumidor, especialmente sua aplicação mitigada, com pouca eficácia de suas regras e princípios. O presente trabalho tem como objetivo averiguar a natureza desses eventos, a espécie de direitos consumeristas que são violados, por que e como as garantias consumeristas são violadas. Este estudo encontra sua justificativa no sentido de que, atualmente, as relações de consumo adquiriram contornos mais dinâmicos em razão dos avanços tecnológicos, logo, necessário compreender a raiz das práticas abusivas nestes novos tempos a partir de uma análise social da norma.

1. DESENVOLVIMENTO

É cristalino que o Direito do Consumidor, seja no âmbito constitucional e infraconstitucional, é fruto de uma longa caminhada e de uma demanda social muito poderosa. Neste sentido, é necessário virar os olhos para o aspecto social dessa área das ciências jurídicas.

Afinal, à medida em que a sociedade se desenvolve em todos os aspectos imagináveis, o consumo também se desenvolve, tendo consumidores com novas necessidades e fornecedores dispostos a empregar os meios necessários para satisfazer esta sede por inovação e auferir maiores lucros através do comércio de bens e serviços.

A interpretação sociológica, que, “verifica a adaptação da lei à realidade e necessidade social, ou seja, o sentido social da norma³”, é fulcral para a compreensão do Código de Defesa do Consumidor em sua essência. Isso porque o CDC possui diversas disposições principiológicas.

Portanto, justifica-se nesse ponto, uma análise que transcende a cognição da norma, da doutrina jurídica e das decisões judiciais, mas busque analisar a sociedade como um todo e de parte dos fenômenos econômicos, afinal, eles também geram pressão dentro da área do Direito.

³ SIQUEIRA JR, Paulo Hamilton. **Teoria do Direito**. 5.ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.p. 147

Além disso, neste capítulo objetiva-se abordar o desenvolvimento da sociedade de consumo, que, segundo o intelectual Zygmunt Bauman⁴, “representa o tipo de sociedade que promove, encoraja ou reforça a escolha de um estilo de vida e uma estratégia existencial consumistas e rejeita todas as culturas alternativas”, após as privatizações de 1998.

Afinal, conforme se verifica no curso da história, as pressões sociais e as lutas por mais dignidade ensejaram em grandes alterações na realidade fática e na realidade jurídica de diversos países, conforme aventado no capítulo anterior, quando mencionada a Revolução Francesa e a Revolução Industrial como eventos que impactaram de forma grandiosa o Direito do Consumidor.

Para tanto, necessária a análise das práticas abusivas que “são ações e/ou condutas que, uma vez existentes, caracterizam-se como ilícitas, independentemente de se encontrar ou não algum consumidor lesado ou que se sinta lesado⁵”, o estudo acerca de como os fornecedores e consumidores se comportam no mercado de consumo em tempos contemporâneos, o exame das crises econômicas como fator que desencadeia as práticas abusivas e, por fim, as análises propedêuticas acerca dos Direitos Coletivos dos Consumidores que são violados no momento em que crises sociais, sanitárias ou econômicas são deflagradas.

Um dos objetos de estudo mais eficientes a fim de verificar a questão do fornecimento de serviços, práticas abusivas e demais violações ao Código de Defesa do Consumidor são os serviços de telefonia, que entraram dentro do imenso rol de itens comercializados pela iniciativa privada, desde que a Telebrás foi privatizada no ano de 1998, em uma das maiores privatizações realizadas na história do Brasil, rendendo aproximadamente R\$ 22 bilhões de reais aos cofres públicos à época⁶.

A partir disso, com o intuito de conquistar novos consumidores para contratar os serviços, foram criadas campanhas de marketing, planos telefônicos e outros bens a custo mais amigável, aumentando os níveis de concorrência dentro deste determinado mercado, se valendo da vulnerabilidade do consumidor em uma gama de serviços totalmente nova, tal situação se amolda nos dizeres de Carpena⁷, que, acerca do tema, aduz que

Concorrência, na economia de mercado, significa a circunstância na qual se

⁴BAUMAN, Zygmunt. **Vida Para Consumo: A Transformação de Pessoas em Mercadorias**. tradução: Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed. 2007. p. 71

⁵ NUNES, Rizzato. **Curso de Direito do Consumidor**. 13. ed. São Paulo: Saraiva. 2019. p. 603

⁶ FOLHA DE SÃO PAULO. **Teles são privatizadas por R\$ 22 bi e ágio médio de 64**. Publicado em 30 de julho de 1998, disponível em < Teles são privatizadas por R\$ 22 bi e ágio médio de 64%> Acessada em 21/11/2020.

⁷ CARPENA, Heloísa. **O Consumidor no Direito de Concorrência**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 9

encontram fornecedores de produtos ou serviços, disputando uma clientela que se disponha a adquiri-los, e **tendo por fim um objetivo empresarial, que pode ser maior lucratividade, maior volume de vendas ou simplesmente maior parcela de mercado.**(grifo nosso)

Entretanto, apesar das grandes inovações, o ramo de telefonia se tornou um dos maiores perpetradores de infrações ao CDC, sendo objeto de diversos procedimentos administrativos perante os PROCONs do Brasil inteiro, apenas para se tomar um exemplo, segundo o site “consumidor.gov”, que serve para solucionar os impasses consumeristas, as queixas referentes à empresas de telefonia representavam um percentual de 37,8% de todas as reclamações registradas em agosto de 2019⁸.

Entretanto, a relação de consumo *de per si* não é equânime, afinal, a atuação dos PROCONs ainda é necessária a fim da manutenção dos direitos consumeristas, nesse sentido, Carolina Zenha Saraiva explica que para buscar uma solução para os impasses impostos por esse mercado de consumo, ele deixa de realizar tarefas do seu cotidiano esperando horas em chamadas telefônicas nos SAC⁹s ou aguardando sua vez em enormes filas bancárias, sendo que em alguns casos, a demora é injusta, o que pode levar à possibilidade de postular pela indenização do fornecedor por um bem extrapatrimonial: o tempo!¹⁰

Não obstante, a judicialização do Direito do Consumidor se tornou uma constante no cotidiano jurídico do país, contribuindo não somente para a sobrecarga processual dentro do poder judiciário, mas também para a perda de celeridade na resolução dos impasses consumeristas e o consequente esvaziamento das garantias da classe consumidora, com processos judiciais morosos, que, segundo dados levantados pelo programa “Justiça em Números” do CNJ¹¹, aponta que no ano de 2019, uma ação judicial, na fase de conhecimento, no âmbito do TJ/RS¹², tramita por cerca de 3 anos e 3 meses, conforme se verifica na tabela abaixo

⁸ ESTADÃO. **Telefonia é setor com mais reclamações de clientes em julho, segundo Consumidor.gov**. Disponível em <https://economia.estadao.com.br/noticias/geral,telefonia-e-setor-com-mais-reclamacoes-de-clientes-em-julho-segundo-consumidorgov,70002964779>> Acessado em 21/11/2020

⁹ Serviço de Atendimento ao Consumidor

¹⁰ SARAIVA, Carolina Zenha. **A valorização do tempo no Direito do Consumidor**. Publicado em 15/10/2020, disponível em < <https://www.procon.rs.gov.br/a-valorizacao-do-tempo-no-direito-do-consumidor>> Acessado em 22/11/2020

¹¹ Conselho Nacional de Justiça

¹² Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul

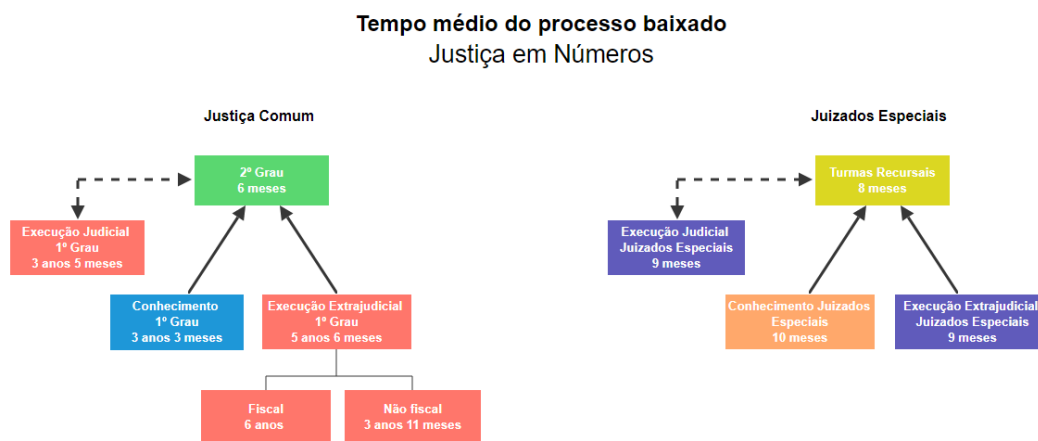


Fig. 1. Tempo Médio do Processo Baixado no TJ/RS, dados do ano de 2019. *Justiça em Números*¹³.

Tabela 7: TJ/BA – Principais litigantes em Turma Recursal como parte passiva, em %

Sector	2010	2011	2012	2013
Sector Financeiro	52	48,8	40,4	40,7
Serviços de Telefonia e Comunicações	19,7	9,8	18,1	21,9
Seguros e Planos de Saúde	16,9	22,5	19,9	14,4
Serviços Diversos	5,6	10,8	14,8	16,5
Comércio	4	5,1	5,2	5,2
Previdência privada e Fundos de Pensão	1,1	1,4	0,8	0,8
Sector de Consórcios	0,7	1,7	0,7	0,6
Total de processos	21.651	36.686	69.355	97.699

Fonte: AMB, 2015

Ainda na linha dos reflexos dos empecilhos enfrentados pela classe consumerista no pleito pelos seus direitos, conforme dados levantados pela Associação de Magistrados do Brasil, o número de demandas envolvendo relações de consumo como serviços de telefonia, serviços financeiros, comércio, planos de saúde e serviços diversos teve um aumento significativo na jurisdição das turmas recursais do TJ/BA, conforme se depreende da tabela abaixo

Fig. 2. Principais Litigantes em Turma Recursal como Parte Passiva da Associação de Magistrados do Brasil, *O Uso da Justiça e o Litígio no Brasil*.¹⁴

Com esses dados, é possível começar a delinear algumas hipóteses para compreender a forma como se comporta a defesa prática dos interesses do consumidor. E, infelizmente, a constatação principal é que, apesar do Código de Defesa do

¹³ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA – CNJ. **Justiça em Números**. Disponível em <https://paineis.cnj.jus.br/QvAJAXZfc/pendoc.htm?document=qvw_1%2FPainelCNJ.qvw&host=QVS%40neodimio03&anonymous=true&sheet=shResumoDespFT>. Acesso em: 23 de novembro de 2020.

¹⁴ ASSOCIAÇÃO DE MAGISTRADOS DO BRASIL. **O Uso da Justiça e o Litígio no Brasil**. 2018. p. 92.

Consumidor, em seu artigo 5º, definir os mecanismos aptos a garantir uma defesa prática do consumidor no mercado, a realidade é que tal garantia fundamental só se realiza no momento em que é judicializada.

As práticas abusivas, previstas no art. 39 do CDC, que ensejam diversas ações judiciais, em seus treze incisos, “de forma meramente exemplificativa (*numerus apertus*) e que devem ser repelidas quando constatadas”¹⁵, em uma análise mais aprofundada constata-se que o ímpeto do legislador foi de não limitar a proteção do consumidor.

Ou seja, esta modalidade de ilicitude que é praticada em desfavor da classe consumidora é considerada atos ilícitos *ipso facto*, apenas em razão de sua existência e manifestação no mundo sensível, ao arrepio da legislação própria para a proteção do consumidor. Sendo que, em decorrência do rol meramente exemplificativo, as hipóteses de enquadramento de práticas contratuais e extracontratuais como abusivas não são esgotáveis¹⁶

Os efeitos diretos da constatação da prática abusiva são a nulidade de pleno direito da cláusula abusiva e a redução do contrato de consumo, com a supressão da cláusula, sendo que a experiência brasileira na aplicação do CDC vem demonstrando a preferência da jurisprudência no reconhecimento da invalidade apenas da cláusula e não do negócio como um todo, sendo dever do Juiz de Direito promover os esforços de adequação do contrato, corrigindo a lacuna referente à nulidade tendo em vista a boa-fé e equilíbrio contratual.¹⁷

Mesmo com a proteção garantida pelo CDC, as garantias consumeristas são ignoradas, sendo corriqueiras no mercado de consumo violações como a prática da venda casada, que trata sobre a venda de um produto condicionando o consumidor a adquirir outro, sem justa causa, como exemplos, podemos citar bancos que, como pré-requisito para abrir uma conta corrente, impõe a manutenção de um saldo médio ou, para celebrar contrato de empréstimo, exige a contratação de um seguro de vida. Na mesma linha, podemos citar o garçom que somente serve bebida ou permite que o cliente continue no estabelecimento bebendo se pedir algo para comer, dentre outras práticas.¹⁸

Em razão da relação de consumo entre fornecedores de bens e serviços e consumidores se tratar de uma relação de direito privado, em linhas gerais, ele é regido

¹⁵ GARCIA, Leonardo Medeiros. **Direito do Consumidor: Código Comentado e Jurisprudência**. Rio de Janeiro: Editora Impetus. 2006. p. 111

¹⁶ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Direito do Consumidor**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 118

¹⁷ MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**. 7. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Thomas Reuters. 2018. p. 395

¹⁸ NUNES, Rizzato. **Curso de Direito do Consumidor**. 13. ed. São Paulo: Saraiva. 2019 p. 406

pelo Código de Defesa do Consumidor, sendo amparado pelo Código Civil apenas quando as disposições do primeiro código forem omissas, conforme rege o princípio jurídico *lex specialis derogat lex generalis* (lei especial derroga/suprime lei geral), conhecido também como princípio da especialidade no qual “havendo contradição entre uma norma jurídica que regule um tema genericamente e uma norma que regule o mesmo tema do modo específico, sendo ambas de mesma hierarquia, prevalece a norma jurídica especial.”¹⁹

O art. 39 do CDC adota como imperativo o princípio da boa fé contratual ao formular o rol ilustrativo e taxar aquelas práticas como abusivas, fazendo com que os fornecedores de bens e serviços adequem seus produtos e modalidades de venda ao que dispõe o CDC, se abstendo de sujeitar os consumidores a práticas ilegais, antiéticas e desonestas, como publicidade abusiva, cobrança vexatória de dívidas ou qualquer outro comportamento impróprio que venha a representar risco ou lesão aos direitos do comprador, devendo ter lisura, responsabilidade e comprometimento com a defesa dos interesses do consumidor que está disposto a realizar negócios.²⁰

Necessário destacar que a manutenção do contrato, ao invés da sua extinção se deve a um direito do consumidor para que se mantenha a eficácia do contrato nas disposições em que suas garantias e direitos fundamentais sejam respeitados, acerca do tema, o doutrinador Bruno Miragem faz a seguinte colocação:

O fundamento desta redução do contrato de consumo, e da clara intenção do legislador em promover a conservação do contrato em sua parte válida, está na existência de um *direito básico do consumidor à manutenção do contrato*. Este direito decorre basicamente da função do contrato no atendimento de uma necessidade ou expectativa futura. Trata-se o contrato, muitas vezes, de instrumento de estabilização de expectativas futuras e sua manutenção vem ao encontro do atendimento destas expectativas, quando legítimas.²¹

Contudo, é necessário entender o que justifica, motiva ou impele os fornecedores a realizar práticas abusivas através de cláusulas contratuais ou atos realizados durante a negociação, afinal, a norma proibitiva existe, assim como os órgãos de proteção e a proteção jurisdicional aos interesses consumeristas, mesmo que em parte.

Embora o direito à concorrência seja uma relação tipicamente desenvolvida entre empresas, não se pode dissociar o consumidor desse meio porque a concorrência se desenvolve como uma competição por espaço e consolidação no mercado de consumo,

¹⁹ SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Hermenêutica e Interpretação Jurídica**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. P.124

²⁰ FILOMENO, José Geraldo Brito. **Direitos do Consumidor**. 15. ed. ver. atual. e ref. São Paulo: Atlas, 2018. P.489

²¹ MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**. 7. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Thomas Reuters. 2018. p. 400-401.

onde as empresas empregam recursos em elementos formadores de opinião, situação que propicia a circulação de informações verídicas com a qual os agentes do mercado, dentre estes, destacam-se os consumidores, podem tomar suas decisões²²

Esta prática é garantida pelo texto constitucional pátrio, afinal, o valor social da livre iniciativa é reconhecida pela Constituição Federal de 1988 como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, e, não menos importante, como um dos princípios da ordem econômica nacional, conforme preveem os arts. 1º, inciso IV e 170, inciso IV. Sobre esta importante temática, explica Alexandre de Moraes²³, Ministro do STF²⁴

O artigo 170 da Constituição Federal, com a nova redação que lhe deu a Emenda Constitucional nº 06/1995, consagrou a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre-iniciativa. Igualmente, o artigo 170 estabeleceu a finalidade à ordem econômica constitucional: garantia de existência digna, conforme os ditames da justiça social. A Carta Magna, ainda, assegurou a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

Portanto, não é possível interpretar que a mera existência da iniciativa privada é um acinte aos direitos do consumidor, afinal, ela também goza de proteção constitucional e, ausente a livre-iniciativa, é impossível se contemplar o fenômeno do consumo. Assim sendo, os fornecedores e consumidores coexistem em uma relação de interdependência, contribuindo um com o outro para a sua perpetração no mundo sensível.

Em tempos recentes, o consumo tomou dimensões consideravelmente maiores. Com o advento da internet e a abertura de novos canais de fornecimento de bens e serviços, um número maior de fornecedores ingressou no mercado, buscando a manutenção de seus interesses. Com isso, foi possível observar que o fenômeno do consumo começou a se tornar consumismo, conforme explica o consagrado sociólogo Zygmunt Bauman²⁵

Diferente do consumo, que é basicamente uma característica e uma ocupação dos seres humanos como indivíduos, *o consumismo é um atributo da sociedade*. Para que uma sociedade adquira esse atributo, a capacidade profundamente individual de querer, desejar e almejar deve ser, tal como a capacidade de trabalho na sociedade de produtores, destacada (“alienada”) dos indivíduos e reciclada/reificada numa força externa que coloca a “sociedade de

²² CARPENA, Heloísa. **O Consumidor no Direito de Concorrência**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 10

²³ MORAES, Alexandre. **Direito Consitucional**. X. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

²⁴ Supremo Tribunal Federal

²⁵ BAUMAN, Zygmunt. **Vida Para Consumo: A Transformação de Pessoas em Mercadorias**. tradução: Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed. 2007. p. 41

consumidores” em movimento e a mantém em curso como uma forma específica de convívio humano, enquanto ao mesmo tempo estabelece parâmetros específicos para as estratégias individuais de vida que são eficazes e manipula as probabilidades de escolha e conduta individuais.

Nessa mesma linha, se observa a espetacularização do consumo, através de grandes campanhas de liquidação como a *Black Friday*, por exemplo. Guy Debord, escritor situacionista francês, conceitua o *espetáculo* como uma das formas derradeiras do domínio econômico sobre a vida humana²⁶, tendo como consequência o “fetichismo pela mercadoria, a dominação da sociedade por ‘coisas suprassensíveis embora sensíveis’”²⁷

A análise dedutiva que se faz acerca do que foi exposto é que estes fenômenos **agravam** a vulnerabilidade do consumidor, afinal a fetichização da mercadoria, que culmina no estímulo ao consumismo desenfreado, tem como resultado a deterioração do poder econômico do consumidor, o deixando sujeito a práticas abusivas.

Nesse sentido, também é necessário compreender o impacto das crises dentro do impacto de consumo, dentro do panorama consumista que se observa nos tempos contemporâneos, como objeto de estudo, é possível analisar os fenômenos que ocorreram nas Crise do Diesel, em 2018 e na atual pandemia do Coronavírus.

À época da primeira das crises suscitadas acima, em razão do aumento do preço do combustível sem justa causa, gerando, como consequência a greve dos caminhoneiros, que causou o desabastecimento de vários setores do mercado de consumo, tais como supermercados, farmácias, lojas de artigos de vestuário, dentre outros. Em razão desta prática abusiva, o PROCON-SP recebeu mais de 4.000 (quatro mil) denúncias, sendo que 1.429 (mil quatrocentos e vinte e nove) daquelas tinham os elementos necessários para notificação e aplicação de multa²⁸.

Um evento mais recente foi o aumento astronômico do preço do álcool gel nos períodos iniciais da pandemia de Coronavírus no Brasil, onde, em razão da procura altíssima pelo produto, houve a elevação da precificação do produto, conforme apontado pelo PROCON-SP, houveram mais de 2.000 (duas mil) denúncias de aumento abusivo do produto, cujo valor teve uma elevação de aproximadamente 590%²⁹

²⁶ DEBORD, Guy. **A Sociedade do Espetáculo**. Tradução: Estela dos Santos Abreu. Rio de Janeiro: Contraponto, 1997. p.18

²⁷ DEBORD, Guy. **A Sociedade do Espetáculo**. Tradução: Estela dos Santos Abreu. Rio de Janeiro: Contraponto, 1997. p. 28

²⁸ OTTA, Lu Aiko; LEITE, Pedro Ladislau. **Procon pode multar mais de 1,4 mil postos em SP por Preços abusivos**. Disponível em <<https://economia.estadao.com.br/noticias/geral,procon-pode-multar-mais-de-1-4-mil-postos-em-sp-por-precos-abusivos,70002337324>> Acessado em 28/11/2020.

²⁹ EXAME. **Preço do Álcool Gel Subiu Até 590%, aponta o Procon-SP**. Publicado em 07 de abril de 2020. Disponível em <<https://exame.com/seu-dinheiro/preco-do-alcool-gel-subiu-ate-590-diz-procon-sp/>> Acessado em 28/11/2020

Com estas informações, é possível constatar que as práticas abusivas, decorrem tanto de um cenário de concorrência que busca se aproveitar do consumismo da sociedade de consumo, ou responde à procura exacerbada dos consumidores por produtos que estão em estado de escassez porque uma crise se alastrou.

Apesar de os fornecedores e consumidores coexistirem de forma sinérgica, sendo que um necessita do outro para satisfazer seus interesses e necessidades, têm-se que a atuação estatal deve prezar pela salvaguarda dos consumidores na dicotomia entre capitalismo e direito do consumidor, afinal, o consumo de bens e serviços movimenta a economia, é garantia fundamental e princípio da Ordem econômica.

As crises supracitadas embora tenham ocorrido por razões distintas e contextos históricos muito diferentes, guardam uma importante semelhança: em ambos os casos, a prática abusiva prevista no art. 39, inciso X gerou danos à coletividade dos consumidores, demandando uma atuação dos órgãos de defesa do consumidor a fim de averiguar e sancionar os perpetradores da referida ilegalidade.

No caso da Crise do Diesel, em razão do aumento no preço do Óleo Diesel, a classe de caminhoneiros deixou as estradas a fim de realizar uma greve, o que causou um impasse enorme na distribuição do combustível referido, de alimentos, insumos e outros itens necessários para a manutenção da vida humana³⁰, lesando uma classe indeterminável de consumidores que faziam uso do combustível de forma direta ou indireta.

Já no caso do aumento de preços de álcool gel na pandemia de coronavírus, o fato gerou óbice na compra do referido produto para muitas pessoas, ocasionando uma possível transmissão deste vírus letal, agravando ainda mais a crise de saúde pública e expondo um número maior de pessoas à doença.

A fim de garantir proteção a estes interesses, encontra-se previsto no art. 81, *caput*, do CDC, garante a proteção aos interesses difusos e coletivos, estes, podendo ser determinados como interesse pessoal de um determinado grupo; seu reconhecimento como soma de interesses e síntese de interesses de bem comum³¹

Portanto, a fim de compreender a espécie de lesão causadas por estas práticas abusivas suscitadas pelas referidas crises, se mostra necessário o estudo dos direitos transindividuais do consumidor, quais sejam: Direitos Coletivos, Direitos Individuais Heterogêneos e Direitos Difusos.

³⁰ CAVALLINI, Marta. **Greve dos caminhoneiros afeta abastecimento em supermercados e paralisa produção de frigoríficos**. Disponível em < <https://g1.globo.com/economia/noticia/greve-dos-caminhoneiros-afeta-abastecimento-de-pereciveis-em-supermercados-e-paralisa-producao-de-frigorificos.ghtml> > Acessado em 28/11/2020

³¹ MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*. 7. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Thomas Reuters. 2018. p. 766.

Os Direitos Difusos, segundo Leonardo Roscoe Bessa, são uma modalidade de direito metaindividual, cuja natureza é indivisível e comum a qualquer categoria de pessoas não determináveis que se encontram unidas em razão de uma situação de fato. A conceituação legal deste Direito se vale do critério de indeterminação dos titulares e da ausência entre eles da relação jurídica base e pela indivisibilidade do bem que é o objeto do fato que lesa este direito.³²

Alguns exemplos de interesses difusos passíveis de tutela coletiva de consumidores seriam os dos consumidores expostos a peças de publicidade enganosas ou abusivas, apesar de não terem celebrado contrato com o fornecedor do bem ou serviço. Este entendimento é sustentado pelo fato de que, mesmo sem ter contratado com o proprietário, eles estão sujeitos aos prejuízos decorrentes da referida prática.³³

Em razão deste fenômeno de fato, o direito difuso engloba uma cadeia abstrata de pessoas, sendo impossível identifica-las, que, em razão desta peculiaridade, sua tutela jurisdicional pode se dar pela ação coletiva, que objetiva a interrupção da publicidade enganosa ou abusiva, a vedação da circulação de produtos nocivos ou que representem perigo aos consumidores³⁴.

Os interesses ou direitos coletivos do consumidor tem sua conceituação determinada pelo art. 81, inciso II³⁵ do Código de Defesa do Consumidor, sendo que suas características são a natureza indivisível, o objeto indivisível por razão fática, sujeitos determináveis e uma relação jurídica comum que gerou o fato o fato lesivo aos interesses da coletividade. Portanto, à primeira vista, há uma diferenciação latente com os direitos difusos.

A principal diferença entre estes dois institutos repousa no elemento integrador dos sujeitos que reservam para si a titularidade desta modalidade de direito, afinal, quando falamos de interesses ou direitos coletivos, tratam-se de pessoas ligadas por circunstâncias de fato, e, em razão disso são indetermináveis, formando elo através de uma relação jurídica base, como um contrato de consumo onde há uma massa de consumidores contratantes, em razão disso, sua titularidade é determinada ou determinável.³⁶

³² MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 2.ed. São Paulo: RT, 2009. P. 386.

³³ MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**. 7. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Thomas Reuters. 2018. p. 769

³⁴ MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 2.ed. São Paulo: RT, 2009.. P. 386.

³⁵ Art. 81 [...] II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;

³⁶ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Direito do Consumidor**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 402.

Alguns exemplos típicos desta modalidade de direito transindividual é o mau tratamento de água e esgoto dispensada aos consumidores, má prestação de serviços escolares, vícios na concessão de gás, dentre outros. Note-se que todos os modelos suscitados se trata de objeto indivisível, mas seu mau fornecimento pode gerar danos individuais. No entanto, a situação inversa não é verdadeira nem todo direito individual homogêneo é um direito coletivo típico, mas se trata de um direito coletivo.³⁷

Desta forma, depreende-se que esta modalidade de direito pode ser resguardada não necessariamente pela via judicial, podendo o PROCON intervir nestas transgressões a fim de fazer a manutenção destes direitos através do processo administrativo, sendo desnecessário um investimento alto em tempo para solução desta modalidade de litígio.

Por último, mas não menos importante, resta a análise dos direitos individuais homogêneos, cuja proteção é adargada pelo art. 81, inciso III³⁸ do Código de Defesa do Consumidor, que, em poucas palavras, estabelece que esta modalidade de direitos decorre das relações jurídicas onde há uma origem comum.

Pensando esta modalidade de direito numa perspectiva processual, a origem comum decorre de dois fatores: o fato e o fundamento jurídico. Na hipótese de se averiguar dano a um grupo de consumidores, o direito de ser indenizado decorre de origem comum, contudo, este é necessário haver homogeneidade, que se compreende como uma superação da perspectiva objetiva sobre a individual, devendo assim ser tutelada pelo microssistema coletivo.³⁹

Dessa forma, depreende-se que os interesses coletivos difusos, a fim de serem configurados, necessitam do referido traço, nas quais se representa a soma de pretensões, que resultará em ação plúrima, através de litisconsórcio ativo facultativo, para ser submetido à análise do poder judiciário.⁴⁰

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir das considerações doutrinárias acima expostas, das matérias jornalísticas e dos dados coletados, compreende-se que, em razão das crises atingirem um número grande de pessoas, as práticas abusivas dela advindas configura diversas

³⁷ NUNES, Rizzato. **Curso de Direito do Consumidor**. 13. ed. São Paulo: Saraiva. 2019. p. 821.

³⁸ Art. 81 [...] III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

³⁹ TARTUCE, Flávio. NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito do Consumidor**. 9. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Método, 2020.

⁴⁰ MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**. 7. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Thomas Reuters. 2018. p. 770

lesões aos direitos transindividuais, citando como exemplo, a lesão aos direitos difusos do consumidor no episódio da Crise do Diesel.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ASSOCIAÇÃO DE MAGISTRADOS DO BRASIL. *O Uso da Justiça e o Litígio no Brasil*. 2018.

BRASIL. Constituição Federal 1988. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Distrito Federal: Brasília, Senado Federal: Centro Gráfico, 2016.

_____. **CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR:** *Lei n. 8075, de 11 de setembro de 1990*. 2. ed. — Porto Alegre: Assembleia Legislativa do Rio Grande do Sul, Comissão Mista Permanente de Defesa do Consumidor e Participação Legislativa Popular, 2016.

_____. *Lei nº 7.345/75. Lei da Ação Civil Pública*.

BAUMAN, Zygmunt. *Vida Para Consumo: A Transformação de Pessoas em Mercadorias*. tradução: Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed. 2007.

BOLSON, Smone Hegele. *Direito do Consumidor e Dano Moral*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2002.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Direito do Consumidor*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA – CNJ. *Justiça em Números*. Disponível em <https://paineis.cnj.jus.br/QvAJAXZfc/opensoc.htm?document=qvw_1%2FPainelCNJ.qvw&host=QVS%40neodimio03&anonymous=true&sheet=shResumoDespFT>.

DEBORD, Guy. *A Sociedade do Espetáculo*. Tradução: Estela dos Santos Abreu. Rio de Janeiro: Contraponto, 1997.

FILOMENO, José Geraldo Brito. *Direitos do Consumidor*. 15. ed. ver. atual. e ref. São Paulo: Atlas, 2018.

FUNDAÇÃO PROCON-SP. *35 Anos do Procon-SP Edição Comemorativa*. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo. 2011.

GARCIA, Leonardo Medeiros. *Direito do Consumidor: Código Comentado e Jurisprudência*. Rio de Janeiro: Editora Impetus. 2006.

MARQUES, Claudia Lima; **BENJAMIN,** Antonio Herman; **BESSA,** Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 2.ed. São Paulo: RT, 2009.

MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*. 7. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Thomas Reuters. 2018.

MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. X. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

NUNES, Rizzato. *Curso de Direito do Consumidor*. 13. ed. São Paulo: Saraiva. 2019.

TARTUCE, Flávio. **NEVES**, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito do Consumidor*. 9. ed. rev. atual. e. ampl. São Paulo: Método, 2020.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil, Parte Geral*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013

SIQUEIRA JR, Paulo Hamilton. *Teoria do Direito*. 5.ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. *Hermenêutica e Interpretação Jurídica*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - STJ. RECURSO ESPECIAL: REsp 686209 RS 2004/0111329-9. Relator: Ministro Massami Uyeda. DJ: 07/04/2010. **Superior Tribunal de Justiça**, 2010.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – STF: Suspensão de Liminar nº 235-0/TO. Relator: Gilmar Mendes. DJ: 08/07/2008. Supremo Tribunal Federal. Supremo Tribunal Federal, 2008.

O AGRAVAMENTO DA VULNERABILIDADE DO CONSUMIDOR DECORRENTE DOS AVANÇOS TECNOLÓGICOS: O DIREITO DO CONSUMIDOR NO COMÉRCIO ELETRÔNICO

THE WORSENING OF CONSUMER VULNERABILITY DUE TO TECHNOLOGICAL ADVANCES: THE CONSUMER'S RIGHT IN ELECTRONIC COMMERCE

Jovana De Cezaro¹

Estefani Teixeira²

Rogério da Silva³

Resumo

Este artigo reflete sobre o agravamento da vulnerabilidade do consumidor frente aos avanços tecnológicos no *e-commerce*. Hoje, as pessoas estão vulneráveis no mundo digital, essencialmente nas relações de consumo. Desse modo, faz-se necessário colocar limites na publicidade, pois esta é hoje um dos principais meios para o capitalismo conquistar seu objetivo. Assim, visando sempre à lucratividade *versus* a vulnerabilidade do consumidor digital, tem-se maior preocupação em tutelar os direitos e garantias desses consumidores. O consumo consciente e sustentável apresenta-se como uma alternativa, com vistas à conscientização da sociedade por meio da educação para o consumo, que irá refletir na diminuição de outros problemas como os relacionados ao meio ambiente. Para tanto, a partir duma leitura sociológica e usando o método funcionalista, examina-se a vulnerabilidade dos consumidores diante do tratamento de dados pessoais pelo varejo *on-line* com a acentuação trazida pela hiperconexão. Com a vulnerabilidade do consumidor no comércio digital, conclui-se que o consumo sustentável, inteligente, pautado na educação financeira e na educação para o consumo se mostra como solução para evitar ou diminuir conflitos consumeristas.

Palavras-chave: Vulnerabilidade do consumidor; Proteção de dados; E-commerce; Educação para o consumo; Sustentabilidade nas relações consumeristas.

Abstract

This article reflects on the aggravation of consumer vulnerability to technological advances in e-commerce. Today, people are vulnerable in the digital world, essentially in consumer relations. Thus, it is necessary to place limits on advertising, as this is today one of the main means for capitalism to achieve its objective. Thus, always aiming at profitability versus the vulnerability of the digital consumer, there is greater concern in protecting the rights and guarantees of these consumers. Conscious and

¹ Mestranda do Programa de Pós Graduação em Direito da Universidade de Passo Fundo - UPF. Pós-Graduada em Direito do Trabalho. Pós-Graduada em Advocacia Cível. Advogada. Endereço eletrônico: jovanadc@hotmail.com.

² Mestranda do Programa de Pós Graduação em Direito da Universidade de Passo Fundo - UPF. Especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho, pela Pontifícia Universidade do Rio Grande do Sul – PUCRS. Pesquisadora acadêmica. Membro da ABA. Membro e Coordenadora do GT pesquisa CES. Advogada. Endereço eletrônico: Estefani.f.teixeira@gmail.com

³ 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. Advogado. Endereço eletrônico: rogerio@upf.br.

sustainable consumption presents itself as an alternative, with a view to raising awareness in society through education for consumption, which will reflect in the reduction of other problems such as those related to the environment. For that, from a sociological reading and using the functionalist method, the vulnerability of consumers to the treatment of personal data by online retailers is examined, with the accentuation brought about by hyperconnection. With the vulnerability of consumers in digital commerce, it is concluded that sustainable, intelligent consumption, based on financial education, is a solution to avoid or reduce consumerist conflicts.

Keywords: Consumer vulnerability; Data protection; E-commerce; Education for consumption; Sustainability in consumer relations.

INTRODUÇÃO

A pesquisa analisa a vulnerabilidade do consumidor nas relações de consumo e o aumento vertiginoso do comércio eletrônico. Destarte, torna-se clara a vulnerabilidade do consumidor frente a manipulação de dados na Internet, pois nos novos tempos as TICs nos permeiam por meio de nossos aparelhos tecnológicos: celular, *notebook*, computador, *tablet* etc., os quais são nossos novos “membros” e hoje muitas pessoas são dependentes dessas tecnologias, seja para o trabalho, lazer, consumo, ócio, numa gama de possibilidades. O tema merece atenção frente à inserção dos meios tecnológicos para o consumo descomunal das pessoas no comércio eletrônico, e a vulnerabilidade desses consumidores. O artigo aborda também as estratégias da indústria do varejo nas redes sociais para a manipulação e persuasão das pessoas, valendo-se da má-fé, para consumirem cada vez mais sem precisar.

Vive-se, hoje, numa sociedade cercada das mais distintas tecnologias, o que potencializa a propagação de informação e conhecimento de forma instantânea, ao que se tem a manipulação dos algoritmos sobre os hábitos dos internautas hiperconectados. Passa-se por uma transformação cultural e social, em que as pessoas da mesma casa permanecem hiperconectadas, ocasionando na mistura das relações pessoais com as profissionais e tornando-se ainda mais recorrente a compra pelo comércio digital. Dessa forma, ocorreu grande aumento das pessoas superendividadas nesse período, ou seja, sem dinheiro para quitar seus débitos e sua subsistência.

É inegável que a internet transformou o modo de interação da sociedade. Muitas pessoas e empresas se utilizam dela como meio de divulgar e vender produtos. Com isso, grande parte dos usuários consideram a compra pela internet como um meio seguro e fácil de adquirir bens e serviços no conforto de seu lar. Tal situação fomenta o consumismo que caracteriza a sociedade de consumo.

O presente artigo tem por escopo analisar a proteção dos dados dos titulares, a vulnerabilidade dos consumidores, as estratégias do varejo digital, a importância de

consumir de forma sustentável para um consumo inteligente. Diante disso, apresenta soluções para tutelar os direitos e garantias fundamentais e a essencialidade da proteção dos seus dados, bem como demonstrando que o consumo sustentável, por meio da educação para um consumo inteligente, se torna imprescindível na situação vivida atualmente.

A globalização e os avanços trazidos pela tecnologia têm impactado a vida das pessoas. Nesse sentido, isso se deve ao crescimento célere no ambiente de consumo digital, ocasionando, por vezes, novos conflitos, pelo que se torna necessário repensar as soluções cabíveis para proporcionar um consumo saudável e inteligente. Desta forma, a educação financeira, um consumo consciente é o caminho mais acertado, porém, o consumidor também deve ser cauteloso a esse frenético consumismo eletrônico.

Em termos metodológicos, utilizou-se o método funcionalista de procedimento, objetivando analisar as relações consumeristas a partir de sua função na sociedade. A seu turno, o método de interpretação jurídica é o sociológico, investigando como a tutela jurídica dos consumidores é havida no contexto social atual.

Espera-se, com o presente artigo, contribuir para a conscientização da realidade do comércio digital, manipulação e má fé do varejo, aumento de forma acentuada, especialmente tutelando direitos intrínsecos ao consumidor e com isso o protegendo. Igualmente, é esperado analisar alternativas inteligentes para ensinar as pessoas a consumir nas redes sociais como forma de informar e conscientizar as pessoas. Por fim, busca-se contribuir para tornar mais públicas a preocupação e as importantes campanhas que entidades estão propiciando nesse período para contribuir com um consumo inteligente. Destarte, propiciando por meio da informação e comunicação um consumo consciente para transformar o cenário atual.

1. A VULNERABILIDADE DO CONSUMIDOR NO COMÉRCIO ELETRÔNICO

A sociedade passou e está passando por inúmeras mudanças, principalmente no que concerne as revoluções tecnológicas e os meios de comunicação. Com o avanço da tecnologia a humanidade presenciou incessantes transformações e mudanças, visando suprir necessidades informacionais e ocasionado inúmeros benefícios para o estilo de vida do cidadão.

Assim, as mídias sociais e a difusão da internet, “se tornam cenários para uma sociedade hiperconectada, que possibilitam o acesso à informação e promovem a

comunicação de forma instantânea, provando se verdadeiros e efetivos os avanços deste século”.⁴

A internet é um grande conjunto de rede de computadores interligados pelo mundo inteiro. Segundo Cunha e Cavalcanti a internet é a “rede das redes de computadores, de alcance mundial, que utiliza um protocolo comum de comunicações”. É a “união de várias redes de teleprocessamento estaduais, regionais, nacionais e internacionais- em uma lógica, compartilhando um mesmo esquema de endereçamento”.⁵

Assim sendo, denota-se que a internet representa uma “interligação de vários computadores em várias redes ligadas internacionalmente, as quais permitem a comunicação entre pessoas e a livre circulação de informações de qualquer espécie”.⁶ O alcance mundial da mesma possibilitou conexões vistas outrora como inimagináveis.

Com o grande crescimento da internet visualizou-se uma transformação qualitativa e quantitativa das informações, bem como a possibilidade de comunicação imediata. Nesse sentido, qualquer pessoa a qualquer tempo pode acessar diversas informações. A informação consiste na transmissão da mensagem de comum interesse entre um interlocutor e outro através de um mecanismo tecnológico que faz a intermediação. Dessa forma verifica-se que toda informação tem um objetivo em um fim a que se destina.⁷

Mas já é “comum a queixa de que estamos entupidos de informação, cercados de um bombardeio do qual já não temos qualquer controle. Na verdade, pensamos que se trata de informação, mas na verdade trata-se de manipulação sibilina”.⁸ O volume de informação que diariamente chega até nós é impossível, humanamente, de ser absorvido.

A sociedade hiperconectada, “além de terem transformado o meio como nos comunicamos, também trouxeram mudanças no modo como consumimos e, conseqüentemente, como as empresas comercializam e divulgam seus produtos e serviços”.⁹ Entre os inúmeros benefícios que a internet trouxe destaca-se o e-commerce, chamado também de comércio eletrônico, que é

⁴ BARBOSA, Caio César do Nascimento; SILVA, Michael César; BRITO, Priscila Ladeira Alves de. Publicidade ilícita e influenciadores digitais: novas tendências da responsabilidade civil. **Revista IBERC**. Minas Gerais, v. 2, n. 2, p. 01-21, mai./ago.2019. Disponível em: <https://www.responsabilidadecivil.org/revista-iberc>. Acesso em: 27 fev. 2021. p. 9.

⁵ CUNHA, Murilo Bastos da; CAVALCANTI, Cordélia Robalinho de Oliveira. **Dicionário de Biblioteconomia e Arquivologia**. Brasília: Briquet de Lemos/Livros, 2008. p. 212.

⁶ ANDRADE, Ronaldo Alves de. **Contrato eletrônico no novo código civil e no código do consumidor**. Barueri, São Paulo: Manole, 2004. p. 12

⁷ LÉVY, Pierre. **O que é o virtual?** São Paulo, Editora 34, 1996. p. 46-49.

⁸ DEMO, Pedro. Ambivalências da sociedade da informação. **Ci. Inf. Brasília**, v. 29, n. 2, p. 37-42, mai./ago. 2000. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/ci/v29n2/a05v29n2.pdf>. Acesso em: 27 fev. 2021. p. 39.

⁹ CALISTRO, Alyne Grazieli. Responsabilidade civil dos influenciadores digitais. In: CARVALHO, Jorge Morais. **Anuário**

[...] a atividade consistente na compra e venda de produtos, independentemente da sua natureza física ou virtual, ou a prestação de serviços, realizados por intermédio dos meios eletrônicos de transmissão de dados, envolvendo ainda as formas de pagamento eletrônico atualmente disponíveis.¹⁰

Grego e Martins destacam que a fim de caracterizar o comércio eletrônico faz-se necessário a presença de três características: “a oferta deve constar de uma rede de telecomunicações ou de um serviço telemático; a proposta deve expressar-se de modo audiovisual; deve haver interatividade entre profissional e cliente”.¹¹

Nas palavras de Lévy, “é virtual toda entidade ‘desterritorializada’, capaz de gerar diversas manifestações concretas em diferentes momentos e locais determinados, sem, contudo estar ela mesma presa a um lugar ou tempo em particular”.¹² Ou seja, a desterritorialização consiste na efetivação de um negócio sem a necessidade da presença física das partes, mas somente de um acordo de vontades recíprocas, a qual supera os limites de distância territorial.

Dias afirma que, a internet tomou conta do dia a dia das pessoas e empresas. Assim, “anunciar nesse meio digital passou igualmente a ser tarefa obrigatória das empresas que buscam diferenciar sua marca, bem como promover produtos ou serviços com maior acuracidade, direcionando-os para públicos-alvo específicos”.¹³

A fim de incentivar esse consumo, cada vez mais utiliza-se o marketing e a publicidade, que fazem o papel de impulsionar as vendas e divulgar novos produtos, criando desejos. A publicidade, na concepção de Santos, tem dois objetivos: um que busca instruir e outro que busca convencer.^{14 15}

A difusão da publicidade deve se dar por meio de informações claras e corretas que objetiva responsabilizar quem a veicula e responsabilizar os fornecedores, exigindo-se a boa-fé entre fornecedor e consumidor e buscando assegurar maior transparência nas relações de consumo.¹⁶

do Nova Consumer Lab. Nova Consumer Lab, 2020. p. 166.

¹⁰ ALMEIDA, Ricardo Gesteira Ramos de. Aspectos relevantes dos contratos eletrônicos. In: FERREIRA, Ivete Senise; BAPTISTA, Luiz Olavo (coords.). **Novas fronteiras do direito na era digital**. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 89.

¹¹ GRECO, Marco Aurelio; MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Direito e Internet**: relações jurídicas na sociedade informatizada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 18.

¹² LÉVY, Pierre. **O que é o virtual?** p. 47.

¹³ DIAS, Luciana Ancona Lopez de Magalhães. **Publicidade e direito**. 3.ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 332.

¹⁴ SANTOS, Milton. **Por uma outra globalização**: do pensamento único à consciência universal. 24. ed. Rio de Janeiro: Record, 2015. p. 39.

¹⁵ Marques define a publicidade como [...] toda informação ou comunicação difundida com o fim direto ou indireto de promover junto aos consumidores a aquisição de um produto ou a utilização de um serviço, qualquer que seja o local ou meio de comunicação utilizado. [...] sendo assim, o elemento caracterizador da publicidade é a sua finalidade consumista. MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 801.

¹⁶ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais. p. 800.

Ocorre que, em grande parte dos casos, o excesso de informações acaba por gerar a desinformação ampliando a vulnerabilidade do consumidor. Ainda, Santos afirma que “o que é transmitido à maioria da humanidade é, de fato, uma informação manipulada que, em lugar de esclarecer, confunde”.¹⁷

A publicidade se encontra presente em uma grande gama de atividades. Com o advento tecnológico as informações chegam rapidamente aos cidadãos consumidores, seja pela televisão, celular ou pela internet, e a falta ou o excesso de informação deixa o consumidor cidadão despreparado aos novos sistemas a fim de fazer as escolhas adequadas.

É inegável que a internet transformou o modo de interação da sociedade. Muitas pessoas e empresas se utilizam dela como meio de divulgar e vender produtos. Com isso, grande parte dos usuários consideram a compra pela internet como um meio seguro e fácil de adquirir bens e serviços no conforto de seu lar. Tal situação fomenta o consumismo que caracteriza a sociedade de consumo.

2. OS ALGORITMOS DA ERA DIGITAL: DESAFIO NA PROTEÇÃO DE DADOS

Na contemporaneidade, ocorreu um aumento do faturamento do comércio eletrônico e da manipulação dos dados na Internet, tornando o consumidor um alvo da má-fé da indústria do *e-commerce*. Assim, o poder de decisão do consumidor está pautado não somente pelo seu livre arbítrio e sim pela manipulação e estratégias cada vez mais acentuadas e persuasivas do varejo *online*, logo se beneficiando da vulnerabilidade da parte mais frágil da relação. Assim, torna-se evidente a mudança que as redes sociais proporcionaram no que tange às formas e relacionamentos de consumo no comércio nas plataformas digitais, com isso influenciando significativamente o consumidor.

As TICs, no mundo pós-moderno, permitem aos indivíduos acesso mais facilitado à informação e aumento de conhecimentos e relacionamentos. Quando conjugada à publicidade e *marketing* num mundo de padrões capitalistas, esse cenário tende a levar os trabalhadores ao labor intenso, sem direito à desconexão, ocasionando doenças de cunho psicológico, sendo a mais habitual a síndrome de *burnout*, devido a essa hiperconexão nesta modalidade da nova escravidão nas relações econômicas, sociais e humanas. Verifica-se ter ocorrido uma transformação nas relações de trabalho e de

¹⁷ SANTOS, Milton. **Por uma outra globalização**: do pensamento único à consciência universal. p. 39.

consumo ao se permitir que o homem trabalhe cada vez mais e mais rápido, rompendo as barreiras do tempo e do espaço e, claro, suscitando em conflitos.

O chamado fenômeno da globalização permite esse distanciamento entre as pessoas (ou a interação virtual como avatares) por meio dos aparatos tecnológicos e Internet, propiciando as relações instantâneas virtuais. No caso em comento, entre o comércio online e consumidores. Neste sentido, Han sustenta que

[...] o sentimento de ter alcançado uma meta não é “evitado” deliberadamente. Ao contrário, o sentimento de ter alcançado uma meta definitiva jamais se instaura. Não é que o sujeito narcisista não queira chegar a alcançar a meta. Ao contrário, não é capaz de chegar à conclusão. A coação de desempenho força-o a produzir cada vez mais. Assim, jamais alcança um ponto de repouso da gratificação. Vive constantemente num sentimento de carência e de culpa. E visto que, em última instância, está concorrendo consigo mesmo, procura superar a si mesmo até sucumbir. Sofre um colapso psíquico, que se chama de burnout (esgotamento). O sujeito do desempenho se realiza na morte. Realizar-se e autodestruir-se, aqui, coincidem.¹⁸

Destarte, a globalização tem sido pesquisada e conceituada por muitos autores. Domenico De Masi¹⁹, trabalha com dez fases de globalização, qualificando de acordo com os objetivos propostos nas diversas fases de expansão. Castells²⁰ estuda a globalização econômica, sendo a expansão do trabalho o ponto comum entre os autores. Bauman pontua que, para determinado grupo, a globalização

[...] é o que devemos fazer se quisermos ser felizes; para outros, é a causa da nossa infelicidade. Para todos, porém, “globalização” é o destino irremediável do mundo, um processo irreversível; é também um processo que nos afeta a todos na mesma medida e da mesma maneira. Estamos todos sendo “globalizados” — e isso significa basicamente o mesmo para todos.²¹

No mundo das redes sociais e publicidade, a exponencialidade do fluxo e da agregação dos dados pessoais torna-se ainda mais evidente entre pessoas na Internet. Bioni²² aduz que “[...] o *zero-price advertisement business model* quebrou com a tradicional bilateralidade das relações de consumo, tornando-as plurilaterais”. [grifos do autor] Ainda nessa linha, sustenta que “[...] há uma complexa rede de atores que

¹⁸ HAN, Byung-Chul. **Sociedade do cansaço**. Pag. 53. 2. ed., Rio de Janeiro, Vozes, 2019. Versão *e-book*.

¹⁹ MASI, Domenico De. **O futuro do trabalho**: fadiga e ócio na sociedade pós-industrial. p. 186-194. Tradução de Yadyr A. Figueiredo. Rio de Janeiro: José Olympio, 1999.
De Masi (1991, p. 186-194)

²⁰ CASTELLS, Manuel. **La era de la información**: la sociedad red. P.962. ed. Madrid: Alianza, 2001, v. 1.

²¹ BAUMAN, Zygmunt. **Vida para consumo**. P.6 ed. Digital Cidade: Rio De Janeiro, Zahar, 2012. Versão *e-book*.

²² BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de dados pessoais**: a função e os limites do consentimento. P.28. Rio de Janeiro: GEN Forense, 2018.

operacionalizam a entrega da publicidade on-line para rentabilizar os serviços e produtos ‘gratuitos’ on-line”.

Da mesma forma, realizar o processamento dos dados pessoais dos titulares mantendo uma vasta base de dados e segmentando determinados grupos de futuros consumidores para aquele perfil de compra, empresa, consumo, de forma que se alcance o resultado desejado.

Bioni²³ explica que o “[...] o *zero-price advertisement business model* consiste em um novo tipo de negócio, que esconde uma série de sujeitos para a sua operacionalização. É uma intrincada e complexa rede de atores que atua colaborativamente para a entrega de publicidade direcionada (comportamental)”. [grifos do autor] Nesse ínterim, o autor utiliza como exemplo para “[...] ilustrar esse modelo de negócio encorados na publicidade comportamental os aplicativos de mensageria WhatsApp pelo Facebook, na ordem de US 19 bilhões de dólares – uma das maiores transações da história desse ramo”. Saliente-se que o WhatsApp não surgiu somente como um aplicativo de mensagens privadas, mas também com a promessa que os dados pessoais dos titulares não seriam revertidos para fins de publicidade comportamental.

Segundo o autor, é por essa razão que é paradigmática a aquisição do WhatsApp pelo Facebook, pois muito explica a respeito da promulgada monetização dos dados pessoais, especialmente como estratégia comercial que influencia toda a celeuma regulatória no que tange à proteção dos dados pessoais.²⁴ Nesse contexto, podemos concluir que a Internet é um campo fértil para a violação da privacidade, intimidade e vazamento dos dados pessoais, de forma a infringir os dispositivos da Constituição de 1988, como exemplo, o direito fundamental à proteção de dados.

Da mesma forma, torna-se clara a vulnerabilidade do consumidor frente a manipulação de dados na Internet, pois nos novos tempos as TICs nos permeiam por meio de nossos aparelhos tecnológicos: celular, *notebook*, computador, *tablet* etc., os quais são nossos novos “membros” e hoje muitas pessoas são dependentes dessas tecnologias, seja para o trabalho, lazer, consumo, ócio, numa gama de possibilidades. Além disso,

²³ BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de dados pessoais**: a função e os limites do consentimento. P.33.Rio de Janeiro: GEN Forense, 2018.

²⁴ BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de dados pessoais**: a função e os limites do consentimento. P. 35.Rio de Janeiro: GEN Forense, 2018.

O próprio Código de Defesa do Consumidor apresenta tal vulnerabilidade. Nessa linha, ressalta que:²⁵

Os encontros dos potenciais consumidores com os potenciais objetos de consumo tendem a se tornar as principais unidades na rede peculiar de interações humanas conhecida, de maneira abreviada, como “sociedade de consumidores”. Ou melhor, o ambiente existencial que se tornou conhecido como “sociedade de consumidores” se distingue por uma reconstrução das relações humanas a partir do padrão, e à semelhança, das relações entre os consumidores e os objetos de consumo. Esse feito notável foi alcançado mediante a anexação e colonização, pelos mercados de consumo, do espaço que se estende entre os indivíduos – esse espaço em que se estabelecem as ligações que conectam os seres humanos e se erguem as cercas que os separam. Numa enorme distorção e perversão da verdadeira substância da revolução consumista, a sociedade de consumidores é com muita frequência representada como se estivesse centralizada em torno das relações entre o consumidor, firmemente estabelecido na condição de sujeito cartesiano, e a mercadoria, designada para o papel de objeto cartesiano, ainda que nessas representações o centro de gravidade do encontro sujeito-objeto seja transferido, de forma decisiva, da área da contemplação para a esfera da atividade.

A seu turno, aponta que as tecnologias

[...] levaram para os lares das pessoas atividades que antes eram restritas a horários e pontos comerciais, tornando-as ubíquas e desmaterializadas. “Agora é possível procurar, encomendar, pagar, receber e utilizar vários itens, tais como livros, música, e outros produtos digitais, em dispositivos portáteis que podem ser usados em qualquer lugar – no jardim, no supermercado, no metrô”. Apaga-se a fronteira entre espaços de convivência públicos e privados, permitindo que as tecnologias móveis e cada vez mais portáteis adentrem na esfera doméstica. Assim, o computador e a Internet geraram uma “explosão de opções ao consumidor em relação, não somente ao que e quanto comprar, mas também onde, como, e quando comprar”. Com isso, estabelecimentos comerciais tradicionais iniciam a migração para a web, ao mesmo tempo em que surgem lojas puramente virtuais, e começam a competir pela atenção dos consumidores. Concomitantemente, as tecnologias antes fragmentadas de texto, áudio, vídeo, Internet e banda larga são integradas em dispositivos multiplataformas, tais como computadores, smartphones, tablets, plataformas de jogos e outros tantos dispositivos que se tornam instrumentos essenciais a seus usuários. Mesmo os consumidores mais relutantes no uso dessas novas tecnologias acabam cedendo a elas, dado o design simplificado e intuitivo dos produtos e serviços desenvolvidos, bastando clicar com o mouse ou pressionar botões nas telas sensíveis ao toque para que aparelhos “inteligentes” façam todo o resto. Desse modo, pretende-se que desde crianças até idosos consigam usar smartphones e buscadores na web, tendo como resultado a ampliação e o aprofundamento da comunidade on-line.²⁶

Nesse diapasão, resta claro que o consumidor perdeu o seu poder de decisão devido esse bombardeio constante de publicidade excessiva para o consumo que, por vezes, é desnecessário. A Internet – o mundo das redes e mídias digitais –, conforme

²⁵ (2012, p. 17) BAUMAN, Zygmunt. **Vida para consumo**. P.17, ed. Digital Cidade: Rio De Janeiro, Zahar, 2012. Versão e-book.

²⁶ CANTO, Rodrigo Eidelwein do. **Vulnerabilidade dos consumidores no comércio eletrônico**. p. 323..ed. 1, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2019. Versão e-book.

anteriormente descrito, tornou-se espaço sem governo, sem regras e com poucas perspectivas de regulação, tendo em vista que cada país tem sua Constituição, normas e diretrizes. Sendo assim, por ora, não há possibilidades de uma constituição digital, no máximo a regulação de cada país, tais como a Lei Geral de Proteção de Dados no Brasil e a General Data Protection Regulation – GDPR na União Europeia, entre outros.

Todavia, faz-se necessário colocar limites na publicidade, pois esta é hoje um dos principais meios para o capitalismo conquistar seu objetivo. Assim, visando sempre à lucratividade *versus* a vulnerabilidade do consumidor digital, tem-se maior preocupação em tutelar os direitos e garantias desses consumidores, revelando-se como desafio para quem trabalha com Direito Consumerista, pois não há uma imposição de limites para obtenção de lucros. Deste modo, são desrespeitados os valores sociais dos consumidores. A consequência da violação de uma gama de direitos intrínsecos a pessoa humana, é o superendividamento.

O CDC dispõe em seu artigo 54-A, § 1º, que superendividamento é a “[...] impossibilidade manifesta de o consumidor pessoa natural, de boa-fé, pagar a totalidade de suas dívidas de consumo, exigíveis e vincendas, sem comprometer seu mínimo existencial”. De plano já restam excluídas as pessoas jurídicas do conceito. A seu turno, Marques, Lima e Vial ²⁷ definem o superendividamento “[...] como a impossibilidade global do devedor-pessoa física, consumidor, leigo e de boa-fé, de pagar todas as suas dívidas atuais e futuras de consumo (excluídas as dívidas com o Fisco, oriunda de delitos e de alimentos)”. Nessa linha, Canto afirma que

A experiência brasileira recomenda que matérias que sejam da essência das relações de consumo (como o crédito, o superendividamento e o comércio eletrônico) façam parte do corpo do CDC e beneficiem-se de sua estabilidade legislativa e principiologia microssistêmica. Evita-se, dessa maneira, que se formem, pela especialização, novos microssistemas, verdadeiros guetos normativos, divorciados, e até antagônicos ao espírito e letra do CDC.²⁸

Mister registrar que “[...] é preciso estabelecer um sistema de tratamento do superendividamento para os consumidores pessoas físicas no Brasil que não seja a simples exclusão da pessoa da sociedade” ²⁹

²⁷ MARQUES, Claudia Lima; LIMA, Clarissa Costa de; VIAL, Sophia. **Superendividamento dos consumidores no pós-pandemia e a necessária atualização do Código de Defesa do Consumidor**. P.3. [São Paulo, 2021]. Disponível em: <https://www.tjsp.jus.br/download/EPM/Publicacoes/ObrasJuridicas/105-dc.pdf?d=637581604679873754>. Acesso em: 15 set. 2021.

²⁸ CANTO, Rodrigo Eidelwein do. **Vulnerabilidade dos consumidores no comércio eletrônico**. posição 3912ed. 1, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2019. Versão *e-book*.

²⁹ MARQUES, Claudia Lima; LIMA, Clarissa Costa de; VIAL, Sophia. **Superendividamento dos consumidores no pós-pandemia e a necessária atualização do Código de Defesa do Consumidor**. [São Paulo, 2021]. Disponível em:

Do mesmo modo, em tempos de pandemia de hiperconexão e isolamento social, aumentaram os casos de superendividamento nas plataformas digitais. Nesse sentido, se torna necessário averiguar o caso concreto de cada consumidor e investir em educação financeira e consumo inteligente para essa pessoa conseguir quitar suas dívidas e saber se blindar de possíveis compras desnecessárias e dívidas em sua vida econômica.

Portanto, nas próximas linhas será analisado a educação e conscientização para o consumo inteligente visando a proteção do consumidor e desenvolvimento sustentável.

3. A EDUCAÇÃO E A CONSCIENTIZAÇÃO PARA O CONSUMO VISANDO A PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR E O DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

Os atuais níveis de produção e de consumo impactam, negativamente, no meio ambiente e na sociedade, tendo em vista que é a natureza quem fornece as matérias-primas para a produção de bens e serviços. Dessa forma, existe a necessidade de uma mudança de comportamento dos consumidores como meio de minimizar os impactos socioambientais e de promover o desenvolvimento sustentável, a fim de não comprometer a vida das presentes e futuras gerações.

Nessa senda cumpre destacar a sustentabilidade, que está intimamente ligada ao desenvolvimento sustentável. O Relatório Brundtland da Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, denominado *Nosso futuro comum*, traz a definição de desenvolvimento sustentável, ou seja, é “aquele que atende às necessidades do presente sem comprometer a possibilidade de as gerações futuras atenderem a suas próprias necessidades”.³⁰ Significa, portanto, desenvolvimento com preservação do meio ambiente.

A fim de estimular a reflexão sobre a situação do meio ambiente, buscando, conseqüentemente, uma modificação na realidade individual e social, é necessário promover a educação ambiental e a educação para o consumo consciente e sustentável.

<https://www.tjsp.jus.br/download/EPM/Publicacoes/ObrasJuridicas/105-dc.pdf?d=637581604679873754>. Acesso em: 15 set. 2021.

³⁰ COMISSÃO MUNDIAL SOBRE MEIO AMBIENTE E DESENVOLVIMENTO. *Nosso futuro comum*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora da Fundação Getúlio Vargas, 1991. p. 46.

A Declaração da Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano de 1972, também conhecida como Declaração de Estocolmo já destacava a importância da Educação Ambiental em seu Princípio 19

É indispensável um esforço para a educação em questões ambientais, dirigida tanto às gerações jovens como aos adultos e que preste a devida atenção ao setor da população menos privilegiado, para fundamentar as bases de uma opinião pública bem informada, e de uma conduta dos indivíduos, das empresas e das coletividades inspirada no sentido de sua responsabilidade sobre a proteção e melhoramento do meio ambiente em toda sua dimensão humana. É igualmente essencial que os meios de comunicação de massas evitem contribuir para a deterioração do meio ambiente humano e, ao contrário, **difundam informação de caráter educativo sobre a necessidade de protegê-lo e melhorá-lo, a fim de que o homem possa desenvolver-se em todos os aspectos** (grifei).

A partir da Conferência de Estocolmo se iniciou uma discussão específica de caráter mundial que colocou a educação ambiental como assunto oficial da Organização das Nações Unidas e em projeção internacional. Não foi diferente no âmbito nacional, ao dispor, conforme artigo 2º, inciso X da Lei número 6.938, que a Política Nacional do Meio Ambiente deve atender ao princípio da “educação ambiental a todos os níveis de ensino, inclusive a educação da comunidade objetivando capacitá-la para participação ativa na defesa do meio ambiente”.³¹

A nível constitucional destaca-se o inciso VI, parágrafo 1º, do artigo 225 da Constituição, que denota que é obrigação do Poder Público “promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente”.³²

A Lei número 9.795 de 1999, em seu artigo 1º, disciplinou e definiu o que se entende por educação ambiental.

Entendem-se por educação ambiental os processos por meio dos quais o indivíduo e a coletividade constroem valores sociais, conhecimentos, habilidades, atitudes e competências voltadas para a conservação do meio ambiente, bem de uso comum do povo, essencial à sadia qualidade de vida e sua sustentabilidade.³³

Em seu artigo 2º destaca que a “educação ambiental é um componente essencial e permanente da educação nacional, devendo estar presente, de forma articulada, em

³¹ BRASIL. Lei número 6.938, de 31 de agosto de 1981. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/Leis/L6938.htm>. Acesso em: 16 jul. 2021.

³² BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 23 jul. 2021.

³³ BRASIL. Lei número 9.795, de 27 de abril de 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9795.htm>. Acesso em: 16 jul. 2021.

todos os níveis e modalidades do processo educativo, em caráter formal e não-formal”.^{34 35}

A Lei número 9.394 de 1996, Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, elucida em seu artigo 26, § 7º que “os currículos do ensino fundamental e médio devem incluir os princípios da proteção e defesa civil e a educação ambiental de forma integrada aos conteúdos obrigatórios”.³⁶

Séguin destaca que a educação ambiental pode ser formal ou curricular, não formal e informal.

Na primeira, realizada nas escolas de forma sistemática, introduz a matéria como disciplina a ser ministrada obrigatoriamente nas escolas públicas e particulares, é fundamental que o docente tenha sensibilidade para captar as implicações ambientais, induzindo o aluno a uma reflexão ética do tema, com abertura para aceitar as diversas manifestações étnico- culturais. Na segunda, tem-se o acesso à informação através de campanhas públicas, pode decorrer de Campanhas, governamentais ou privadas, ou ainda, da atuação individual. É sabido que uma ação vale por mil palavras. O simples fato de divulgar que o Código Nacional de Trânsito, no art. 172, proíbe que se lance objetos e detritos de veículos, já é uma forma de educar ambientalmente. A terceira, partindo do grupo familiar e da sociedade em geral, criam-se comportamentos que são imitados pelos demais. No terreno nebuloso da educação informal estão enraizados os problemas que afligem a humanidade, em especial os preconceitos, a intolerância e a discriminação.³⁷

No que se refere ao consumo sustentável, ele entrou para o rol dos 17 Objetivos de Desenvolvimento Sustentável no Brasil, aparecendo como objetivo 12 da declaração, que busca “assegurar padrões de produção e de consumo sustentáveis” e tem como meta reduzir substancialmente a geração de resíduos por meio de prevenção, redução, reciclagem e reuso.³⁸

A legislação pátria promulgou, em 2015 a Lei número 13.186, que instituiu a Política de Educação para o Consumo Sustentável. A lei tem como principal objetivo estimular a adoção de técnicas de produção e de práticas de consumo ecologicamente sustentáveis. Os objetivos da Política de Educação para o Consumo Sustentável estão dispostos no artigo 2º da lei.^{39 40}

³⁴ BRASIL. **Lei número 9.795, de 27 de abril de 1999.**

³⁵ Segue a referida lei especificando outras características da educação ambiental, expostas no artigo 3º, bem como os princípios básicos exarados no artigo 4º. BRASIL. Lei número 9.795, de 27 de abril de 1999.

³⁶ BRASIL. **Lei número 9.394, de 20 de dezembro de 1996.** Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9394.htm>. Acesso em: 22 jul. 2021.

³⁷ SÉGUIN, Elida. **O direito ambiental: nossa casa planetária.** 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 105.

³⁸ ONU BRASIL. **Transformando nosso mundo: a Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável.** 2015. Disponível em: <<https://brasil.un.org/>>. Acesso em: 27 jul. 2021.

³⁹ BRASIL. **Lei número 13.186, de 11 de novembro de 2015.** Institui a Política de Educação para o Consumo Sustentável. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13186.htm>. Acesso em: 27 jul. 2021.

⁴⁰ Artigo 2º da Lei número 13.186 de 11 de novembro de 2015: “São objetivos da Política de Educação para o Consumo Sustentável: I - incentivar mudanças de atitude dos consumidores na escolha de produtos que sejam produzidos com base em processos ecologicamente sustentáveis; II - estimular a redução do consumo de água, energia e de outros recursos

Consumir conscientemente e sustentavelmente apresenta-se como uma alternativa, com vistas à conscientização da sociedade por meio da educação para o consumo, que irá refletir na diminuição de outros problemas como os relacionados ao meio ambiente. No que tange a educação para o consumo, um dos principais defensores é o professor Mário Frota. Para Frota,

Deverá ser dada às crianças em idade escolar uma formação em matéria de consumo que lhes permita atuar como consumidores informados durante a sua vida. A formação do consumidor constitui uma prioridade. O conceito, de per si, recobre um campo de ação particularmente extenso: a etiquetagem alimentar, as cláusulas abusivas, o acesso à justiça, a segurança doméstica são, pois, entre vários, conteúdos de base dos programas escolares. A fim de promover os interesses dos consumidores e assegurar um elevado nível de defesa destes, a Comunidade contribuirá para a proteção da saúde, da segurança e dos interesses económicos dos consumidores, bem como para a promoção do seu direito à informação, à educação e à organização para a defesa dos seus interesses. A responsabilidade no domínio da informação e educação do consumidor incumbe, de harmonia com o princípio da subsidiariedade, em grande medida, às autoridades nacionais, regionais e locais.⁴¹

Para Efing e Resende a educação para o consumo consciente proporcionará a disseminação de “uma nova mentalidade e conscientização da utilização racional dos recursos naturais e de proteção dos direitos humanos, a partir do que os consumidores adotarão uma postura responsável, ética e solidária em seus atos de consumo”.⁴²

Assim, denota-se que a educação para o consumo é fundamental.

A ideia de consumo consciente e sustentável não se limita somente a uma mudança comportamental dos consumidores, mas também de mudanças tecnológicas por parte dos fornecedores, onde essas tecnologias sejam utilizadas de forma a preservar o meio ambiente e a coletividade de cidadãos. Fica claro então que, para se concretizarem essas premissas de uma educação cidadã, que possibilite o desenvolvimento de uma ideia de consumo sustentável, que poderia ser a característica do século XXI, entrelaçada com as perspectivas ambientais, é necessário haver a consolidação e atuação de políticas públicas educacionais, que desenvolvam ambientes de aprendizagem e que possibilitem a vivência de processos criativos e de construção do sujeito e que, ao mesmo tempo, viabilizem o acesso às informações globais, de maneira crítica, reflexiva e que estimulem, nesse viés, o consumo sustentável.⁴³

naturais, renováveis e não renováveis, no âmbito residencial e das atividades de produção, de comércio e de serviços; III - promover a redução do acúmulo de resíduos sólidos, pelo retorno pós-consumo de embalagens, pilhas, baterias, pneus, lâmpadas e outros produtos considerados perigosos ou de difícil decomposição; IV - estimular a reutilização e a reciclagem dos produtos e embalagens; V - estimular as empresas a incorporarem as dimensões social, cultural e ambiental no processo de produção e gestão; VI - promover ampla divulgação do ciclo de vida dos produtos, de técnicas adequadas de manejo dos recursos naturais e de produção e gestão empresarial; VII - fomentar o uso de recursos naturais com base em técnicas e formas de manejo ecologicamente sustentáveis; VIII - zelar pelo direito à informação e pelo fomento à rotulagem ambiental; IX - incentivar a certificação ambiental” BRASIL. **Lei número 13.186, de 11 de novembro de 2015.**

⁴¹ FROTA, Mário. Educação do consumidor: parente pobre das pretensas políticas de consumidores no plano global. **Revista Jurídica Luso-Brasileira**, Curitiba, v. 5, n. 21, p. 107 - 147, mar. 2016. p. 108.

⁴² EFING, Antônio Carlos; RESENDE, Augusto César Leite de. Educação para o consumo consciente: um dever do estado. **Revista Jurídica Luso-Brasileira**, Curitiba, ano 2, nº 1, p. 713-746, 2016. p. 733.

⁴³ PEREIRA, Agostinho Oli Koppe; CALGARO, Cleide; PEREIRA, Henrique Mioranza Koppe. Educação e políticas públicas como possibilidades de criação de um consumo ambientalmente sustentável. In: REIS, Jorge Renato dos (Org.). **Educação para o consumo**. Curitiba: Multideia, 2011. p. 43.

Destaca Boff que a economia, 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”.⁴⁴ Ainda, na concepção de Garcia, a defesa do meio ambiente “é a questão transnacional por excelência, e é uma questão mais que urgente de todas, pois sem o planeta, nossa casa, não poderemos viver, evidentemente que é uma questão urgentíssima”.⁴⁵

Nesse sentido, o principal propósito da educação para o consumo, neste âmbito, é evoluir do consumismo para o consumo consciente, responsável e sustentável. Já com a educação ambiental será possível a conscientização pública sobre a importância da preservação do meio ambiente e cientes da importância de padrões sustentáveis de consumo e produção.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O fenômeno da globalização proporcionou o surgimento de tecnologias, as quais diminuíram a distância entre as pessoas no mundo inteiro por meio dos aparatos tecnológicos e a Internet. Dessa forma, tem-se a substituição do modo presencial para o virtual em todos os tipos de relações. Assim, esse avanço possibilita uma comunicação e operações instantâneas e céleres de modo que facilita a rotina das pessoas. Todavia, o ciberespaço virou uma terra sem governo. Um espaço onde não se respeita os direitos e garantias dos cidadãos para termos um Estado Democrático de Direito, pelo que ocorrem atrocidades nas quais as empresas utilizam-se do seu poder econômico e estratégias para manipular pessoas no espaço virtual.

A questão em comento, torna-se ainda mais problemática quando há uma manipulação dos dados pessoais e sensíveis dos titulares. Assim, violando direitos constitucionais de intimidade, privacidade e violação dos dados pessoais.

A Internet trouxe muitos benefícios para as relações de consumo, escopo do presente artigo, todavia, também propicia aos cidadãos uma necessidade de comprar cada vez mais por meio da manipulação do *e-commerce*. Nesse ponto, como visto, é possível, pelo fenômeno do *Big Data* e manipulação dos algoritmos, obter os mais diversos dados e informações dos indivíduos acerca de determinados assuntos e traçar um perfil de consumidor e de compras.

⁴⁴ BOFF, Leonardo. **Sustentabilidade**: o que é: o que não é. Petrópolis, RJ: Vozes, 2016. p. 15.

⁴⁵ GARCIA, Marcos Leite. Direitos fundamentais e transnacionalidade: um estudo preliminar. In: CRUZ, Paulo Márcio; STELZER, Joana. **Direito e transnacionalidade**. Curitiba: Juruá, 2009. p. 189.

Ressalta-se a importância do consumo consciente para proteção nas relações dessa nova forma de consumir. A educação para o consumo inteligente se faz imprescindível nos tempos atuais.

Em razão disso, como forma de prevenção e tratamento, como já dito, umas das mais eficazes soluções que deve ser exercida por todos é a educação financeira do consumidor, tendo em vista que a educação é quesito essencial para a resolução dos conflitos. Portanto, é notória a adaptação do consumidor as novas relações de consumo. Todavia, é necessário educar ou reeducar os consumidores já no ensino básico, proporcionar disciplinas de consumo inteligente e economia no ensino fundamental, nas redes sociais, balcões dos consumidores, entre outras formas de divulgação da informação fidedigna para vivermos em uma sociedade mais harmônica, menos imediatista e mais responsável nas relações de consumo.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ALMEIDA, Ricardo Gesteira Ramos de. Aspectos relevantes dos contratos eletrônicos. In: FERREIRA, Ivete Senise; BAPTISTA, Luiz Olavo (coords.). **Novas fronteiras do direito na era digital**. São Paulo: Saraiva, 2002.

ANDRADE, Ronaldo Alves de. **Contrato eletrônico no novo código civil e no código do consumidor**. Barueri, São Paulo: Manole, 2004.

BARBOSA, Caio César do Nascimento; SILVA, Michael César; BRITO, Priscila Ladeira Alves de. Publicidade ilícita e influenciadores digitais: novas tendências da responsabilidade civil. **Revista IBERC**. Minas Gerais, v. 2, n. 2, p. 01-21, mai./ago.2019. Disponível em: <https://www.responsabilidadecivil.org/revista-iberc>. Acesso em: 27 fev. 2021.

BOFF, Leonardo. **Sustentabilidade: o que é: o que não é**. Petrópolis, RJ: Vozes, 2016. BAUMAN, Zygmunt. **Globalização**. ed. Digital Cidade: Rio de Janeiro, Zahar, 2012. Versão *e-book*.

BAUMAN, Zygmunt. **Vida para consumo**. ed. Digital Cidade: Rio De Janeiro, Zahar, 2012. Versão *e-book*.

BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento**. Rio de Janeiro: GEN Forense, 2018.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 23 jul. 2021.

BRASIL. **Lei número 13.186, de 11 de novembro de 2015**. Institui a Política de Educação para o Consumo Sustentável. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13186.htm>. Acesso em: 27 jul. 2021.

BRASIL. **Lei número 6.938, de 31 de agosto de 1981**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/Leis/L6938.htm>. Acesso em: 16 jul. 2021.

BRASIL. **Lei número 9.394, de 20 de dezembro de 1996**. Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9394.htm>. Acesso em: 22 jul. 2021.

BRASIL. **Lei número 9.795, de 27 de abril de 1999**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9795.htm>. Acesso em: 16 jul. 2021.

CALISTRO, Alyne Grazieli. Responsabilidade civil dos influenciadores digitais. In: CARVALHO, Jorge Morais. **Anuário do Nova Consumer Lab**. Nova Consumer Lab, 2020.

CANTO, Rodrigo Eidelwein do. **Vulnerabilidade dos consumidores no comércio eletrônico**. ed. 1, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2019. Versão *e-book*.

COMISSÃO MUNDIAL SOBRE MEIO AMBIENTE E DESENVOLVIMENTO. **Nosso futuro comum**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora da Fundação Getúlio Vargas, 1991.

CUNHA, Murilo Bastos da; CAVALCANTI, Cordélia Robalinho de Oliveira. **Dicionário de Biblioteconomia e Arquivologia**. Brasília: Briquet de Lemos/Livros, 2008.

DEMO, Pedro. Ambivalências da sociedade da informação. **Ci. Inf. Brasília**, v. 29, n. 2, p. 37-42, mai./ago. 2000. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/ci/v29n2/a05v29n2.pdf>. Acesso em: 27 fev. 2021.

DIAS, Luciana Ancona Lopez de Magalhães. **Publicidade e direito**. 3.ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

EFING, Antônio Carlos; RESENDE, Augusto César Leite de. Educação para o consumo consciente: um dever do estado. **Revista Jurídica Luso-Brasileira**, Curitiba, ano 2, nº 1, p. 713-746, 2016.

GARCIA, Marcos Leite. Direitos fundamentais e transnacionalidade: um estudo preliminar. In: CRUZ, Paulo Márcio; STELZER, Joana. **Direito e transnacionalidade**. Curitiba: Juruá, 2009.

GRECO, Marco Aurelio; MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Direito e Internet**: relações jurídicas na sociedade informatizada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

HAN, Byung-Chul. **Sociedade do cansaço**. 2. ed., Rio de Janeiro, Vozes, 2019. Versão *e-book*.

HUI, Yuk. **Tecnodiversidade**. 1. ed. São Paulo: Ubu, 2020. Versão *e-book*.

MARQUES, Claudia Lima; LIMA, Clarissa Costa de; VIAL, Sophia. **Superendividamento dos consumidores no pós-pandemia e a necessária atualização do Código de Defesa do Consumidor**. [São Paulo, 2021]. Disponível em: <https://www.tjsp.jus.br/download/EPM/Publicacoes/ObrasJuridicas/105-dc.pdf?d=637581604679873754>. Acesso em: 15 set. 2021.

LÉVY, Pierre. **O que é o virtual?** São Paulo, Editora 34, 1996.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor:** o novo regime das relações contratuais. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 801.

ONU BRASIL. **Transformando nosso mundo:** a Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável. 2015. Disponível em: <<https://brasil.un.org/>>. Acesso em: 27 jul. 2021.

PEREIRA, Agostinho Oli Koppe; CALGARO, Cleide; PEREIRA, Henrique Mioranza Koppe. Educação e políticas públicas como possibilidades de criação de um consumo ambientalmente sustentável. In: REIS, Jorge Renato dos (Org.). **Educação para o consumo**. Curitiba: Multideia, 2011.

SANTOS, Milton. **Por uma outra globalização:** do pensamento único à consciência universal. 24. ed. Rio de Janeiro: Record, 2015.

O DIREITO DIGITAL E AS NOVAS FORMAS DE CONTRATAÇÕES NAS RELAÇÕES DE CONSUMO¹

DIGITAL LAW AND NEW FORMS OF CONTRACTING IN CONSUMER RELATIONS

Gabriela Buziki de Vargas²

Franco Scortegagna³

Resumo

Este trabalho tem como tema “o direito digital e as novas formas de contratações nas relações de consumo”, sendo feito um resgate histórico do direito do consumidor, analisadas as novas formas de consumo, os riscos envolvendo dados e os motivos pelos quais houve a implementação da Lei Geral de Proteção de Dados. Tem como problema jurídico “frente aos avanços tecnológicos e a implementação da Lei Geral de Proteção de Dados, o Código de Defesa do Consumidor será suficiente para regulamentar essas novas modalidades de consumo?”, sendo o objetivo deste artigo analisar a LGPD e o CDC juntamente. Ao final, conclui-se que este trabalho foi de grande importância para os estudos durante a graduação de Direito na Universidade de Passo Fundo, tendo em vista os grandes riscos que os consumidores correm ao utilizar a internet e ao fornecer dados aos sites e empresas.

Palavras-chave: Avanços tecnológicos; Código de Defesa do Consumidor; Lei Geral de Proteção de Dados; Marco civil da internet; Tecnologia.

Abstract

The theme of this work is "digital law and new forms of contracting in consumer relations", with a historical review of consumer law, analyzing the new forms of consumption, the risks involving data and the reasons why it was implemented of the General Data Protection Law. Its legal problem is “in view of technological advances and the implementation of the General Data Protection Law, will the Consumer Defense Code be sufficient to regulate these new types of consumption?”, and the purpose of this article is to analyze the LGPD and the CDC together. In the end, it is concluded that this work was of great importance for studies during the graduation of Law at the University of Passo Fundo, in view of the great risks that consumers run when using the internet and when providing data to websites and companies.

Keywords: Technological advances; Consumer Protection Code; General Data Protection Law; Civil landmark of the internet; Technology

INTRODUÇÃO

¹ Artigo científico produzido por Gabriela Buziki de Vargas, estudante da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo/RS, no ano de 2021.

² Aluna do Curso de Direito da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo, Campus Lagoa Vermelha. E-mail: 165226@upf.br.

³ Mestre em Direito pela Universidade de Passo Fundo. Especialista em Direito do Consumidor pela UNIASSELVI. Especialista em Direito Processual pela Universidade de Passo Fundo. Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo. Orientador do Balcão do Consumidor de Passo Fundo. E-mail: fscortegagna@upf.br.

O presente trabalho tem como tema “O direito digital e as novas formas de contratações nas relações de consumo”, o qual é recente e tem por base a Nova Lei Geral de Proteção de Dados – Lei n.º 13.709/2018, sancionada em 14 de agosto de 2018 e com vigor a partir do dia 18 de setembro de 2020. Ressalta-se a importância do estudo a se realizar durante o trabalho, visto que, atualmente, as pessoas estão cada vez mais conectadas virtualmente, seja por aplicativos, redes sociais ou lojas virtuais, nos quais para ingressar são solicitados vários dados, geralmente o Cadastro de Pessoa Física – CPF, dado, inclusive, muito sensível.

Por conta dos vários meios de interação, sites e lojas online, vários são os riscos que o consumidor corre ao utilizar a internet caso não saiba usá-la corretamente, de modo que a LGPD foi sancionada justamente para assegurar o consumidor de seus direitos fundamentais de liberdade, privacidade e do livre desenvolvimento da pessoa natural. A proteção de dados enfrenta questões diversificadas acerca de seu uso, o que decorre da introdução de novas tecnologias e da internet, bem como de mudanças dos padrões nas relações sociais e na economia.

O objeto principal deste trabalho é demonstrar a necessidade de adequação das empresas, lojas físicas e online, sites e demais meios da internet que colhem dados pessoais, à LGPD. Deste modo, utilizando o método indutivo e com base em pesquisas bibliográficas, jurisprudenciais, documental, por meio de sites e notícias sobre o tema, o artigo será dividido em quatro parágrafos e busca responder a problemática “frente aos avanços tecnológicos e a implementação da Lei Geral de Proteção de Dados, o Código de Defesa do Consumidor será suficiente para regulamentar essas novas modalidades de consumo?”.

O primeiro parágrafo dispõe sobre o resgate histórico do direito do consumidor, no qual será analisado quando e de que maneira surgiu o direito do consumidor, porque o direito do consumidor é considerado um direito fundamental e diferenciando as partes das relações de consumo, quais sejam, consumidor e fornecedor. O segundo parágrafo discorre sobre os princípios, diga-se, mais importantes do direito do consumidor, quais sejam, boa-fé objetiva, vulnerabilidade, informação e transparência.

O terceiro parágrafo abordará as novas formas de relações de consumo, o Marco Civil da Internet, os contratos eletrônicos, bem como o prazo de arrependimento. E, por fim, mas não menos importante, o quarto parágrafo analisará a necessidade da aprovação da Lei Geral de Proteção de Dados, os seus artigos, discorrendo sobre os

riscos envolvendo os dados dos usuários da internet, bem como analisando decisões proferidas por Tribunais que tiveram como fundamento a lei anteriormente referida.

1. RESGATE HISTÓRICO DO DIREITO DO CONSUMIDOR

O Código de Defesa do Consumidor foi editado em 11 de setembro de 1990, sendo que antes disso o Código Civil era utilizado para resolver os conflitos de consumo existentes na sociedade. (Nunes, 2018, p. 41)

Isso porque na Revolução Industrial houve um aumento considerável na demanda do comércio, bem como na capacidade laborativa do ser humano, tendo em vista que anteriormente à Revolução a produção era mecânica, manual, artesanal, produzida pelos núcleos familiares ou por um pequeno grupo de pessoas; a partir da revolução a produção dos produtos passou a ser em massa, ocorrendo também a modificação da comercialização e distribuição dos produtos. Explica-se, antes o próprio fabricante distribuía seus produtos e, após a Revolução industrial a produção passou a ser em massa e, conseqüentemente, a distribuição também. (CAVALIERI FILHO, 2019, p. 2)

De acordo com a escritora Rita Peixoto Ferreira Blum, em seu livro “O Direito à Privacidade e à Proteção dos Dados do Consumidor” em 15 de março de 1962, em discurso ao Congresso Americano, o ex-presidente John Kennedy reconheceu que os consumidores eram o maior grupo econômico, que influenciam e não são influenciados por decisões econômicas, sejam elas públicas ou privadas, bem como que são um grupo importante, mas que, entretanto, seus pontos de vista geralmente não eram considerados (BLUM, 2018, p. 39).

Após 11 anos ocorreu a edição da Carta do Consumidor pelo Conselho da Europa e, no ano de 1985, a Organização das Nações Unidas (ONU) estabeleceu diretrizes voltadas à proteção do consumidor e em 1988 referido órgão criou uma política de proteção aos consumidores, através da Resolução n.º 39/248 de 09/04/1988 (BLUM, 2018, p. 39).

Tancredo de Almeida Neves, in Revista do Direito do Consumidor, refere que é dever do Poder Público determinar as linhas básicas de uma defesa do consumidor que seja um instrumento de proteção aos direitos dos indivíduos e da mesma forma um fator de aprimoramento da atividade econômica (2011, p. 49).

A Constituição Federal previu no artigo 5º, inciso XXXII, o dever do Estado em promover a defesa do consumidor. Veja-se:

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:
[...]

XXXII - o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor;

E, depois da aprovação de diretrizes visando proteger o consumidor e sua previsão na Constituição Federal, a Assembleia Constituinte, por Fernando Collor, Presidente da República à época da publicação, foi introduzida no ordenamento pátrio a Lei n.º 8.078/1990, publicada em 11 de setembro de 1990, contendo 119 artigos, os quais discorrem acerca das relações de consumo, conceituam o consumidor, fornecedor, produto e serviço, regulariza as normas de proteção e defesa dos consumidores, principalmente, visa aplicar justiça nas relações de consumo, para haver o equilíbrio em tais relações.

Vejam-se os artigos 1º, 2º e 3º do referido Código:

Art. 1º O presente código estabelece normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e interesse social, nos termos dos arts. 5º, inciso XXXII, 170, inciso V, da Constituição Federal e art. 48 de suas Disposições Transitórias.

Art. 2º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.

Parágrafo único. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.

Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

§ 1º Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial.

§ 2º Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.

Aliás, o Código de Defesa do Consumidor é um diploma especial aplicável às relações jurídicas de consumo, ou seja, as que acontecem entre um prestador de serviços e um consumidor, relação que tem por objetivo a prestação de serviços e aquisição de um produto, o que acontece através de remuneração.

Por fim, pode-se dizer que o direito do consumidor é um direito fundamental, tendo em vista que está previsto no artigo 5º da Constituição Federal de 1963 e entrou em vigor para igualar as relações de consumo e dar mais segurança aos consumidores.

1.1 DIREITO DO CONSUMIDOR COMO DIREITO FUNDAMENTAL

Como visto anteriormente, o Código de Defesa do Consumidor (CDC) não decorreu de um simples projeto de lei, ele surgiu após a concretização da evolução histórica, após muitos acontecimentos, sendo um exemplo a Revolução Industrial, resultado de muitos movimentos consumeristas ocorridos no Brasil e no exterior.

Na década de 1980 já havia no Brasil uma forte conscientização acerca da necessidade de criar-se uma lei específica para a defesa do consumidor, visto que o Código Civil de 1916 e demais regimes jurídicos existentes à época não davam conta das situações que ocorriam envolvendo consumidores.

Deste modo, entende-se que a defesa do consumidor é um direito fundamental, um imperativo constitucional, o qual fica a cargo do Estado e deve ser feito na forma da lei, a fim de que se garanta o melhor para o consumidor, a igualdade entre fornecedor/vendedor de produtos e serviços e o consumidor. Aliás, o CDC é um instrumento legal que visa a realização dos valores constitucionais de proteção do consumidor, sendo que sem referido código, o direito fundamental não teria eficácia.

No Recurso Extraordinário nº 351.750, o Ministro Cezar Peluso, Presidente do Supremo Tribunal Federal à época do voto, referiu que:

A defesa do consumidor, além de objeto de norma constitucional, é direito fundamental (art. 5º, XXXII), de modo que não pode ser restringida por regra subalterna, nem sequer por Emenda Constitucional, enquanto inserta em cláusula pétrea (art. 60, § 4º, inc. IV)

Neste sentido o Ministro Celso Mello, do Supremo Tribunal Federal, em seu voto na ADIn nº 2.591/2001, defendeu essa questão:

Cumprе reiterar, bem por isso, a afirmação de que a função tutelar resultante da cláusula constitucional de proteção aos direitos do consumidor projeta-se, também, na esfera relativa à ordem econômica e financeira, na medida em que essa diretriz básica apresenta-se como um insuprimível princípio conformador da atividade econômica (CF, art. 170, V). Dentro dessa perspectiva, a edição do Código de Defesa do Consumidor – considerados os valores básicos concernentes à proteção da vida, da saúde e da segurança, e relativos à liberdade de escolha, à igualdade nas contratações, ao direito à informação e à proteção contra publicidade enganosa, dentre outros – representou a materialização e a efetivação dos compromissos assumidos, em tema de relações de consumo, pelo Estado brasileiro.

A defesa do consumidor encontra embasamento no artigo 170, inciso V, da Constituição Federal, o qual dispõe que: “É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei”, incluído entre os princípios gerais da Ordem

Econômica, da mesma forma como os princípios da soberania nacional, da propriedade privada, da livre concorrência entre outros.

Já o artigo 24, incisos V e VIII, também da CF/88, confere à União o dever de legislar sobre a produção e consumo e responsabilidade acerca de danos ao consumidor, *in verbis*:

Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar
concorrentemente sobre:
[...]
V - produção e consumo;
[...]
VIII - responsabilidade por dano ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e
direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico;

Por fim, no Brasil a defesa dos consumidores ganhou força de princípio constitucional, por estar prevista na Constituição Federal (artigos 5º, inciso XXXII, 24, incisos V e VIII e 170, inciso V).

1.2 ELEMENTOS DA RELAÇÃO DE CONSUMO: CONSUMIDOR E FORNECEDOR

Consumidor e fornecedor se enquadram nos elementos subjetivos da relação de consumo, ou seja, são os sujeitos desta relação jurídica, fato que foi e ainda é objeto de muitas discussões jurisprudenciais e doutrinárias, como veremos a seguir; e, segundo Cláudia Lima Marques, consumidor é o pilar que sustenta a tutela especial cedida aos consumidores. (2007, p. 68)

O artigo 2º do Código de Defesa do Consumidor conceitua que: “Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”. Mas afinal, o que é destinatário final?

Há duas correntes distintas que discorrem sobre destinatário final, quais sejam, a corrente maximalista ou objetiva e a corrente finalista ou subjetivista.

A corrente **maximalista** ou **objetiva** entende que o CDC, ao definir o consumidor, apenas exige, para sua caracterização, a realização de um ato de consumo. A expressão destinatário final, pois, deve ser interpretada de forma ampla, bastando à configuração do consumidor que a pessoa, física ou jurídica, se apresente como destinatário fático do bem ou serviço, isto é, que o retire do mercado, encerrando objetivamente a cadeia produtiva em que inseridos o fornecimento do bem ou a prestação do serviço. (FILHO, 2019, p. 74)

Por outro lado, a corrente **finalista** ou **subjetivista**, interpreta de maneira restritiva a expressão destinatário final. Entende ser imprescindível à conceituação de consumidor que a destinação final seja entendida como econômica, isto é, que a aquisição de um bem ou a utilização de um serviço satisfaça uma necessidade pessoal do adquirente ou utente, pessoa física ou jurídica, e não objetive o desenvolvimento de outra atividade negocial. Não se admite, destarte, que o consumo se faça com vistas à incrementação de atividade profissional lucrativa, e isto, ressalte-se, quer se destine o bem ou serviço à revenda ou à integração do processo de transformação, beneficiamento ou montagem de outros bens ou serviços, quer simplesmente passe a compor o ativo fixo do estabelecimento empresarial. (FILHO, 2019, p. 74)

Em suma, consumidor é quem coloca fim ao processo econômico, que realiza a última atividade econômica, é quem satisfaz sua própria necessidade ou satisfação própria e retira o bem ou o serviço de circulação do mercado.

Por final e não menos importante, o artigo 3º do Código de Defesa do Consumidor define fornecedor como sendo:

Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.⁴

Vê-se, pois, que referido artigo traz a ideia de fornecedor como sendo uma pessoa física ou jurídica, pública ou privada, a qual possui finalidades econômicas, dentro de uma atividade organizada e unificada, com o objetivo de satisfazer as necessidades dos consumidores e do fim econômico da sociedade.

Rizzato Nunes refere que é extremamente importante atentar-se no conceito de atividade, tendo em vista que de um lado designará se num dos polos da relação jurídica se faz presente o fornecedor e, sustenta ainda que com isso será possível que a relação de venda de determinado produto, mesmo que feita por um comerciante, não se implique estar-se frente a uma relação de consumo. Veja-se:

É importante centrar a atenção no conceito de atividade, porque, de um lado, ele designará se num dos polos da relação jurídica está o fornecedor, com o que se poderá definir se há ou não relação de consumo (para tanto, terá de existir no outro polo o consumidor). E isto porque será possível que a relação de venda de um produto, ainda que feita por um comerciante, não implique estar-se diante de uma relação de consumo regulada pelo CDC. Por exemplo, se uma loja de roupas vende seu computador usado para poder adquirir um novo, ainda que se

⁴ PLANALTO. Lei n.º 8.078 - Código de Defesa do Consumidor -, 1990.

possa descobrir no comprador um “destinatário final”, não se tem relação de consumo, porque essa loja não é considerada fornecedora. A simples venda de ativos sem caráter de atividade regular ou eventual não transforma a relação jurídica em relação jurídica de consumo. Será um ato jurídico regulado pela legislação comum civil ou comercial.⁵

Por fim, ele define como fornecedor toda e qualquer pessoa jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

2. PRINCÍPIOS PREVISTOS PELO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Inicialmente, é preciso mencionar que o Código de Defesa do Consumidor apresenta os princípios logo em seus primeiros artigos, com os quais o consumidor poderia receber uma ampla proteção, tendo em vista que eles refletem os princípios constitucionais de proteção ao consumidor. (NUNES, 2018, p. 175)

Porém, serão analisados os quatro princípios basilares das relações de consumo, quais sejam, princípio da boa-fé objetiva, da vulnerabilidade, da informação e da transparência, tendo em vista que estabelecem os direitos e deveres nas relações consumeristas.

2.1 PRINCÍPIO DA BOA-FÉ SUBJETIVA

Este princípio está previsto no inciso III, do artigo 4º do Código de Defesa do Consumidor, artigo que dispõe sobre a harmonização dos interesses dos partícipes da relação jurídica de consumo – fundamentada nos princípios da isonomia e solidariedade, sendo que referida harmonização surge fundada na boa-fé e no equilíbrio.

2.2 PRINCÍPIO DA VULNERABILIDADE

O princípio da vulnerabilidade tem previsão no artigo 4º, inciso I, do Código de Defesa do Consumidor e, segundo Sergio Cavalieri Filho (2019), é um princípio

⁵ NUNES, Rizzato. Curso de Direito do Consumidor. 12 ed. São Paulo, Saraiva jur, 2018, p. 137.

estruturante do sistema, sendo um elemento informador da Política Nacional de Relações de Consumo.

Diz-se que o consumidor é vulnerável porque é a parte mais fraca da relação de consumo, pois não tem conhecimento acerca dos mecanismos de controle do processo de fabricação, distribuição e comercialização, o que é de conhecimento somente do fabricante, participando somente da última etapa, qual seja, o consumo.

Esta fragilidade decorre de um aspecto de ordem técnica e outro de cunho econômico. O primeiro diz respeito aos meios de produção, o que é de conhecimento do fornecedor, sendo ele quem detém o poder de decidir de que maneira, quando e como produzir, estando o consumidor a mercê desta decisão, conforme bem delineado por Rizzato Nunes.⁶

Ele ainda refere que o aspecto econômico dispõe acerca da maior capacidade econômica que o fornecedor de produtos e serviços tem em relação ao consumidor.

2.3 PRINCÍPIO DA INFORMAÇÃO

Este princípio vem delineado no inciso II do artigo 6º da Lei n.º 8.078/1990, sendo um dos princípios fundamentais do Direito do Consumidor e tem relação direta com o princípio da transparência, o qual será visto a seguir: “Art. 6º São direitos básicos do consumidor: II - a educação e divulgação sobre o consumo adequado dos produtos e serviços, asseguradas a liberdade de escolha e a igualdade nas contratações”

O CDC traz tal princípio tendo em vista que os produtos e serviços comercializados assim como possuem benefícios possuem riscos à saúde do consumidor, de modo que a informação visa proteger os consumidores de possíveis danos físicos e psicológicos.

Sérgio Cavalhieri Filho, em seu livro Programa de Direito do Consumidor, refere:

Assim como a regra sobre a responsabilidade fundada no defeito do produto cria o dever de produzir sem defeito, também a norma do CDC que dispõe sobre a responsabilidade baseada na insuficiência de informação (art. 12, caput, parte final) cria o dever de prestar informação suficiente e adequada. É por isso, por exemplo, que determinados medicamentos devem indicar na embalagem ou na bula todos os efeitos colaterais que podem causar, e só podem ser vendidos com prescrição médica. O dever de informar, como já ressaltado, tem graus, que vai desde o dever de esclarecer, passando pelo dever de aconselhar, podendo chegar ao dever de advertir. É o que se extrai do próprio texto legal. No inciso III do art. 6º, o Código fala em informação adequada e clara; no art. 8º, fala em informações necessárias e adequadas; no art. 9º, fala em informação ostensiva e adequada,

⁶ NUNES, Rizzato, Curso de Direito do Consumidor, p. 178.

exatamente quando se tratar de produtos e serviços potencialmente nocivos e perigosos à saúde ou à segurança (perigo inerente).⁷

Ainda, referido autor relata o caso da Apelação Cível n.º 20.030/2008, que foi julgado pela 13ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro e relatada por ele, a qual envolve o dano sofrido por uma senhora que adquiriu amaciante e relaxante capilar, sendo que na embalagem do produto apresentava-se em letras grandes e coloridas a seguinte frase: “amaciante e relaxante capilar; forma suave totalmente sem cheiro, que não agride os cabelos; dispensa-se o uso de neutralizante, estimula o crescimento; cabelos macios, soltos e naturais; os resultados da beleza você pode ver, tocar e sentir”.

Porém, ao utilizar o produto a consumidora sofreu grande irritação no couro cabeludo e a queda dos cabelos. Tal fato revela a importância das informações contidas nas embalagens dos produtos, porquanto era um risco inerente e as informações acerca do uso correto não atenderam as disposições do CDC.

2.4 PRINCÍPIO DA TRANSPARÊNCIA

Como referido anteriormente, este princípio está diretamente relacionado com o princípio da informação e o complementa, tendo em vista que ambos objetivam proteger os consumidores de possíveis danos.

O *caput* do artigo 4º prevê este princípio, referindo que a Política Nacional das relações de Consumo tem o objetivo de atender as necessidades consumeristas, dentre elas a transparência.

Nunes dispõe que:

O princípio da transparência, expresso no art. 4º do CDC, se traduz na obrigação do fornecedor de dar ao consumidor a oportunidade de conhecer os produtos e serviços que são oferecidos e, também, gerará no contrato a obrigação de propiciar-lhe o conhecimento prévio de seu conteúdo”.⁸

Pode-se dizer que a principal consequência deste princípio é o dever de informar do fornecedor e o direito à informação do consumidor, o que impede a criação de barreiras de informação, o que se faz presente desde a fase pré-contratual, através da

⁷ FILHO, Sérgio Cavallieri. Programa de Direito do Consumidor. 5 ed. São Paulo, Atlas, 2019, p. 318.

⁸ NUNES, Rizzato. Curso de Direito do Consumidor, 2008, p. 128.

proibição da publicidade enganosa, até a fase negocial, conforme Sergio Cavalcieri Filho.⁹

3. AS NOVAS FORMAS DE RELAÇÕES DE CONSUMO

Percebe-se que a sociedade está cada vez mais consumerista, principalmente quando se fala em compras pela internet, onde ocorre o chamado contrato eletrônico de prestação de serviços ou oferta de produtos. (MAGALHÃES, 2016 p. 4)

O momento atual é um exemplo de que surgiram novas formas de relações de consumo, tendo em vista que por conta da pandemia e, conseqüentemente, dos decretos que fecharam o comércio nas cidades de todo o País, as pessoas passaram a realizar suas compras via internet, as quais chegam diretamente no endereço indicado, com mais comodidade e conforto.

3.1 CONTRATOS ELETRÔNICOS

As características fundamentais dos contratos eletrônicos referem-se ao meio da oferta, a qual é elaborada por meio de uma rede internacional de telecomunicações, de modo audiovisual, bem como pela interação entre profissional e cliente, sendo que a aceitação se expressa da mesma maneira, tanto em tempo real quanto por meio de e-mail.

Um fato importante é que mesmo anteriormente à difusão em massa da Internet, existiam sistemas que consentiam a manifestação eletrônica de declarações negociais, sendo um exemplo disso as redes interbancárias. (MAGALHÃES, 2016, p. 28)

Aliás, uma das primeiras formas de contratação eletrônica surgiu em meados de 1980 e baseada no EDI (Electronic Data Interchange), que consiste na realização de transações, geralmente comerciais e de forma automatizada.

Os contratos eletrônicos celebrados via EDI – Eletronic Data Interchange - exigem normalmente uma longa fase de negociação entre as partes envolvidas, de modo a estabelecer os protocolos técnicos e administrativos e os acordos aplicáveis, o que resulta em relações duradouras, a longo prazo, mediante um certo volume de operações, sendo os interessados, via de regra, empresas reciprocamente conhecidas e dignas de confiança, de modo a justificar os altos custos do funcionamento de tal sistema. (NADAL, 2000, p. 29)

⁹ FILHO, Sérgio Cavalcieri. Programa de Direito do Consumidor, 2019, p. 53.

Já os contratos celebrados via internet, justamente por ser uma rede aberta e pública, são de fácil acesso, costumam ser rápidos, dispensam a estabilidade da relação entre os contratantes, facilitando a celebração dos contratos a curto prazo.

Veja-se que os contratos eletrônicos chegaram com muita força na era digital, tendo em vista que milhares de lojas físicas criaram a loja virtual/online como forma de acelerar o processo de propaganda e venda dos produtos e serviços. Como todos sabem, para adquirir uma mercadoria na internet, basta fazer um cadastro na loja desejada, manifestar interesse em comprar, escolher um meio de pagamento (cartão de crédito, pix ou boleto bancário), efetuar o pagamento e esperar a compra chegar no conforto do lar do comprador.

Por fim, observa-se que houve grande evolução nos contratos, que antes eram físicos, impressos e, agora, são digitais e contam com assinatura digital.

3.2 PRAZO DE ARREPENDIMENTO

A primeira lei que instituiu o direito de arrependimento aos consumidores foi a Lei Francesa n.º 72-1137, de 22 de setembro de 1972, mas na comunidade Europeia o primeiro texto legislativo a falar sobre referido assunto foi a Directiva do Parlamento Europeu no 85/577/CEE, de dezembro de 1985. Nesta última lei ficou consignado que para evitar o “elemento surpresa” de comparação de qualidade e preço pelo consumidor, deveria ser a este concedido um prazo de arrependimento, o qual foi estabelecido no artigo 5º, da referida Directiva.¹⁰

No Brasil, o Decreto n.º 7.962/2013 no momento em que regulamentou o Código de Defesa do Consumidor trouxe a previsão do direito de arrependimento em seus artigos 1º, inciso III, 4º, inciso V e 5º, sendo que no CDC está previsto no artigo 49:

Art. 49. O consumidor pode desistir do contrato, no prazo de 7 dias a contar de sua assinatura ou do ato de recebimento do produto ou serviço, sempre que a contratação de fornecimento de produtos e serviços ocorrer fora do estabelecimento comercial, especialmente por telefone ou a domicílio.¹¹

Tal direito foi instituído tendo em vista que quando as negociações comerciais são feitas fora do estabelecimento comercial, ou seja, por telefone, por fax, vídeo, sites, lojas virtuais e etc., o consumidor, nessas condições, possui menor possibilidade de

¹⁰ GOMIDE, Alexandre Junqueira. Direito de arrependimento nos contratos de consumo. São Paulo: Almedina, 2014, p. 48.

¹¹ PLANALTO, Decreto Lei n.º 7.962/2013.

avaliar o que está contratando, de modo que deve ser-lhe assegurado o prazo de arrependimento.

Desta maneira, entende-se que é muito importante o prazo de arrependimento de sete dias concedido ao consumidor, tendo em vista que por vezes o mesmo comprou por impulso ou por insistência do vendedor e, passados alguns dias da compra percebeu que o produto ou serviço não seria tão útil quanto pensou no momento da compra.

4. A LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS

A Lei Geral de Proteção de Dados foi criada em 14 de agosto de 2018, conta com 65 artigos, tendo sido alterada pela Medida Provisória 869/2018 e pela Lei n.º 13.853/2019. Inspirada na lei europeia de proteção de dados, mais conhecida como General Data Protection Regulation – GDPR –, a Lei Geral de Proteção de Dados tem por objetivo proteger dados pessoais de pessoas físicas, ou seja, ela não tem o propósito de proteger os dados empresariais (pessoas jurídicas); aliás, ela visa proteger os dados que as empresas possuem das pessoas físicas.

Em seu primeiro capítulo trata sobre as disposições gerais da lei, apresenta os fundamentos, seu escopo, define seus termos e princípios, quais sejam, liberdade de expressão, informação, comunicação, inviolabilidade da intimidade, honra e imagem, dentre outros. No segundo capítulo, a LGPD discorre acerca dos requisitos necessários para o tratamento de dados, especialmente quanto ao consentimento do titular dos dados a serem tratados e, finaliza falando sobre o término do tratamento de dados, que geralmente acontece quando a finalidade do tratamento de dados for alcançada. Já no terceiro capítulo, a Lei refere sobre os direitos do titular dos dados, os quais estão baseados nos direitos fundamentais de liberdade, intimidade e privacidade, todos previstos na CF/88 e na Declaração Universal dos Direitos do Homem.

No quarto capítulo está previsto o tratamento de dados pessoais pelo poder Público, sendo a transferência internacional de dados tratada no quinto capítulo, a qual, segundo Lara Garcia, somente pode acontecer para países ou organismos que possuem lei de proteção de dados similar à Brasileira (2020, p. 22). O sexto capítulo trata dos agentes de tratamento de dados pessoais, ou seja, sobre suas responsabilidades e deveres.

Os capítulos sétimo e oitavo discorrem sobre a segurança, sobre as boas práticas e acerca da fiscalização, sucessivamente. E, por fim, o nono e décimo capítulos

tratam sobre a Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD), do Conselho Nacional de Proteção de Dados Pessoais e da Privacidade, bem como acerca das disposições finais.

4.1 CONTEXTUALIZAÇÃO E NECESSIDADE

Inicialmente, importante destacar que esta lei é aplicável a todos os órgãos e empresas que realizam o tratamento de dados pessoais, independentemente do meio, por outro lado, não é aplicável quando o tratamento de dados é realizado por pessoa física, para fins particulares e sem fim econômico, por este motivo ela é específica.¹²

Esta lei possui inúmeros fundamentos, mas os principais são o da privacidade e autodeterminação informativa. O princípio da privacidade refere-se, por exemplo, a situação de que se uma pessoa publicar um dado em sua página numa rede social, ele se tornará público, porém, isso não quer dizer que pode ser utilizado indiscriminadamente. Ou seja, quem vier a utilizar referido dado necessariamente precisa respeitar os direitos do titular do dado.

Já o princípio da autodeterminação informativa tem por fundamento garantir que o titular tenha o direito de decidir se outras pessoas podem usar seus dados, em saber quais dados as organizações possuem, porque o utilizam.

Vale dizer que alguns dados podem parecer não relevantes, que não fazem referência diretamente a alguém, entretanto, uma vez organizados, transferidos ou cruzados, podem resultar em dados específicos sobre determinada pessoa, de caráter sensível sobre ela.

Insta observar que a sociedade está cada vez mais conectada, tendo em vista a explosão do mundo virtual neste século, a qual foi capaz de transformar drasticamente as relações sociais, tendo em vista a criação de vários conteúdos na internet, aplicativos de interação, jogos virtuais e redes sociais, como por exemplo Facebook, Instagram, Telegram, Twitter e etc, são tantos que nenhuma pessoa é capaz de usar a todos. Nesse sentido são as palavras de Zygmunt Bauman “O mundo cheio de possibilidades é como uma mesa de bufê com tantos pratos deliciosos que nem o mais dedicado comensal poderia esperar provar de todos”.¹³ (2001, p. 31)

Por falar em Zygmunt Bauman, o conceito de sociedade líquida dado pelo sociólogo refere-se à sociedade atual, na qual as interações são breves e superficiais,

¹² PINHEIRO, Patrícia Peck. Proteção de dados pessoais: Comentários à Lei 13.709/2018 (LGPD). 2 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 39.

¹³ ZYGMUNT, Bauman. Modernidade Líquida. Rio de Janeiro: Zahar, 2001. p. 31;

o que é potencializado pela globalização a partir do mundo virtual, do “derretimento dos sólidos”¹⁴. O sociólogo quer dizer que antigamente a sociedade era muito sólida, ou seja, com muitos costumes e pensamentos fechados, sem pensar no futuro, muito diferente de como é hoje.

Atualmente, a sociedade está “líquida”, libertou-se de vários costumes antigos e pensamentos fechados, com mais liberdade para agir e pensar da maneira que as pessoas acharem conveniente, inclusive com o direito de expressar opiniões.

Muito importante ressaltar que no último ano – 2021 –, como é de conhecimento de todos, o mundo todo passou a enfrentar a pandemia do Coronavírus, momento em que todos se reinventaram para continuar a estudar, trabalhar, fazer reuniões e etc. Neste momento, diga-se que mais do nunca a sociedade necessitou utilizar dos meios de comunicação ofertados pela internet, como por exemplo, os estudantes da rede pública e privada tiveram as aulas de forma remota, pela plataforma do Google Meet e Zoom; outro exemplo foi a implantação dos trabalhos remotos em empresas e órgãos públicos que ainda não haviam adotado esta modalidade de trabalho.

Deste modo, vários bancos de dados das empresas públicas e privadas e até mesmo os dados pessoais de quem estava utilizando diariamente a internet, estavam à mercê do ataque de hackers, ao furto de dados e até mesmo ameaças, sendo exatamente isto que a Lei Geral de Proteção de Dados visa evitar, veja-se:

O espírito da lei foi proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural, trazendo a premissa da boa-fé para todo o tipo de tratamento de dados pessoais, que passa a ter que cumprir uma série de princípios [...].¹⁵

Por fim, o motivo para o surgimento da Lei n.º 13.853/2019 está diretamente relacionado com o desenvolvimento dos negócios, com as mudanças e avanços tecnológicos, que passaram a ter uma dependência maior dos fluxos de bases de dados, especialmente no que diz respeito às pessoas.

4.2 RISCOS ENVOLVENDO DADOS

Acerca dos riscos envolvendo dados, foi preliminarmente editado o Marco Civil da Internet, o qual trata do cuidado em relação aos riscos de discriminação algorítmica e traz consigo direitos, garantias, deveres e princípios, com o intuito de regulamentar

¹⁴ ZYGMUNT, Bauman. Modernidade Líquida. p. 5.

¹⁵ PINHEIRO, Patrícia Peck. Proteção de dados pessoais: Comentários à Lei 13.709/2018 (LGPD), p. 15.

as ações dos usuários de internet e, ainda, determinando diretrizes quanto a atuação dos Estados, da União, do Distrito Federal e dos Municípios.

Já a LGPD estabeleceu vários direitos referentes à proteção de dados pessoais, deixando claro a necessidade de proteger os dados sensíveis, visto que há inúmeras possibilidades de uso discriminatório e afetação à pessoa humana.

Propriamente falando dos riscos envolvendo dados, deve-se discorrer acerca dos crimes cibernéticos, também chamados de crimes eletrônicos. Esse crime, ao contrário do que muitas pessoas pensam ser um crime mais atual, surgiu na década de 1970 e expandiu-se consideravelmente acompanhando a informatização da sociedade. A circulação monetária no meio digital, os erros de desenvolvimento e concepção dos produtos e aplicações, bem como a utilização de técnicas avançadas pelos criminosos.

De acordo com Marcos Tupinambá, o *phishing* ou *phishing scam* é o maior vetor de ataques e fraudes cibernéticas em 2020, ele pode ser traduzido como “pescaria” ou “golpe de pescaria”, compreende em uma simulação em que a vítima é atraída e enganada ao clicar em um link falso, que carrega uma página falsa ou executa algum arquivo e, conseqüentemente, haja o furto de dados.

Porém, ainda há um vetor mais conhecido da sociedade, que é o e-mail, ferramenta muito utilizada por todos. Nas palavras de Tupinambá:

[...] Apesar da maciça informação sobre a necessidade de não clicar em links de desconhecidos ou descontextualizados, mesmo com diversas campanhas produzidas nas empresas para que tais condutas sejam evitadas, temos esse canal como uma das maiores fontes de ataques bem-sucedidos no meio corporativo.¹⁶

Outrossim, uma ferramenta também muito utilizada pelos criminosos chama-se de *spear phishing* ou “pescaria como lança”, ela é direcionada com um alvo específico, como, por exemplo, um funcionário de determinada empresa, e busca alcançar dados corporativos através da instalação de *malware* (software malicioso conhecido popularmente como vírus de computador) para ter acesso à infraestrutura de TI desta empresa.

Como pode-se perceber, várias são as formas pelas quais os criminosos podem furtar os dados pessoais dos usuários ou informações confidenciais de determinada empresa, de modo que os riscos são inúmeros, como, por exemplo, perda de dados

¹⁶ TUPINAMBÁ, Marcos, Ataques e crimes cibernéticos: conheça os principais tipos. Gen Jurídico, 2020. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2020/12/07/ataques-e-crimes-ciberneticos/>, p. 15.

peçoais, acesso a dados confidenciais, a sistemas de empresas públicas e privadas, acesso a reuniões online e etc.

O ataque de hacker no site do E-proc (ferramenta de trabalho utilizada pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul para acesso aos processos eletrônicos), que aconteceu no dia 11 de novembro de 2020, conforme informa es obtidas no site do ConJur, e deixou uma mensagem: “O sistema de justiça   corrupto podemos ver o ‘estupro culposo’”, bem como se autodenominou como DemonSad. Apesar de ter causado transtornos, não houve comprometimento dos sistemas do tribunal, somente afetando a página de acesso aos processos prejudicada, conforme nota emitida pelo TJRS.

Como se não bastasse o ataque hacker no site do E-proc, no dia 29 de abril do corrente ano, o sistema do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, sofreu ataque cibernético, de modo que houve a necessidade de suspender os prazos processuais até que o problema seja resolvido pela equipe da Tecnologia da Informação.

4.3 CASOS EM QUE A LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS FOI UTILIZADA PARA RESOLUÇÃO

Importante ser mencionado a decisão proferida no processo n.é 1080233-94.2019.8.26.0100, no dia 29 de setembro de 2020, pela Juíza Tonia Yuka Koroku, da 13  Vara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, movida por Fabrício Vilela Coelho em desfavor da empresa Curela Brazil Realty S/A Empreendimentos e Participações.

Conforme relatório da sentença, as partes firmaram contrato cujo objeto seria a aquisição de unidade autônoma de empreendimento imobiliário de responsabilidade da r , entretanto, o autor Fabricio verificou que seus dados pessoais foram usados indevidamente pela empresa ré, a qual repassou-os para empresas estranhas   relação contratual, o que lhe teria causado danos extrapatrimoniais. A parte ré, por sua vez, aduziu a ilegitimidade passiva e postulou a improcedência dos pedidos.

Ao longo da fundamentação sentencial, a Juíza argumentou que a relação entre as partes   de natureza consumerista, observando que a Lei n.  13.709/2018 – LGPD – prescreve que são fundamentos da proteção de dados o respeito à privacidade, dentre outros, conforme artigo 2  da referida Lei. Outrossim, reconheceu que o autor foi acediado por diversas empresas por ter firmado instrumento contratual com a ré para a aquisição de unidade autônoma em empreendimento imobiliário.

Com base nas provas produzidas e colhidas durante a instrução processual, a Excelentíssima Juíza julgou procedente a ação, condenando a ré ao pagamento de R\$10.000,00 (dez mil reais) ao autor da ação, bem como a se abster de repassar ou conceder a terceiros dados pessoais do autor, sob pena de multa de R\$300,00 (trezentos reais).

Outro caso, foi resolvido pelo Tribunal Regional Eleitoral de Sergipe, qual seja, Proposta de Resolução n.º 0600462-05.2020.6.25.0000, de Aracaju/SE, visando instituir a Política de Tratamento de Proteção de Dados Pessoais do Tribunal Regional Eleitoral de Sergipe, encaminhada pelo grupo de trabalho da Lei Geral de Proteção de Dados.

Em suma, na proposta o grupo fundamentou a importância de estabelecer conceitos, diretrizes, princípios e procedimentos, bem como definir os responsáveis pelo tratamento e proteção dos dados pessoais, para o efeito de garantir a privacidade de seus titulares em conformidade com o disposto na Lei n.º 13.709/2018, bem como para divulgar de modo claro e de fácil acesso informações sobre a política e programa de tratamento de dados, formas de comunicação com o encarregado deste serviço, bases legais e etc.

Em seu voto, o Desembargador José dos Anjos, Presidente do TER/SE, assentou que as ações referidas na Proposta permitirão aos titulares de dados pessoais o exercício de seus direitos conforme os procedimentos previstos na LGPD, bem como pelas formas de comunicação disponíveis na Ouvidoria Eleitoral, de modo que votou pela aprovação do projeto.

Vejamos a ementa: “*Institui a Política de Tratamento e Proteção de Dados Pessoais do Tribunal Regional Eleitoral de Sergipe.* (TRE-SE - INST: 060046205 ARACAJU - SE, Relator: JOSÉ DOS ANJOS, Data de Julgamento: 13/11/2020, Data de Publicação: DJE - Diário de Justiça Eletrônico, Data 19/11/2020)”

Deste modo, pode-se perceber que os tribunais e empresas buscam adequar-se aos moldes definidos pela LGPD, a fim de cumprir o que foi descrito na lei e evitar problemas graves. Outrossim, é de suma importância a adequação das empresas às normas estabelecidas na referida lei, tendo em vista que, como visto anteriormente, vários são os crimes cibernéticos que podem ser cometidos, bem como que os dados pessoais são sensíveis e devem ser tratados com muito cuidado, a fim de evitar vazamentos de dados.

Por fim, analisando o que foi estudado ao longo deste trabalho, conclui-se frente aos avanços tecnológicos e a implementação da Lei Geral de Proteção de Dados, o

Código de Defesa do Consumidor não será suficiente para regulamentar essas novas modalidades, visto que houve grande avanço tecnológico e com isso criação de websites, lojas virtuais, redes sociais, sistemas para mercados e lojas de todos os ramos, de modo que grande é o risco de vazamento de dados pessoais, sensíveis aos olhos da lei, motivo pelo qual criou-se a Lei Geral de Proteção de Dados.

Ou seja, Código de Defesa do Consumidor e Lei Geral de Proteção de Dados irão se complementar e ajudar a resolver tantos conflitos existentes no mundo virtual, bem como nos Tribunais e nos vários ramos do Direito.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em razão da infinidade de dados pessoais existentes na internet, bem como das consequências boas e ruins na sociedade, foi necessário a criação de uma legislação específica para cuidar e proteger os dados pessoais dos consumidores, de modo que a Lei Geral de Proteção de Dados, n.º 13.709/2018, foi promulgada, gerando vários desafios, principalmente, a quem utiliza e coleta dados pessoais.

Deste modo, surge a importância deste estudo, que possui o intuito de aprofundar o conhecimento sobre a proteção de dados pessoais dos consumidores frente à tantos meios de venda e consumo de produtos e serviços, bem como que busca responder a problemática “frente aos avanços tecnológicos e a implementação da Lei Geral de Proteção de Dados, o Código de Defesa do Consumidor será suficiente para regulamentar essas novas modalidades de consumo?”.

Através de pesquisas em livros, artigos, estudos científicos, sites e jornais, chega-se à conclusão de que o Código de Defesa do Consumidor não é suficiente para regulamentar as novas modalidades de consumo, por este motivo é que foi promulgada a LGPD, com o intuito de auxiliar o CDC nas relações de consumo, principalmente quando se trata de dados sensíveis e quanto à coleta destes dados.

Por fim, as pesquisas realizadas foram de suma importância para o entendimento acerca do direito do consumidor e da LGPD, como estas leis atuam, qual a redação de seus artigos e o motivo pelo qual estas leis existem e estão em vigor, qual seja, a proteção dos consumidores.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ANJOS, José dos. **Resolução n.º 28/2020**. Decisão do Tribunal Eleitoral do Sergipe. Disponível em: <https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/TRE->

SE/attachments/TRE-
SE_INST_060046205_6dd69.pdf?AWSAccessKeyId=AKIARMMD5JEAD4VJ344N&Expires=1613528780&Signature=s3tVC1dqyBF4hZ0lO5NFamTRkWs%3D. Acesso em 01 fev 2021;

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. Ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1999;

BAUMAN, Zygmunt. **Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadoria**. Ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2008;

FILOMENO, José Geraldo Brito. **Curso fundamental de direito do consumidor**. 3 ed. São Paulo: Atlas S.A., 2014. Biblioteca Integrada da Universidade de Passo Fundo. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788522490653/cfi/3!/4/4/4@0.00:58.9>. Acesso em: 14 set 2020;

FILHO, Adalberto Simão. et al. **Comentários à Lei Geral de Proteção de Dados: Lei n. 13.709/2018, com alteração da Lei n. 13.853/2019**. São Paulo: Almedina, 2020. Disponível em: <https://books.google.com.br/books?id=QFHPDwAAQBAJ&pg=PT98&dq=a+lei+geral+de+prote%C3%A7%C3%A3o+de+dados+e+o+cdc&hl=pt-BR&sa=X&ved=0ahUKEwizscfBrbjpAhU7K7kGHXqYDdQQ6AEIJzAA#v=onepage&q=a%20lei%20geral%20de%20prote%C3%A7%C3%A3o%20de%20dados%20e%20o%20cdc&f=false>. Acesso em: 22 out 2020;

GOMIDE, Alexandre Junqueira. **Direito de arrependimento nos contratos de consumo**. São Paulo: Almedina, 2014. Biblioteca Integrada da Universidade de Passo Fundo. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788563182883/>. Acesso em: 20 Jan 2021;

LGSLR. **Marco Civil da Internet**. São Paulo: Atlas, 2014. Biblioteca Integrada da Universidade de Passo Fundo. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788522493401/>. Acesso em: 05 jan 2021;

LEAL, Sheila do Rocio Cercal Santos. **Âmbito jurídico**. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-118/contratos-eletronicos-e-sua-validade-juridica/>. Acesso em: 15 fev 2021;

MARTINS, Guilherme Magalhães. **Contratos eletrônicos**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2016. Biblioteca Integrada da Universidade de Passo Fundo. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597008944/cfi/6/12!/4/2@0:0>. Acesso em 06 jan 2021;

NADAL, Apollonia Martínez. Comercio electrónico, firma digital y autoridades de certificación. In: MARTINS, Guilherme Magalhães. **Contratos eletrônicos**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2016;

NUNES, Rizzato. **Curso de direito do consumidor**. 12 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. Biblioteca Integrada da Universidade de Passo Fundo. Disponível em:

<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553600793/>. Acesso em: 19 dez 2020;

NUNES, Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**. 13 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. Biblioteca Integrada da Universidade de Passo Fundo. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553607532/cfi/4!/4/4@0.00:1.31>. Acesso em: 25 out 2020;

PINHEIRO, Patrícia Peck. **Proteção de dados pessoais: Comentários à Lei 13.709/2018 (LGPD)**. 2 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. Disponível em: https://books.google.com.br/books?id=oXPWDwAAQBAJ&printsec=frontcover&dq=livros+sobre+direito+digital+e+prote%C3%A7%C3%A3o+de+dados&hl=pt-BR&sa=X&ved=0ahUKEwiQ4L3yzYfpAhUVJ7kGHT0_BVoQ6AEIJzAA#v=onepage&q=livros%20sobre%20direito%20digital%20e%20prote%C3%A7%C3%A3o%20de%20dados&f=false. Acesso em 23 dez 2020;

SÁ JÚNIOR, Sergio Ricardo Correia de. **A regulação jurídica da proteção de dados pessoais no Brasil**. 2018. 47. Monografia de Pós-Graduação em Direito da Propriedade (Especialista em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2018;

SILVA, Regina Beatriz Tavares; SANTOS, Manoel J. Pereira dos. **Responsabilidade Civil na Internet e nos demais meios de comunicação**. Ed. São Paulo: Saraiva, 2007;

SISTEMAS do TJ-RS continuam fora do ar após ataque hacker. Consultório Jurídico. 4 mai 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-mai-04/sistemas-tj-rs-continuem-fora-ar-ataque-hacker>. Acesso em 12 mai 2021;

TRIBUNAL REGIONAL DO SERGIPE. **Inteiro teor**. Jus Brasil Jurisprudência. Disponível em: <https://tre-se.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1128731184/instrucao-inst-60046205-aracaju-se/inteiro-teor-1128731187>. Acesso em 15 fev 2021;

TUPINAMBÁ, Marcos. Ataques e crimes cibernéticos: conheça os principais tipos. **Gen Jurídico**, 2020. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2020/12/07/ataques-e-crimes-ciberneticos/>.

RESUMOS

GT 1 - DIREITO, ECONOMIA E SUSTENTABILIDADE

Objetivos: Refletir sobre a sustentabilidade como proposição para a viabilidade do equilíbrio ambiental, social e econômico. Abordar a sustentabilidade como paradigma de transformação jurídica. Elencar possibilidades e inviabilidades das políticas públicas de desenvolvimento sustentável. Reportar as duas dimensões (positiva e negativa) da economia em relação ao meio ambiente.

A INDÚSTRIA TÊXTIL E SUA ADEQUAÇÃO FRENTE A ECONOMIA CIRCULAR NO MERCADO DA MODA BRASILEIRO: A NOVA TENDÊNCIA DO “UPCYCLING”

Ketelen Favero¹

Lilian Pozzan²

A indústria da moda brasileira, incluindo o setor têxtil e de confecções, é considerada a maior cadeia têxtil do Ocidente e a que mais gera empregos no País. A cadeia produtiva no setor da moda é tão vital para o ser humano que só perde para a indústria da alimentação e de bebidas, se consideradas juntas. Considerando seu vasto crescimento econômico, a indústria da moda é responsável por ser uma das mais poluidoras do mundo, causando inúmeros impactos ambientais, motivo pelo qual tem buscado melhorar sua reputação frente às dimensões da sustentabilidade. Visa-se a analisar, diante dos relatórios de lançamentos estruturais, a coleta de dados de empresas como Renner, Riachuelo e C&A, a fim de discutir a problemática do passivo ambiental e trazer como alternativa a Economia Circular, objetivando transparecer um mercado mais globalizado e consciente. Para tanto, observa-se que adotar a responsabilidade social das empresas como política de reestruturação para um desenvolvimento sustentável, na indústria da moda, é uma decisão estratégica para a existência e a manutenção dos negócios no mercado da moda atual. Ainda existem empresas que não estão em equilíbrio, pois adotam a economia linear, cuja cadeia produtiva se ocupa apenas em extrair recursos, produzir bens e descartar os resíduos,

¹ Bacharel do Curso de Direito da Universidade de Passo Fundo (UPF). E-mail: ketelenfavero@gmail.com.

² Bacharel do Curso de Direito da Universidade de Passo Fundo (UPF). E-mail: lilianpozzan9797@gmail.com.

gerando cada vez mais passivos ao meio ambiente. Ocorre que essas empresas que ainda não estão voltadas às transformações na sua cadeia produtiva poderão ter sua imagem comercial prejudicada. O algodão é a principal fibra natural utilizada na produção têxtil e, cada vez mais, grandes marcas e seus consumidores têm exigido que os produtos sejam confeccionados com matéria-prima comprovadamente sustentável. Por esse motivo, no ano de 2012, a Associação Brasileira dos Produtores de Algodão (Abrapa) criou o programa Algodão Brasileiro Responsável (ABR), o qual visa a promover a evolução progressiva das boas práticas sociais, ambientais e econômicas, a fim de construir uma ótima imagem do algodão brasileiro e conquistar espaço no crescente mercado do algodão responsável, sustentando os três pilares: social, ambiental e econômico. Além disso, objetiva fomentar práticas sustentáveis e garantir uma produção em total conformidade com as leis ambientais, estimulando o produtor à proteção e à preservação dos recursos naturais, promovendo a melhoria contínua da gestão sustentável nas unidades produtivas. Contudo, frente às perspectivas, até o ano de 2030, é necessário reabilitar as indústrias para torná-las sustentáveis e com eficiência aumentada no uso de recursos, como, por exemplo, o *Upcycling*, que, segundo Shoup, “consiste em um modelo de produção em que matérias primas residuais que seriam descartadas são utilizadas em processos produtivos de novos itens, agregando valor a eles, sem alterar as suas características principais” (2008). Ainda, deve ocorrer adoção mais efetiva de tecnologias, processos industriais limpos e ambientalmente corretos, a fim de que todos os países atuem de acordo com suas respectivas capacidades.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CONSULTADAS

ABIT - ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DA INDÚSTRIA TÊXTEL E DE CONFECÇÃO. **Perfil do Setor**. Disponível em: <https://www.abit.org.br/cont/perfil-do-setor>. Acesso em: out. 2021.

ABRAPA - ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DOS PRODUTORES DE ALGODÃO. **Algodão Brasileiro Responsável (ABR)**. Disponível em: <https://www.abrapa.com.br/Paginas/sustentabilidade/algodao-brasileiro-responsavel.aspx>. Acesso em: 27 set. 2021.

BEZERA, Diana Lima. **Responsabilidade social empresarial**: os aspectos legais para uma indústria da moda sustentável. 2020. Disponível em: <https://modacomdireito.com.br/responsabilidade-social-empresarial-os-aspectos-legais-para-uma-industria-da-moda-sustentavel/>. Acesso em: 23 mar. 2021.

CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA. **O setor têxtil e de confecção e os desafios da sustentabilidade**. Confederação Nacional da Indústria, Associação

Brasileira da Indústria Têxtil e de Confecção – Brasília: CNI, 2017, p. 41-65. Disponível em: https://static.portaldaindustria.com.br/media/filer_public/bb/6f/bb6fdd8d-8201-41ca-981d-deef4f58461f/abit.pdf. Acesso em: 20 out. 2021.

SHOUP, K. **Rubbish! Reuse your Refuse**. New Jersey: Wiley Publishing, 2008.

UMA ESTRATÉGIA DA ECONOMIA CIRCULAR DA ÁGUA PARA O ALCANCE DA SUSTENTABILIDADE A PARTIR DO DIREITO TRANSNACIONAL

Francine Cansi¹

Paulo Márcio Cruz²

Joaquin Melgarejo Moreno³

Para se compreender efetivamente governança dos recursos hídricos e do direito à água, deve-se compreender a importância da ação política diante da globalização. Ademais, o acesso adequado à água potável foi finalmente reconhecido como um direito humano. Isso significa desenvolver a capacidade dos governos e agências implementadoras de cumprir as obrigações de proteger, respeitar e cumprir os direitos humanos, bem como as ações de proteção aos recursos hídricos^{4;5}. Desta forma, de acordo com Boaventura de Sousa Santos, a água tem sido reconhecida como bem econômico essencial para seu uso na atividade econômica. No entanto, está-se enfrentando problemas crescentes de quantidade e qualidade da água como resultado do crescimento populacional, desenvolvimento econômico e mudanças climáticas. O problema da quantidade está intimamente relacionado com a escassez de água (aumento da demanda e oferta em declínio) pelo uso concorrente dos recursos hídricos

¹ Doutora em Ciência Jurídica Univali em Dupla Titulação com o Doctorado en Agua y desarrollo sostenible del Instituto Universitario del Agua y de las Ciencias Ambientales (IUACA), Alicante/ Espanha. Mestre em Desenvolvimento Regional: Estado Instituições e Democracia-(Unisc/RS). Graduada em Ciências Jurídicas e Sociais(Direito) Universidade de Passo Fundo- UPF/RS. Advogada. Especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho, Especialista em Direito Processual Civil. Gestão e docência do Ensino Superior. Docente de Graduação e Pós Graduação. (francine@ctmadvocacia.com) <http://orcid.org/0000-0002-1434-4862>

Pós-Doutor em Direito do Estado pela Universidade de Alicante, na Espanha, Doutor em Direito do Estado pela Universidade Federal de Santa Catarina e Mestre em Instituições Jurídico-Políticas também pela Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC. Coordenador e professor do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI em seus programas de Doutorado e Mestrado em Ciência Jurídica. Foi Secretário de Estado em Santa Catarina e Vice-reitor da UNIVALI. É professor visitante nas universidades de Alicante, na Espanha, e de Perugia, na Itália. (pcruz@univali.br). <https://orcid.org/0000-0002-3361-2041>

² Graduado em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí (1984), Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (1995) e Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (1999). Realizou estágio de pós-doutorado nas universidades de Perugia e Alicante e estágio sênior na Universidade de Alicante. É professor titular da Universidade do Vale do Itajaí, coordenador e pesquisador do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica ? cursos de mestrado e doutorado - da Universidade do Vale do Itajaí,

³ Doctor in History by the University of Murcia (1993). Master in Sustainable Management and Water Technologies (Institute of Water Sciences and Environment of the University of Alicante) and Master in Water Technologies (CUJAE, Havana). It has the theme Water economics as a line of research. In Spain, he is Professor of History and Economic Institutions at the University of Alicante -UA. He is currently Director of the IUACA Institute of Water and Environmental Sciences, linked to the University of Alicante and also Project Director at INECA, linked to IUACA. In Brazil, he is a visiting professor of the Master's and Doctoral Program in Juridical Science of the University of Vale do Itajaí - UNIVALI. Contact: Tel: 9677; E-mail: jmelgar@ua.es. <https://orcid.org/0000-0002-9752-2854>

⁴ GOMES, L; MAZZUOLI, V. de O. **Direito supraconstitucional: do absolutismo ao estado constitucional e humanista de direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

⁵ MARÇAL, J. D; FREITAS, R. S. de. **O transconstitucionalismo como meio de fortalecimento do sistema interamericano de direitos humanos e constitucional dos estados latino-americanos**. Unoesc Internacional Legal, Chapecó, v. 2, n. 1, p. 215-230, 2013.

ou danos causados por inundações nas bacias hidrográficas, enquanto o problema da qualidade está relacionado à poluição da água, que pode ser causada por externalidades negativas⁶. A economia tem desempenhado um papel crescente no gerenciamento de quantidade e qualidade. De acordo com o que ensina Cruz e Bodnar, a economia é uma ciência sobre a alocação ideal de recursos escassos, instrumentos econômicos, e sobre como preços podem ajustar a demanda e a oferta e lidar com externalidades. Antes da década de 1970, o gerenciamento de recursos hídricos estava focado no aumento do suprimento de água, principalmente por meio de soluções de engenharia. Desde a década de 1970, governos e pesquisadores têm se concentrado cada vez mais em medidas de gerenciamento da demanda, incluindo transferências voluntárias de água, economia, política e consumo da água, para limitar a demanda ou promover modelos estratégicos específicos relacionados às questões hídricas⁷. Diante disso condensando estudos prévios utilizando-se do método indutivo e da pesquisa bibliográfica, através de teóricos históricos e contemporâneos, além de casos práticos evidencia-se a possibilidade do alcance da sustentabilidade ambiental, econômica e social (tripé) como paradigma do direito, coabitando com o paradigma da liberdade, a partir do Direito Transnacional para a água como bem comum e direito humano fundamental vital, contemplando os objetivos do desenvolvimento sustentável para a Agenda 2030, isto por meio de uma estratégia da economia circular, categorizando uma **água ecossustentável**.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CONSULTADAS

Beck, U. (2010). *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. Tradução de Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34.

Cruz, Paulo Márcio. (2010). O clima como necessidade de governança transnacional: reflexões pós-Copenhague 2009. *Pensar*, Fortaleza, 15(2), 582-602.

CRUZ, P. M; BODNAR, Z. A transnacionalidade e a emergência do Estado e do Direito transnacionais. In: CRUZ, P. M. (Org.). **Direito e transnacionalidade**. Curitiba: Juruá, 2009.

GOMES, L; MAZZUOLI, V. de O. **Direito supraconstitucional**: do absolutismo ao estado constitucional e humanista de direito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade**: direito ao futuro. 3 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

MARÇAL, J. D; FREITAS, R. S. de. **O transconstitucionalismo como meio de**

⁶ SANTOS, B. de S. **A globalização e as ciências sociais**. São Paulo: Cortez, 2002, p. 23.

⁷ CRUZ, P. M; BODNAR, Z. A transnacionalidade e a emergência do Estado e do Direito transnacionais. In: CRUZ, P. M. (Org.). **Direito e transnacionalidade**. Curitiba: Juruá, 2009.

fortalecimento do sistema interamericano de direitos humanos e constitucional dos estados latino-americanos. Unoesc Internacional Legal, Chapecó, v. 2, n. 1, p. 215-230, 2013.

MELGAREJO, J. M. **Agua y economía circular.** 2019. Disponível em: <<https://doi.org/10.14198/Congreso-Nacional-del-Agua-Orihuela-2019>>. Acesso em 26 ago. 2019.

MELGAREJO, J; LÓPEZ, M.I. **Depuración y reutilización de aguas en España.** Agua y Territorio, 8, 2016. Disponível em: <<https://revistaselectronicas.ujaen.es/index.php/atma/article/view/3293>>_. Acesso em: 03 jan. 2020.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Los derechos fundamentales**, Tecnos, Madrid, 1994.

SANTOS, B. de S. **A globalização e as ciências sociais.** São Paulo: Cortez, 2002, p. 23.

SHIVA, Vandana. **Guerras por água:** privatização, poluição e lucro. Tradução: Georges Kormikiaris. São Paulo: Radical Livros, 2006.

O ACORDO DE LIVRE COMÉRCIO ENTRE O MERCOSUL E A UNIÃO EUROPEIA SOB A PERSPECTIVA DO ACORDO DE PARIS

Nathália Kovalski Cabral¹

Com avanços e retrocessos ao longo de vinte anos, o MERCOSUL e a União Europeia finalizaram as negociações de um Acordo de Livre Comércio em junho de 2019. Caso entre em vigência, os vinte e sete países da União Europeia e os quatro do MERCOSUL somarão um produto interno bruto de cerca de 25% da economia mundial e integrarão um mercado de 780 milhões de consumidores. O Acordo de Livre Comércio possui um capítulo sobre Comércio e Desenvolvimento Sustentável, que trata de temas como proteção ambiental, respeito às normas laborais e observância do Acordo de Paris sobre Mudanças Climáticas. Entretanto, alguns Estados Membros da União Europeia se mostraram resistentes à assinatura do Acordo de Livre Comércio. Nesse cenário, a preocupação reside no fato de que o aumento da demanda agropecuária poderá ocasionar o desmatamento de florestas no MERCOSUL. Ainda, o Brasil vem ganhando destaque negativo no cenário internacional devido à ineficiente proteção da Floresta Amazônica. Nesse sentido, a problemática norteadora da pesquisa é: a observância do Acordo de Paris sobre Mudanças Climáticas representa um papel relevante para a concretização do Acordo de Livre Comércio entre o MERCOSUL e a União Europeia? Visando responder ao questionamento formulado, o objetivo da pesquisa é investigar a relevância do cumprimento dos compromissos climáticos, especialmente do Brasil no que diz respeito à Floresta Amazônica, para a assinatura e ratificação do Acordo de Livre Comércio entre o MERCOSUL e a União Europeia. Os métodos de pesquisa são o normativo descritivo e o comparativo. As técnicas de pesquisa são a bibliográfica e documental. É possível concluir, até o momento, que a observância do Acordo de Paris se mostra pertinente para a concretização do Acordo de Livre Comércio, devido à crescente tendência, especialmente europeia, de tentativa de conciliação entre economia e sustentabilidade.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CONSULTADAS

CÁCERES, Javiera; TOKAS, Marios; GEHRING, Markus; CORREA, Fabiano de Andrade. **Environment and climate change in the Draft EU-Mercosur Trade Agreement**: legal analysis and proposed provision. Montreal: Centre for International

¹ Graduanda em Ciências Jurídicas e Sociais na Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS. Integrante do grupo de pesquisa "Direito e Integração Regional" (CNPq). E-mail: nathaliakovalskicabral@gmail.com.

Sustainable Development Law (CISDL), 2021. Disponível em: <https://www.cisd.org/wp-content/uploads/2021/04/Environment-and-Climate-Change-in-the-Draft-EU-29.04.2021-Final.pdf>. Acesso em: 3 nov. 2021.

CARVALHO, Ilona Szabó de; MUGGAH, Robert; FERGUSON, Brodie. Com criptomoedas e drones, crime ambiental na Amazônia se conecta a cadeias globais. **Folha de S. Paulo**, São Paulo, 2 set. 2020. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/ilustrissima/2020/09/com-criptomoedas-e-drones-crime-ambiental-na-amazonia-se-conecta-a-cadeias-globais.shtml>. Acesso em: 3 nov. 2021.

MADURO, Lucía; VEIGA, Pedro da Motta; POLÓNIA RIOS, Sandra. **Acordo Mercosul-União Europeia: impactos normativos/regulatórios no Mercosul**. Coordenador: Ricardo Rozemberg. Washington: Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID), ago. 2010. (Nota técnica nº IDB-TN-1997). p. 1-80. Disponível em: <https://publications.iadb.org/pt/acordo-mercosul-uniao-europeia-impactos-normativosregulatorios-no-mercosul>. Acesso em: 3 nov. 2021.

ROUBICEK, Marcelo. Como o risco ambiental afeta o acordo entre Mercosul e União Europeia. **Nexo Jornal**. [São Paulo], 20 set. 2020. Disponível em: <https://www.nexojornal.com.br/expresso/2020/09/20/Como-o-risco-ambiental-afeta-o-acordo-entre-Mercosul-e-Uni%C3%A3o-Europeia>. Acesso em: 3 nov. 2021.

TRADE and sustainable development. In: TRADE part of the EU-Mercosur Association Agreement: without prejudice. [S. l.: s. n.], 2019. Disponível em: http://www.itamaraty.gov.br/images/2019/Comrcio_e_Desenvolvimento_Sustentvel.pdf. Acesso em: 2 nov. 2021.

VIEIRA, Sérgio. **Acordo Mercosul-UE deve baratear produtos, mas forçar eficiência e produtividade**. Agência Senado. [Brasília], 10 set. 2019. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/infomaterias/2019/08/acordo-mercosul-ue-deve-baratear-produtos-mas-forcar-eficiencia-e-produtividade>. Acesso em: 3 nov. 2021.

GT 2 - TENDÊNCIAS E PERSPECTIVAS DO NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO- AMERICANO

Objetivos: Refletir os marcos do Novo Constitucionalismo Latino-Americano no ideal do pluralismo étnico-cultural e jurídico. Verificar a situação dos Estados plurinacionais resgatando os saberes do *buenvivir* e da *pachamama*. Verificar as contribuições das Constituições Latino-americanas, sobretudo da Bolívia e do Equador, na evolução socioambiental.

A DEMOCRACIA COMO FERRAMENTA À EFETIVAÇÃO DO NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO

Felipe Antonioli¹

Ivanio Formighieri Müller²

O mundo tem passado por inúmeras crises de caráter permanente, seja de cunho político, humano, social ou sanitário, nesta última, destaca-se a pandemia do Novo Corona-vírus. Inobstante, a crise das instituições de governo é constante, primordialmente nos países latinos. Neste escopo, o presente estudo tem como fito refletir sobre o Novo Constitucionalismo latino-americano e a democracia, a qual se consolidou por meio de poder constituinte dos povos andinos, destacando-se as Constituições do Equador e da Bolívia. O questionamento principal é de como a democracia do Estado de direito auxilia na perfectibilização do Novo Constitucionalismo Latino-americano e se está interligada às premissas básicas e aos impactos intrínsecos desencadeados neste processo. O estudo se demonstra necessário para que as nuances do Novo Constitucionalismo latino-americano, de origem das Constituições do Equador e da Bolívia, sejam visualizadas pela ótica do estado do bem viver, cujos interesses se interligaram diante da vasta sintonia entre os povos da América do Sul. No novo constitucionalismo latino-americano, a democracia figura como principal ferramenta a criação de vislumbrar diferentes formas para conceituar o papel do Estado de direito na promulgação de Constituições em países

¹ Mestrando em Direito pela Universidade de Passo Fundo. Especialista em Direito Civil e Processual Civil pela Universidade de Passo Fundo. Graduado em Direito pela Universidade Regional Integrada do Auto Uruguai e das Missões – Campus de Erechim. Servidor Público do Estado do Rio Grande do Sul, Getúlio Vargas, Rio Grande do Sul, Brasil. E-mail: felipeantonioli@live.com

² Mestrando pela Universidade de Passo Fundo pelo Programa de Pós-graduação em Direito com auxílio CAPES. Especialista em Direito Processual Civil pela Damásio Educacional. Graduado em Direito pela Faculdade Meridional (IMED). Advogado. Passo Fundo, Rio Grande do Sul, Brasil. E-mail: ivanioformighieri.adv@gmail.com

latinos, sobretudo por outorgar as decisões políticas ao povo. Para realização do trabalho utilizou-se o método fenomenológico hermenêutico e, como instrumento procedimental, investigação bibliográfica.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CONSULTADAS

ACOSTA, Alberto. **O bem viver: uma oportunidade para imaginar outros mundos**. São Paulo: Autonomia Literária, Elefante, 2016.

ALVES, Marina Vitório. **Neoconstitucionalismo e Constitucionalismo latino-americano: características e distinções**. Ver. SJRJ, Rio de Janeiro, v.19, n. 34, p. 133-145, 2012.

BELLO, Eduardo Manuel. **O pensamento pós e decolonial no novo constitucionalismo latino-americano**. Caxias do Sul, RS: Educs, 2014.

BERAS, Cesar. **Democracia, cidadania e sociedade civil**. Curitiba: Inter Saberes, 2013.

DWORKIN, Ronald. **Uma Questão de Princípio**. Tradução Luís Carlos Borges. - São Paulo: Martins Fontes, 2000.

FURLANETTO, Taísa Villa. **O constitucionalismo transformador latino-americano: implicações na restauração e reparação do dano ambiental** (Mestrado em Direito) – Universidade de Caxias do Sul, Caxias do Sul, 2014, p.102.

GARCIA, Marcos Leite. **“Novos” Direitos Fundamentais, transnacionalidade e UNASUL: desafios para o século XXI**. In: CADEMARTORI, Daniela; CADEMARTORI, Sérgio; MORAES, Germana de Oliveira; COELHO, Raquel. A construção jurídica da UNASUL. Florianópolis. Fundação José Arthur Boiteux/Editora da UFSC, 2011.

GARCIA, Marcos Leite. **Reflexões sobre os direitos humanos do bem viver: o novo constitucionalismo latino-americano a partir de um dos seus fundamentos**. Equador: Compedi a Law Review, v. 4, 2018.

MAGALHÃES, José Luiz **Quadros de. O estado plurinacional e o direito internacional moderno**. Curitiba: Juruá, 2012.

NAUROSKI, Everson Araujo. **Democracia, cidadania e sociedade civil**. Curitiba: Contenus, 2020.

SILVA, Diogo Bacha. **Desconstruindo o novo constitucionalismo latino-americano: o tribunal constitucional plurinacional e a jurisdição constitucional decolonial**. Belo Horizonte: Conhecimento Editora, 2020.

SILVA, Diego Coimbra Barcelos da; CALGARO, Cleide. **A utopia progressista em face do projeto político-econômico do buen-vivir na América Latina**. In Revista REDES - Revista eletrônica direito e sociedade, v. 5, 2017. p. 59-74. Canoas: UNILASSALE, 2017.

SUESS, Paulo. **Elementos para a busca do Bem Viver (Sumak Kawsay) para todos e sempre**. 2010.

VASCONCELOS, Junior. **Democracia pura: teoria e prática sobre o governo sem políticos profissionais**. São Caetano do Sul, SP: Difusão Editora, 2019.

A JUSTIÇA EQUITATIVA DE JOHN RAWLS E SUA RELAÇÃO COM O NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO

Ana Isabel Mendes¹

Ivanio Formighieri Müller²

As relações da filosofia moderna com as Constituições dos países latino-americanos são incontroversas, o que enseja reflexões quanto a incorporação do pensamento filosófico na democracia. Neste escopo, o presente estudo tem como fito relacionar as premissas oriundas da obra “uma teoria da Justiça”, do autor John Rawls, com o Novo Constitucionalismo latino-americano. Neste passo, destaca-se a democracia, a qual se consolidou por meio do poder constituinte dos povos andinos, através das Constituições do Equador e da Bolívia. Nesse sentido, a justiça equitativa e o chamado valor da justiça, na visão rawlsiana, serão analisados pela ótica de suas aplicações para o efeito de diminuir as desigualdades sociais a ponto de consolidar (ou não), o princípio de dignidade da pessoa humana. Portanto, o estudo possui caráter contributivo, a verificar as contribuições das premissas desta teoria filosófica-jurídica, inclusive quanto aos princípios da Justiça, na perfectibilização do novo Constitucionalismo latino-americano. Para realização do trabalho utilizou-se o método fenomenológico hermenêutico e, como instrumento procedimental, investigação bibliográfica.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CONSULTADAS

ACOSTA, Alberto. **O bem viver: uma oportunidade para imaginar outros mundos**. São Paulo: Autonomia Literária, Elefante, 2016.

ALVES, Marina Vitório. **Neoconstitucionalismo e Constitucionalismo latino-americano: características e distinções**. Ver. SJRJ, Rio de Janeiro, v.19, n. 34, p. 133-145, 2012.

BERAS, Cesar. **Democracia, cidadania e sociedade civil**. Curitiba: Inter Saberes, 2013.

¹ Mestranda pela Universidade de Passo Fundo pelo Programa de Pós-graduação em Direito. Graduada em Direito pela Universidade de Passo Fundo (UPF). Advogada. Passo Fundo, Rio Grande do Sul, Brasil. E-mail: aisabelmendes@hotmail.com

² Mestrando pela Universidade de Passo Fundo pelo Programa de Pós-graduação em Direito com auxílio CAPES. Especialista em Direito Processual Civil pela Damásio Educacional. Graduado em Direito pela Faculdade Meridional (IMED). Advogado. Passo Fundo, Rio Grande do Sul, Brasil. E-mail: ivanioformighieri.adv@gmail.com

GARCIA, Marcos Leite. **Reflexões sobre os direitos humanos do bem viver: o novo constitucionalismo latino-americano a partir de um dos seus fundamentos.** Equador: Compedi a Law Review, v. 4, 2018.

NAUROSKI, Everson Araujo. **Democracia, cidadania e sociedade civil.** Curitiba: Contenius, 2020.

RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça.** Tradução de Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

VASCONCELOS, Junior. **Democracia pura: teoria e prática sobre o governo sem políticos profissionais.** São Caetano do Sul, SP: Difusão Editora, 2019.

GT 3 - DIREITOS HUMANOS: EFICÁCIA NO PLANO INTERNACIONAL

Objetivos: Refletir acerca da evolução e das dimensões dos Direitos Humanos, bem como sua efetividade na sociedade global. Articular os Direitos Humanos nos sistemas regionais e internacional de proteção. Investigar a eficácia dos Direitos Humanos em um cenário multicultural. Abordar os efeitos dos Direitos Humanos na dinâmica transnacional decorrente da globalização.

A NECESSIDADE DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS NOS PROCESSOS MIGRATÓRIOS

Silvana de Fátima Machado da Silva¹

Leonardo Machado da Silva²

Os processos migratórios são uma realidade do mundo e podem ser considerados fenômenos naturais, ou seja, ninguém pode controlá-los. Pessoas se deslocam por diversos motivos, sejam turistas, imigrantes, apátridas ou refugiados, cada um com uma história de vida. Segundo Eco, esses fenômenos simplesmente acontecem. O crescente fluxo de imigrantes que entram nos Países em busca de trabalho e renda, demanda do Estado políticas públicas capazes de atender os interesses desses trabalhadores, bem como, fortalecer as discussões acerca das questões migratórias. É nesse contexto que se faz importante e necessário à implementação de medidas destinadas a amparar e acolher imigrantes, permitindo que possam viver com a mesma dignidade e possibilidades dos nacionais, como prevê a Constituição Federal de 1988. Através da criação de políticas públicas é possível garantir o mínimo existencial, o respeito à dignidade da pessoa humana, a equidade de tratamento, o acesso a direitos básicos, bens e serviços, assim como, promover a inclusão social dos imigrantes na sociedade. Segunda Fraser, é preciso compreender a dinâmica da mobilidade humana e a diversidade dos fluxos migratórios a fim de aprimorar as respostas do Estado em termos de políticas, legislação e governança institucional. (2002). As políticas públicas precisam tratar das mais variadas questões, desde as que

¹ Mestra em Direito pela Universidade de Passo Fundo. 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. Corretora de Imóveis. E-mail: vannasilva@hotmail.com

² Advogado. Pós-graduado em Direito Empresarial pela Fundação Getúlio Vargas. Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade de Passo Fundo. E-mail: leonardoms8@hotmail.com

envolvem direitos, deveres e obrigações, bem como as voltadas a manutenção de direitos econômicos, civis e sociais, também, é necessário que estabeleçam normas e diretrizes que atendam aos imigrantes em todas as esferas, sempre levando em conta, o impacto social e econômico que o processo migratório pode proporcionar. Acolher e atender essa parcela da população exige investimentos do poder público, na qualificação de profissionais, voluntários e ativistas, que darão tratamento adequado, fazendo um trabalho de reconhecimento de valores e inclusão social. No Brasil os avanços neste sentido ainda são ínfimos e desproporcionais em relação às necessidades dos imigrantes e ao crescimento dos fluxos migratórios, o que impacta no acesso aos direitos de cidadania e dignidade da pessoa humana. Por todo o exposto, ressalta-se que os esforços da sociedade civil em relação ao atendimento e a assistência aos imigrantes carece de especial atenção e de políticas públicas eficientes que possam garantir e atender as especificidades de cada novo indivíduo que entra e passa a fazer parte do círculo de pessoas na sociedade brasileira. As políticas representam a garantia dos direitos humanos e fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CONSULTADAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/civil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 de nov. 2021.

ECO, Umberto. **Migração e Intolerância**. 1. ed. Rio de Janeiro: Record, 2020.

FRASER, Nancy. **A justiça social na globalização**: redistribuição, reconhecimento e participação. Revista crítica de Estados Sociais, outubro, 2002.

SILVA, Silvana de Fátima Machado da. **O direito fundamental à moradia dos imigrantes no Brasil: Implementação de políticas públicas para moradia**. Caxias do Sul, RS: EDUCS, 2021.

JUSTIÇA TRIBUTÁRIA: A DESONERAÇÃO DA CESTA BÁSICA E SUA (IN)EFICIÊNCIA

Gustavo Pertille¹

Julio Cesar Giacomini²

A Constituição Federal de 1988 preceitua que um dos objetivos fundamentais da república seria o de reduzir as desigualdades sociais, desde então, o Estado Brasileiro ao longo do tempo vem estruturando diversas políticas que servem como ferramentas para diminuir as desigualdades. Dentre essas políticas encontra-se a desoneração da cesta básica, política social que tem como objetivo principal tornar a carga tributária menos regressiva, dando maior acesso a produtos da cesta de consumo básico às famílias que tem menos, ou seja, almeja usar a tributação como instrumento de produção de justiça social. A supramencionada política consiste em zerar as alíquotas de PIS/Pasep, Cofins e IPI, e institui uma alíquota baixa de ICMS sobre os bens circunscritos como os da Cesta básica. No entanto, tal política se mostra menos eficaz quando colocada ao lado das demais – como por exemplo as de transferência direta de renda. O combate a pobreza é de grande importância nos tempos atuais, tanto é que no início da nova era da informação e da tecnologia, o combate a pobreza adquire proeminência e seu enfrentamento é redimensionado no cenário internacional. O Banco Mundial afirma que o combate a pobreza é um dos principais desafios mundiais, difundindo uma ideia de pobreza para além da baixa renda, incluindo também baixos indicadores em educação, saúde, nutrição e outras áreas do desenvolvimento humano³. Partindo de uma abordagem teórica do tema, Van den Noord e Heady⁴ mostram que, devido ao maior volume consumido pelas classes mais altas, as políticas de desoneração de bens de consumo são menos eficientes no quesito redistribuição de renda do que a concessão de vouchers e transferência direta. A razão apontada é que estes têm um maior grau de focalização pelo fato de serem endereçados às classes baixas. Percebe-se que, com as políticas de desoneração, por mais que em termos absolutos se estivesse beneficiando as famílias de baixa renda,

¹ Aluno do Curso de Direito da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5565905064521652>.

² Mestre em Direito, professor Titular I de Direito Tributário na Faculdade de Direito da UPF.

³ VAITSMAN, J.; ANDRADE, G. R. B. ; FARIAS, L. O. Proteção social no Brasil: o que mudou na assistência social após a Constituição de 1988. p. 731 e 741. Revista Ciência e Saúde Coletiva, Rio de Janeiro, v.14, n. 3, p. 731-741, 2009. Disponível em: <<http://www.scielo.br>>. Acesso em: 16 Jun. 2021.

⁴ VAN DEN NOORD, P.; HEADY, C. Surveillance of tax policies: a synthesis of findings in economic surveys. Working Paper, OECD Economic Department, 2001. p. 31.

em termos relativos se estaria beneficiando muito mais as famílias de alta renda, porque as famílias de alta renda consomem mais na aquisição de produtos da cesta básica em detrimento das primeiras. O grande problema encontrado é que torna-se difícil focar políticas tributárias em determinados indivíduos, fazendo com que os que não teriam de ser desonerados acabam por ser. No ano de 2020 o poder executivo do Estado do Rio Grande do Sul propôs o Projeto de Lei de nº 246/2020, que após, foi aprovado e tornou-se a lei 15.576 de 29 de Dezembro de 2020⁵, tal lei tem uma características que vem a resolver o problema sofrido pela política de desoneração - a focalização - pois autoriza o poder executivo do estado a devolver por meio de um cartão magnético o Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços - ICMS - suportado pelas famílias de baixa renda. O Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços - ICMS, no Rio Grande do Sul tem alíquotas variando de 12% a 25% - dependendo do produto da cesta básica, após a criação deste programa nomeado de "DEVOLVE-ICMS", e partindo de uma lógica sistemática, trata-se de uma desoneração fiscal posterior ao consumo, ou seja, abandona-se aqui o problema de desonerar todos os consumidores, pois o ICMS continuará embutido em todos os produtos da cesta básica - para todos consumirem - no entanto, só serão desonerados as famílias pertencentes ao programa de coleta de dados e informações que objetiva identificar todas as famílias de baixa renda existentes no país para fins de inclusão em programas de assistência social e redistribuição de renda - CadÚnico.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CONSULTADAS

VAITSMAN, J.; ANDRADE, G. R. B ; FARIAS, L. O. Proteção social no Brasil: o que mudou na assistência social após a Constituição de 1988. p. 731 e 741. **Revista Ciência e Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, v.14, n. 3, p. 731-741, 2009. Disponível em: <<http://www.scielo.br>>. Acesso em: 16 Jun. 2021.

VAN DEN NOORD, P.; HEADY, C. **Surveillance of tax policies: a synthesis of findings in eco- nomic surveys. Working Paper**, OECD Economic Department, 2001. p. 31.

⁵ Disponível em: <<http://www.al.rs.gov.br/legislativo/ExibeProposicao/tabid/325/SiglaTipo/PL/NroProposicao/246/AnoProposicao/2020/Origem/Px/Default.aspx>> . Acesso em 22 de outubro de 2021.

CASO FÁBRICA DE FOGOS DE SANTO ANTÔNIO DE JESUS E A OBRIGATORIEDADE DE ELABORAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DETERMINADAS POR UMA CORTE INTERNACIONAL

Clóvis Gorczewski¹

Micheli Piucco²

Desde a submissão do Brasil a Corte Interamericana de Direitos Humanos, via Decreto nº. 4.463/2002, o Estado já possui uma série de condenações que refletem a violação de direitos consagrados na Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Dentre as condenações do Brasil, destaca-se, neste trabalho, o caso dos Trabalhadores da Fábrica de Fogos de Santo Antônio de Jesus e seus familiares Vs. Brasil. O caso, encaminhado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, foi sentenciado em 15 de julho de 2020. O caso em questão versou sobre a explosão de uma fábrica de fogos no ano de 1998 no município de Santo Antônio de Jesus, no estado da Bahia. Diante da explosão morreram 60 pessoas, restando apenas 6 sobreviventes. Dentre essas pessoas que faleceram estavam 59 mulheres, sendo 20 crianças. A fábrica contava com autorização para funcionamento. Entretanto, desde o registro até a explosão não foi realizada qualquer modalidade de fiscalização (CORTE IDH, 2020, p. 04-33). Diante desses fatores a Comissão Interamericana solicitou a Corte Interamericana à responsabilização internacional do Brasil pela violação do direito à vida, à integridade pessoal, ao trabalho em condições equitativas e satisfatórias, direito à igualdade e não discriminação, direitos das crianças e adolescentes, direito à proteção judicial e às garantias judiciais (CORTE IDH, 2020, p. 04). Dentre as determinações do tribunal interamericano, no qual o Brasil foi responsabilizado por uma série de direitos violados, destaca-se a implementação de garantir a não repetição e “1) *Implementar una política sistemática de inspecciones periódicas en los locales de producción de fuegos artificiales; e 2) Diseñar y ejecutar un programa de desarrollo socioeconómico destinado a la población de Santo Antônio de Jesus*” (CORTE, 2020, 88-89). Nesse sentido, questiona-se a competência de uma Corte Internacional em determinar a implementação pelos Estados de políticas públicas. Salienta-se que as

¹ Doutor em Direito pela *Universidad de Burgos* (2001), pós-doutorado pela *Universidad de Sevilla* (CAPES – 2007) e pela *Universidad de La Laguna* (CAPES – *Fundación Carolina* – 2010). Professor da Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC. E-mail: clovisg@unisc.br.

² Doutoranda pelo Programa de Mestrado e Doutorado em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC. Mestra e Graduada em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo. Professora na Universidade de Passo Fundo-RS. E-mail: micheli.piucco@hotmail.com.

políticas públicas devem ser constituídas e executadas pelos Estados considerando sua autonomia e, além disso, as condições políticas, sociais e econômicas do Estado em questão. Dessa forma, determinar a violação de direitos humanos e a obrigatoriedade de constituição de novas políticas públicas sobre determinadas matérias extrapola a competência do tribunal.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

Corte IDH. **Caso de los Empleados de la Fábrica de Fuegos de Santo Antônio de Jesus y sus familiares Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de julio de 2020.** Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_407_esp.pdf>. Acesso em 13 nov. 2021.

TEORIA DO TRANSCONSTITUCIONALISMO E OS REFLEXOS NA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

Natalia Ferreira Lehmkuhl Cenci¹

Patricia Grazziotin Noschang²

Thaís Fernanda Silva³

A fusão de fatores internacionais com nacionais se mostra cada vez mais frequente e importante, em todas as áreas sociais, jurídicas, econômicas, etc. e, a medida em que população mundial desenvolveu novas formas de se relacionar, alcançando cada vez com mais frequência e facilidade, outras regiões, estados e países; se elevou o nível de complexidade da sociedade como sistema, intensificando as conexões além das fronteiras. No âmbito dos Direitos Humanos não poderia ser diferente, as relações jurídicas de cada estado ou nação demonstra-se cada vez presentes nas decisões jurídicas de demandas internacionais que versam sobre esses direitos. Para tanto, surgiu a necessidade da criação de parâmetros em demandas internacionais cujos problemas constitucionais tornaram-se relevantes para outras ordens jurídicas de forma simultânea, sendo então necessário a implantação de mecanismos de trocas de experiência no âmbito do direito. Nesse sentido, o teórico brasileiro Marcelo Neves desenvolveu uma ideia de constituição transversal, considerando o diálogo entre normas internas e internacionais no desenvolvimento do sistema constitucional. A teoria do transconstitucionalismo elaborada a partir da teoria dos sistemas sociais de Niklas Luhmann, implica em uma relação de complementariedade entre identidade e alteridade, ou seja, as ordens jurídicas envolvidas na solução de um conflito constitucional reconstroem de forma contínua sua identidade mediante o entrelaçamento entre suas respectivas ordens. É nessa perspectiva, que se investiga a teoria do transconstitucionalismo na América Latina, manifestado nas relações entre

¹ Mestranda em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Passo Fundo. Passo Fundo-RS. Extensionista no Balcão do Migrante pela Universidade de Passo Fundo. Passo Fundo-RS. Pós-Graduada em Direito Processual Penal e Legislação Penal pela Universidade Candido Mendes (2019). Bacharela em Direito pela Univesc, Lages/SC (2015); Advogada; e-mail: nataliaferreira.advo@gmail.com.

² Doutora em Direito PPGD/UFSC. Mestre em Direito e Relações Internacionais PPGD/UFSC. Especialista pela Fundação Getulio Vargas em MBA Comércio Exterior e Negócios Internacionais e pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul em Direito Internacional Público, Privado e da Integração Regional. Graduação em Direito pela Universidade Católica de Pelotas. Professora na Faculdade de Direito e no Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado) da Universidade de Passo Fundo/RS. Membro do Módulo Jean Monnet CCJ/UFSC. Coordenadora do Fórum de Mobilidade Humana de Passo Fundo-RS. Membro - Coordenadora da Comissão de Direitos Humanos da OAB Seccional Passo Fundo-RS. Contato: patriciagn@upf.br

³ Mestranda em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Passo Fundo. Pós-graduanda em Direito Civil e Processo Civil pela Universidade Legale. Bacharela em Direito pela Univesc, Lages/SC (2015); Advogada thaísfernandasilva.adv@gmail.com.

a Corte Interamericana de Direitos Humanos e os tribunais supremos ou constitucionais dos respectivos Estados signatários. Tanto do lado da Corte Interamericana de Direitos Humanos quanto da parte das cortes estatais verifica-se uma posição de “diálogo” em questões constitucionais comuns referentes à proteção dos direitos humanos, de tal maneira que se amplia a aplicação do direito convencional pelos tribunais doméstico, trazendo mais força à proteção internacional dos Direitos Humanos. Destaca-se a existência de casos levados à CIDH em que houve esse fortalecimento de proteção de Direitos Humanos com base na experiência jurídica de outros países em situações semelhantes, como exemplo “*Karen Atala y hijas versus Chile*” e “*Gelman vs. Uruguay*”, qual demonstram a importância no cenário mundial e como vem se desenvolvendo desde a internacionalização dos Direitos Humanos, que não possui uma fórmula prática para sua aplicação, mas sim a busca de diálogo e cooperação entre demais entes, em diversas esferas regionais, nacionais e internacionais, para que se encontre a melhor resposta para os conflitos que lhe foram apresentados. No entanto, a concretização do transconstitucionalismo exige a adoção de uma racionalidade transversal entre os atores envolvidos, notadamente os órgãos responsáveis pela interpretação final dos diplomas inseridos nessa interação jurídica, sendo tribunais e cortes. O presente estudo foi realizado a partir de pesquisa bibliográfica e por meio do procedimento dedutivo.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CONSULTADAS

ADEODATO, João Maurício Leitão. **A legitimação pelo procedimento juridicamente organizado: notas à teoria de Niklas Luhmann**. Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica. São Paulo: Saraiva, 2002.

CARAZO ORTIZ, Pía. **El sistema interamericano de derechos humanos: democracia y derechos humanos como factores integradores em Latinoamérica**. . In: VON BOGDANDY, Armin; LANDA ARROYO, César; MORALES ANTONIAZZI, Mariela (Ed.). **¿Integración suramericana a través del derecho?: un análisis interdisciplinario y multifocal**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009.

Cartas das Nações Unidas. Disponível em: <https://unric.org/pt/wpcontent/uploads/sites/9/2009/10/Carta-das-Na%C3%A7%C3%B5es-Unidas.pdf> Acesso em: 22 out. 2021.

Convenção Americana de Direitos Humanos, 1969. Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm> Acesso em 10 de setembro de 2021.

Corte IDH. **Sentencia de 24 de febrero de 2011. Parágrafo 43, 3. Caso Gelman Vs Uruguay**. Disponível em:

<https://www.cnj.jus.br/wpcontent/uploads/2016/04/09b4d396111fe41e886a744a9f8753e1.pdf> Acesso em: 29. Out. 2021.

Corte IDH, **O caso Atala Riffo e crianças vs. Chile da corte idh (2012): a obrigação estatal de desarticular preconceitos**, 2018. Disponível em : <https://nidh.com.br/atalariffo/> Acesso em: 15. Out.2021.

ELMAUER, Douglas. **Transconstitucionalismo: Do acoplamento estrutural à racionalidade transversal**. São Paulo: Revistas USP, 2013. Disponível em: Acesso em: 11 de junho de 2014.

LUHMANN, N. **O conceito de sociedade**. In: NEVES, C. B. ; SAMIOS, E. M. B. (Org.). Niklas Luhmann: a nova teoria dos sistemas. Porto Alegre: Ed. UFRGS, 1997.

NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009, NIDH, **O caso Atala Riffo e crianças vs. Chile da corte idh (2012): a obrigação estatal de desarticular preconceitos**, 2018. Disponível em : <https://nidh.com.br/atalariffo/> Acesso em: 15. Out.2021.

PIOVESAN, Flavia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. São Paulo: Saraiva, 2006.

GT 4 - PODER, GÊNERO E POLÍTICAS PÚBLICAS

Objetivos: Refletir sobre a diversidade de gênero e poder, bem como símbolos que marcam a condição feminina e masculina no século XXI. Articular sobre a desigualdade de gênero e a subordinação feminina. Considerar o empoderamento das mulheres, identidades de gênero, questões referentes à sexualidade, violência contra a mulher e seus reflexos nas políticas públicas.

A EDUCAÇÃO COMO FERRAMENTA PARA O COMBATE DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER

Maiara Silva de Oliveira¹

Karen Beltrame Becker Fritz²

Partindo da ideia de que o gênero é uma construção social e, a partir desta, criaram-se estereótipos designando o que é masculino e feminino, bem como por estes estereótipo determinam-se os locais sociais que cada um ocupa, ou seja, a mulher o âmbito privado e o homem o público. Analisa-se o fenômeno da violência doméstica contra a mulher com base nas desigualdades criadas historicamente por essa formação social hierarquizada, o patriarcado. Dessa forma, tem-se por objetivo entender como a educação pode influenciar no desenvolvimento dessas relações desiguais e geradoras de violência e, o dever do Estado em promover uma educação transformadora capaz de modificar as estruturas e alcançar resultados como relações mais igualitárias e livres de violência e abusos. Para tanto, utilizou-se o método dedutivo, através da técnica bibliográfica pela análise de livros, artigos e pesquisas realizadas acerca da temática. Podemos relacionar a violência perpetrada contra a mulher no ambiente doméstico com a estrutura social patriarcal, pois ela cria pólos de dominação e submissão e, para a manutenção dessa ordem a violência é essencial, assim, a violência se torna instrumento e resultado da dessa construção social hierarquizada (CUNHA, 2014). Sabendo que a violência de gênero é fruto dos padrões socialmente estabelecidos, para desconstruir essa estrutura de dominação é preciso modificar as concepções sobre o feminino e o masculino que foram construídas,

¹ Acadêmica do Curso de Direito da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo (UPF). 157754@upf.br

² Doutora em Desenvolvimento Rural pelo Programa de Pós-Graduação em Desenvolvimento Rural da Faculdade de Ciências Econômicas da UFRGS (2009). Professora da Universidade de Passo Fundo (UPF). karenfritz@upf.br

devendo essa mudança ocorrer, principalmente, no âmbito educacional, para assim alterar as ideologias que sustentam essa cultura (ELIAS; GAUER, 2014). Apesar do avanço legislativo, tanto em âmbito nacional como internacional, em relação à criação de leis que visam o enfrentamento da violência doméstica contra mulher, há uma dificuldade, por parte do Estado, em combater e diminuir os índices de violência por meio do aparato punitivo. Torna-se necessário e urgente que se questione as estruturas que produzem e reproduzem essas violências. A escola é uma das primeiras instituições socializadoras e uma das principais após a família, sendo que a escola “fabrica” sujeitos, produz identidades, como a de gênero, e é preciso reconhecer que essas identidades estão sendo produzidas na forma de relações desiguais (LOURO, 2003). É essencial repensar o sistema educacional, devendo a escola proporcionar uma educação que esteja em consonância com os preceitos estabelecidos na Constituição de 1988, ou seja, que busca por uma sociedade livre de discriminações CARDINALI (2017). Através da educação é possível romper com a naturalização das concepções de gênero, para combater a raiz do problema, passando pela mudança cultural e educacional, devendo essa mudança ser implementada na socialização das crianças, no momento da formação dos indivíduos, em complemento às mudanças legislativas, que por si só não tem capacidade de modificar as ideologias presentes na sociedade (ELIAS; GAUER, 2014).

REFERÊNCIAS DAS FONTES CONSULTADAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

____. LEI MARIA DA PENHA. Lei N.º 11.340, de 7 de Agosto de 2006.

CARDINALI, Daniel Carvalho. A escola como instrumento do dever constitucional de enfrentamento da homofobia: potencialidade e tensões. Revista Publicum. Rio de Janeiro. V. 3. n. 1. 2017. p. 166

CORRÊA, André Luis Penha; DIAS, Renato Duro. GÊNERO, SEXUALIDADES E EDUCAÇÃO: DIÁLOGOS INSUBMISSOS. **DIREITOS HUMANOS: UMA COLETÂNEA PELA PERSPECTIVA**, p. 220.

COUTO, Maria Claudia Giroto do, *Lei Maria da Penha e Princípio da Subsidiariedade: diálogo entre um direito penal mínimo e as demandas de proteção contra a violência de gênero no Brasil*. 2016 Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016.

CUNHA, Barbara Madruga. Violência contra a mulher, direito e patriarcado: perspectivas de combate à violência de gênero. In: XVI Jornada de Iniciação Científica

de Direito da UFPR. Paraná- PR. 2014. Disponível em: <<http://www.direito.ufpr.br/portal/wp-content/uploads/2014/12/Artigo-B%20C3%A1lrbara-Cunha-classificado-em-7%C2%BA-lugar.pdf>, 2014.> Acesso em: 20 de agosto de 2020.

CUNHA BUENO, Mariana Guimarães Rocha da. **Feminismo e direito penal**. 2011. 180 p. Dissertação (Mestrado em Direito Penal) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.

CRUZ, Paulo Márcio; LOURENÇO, Bruna Borges Moreira; PIFFER, Carla. A REDUÇÃO DAS ASSIMETRIAS DE GÊNERO COMO UM DIREITO HUMANO NECESSÁRIO AO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL. **DIREITOS HUMANOS: UMA COLETÂNEA PELA PERSPECTIVA**, p. 71

DOURADO, Ivan Penteado; KETZER, Patricia; ROCHA, Róbson Peres da. MASCULINIDADES, E VIOLAÇÃO DE DIREITO. **DIREITOS HUMANOS: UMA COLETÂNEA PELA PERSPECTIVA**, p.145

ELIAS, Miriam Freitas; GAUER, Gabriel José Chittó. Violência de gênero e o impacto na família: Educando para uma mudança na cultura patriarcal. **Sistema Penal & Violência**, v. 6, n. 1, p. 117-128, 2014.

IPEA; Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada; Fórum Brasileiro de Segurança Pública (2020). **Atlas da violência 2020**. São Paulo, SP. Disponível em: <<https://www.ipea.gov.br/atlasviolencia/download/24/atlas-da-violencia-2020>>. Acesso em: 26 de maio de 2021.

LOURO, Guacira Lopes. Gênero, sexualidade e educação. Uma perspectiva pós-estruturalista. 16. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2014.

SAFFIOTI, H. I. B. Gênero, patriarcado, violência. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2004.

SCOTT, Joan. Gênero: uma categoria útil de análise histórica. **Educação & realidade**, v. 20, n. 2, 1995.

SILVA, Ariana Kelly Leandra Silva da. Diversidade sexual e de gênero: a construção do sujeito social. **Revista do NUFEN**, v. 5, n. 1, p. 12-25, 2013.

SILVA, Carla da. A desigualdade imposta pelos papéis de homem e mulher: uma possibilidade de construção da igualdade de gênero. **Revista Direito em Foco**, v. 5, p. 1-9, 2012.

SILVA, Janier Rodrigues. *Violência doméstica contra a mulher: abordagens de gênero na escola*. 2015. Trabalho de Conclusão de Curso; (Graduação em Pedagogia) - Universidade Federal de Pernambuco, Pernambuco, 2015.

RIOS, Roger Raupp. Para um direito democrático da sexualidade. **Horizontes antropológicos**, v. 12, n. 26, p. 71-100, 2006.

WELZER-LANG, Daniel. A construção do masculino: dominação das mulheres e homofobia. **Revista Estudos Feministas**, v. 9, n. 2, p. 460-482, 2001.

A PERPETUAÇÃO DA CULTURA PATRIARCALISTA E A PERSISTÊNCIA DA VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER

Eliziana Andriollo¹

Josiane Petry Faria²

O presente trabalho visa analisar o sistema patriarcal presente na sociedade e a perpetuação da cultura machista, visando o enfrentamento da violência que é praticada contra as mulheres. Objetiva-se debater sobre por qual razão ocorre a violência contra as mulheres, relacionando com a desigualdade de gênero existente, bem como perceber quais são as influências da cultura patriarcalista na disseminação dessa violência. Por fim, busca-se enfatizar que todo ser humano tem direito a vida, devendo esta ser protegida independentemente de seu gênero. Justifica-se a importância do tema tendo em vista que a violência que é praticada contra as mulheres não é considerada como algo recente, mas sim algo que acontece e permanece com o passar dos anos. Pois, a mulher é vista, desde os tempos antigos até os dias atuais, como um ser inferior ao homem, razão pela qual as mulheres continuam sendo alvo de violências de todos os tipos. Logo, em uma sociedade marcada pelo sistema patriarcalista onde a perpetuação do machismo e da força brutal do gênero masculino prevalece sobre o feminino, fazendo com que as mulheres sejam subordinadas aos homens, trazem uma forte conexão com a violência de gênero. As agressões contra o gênero feminino se fazem presentes e estão atingindo grandes proporções da população feminina em todo o mundo. Na antiguidade, a mulher não era vista como um ser humano independente e sim como uma submissa do homem, tratada muitas vezes como um mero objeto, sendo desprezada e inferiorizada pela própria sociedade. Elas não possuíam nenhuma autoridade em seus lares, pois essa autoridade pertencia somente aos homens, cabendo as mulheres apenas o papel de obedecer. Historicamente, a estrutura patriarcal pela qual a sociedade organiza-se constituiu uma hierarquia entre mulheres e homens, concedendo as mulheres uma atribuição social de inferioridade em relação aos homens. A violência contra a mulher não é um fato recente, desde os primórdios da humanidade as mulheres vêm sendo vítimas de

¹ Bolsista Paidex do Projeto de Extensão Projur Mulher e Diversidade, pesquisadora do Grupo de pesquisa Dimensões do Poder, Gênero e Diversidade e aluna do Curso de Direito da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo, Campus Casca. 173298@upf.br

² Pós-doutora em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande; Professora Permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado; Coordenadora Geral do Projeto de Extensão Projur Mulher e Diversidade ambos da Universidade de Passo Fundo, coordenadora do Grupo de pesquisa Dimensões do Poder, Gênero e Diversidade. jfaria@upf.br

agressões, muitas vezes chegando a óbito (FONSECA et al., 2018). Logo, a sociedade possui um sistema patriarcal, onde a mulher deve ser subordinada ao homem, existindo assim, uma ligação com a violência de gênero. Nas últimas décadas os índices dessa violência aumentaram, fazendo-se relevante analisar as diferenças sociais existentes em relação ao gênero. “A violência contra a mulher por razões de gêneros é histórica e tem um caráter estrutural, que se perpetua devido à sua posição de subordinação na ordem sociocultural patriarcal. Tal relação de poder, baseada em padrões de dominação, controle e opressão, leva à discriminação, à exploração e à criação de estereótipos” (GEBRIM, 2014, p. 59). Deste modo, tendo em vista que a violência contra as mulheres ainda persiste em nossa sociedade, constata-se a importância da discussão desse assunto, visto que a violência contra a mulher é histórica e tem um caráter estrutural, que se perpetua devido à sua posição de subordinação na ordem sociocultural patriarcal. Vale lembrar que a mulher é vista, desde os tempos antigos até os dias atuais, como um ser inferior ao homem, rotulada como um ser de “sexo frágil”. Contudo, essa concepção deve ser mudada, pois elas foram inserindo-se cada vez mais na atual sociedade como um ser independente, assumindo novos papéis, sendo donas de casa, mães e esposas, ocupando postos no mercado de trabalho e cargos de liderança em escolas, universidades, empresas, cidades e países em que há muitos anos, eram ocupados somente por homens.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CONSULTADAS

FONSECA, Maria Fernanda Soares. Et al. *O Feminicídio como uma manifestação das relações de poder entre os gêneros*. JURIS, Rio Grande, v. 28, n. 1, p. 49-65, 2018. Disponível em: <<https://periodicos.furg.br/juris/article/view/7680>>. Acesso em: 01 nov 2021.

GEBRIM, Luciana Maibashi. *Violência de gênero: tipificar ou não tipificar o femicídio/feminicídio?* Revista de Informação Legislativa, Brasília, v.51, n. 202, p. 59-75, 2014. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/51/202/ril_v51_n202_p59.pdf>. Acesso em: 03 nov 2021.

DESIGUALDADE DE GÊNERO NA REPRESENTAÇÃO POLÍTICA - UMA POSIÇÃO DE PODER NATURALMENTE OCUPADA POR HOMENS

Maira Zenni Carbonera¹

Josiane Petry Faria²

O plenário do Senado brasileiro foi inaugurado no ano de 1960 e após 55 anos o primeiro banheiro feminino foi construído, mais precisamente em 2016. Esse é apenas um, dentre outros fatores que mostram a desigualdade de gênero na política brasileira. Segundo a pesquisa realizada pela ONU em 2020, o Brasil ocupa o 140º lugar no ranking de representação feminina no Parlamento, entre 191 países listados. De acordo com o Supremo Tribunal Eleitoral, 12 das 81 cadeiras do Senado são ocupadas por mulheres (14%), já na Câmara de Deputados, apenas 77 mulheres foram eleitas das 513 cadeiras disponíveis (15%). No entanto, as mulheres representam uma parcela de 52% da população eleitoral do Brasil. Deste modo, podemos dizer que os cargos políticos estão diretamente ligados ao gênero, e não só isso, também estão ligados ao maior poder econômico, que em significativa medida quem detém é o homem. De acordo com o livro “A Criação do Patriarcado” a opressão contra as mulheres é uma construção histórica, que foi se desenvolvendo ao longo do tempo e se enraizando na nossa sociedade. Os primeiros feitos sempre foram historicamente atribuídos à figura masculina, relegando às mulheres a execução de papéis sem equivalência de importância e relevância, aos olhos da sociedade. Hoje, mesmo as mulheres representando 57,2% dos estudantes matriculados em cursos de graduação, segundo o Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira (Inep), elas ainda não conseguem equidade. Um exemplo disso é o fato vivenciado por Isa Penna, Deputada Federal de São Paulo e formada em Direito pela Faculdade de Direito da PUC-SP, que foi repulsivamente assediada durante uma assembleia legislativa em SP enquanto tratava de um assunto importante no seu próprio ambiente de trabalho. Outro estudo, realizado pelo Índice de Desenvolvimento de Gênero (IDG), divulgado pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (Pnud) apontou que as mulheres no Brasil estudam mais, porém possuem uma diferença em suas rendas de 41,5% menor que as dos homens. Diante deste cenário, levando em consideração a renda, veremos que 48,85% dos parlamentares eleitos em

¹ Autora. Acadêmica do 3º período do curso de Direito na Faculdade de Direito - UPF e bolsista do projeto de extensão PROJUR Mulher e Diversidade: 188085@upf.br

² Coautora. Professora coordenadora do projeto de extensão PROJUR Mulher e Diversidade: jfaria@upf.br

2018 declararam patrimônio superior a R\$ 1 milhão, portanto, o poder está na mão do economicamente mais forte, que em nosso país, não é a mulher. Sem dúvidas, o caminho da mulher para o sucesso e para a equidade é mais árduo. As mulheres são a maioria nas universidades, mas também são elas que detêm o menor salário. São capacitadas, mas também desacreditadas e descredibilizadas. São invalidadas e diariamente assediadas em seu lugar de trabalho. A luta pela igualdade de gênero deve ser diária, efetivamente com homens e mulheres tendo os mesmos direitos e deveres.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CONSULTADAS

LERNER, Gerda. A criação do patriarcado: História da opressão das mulheres pelos homens. 1. ed. São Paulo: Cultrix, 2019.

MACHADO, Carlos. et al. Poder e Desigualdades: Gênero, Raça e Classe na Política Brasileira. 1. Ed. Paco Editorial, 2019.

Mulheres são maioria na Educação Superior brasileira. Inep, 2018. Disponível em: http://portal.inep.gov.br/artigo//asset_publisher/B4AQV9zFY7Bv/content/mulheres-sao-maioria-na-educacao-superior-brasileira/21206

Mulheres representam 52% do eleitorado brasileiro. TSE, 2018. Disponível em: <https://www.tse.jus.br/imprensa/noticiastse/2018/Marco/mulheres-representam-52-do-eleitorado-brasileiro>

Número de mulheres eleitas em 2018 cresce 52,6% em relação a 2014. TSE, 2019. Disponível em: <https://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2019/Marco/numero-de-mulheres-eleitas-em-2018-cresce-52-6-em-relacao-a-2014>.

DE MULHER PARA MULHER: O ASSÉDIO MORAL NAS RELAÇÕES TRABALHO

Marcio C. Godinho¹

Maira Angélica Dal Conte Tonial²

Relações de trabalho consistem n'algo de relativa complexidade, costumando trazer, em seu arcabouço, aspectos críticos que, com frequência, lhas diferenciam das relações interpessoais convencionais. Isto porque, nem sempre poder-se-á contar com certos afetos positivos, tais como generosidade e fraternidade, tão essenciais para o estabelecimento de relações sustentáveis. De outro modo, demonstrando sua perversidade, o excesso de competitividade, a busca por maior visibilidade e, conseqüentemente por melhores cargos e salários, ou a mera disputa, causam grande tensão nas relações laborais. Numa sociedade organizada, condições dignas de trabalho constituem algo primordial, pois facultam a conquista de aspectos pertinentes à realização pessoal, elemento essencial para o alcance da felicidade que, embora não explicitada na Constituição Federal, atrela-se aos princípios fundamentais, descritos no artigo 1º, mais especificamente, no inciso III, a dignidade da pessoa humana, bem como do ser social, postulado no artigo 6º, dos direitos sociais. Por último, e não menos importante, o princípio da igualdade, postulado no artigo 5º da própria Constituição Cidadã. Vê-se, portanto, que dignidade e igualdade participam do rol dos direitos garantidos pelo Estado. Provavelmente, estes dois princípios, da igualdade e da dignidade, nunca foram tão veementemente debatidos como no atual momento, e com razoável grau de comprometimento por parte dos legisladores, especialmente no que diz respeito às questões de gênero e a violência contra a mulher. Necessário ressaltar que ambientes laborais, para que se tornem locais produtivos e propícios aos desenvolvimentos humano e profissional, requerem a estrita observação dos princípios supracitados. Acima de tudo, é necessário que, entre colegas, haja a mais cristalina das consciências sobre até onde se pode chegar, no pleno exercício da liberdade, sem que os demais princípios sejam feridos. Depreende-se que, quando o assédio, seja qual for sua natureza, parte do homem para a mulher, tal comportamento é resultante do Machismo Estrutural, proveniente da cultura do patriarcado. Por óbvio, não se trata

¹ Acadêmico da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo – Campus Lagoa Vermelha. Autor correspondente e-mail: marciogodinho@gmail.com.

² Doutoranda em Ciência Jurídica Univalli/UPF. Mestre em Direito pela Unisinos; Especialista em Direito Processual Civil e Processo do Trabalho e graduada em Direito pela Universidade de Passo Fundo. Advogada. Mediadora. Professora Universitária. E-mail: mairatonial@upf.br..

de algo apenas reprovável, como também constituem, alguns tipos, crimes com sanções previstas em lei. Entretanto, estas práticas tendem a alcançar proporções ainda mais nefastas quando partem do lado o qual menos se espera: De uma mulher para outra mulher! Tal atitude reveste-se de inúmeras consequências. Primeiro, porque reforça o conceito de machismo estrutural no ambiente de trabalho. Depois, porque a mulher que assedia moralmente outra mulher, é também vítima da cultura do patriarcado, quando não, influenciada por esta, e neste caso, deveria ter consciência disto. Mas é o princípio da sororidade que se fere mortalmente! E numa cotidiana batalha por igualdade de gênero, este tipo de assédio é, sem sombra de dúvidas, algo indesejável. Utilizando-se de metodologia baseada na revisão bibliográfica, o presente resumo foi desenvolvido no projeto de pesquisa "Transnacionalização, migração e trabalho", coordenado pela Profa. Me. Maira Angélica Dal Conte Tonial, da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo/RS.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CONSULTADAS

ALVES, G. F. dos S.; FRANÇA, F. G. de. (2018). **Mulheres que mandam: o assédio moral entre mulheres policiais militares**. Revista Brasileira De Sociologia Do Direito, 5(1). Disponível em <<https://doi.org/10.21910/rbsd.v5n1.2018.197>>. Acesso em 28 mai. 2021.

BARRETO, Margarida Maria Silveira. **Violência, saúde e trabalho: uma jornada de humilhações**. 1ª Ed. São Paulo: Editora da PUC-SP, 2006.

BEYOND BULLYING. **What is bullying at work?**. Disponível em: <<https://www.beyondbullying.com.au/what-is-bullying>>. Acesso em 14 abr. 2021

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Aspectos de Teoria Geral dos Direitos Fundamentais. In: Gilmar Ferreira Mendes *et al.* **Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. PRESIDENCIA DA REPÚBLICA. Secretaria-Geral. Subchefia para assuntos jurídicos: **Lei Maria da Penha**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm>. Acesso em 30 mar. 2021.

BRASIL. PRESIDENCIA DA REPÚBLICA. Secretaria-Geral. Subchefia para assuntos jurídicos: **Lei nº 13.104, de 9 de março de 2015**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113104.htm>. Acesso em 30 mar. 2021.

BRASIL. PRESIDENCIA DA REPÚBLICA. Secretaria-Geral. Subchefia para assuntos jurídicos: **Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13140.htm>. Acesso em 24 abr 2021.

BRASIL. PRESIDENCIA DA REPÚBLICA. Secretaria-Geral. Subchefia para assuntos jurídicos: **Lei nº 14.132, de 31 de março de 2021**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14132.htm>. Acesso em 30 mar. 2021.

CARAN, Vânia Cláudia Spoti et al. **Assédio moral entre docentes de instituição pública de ensino superior do Brasil**. Acta Paulista de Enfermagem, São Paulo, Unifesp, v. 23, n. 6, 2010.

HARVEY, David. **O neoliberalismo: história e implicações**. São Paulo: Loyola, 2008.

HIRIGOYEN, Marie-France. **Assédio Moral: A violência perversa no cotidiano**. 18ª Ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2020.

HOOKER, David Anderson. **Transformar comunidades: Uma abordagem prática e positiva ao diálogo**. 1ª Ed. São Paulo: Palas Athena, 2019.

HUTZ, Claudio Simon (org.). **Avaliação em Psicologia Positiva**. 1ª Ed. Porto Alegre: Artmed, 2014.

JABORANDY, Clara Cardoso Machado. **A Fraternidade no Direito Constitucional Brasileiro: um instrumento para a proteção dos direitos fundamentais transindividuais**. Tese (Doutorado) – Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2016.

JIMENES, B.J. et al. **Estrés postraumático en víctimas de acoso psicológico en el trabajo: La influencia de las creencias**. 2006, Infocop Online. Disponível em: <http://www.infocop.es/view_article.asp?id=839>. Acesso em 16 abr. 2021.

LEDERACH, John Paul. **Transformação de conflitos: Teoria e prática**. 3ª Ed. São Paulo: Palas Athena, 2020.

LEYMANN, Heinz. **Mobbing at Work**. Disponível em: <<http://www.leymann.se/English/frame.html>>. Acesso em 16 abr. 2021.

LEYMANN, Heinz. **Mobbing and Psychological Terror at Workplaces**, Violence and Victims, Vol. 5. 1990, Springer Publishing Company.

MARÇAL, Katrine. **O lado Invisível da economia: Uma visão feminista**. 1ª Ed. São Paulo: Alaúde Editorial, 2017.

MILCZAREK, M. **Workplace violence and harassment: A European Picture**. Relatório do Observatório Europeu dos Riscos (Luxemburgo, Agência Europeia para a Segurança e Saúde no Trabalho (EU-OSHA)).

NUNES, Thiago Soares. **Assédio Moral no Trabalho: o contexto dos servidores da Universidade de Santa Catarina**. Dissertação de Mestrado em Administração. Centro sócio-Econômico. Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2011.

Disponível em:
<https://repositorio.ufsc.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/95904/288978.pdf?sequence=1&isAllowed=y> . Acesso em: 05 mai. 2021.

OIT, 2018: ***Acabar com a violência e o assédio contra as mulheres e homens no mundo do trabalho***. Conferência Internacional do Trabalho, 107^a Sessão, Genebra.

PLAN INTERNACIONAL. Ong. **O que é sororidade?**. Disponível em:
<<https://plan.org.br/o-que-e-sororidade>>. Acesso em 07 abr. 2021.

ROSENBERG, Marshall B. **Comunicação não-violenta: técnicas para aprimorar relacionamentos pessoais e profissionais**. 4^a Ed. São Paulo: Editora Ágora, 2006.

ROSA, Alexandre Reis; BRITO, Mozar José de; OLIVEIRA, Flávio Monteiro de. **Os sentidos da violência nas organizações: uma análise construcionista da história de vida de uma policial militar**. Revista Eletrônica Gestão e Sociedade, n. 1, p. 01-30, 2007.

ROZATKAR, A.R.; GUPTA, N. **The concept of “Stalking” and its relevance to the existing phenomena of internet and social media**. Indian J Soc Psychiatry 2019;35:1-3.

SCARPA, Antonio Oswaldo. **Direitos Fundamentais Sociais**. 1^a Ed. Salvador. Editora JusPodivm, 2021.

SCHIRCH, Lisa; CAMPT, David. **Diálogos para assuntos difíceis: Um guia prático de aplicação imediata**. 1^a Ed. São Paulo: Palas Athena, 2018.

STEINHEUSER, Deise. **Assédio moral entre mulheres**. Disponível em
<<https://www.migalhas.com.br/depeso/265768/assedio-moral-entre-mulheres>>. Acesso em 28 mai. 2021.

O ENFRENTAMENTO À VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER

Valéria Barp¹

Josiane Petry Faria²

O presente trabalho visa analisar o processo histórico para instituição dos direitos humanos, mais especificamente, os direitos da mulher. Objetiva-se refletir acerca da desigualdade entre homens e mulheres em decorrência da perpetuidade do machismo e do patriarcalismo na sociedade, bem como a normalização da sexualização do corpo feminino. Por fim, aborda-se a importância da luta por igualdade no enfrentamento à violência contra a mulher. Justifica-se a importância do tema tendo em vista o papel da sociedade na objetificação da mulher, por considerá-la como ser inferior e, por conseguinte, suscetível de submissão ao homem. A linha evolutiva da luta por igualdade é composta por eventos recentes, surgindo com objetivo de combater a construção social reproduzida ao longo dos anos através da cultura, religião e instituições, ao defender comportamentos naturais e adequados para cada um dos sexos e percepção de que violência contra a mulher não é violência. Outrossim, com base no modelo patriarcal de organização de sociedade (HAUSER, WEILER, 2017, p. 423), a desigualdade e discriminação caracterizam-se pela dominação e imposição de valores de um grupo que diz ser – *por natureza* – superior, justificadas historicamente pelo “*pater familiae*”, “*poder punitivo*” e “*poder del saber del dominus*” (ZAFFARONI, 2009, p. 323), de modo que há a participação dos meios de massa na perpetuidade do machismo, ideia da mulher como objeto e glamorização dos estereótipos de submissão e sexualização. Com a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, a luta feminista finalmente foi parte de um sistema global de proteção, todavia, mostrou-se necessária a instituição de um atendimento especial, motivo pelo qual foi aprovada, em 1979, a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres, com fundamento na “dupla obrigação de eliminar a discriminação e de assegurar a igualdade” (PIOVESAN, 2018, p. 295). Mais tarde, em 2006, a Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340 de 2006) surge em decorrência da condenação do Brasil na Comissão Interamericana de Direitos Humanos, em 2002, pela violência doméstica

¹ Bolsista Paidex do Projeto de Extensão Projur Mulher e Diversidade. Pesquisadora do Grupo de Pesquisa Dimensões do Poder, Gênero e Diversidade. Acadêmica da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo. Endereço eletrônico: 172473@upf.br.

² Pós-Doutora em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande. Professora Permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito na Universidade de Passo Fundo (Mestrado). Coordenadora Geral do Projeto de Extensão Projur Mulher e Diversidade e Coordenadora do Grupo de Pesquisa Dimensões do Poder, Gênero e Diversidade da Universidade de Passo Fundo. Endereço eletrônico: jfaria@upf.br.

sofrida por Maria da Penha Maia Fernandes, com a qual o país assumiu o compromisso de criar normas para proteção da mulher vítima de violência doméstica e familiar (BIANCHINI, 2018, p. 128-130). Não obstante a importância da regulamentação para coibir toda e qualquer forma de violência, destaca-se que “o problema fundamental em relação aos direitos [...] não é tanto o de *justificá-los*, mas o de *protegê-los*”, pelo fato de que “trata-se de um problema não filosófico, mas político” (BOBBIO, 2004, p. 23), visto que a violência contra a mulher é consequência da perpetuação de um comportamento social reiterado – e inaceitável – frente aos processos históricos. Nesse sentido, é indispensável a educação sobre questões de gênero e violência, bem como a colaboração dos meios de massa para abolir propagandas sexistas, de modo a possibilitar a construção de uma sociedade de iguais sem estereótipos, visto que *não*, a mulher não nasce para servir o homem. É uma luta *de todas e por todas*.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CONSULTADAS

BIANCHINI, Alice. **Lei Maria da Penha**. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

HAUSER, Ester Eliana; WEILER, Ana Luisa Dessoy. Violência contra a mulher, direito penal simbólico e a lei do feminicídio. In: NIELSSON, Joice Graciele; PINTO, Raquel Cristiane Feistel (Org.). **Direito e gênero: reflexões críticas**. Bento Gonçalves: Associação Refletindo o Direito, 2017. p. 422-441.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 18. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. El discurso feminista y el poder punitivo. In: SANTAMARÍA, Ramiro Ávila; SALGADO, Judith; VALLADARES, Lola (Comp.). **El género em el derecho: ensayos críticos**. Quito, Ecuador: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009. p. 321-334.

APOROFOBIA COMO FERRAMENTA DE FOMENTO A VULNERABILIDADE DOS CORPOS FEMININOS

Eliane Barbosa¹

Josiane Petry Faria²

O presente trabalho visa analisar a violência de gênero contra mulheres em uma perspectiva sociológica, abordando os diferentes aspectos da vulnerabilidade quando a violência ocorre com pessoas de baixa renda. Objetiva-se debater as diferentes formas de violência contra a mulher que se perpetuam no tempo, sendo o fator econômico uma ferramenta de fomento a violência. Por fim, serão analisados os impactos gerados na sociedade através dos diversos casos de violência e o desafio constante dos órgãos públicos na garantia dos direitos e proteção das mulheres. Justifica-se a importância do tema tendo em vista que a violência contra a mulher é histórica e contínua, ocorrendo diariamente violações, culminando, em casos mais extremos, em feminicídio. Sabe-se que a violência contra a mulher é histórica, sendo está perpetuada no tempo, possuindo um caráter estrutural, que se estabelece devido a ordem sociocultural patriarcal. A relação desproporcional está intrínseca ao poder, baseados em “padrões de dominação, controle e opressão”, tais fatores levam “à discriminação, ao individualismo, à exploração e à criação de estereótipos, os quais são transmitidos de uma geração para outra e reproduzidos tanto no âmbito público (governo, política, religião, escolas, meios de comunicação), como no âmbito privado (família, parentes, amigos)”. Ao longo do tempo são naturalizadas formas de discriminação contra a mulher, gerando práticas sociais, culminando em diferentes formas de ataque contra a dignidade e integridade da mulher (GEBRIM, 2014, p. 59). Há fatores problemáticos que envolvem a maioria das mulheres que estão em situação de violência, um deles é o fato de não denunciarem às autoridades seus agressores ou não manterem as acusações. São apontados dois fatores para esse comportamento reiterado por mulheres em situação de violência: a dependência econômica do suposto agressor e as ameaças feitas pelo agressor caso denunciem ou deem continuidade ao processo criminal (CELMER, p. 84). O termo aporofobia é utilizado para designar a

¹ Bolsista Paidex do Projeto de Extensão Projur Mulher e Diversidade, pesquisadora do Grupo de Pesquisa Dimensões do Poder, Gênero e Diversidade e acadêmica da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo – UPF. Endereço eletrônico: 174212@upf.br

² Pós-doutora em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande; Professora Permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado, Coordenadora Geral do Projeto de Extensão Projur Mulher e Diversidade ambos da Universidade de Passo Fundo, coordenadora do Grupo de pesquisa Dimensões do Poder, Gênero e Diversidade. Endereço eletrônico: jfaria@upf.br.

rejeição peculiar, “o desprezo pelo pobre, o rechaço a quem não pode entregar nada em troca, ou, ao menos, parece não poder (CORTINA, p. 19). A misoginia, a versão às mulheres que se pauta a uma “opressiva quantidade de ideologias, está na raiz do empenho em impedir o acesso das mulheres à vida pública”, em submeter e relegá-las a “cumprir um papel na família, no convento ou no bordel, sem permissão para sair na rua senão com um homem”, tendo que se sujeitar a pedir autorização para diversas atividades pelo fato de serem mulheres. “Não por ser “esta mulher”, mas por ser “uma mulher” (CORTINA, p. 41). Dessa forma, permite-se refletir acerca do assunto com base na análise que perpassa pela condição financeira, pelo preconceito, criação de estereótipos geradores de problemas estruturais que se perpetuam. Na aversão ao pobre e na violência que ocorre com mulheres de extrema vulnerabilidade, é possível perceber a grande problemática de uma sociedade tão desigual em tantos níveis e formas de discriminação. Destarte, compreende-se que a desigualdade social é perpetuada pelo próprio Estado quando não oferece condições mínimas que se opere nos princípios da igualdade e dignidade, desvelando-se como propulsor para desencadear demais problemas sociais. Sendo assim, urge o poder público, através de políticas públicas, oferecer maior visibilidade para casos onde o fator desigualdade econômica-social corrobora com o quadro de violência.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

CORTINA, Adela. **Aporofobia, a aversão ao pobre: um desafio para a democracia**. São Paulo: Editora Contracorrente, 2020.

ALMEIDA, Maria da Graça Blaya (Org.). **A Violência na Sociedade Contemporânea**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2010.

GEBRIM, Luciana Maibashi. **Violência de gênero: tipificar ou não tipificar o femicídio/feminicídio?** Revista de Informação Legislativa, Brasília, v.51, n. 202, p. 59-75, 2014. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/51/202/ril_v51_n202_p59.pdf>. Acesso em: 10 nov. 2021.

EMPREGADA GESTANTE: PROTEÇÃO E DISCRIMINAÇÃO LADO A LADO COM O ADVENTO DA LEI 14.151/2021

Francine Cansi¹

Bianca Castro²

A pandemia, segundo o Fundo das Nações Unidas para a Infância- UNICEF (2020), teve um efeito quase imediato em todo o mundo no emprego feminino, afetando profundamente as gestantes pela pandemia Covid-19, que aumentou as grandes e pequenas desigualdades. Embora todas as mulheres tenham sofrido o impacto, quatro grupos principais enfrentaram alguns dos maiores desafios: mães que trabalham, mulheres em cargos de gerência sênior, mulheres negras e grávidas. Durante a pandemia, as trabalhadoras grávidas foram aconselhadas a seguir estrito distanciamento social para reduzir o risco de doenças graves causadas pelo Coronavírus SarsCov-2 (Covid-19). A Constituição da República, no art. 7º, inciso XXII, dispõe ser direito dos trabalhadores a “redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança”. Segundo o Ministério da Saúde, grávidas e puérperas compõem o grupo de risco e podem ter maiores complicações, caso sejam infectadas pelo vírus. A Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), no artigo 394-A, determina o afastamento de gestantes e lactantes do trabalho em ambientes insalubres – no qual pode ser enquadrado, por analogia, o risco de contaminação pelo coronavírus. A Lei 14.151/2021, dispõe acerca do afastamento da empregada gestante das atividades de trabalho presencial durante o período de emergência de saúde pública decorrente do novo coronavírus com estas informações, com efeito, a importância da proteção à maternidade e ao nascituro em nosso ordenamento jurídico encontra pilares na Convenção nº 103 da Organização Internacional do Trabalho (OIT). Igualmente consubstanciada no artigo 10, inciso II, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição de 1988. Ainda, a proteção à gestante e ao nascituro tem também amparo no artigo 201, inciso II, e artigo 227, caput, ambos da Carta Magna, ao passo que a Súmula 244 do Tribunal Superior do Trabalho (TST)

¹ Doutora em Ciência Jurídica Univali em Dupla Titulação com o Doctorado en Agua y desarrollo sostenible del Instituto Universitario del Agua y de las Ciencias Ambientales (IUACA), Alicante/ Espanha. Mestre em Desenvolvimento Regional: Estado Instituições e Democracia-(Unisc/RS). Graduada em Ciências Jurídicas e Sociais(Direito) Universidade de Passo Fundo- UPF/RS. Advogada. Especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho, Especialista em Direito Processual Civil. Gestão e docência do Ensino Superior. Docente de Graduação e Pós Graduação. (francine@etmadvocacia.com) <http://orcid.org/0000-0002-1434-4862>

² Advogada trabalhista, especializada em processo do trabalho e LGPD, professora, sócia-fundadora do escritório Castro & Frohlich Advocacia e Assessoria. Vice-Presidente da Comissão de Direito do Trabalho da ABA RS, integrante da Comissão Especial de Direito do Trabalho da OAB RS.

expressa essa proteção, denotando a primazia do respeito à dignidade da pessoa humana. Em cotejo com o disposto no artigo 394-A da CLT, a proteção encontrada é digna de encômio, não deixando margem a qualquer equívoco. Notadamente o §3º do artigo 394-A da CLT evidencia indiscutível benefício concedido pelo legislador para aquelas atividades realizadas em ambiente insalubre, transferindo o ônus da remuneração ao INSS através da percepção de salário-maternidade. Acontece que a nova Lei 14.151/2021 impôs o afastamento compulsório da gestante do local de trabalho, sem, contudo, especificar quem será o responsável pela continuidade dos pagamentos de sua remuneração. Também impôs a readequação do trabalho da gestante, para exercício de suas atividades por meio de teletrabalho, trabalho remoto, ou outra forma de trabalho à distância, nos termos do parágrafo único de seu artigo 1º. Indubitavelmente, a legislação ressaltou a garantia constitucional do direito à vida não apenas da gestante, mas também do nascituro. No entanto, a pandemia que tinha marco final, parece não chegar ao fim, e, durante esse período experimentamos, dia após dia, o agravamento das desigualdades estruturais existentes, entre as quais a de gênero e raça. Basta estar no mercado de trabalho para identificar a recorrente discriminação e preconceito na contratação de mulheres, principalmente aquelas consideradas em "idade fértil". Nesse sentido o presente estudo através de uma abordagem descritiva e tem por objetivo analisar o advento da Lei 14.151/21 e o afastamento do trabalho da empregada gestante, até onde a proteção das gestantes na pandemia resulta em reflexos irreversíveis ao mercado de trabalho às mulheres em idade gestacional.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CONSULTADAS

BRASIL. **Recomendações de proteção aos trabalhadores dos serviços de saúde no atendimento de COVID-19 e outras síndromes gripais.** Ministério da Saúde, COE, SVS, Brasília, COE, 2020. 37 p.

BRASIL. **Lei nº 14.151, de 12 de maio de 2021.** 2021. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 05 jun. 2021.

CALCINI, Ricardo; CARVALHO, Áurea Maria de. **Afastamento da empregada gestante sob a ótica da Lei 14.151/2021.** 2021. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-mai-20/pratica-trabalhista-afastamento-empregada-gestante-otica-lei-141512021>>. Acesso em: 06 jun. 2021.

CALVET, Otavio Torres. **Remuneração da gestante durante a pandemia:** de quem é este filho? 2021. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2021-mai-18/trabalho-contemporaneo-remuneracao-gestante-durante-pandemiaquem-filho>>. Acesso em: 05 jun. 2021.

EULÁLIO, Leandro. **É possível suspender o contrato de trabalho da gestante para atender a determinação da Lei 14.151/2021?** 2021. Disponível em: <<https://www.contabeis.com.br/artigos/6668/e-possivel-suspender-o-contrato-de-trabalho-da-gestante-para-atender-a-determinacao-da-lei-14-151-2021/>>. Acesso em: 06 jun. 2021.

GASPAR, Danilo Gonçalves; MARTINEZ, Luciano; PAMPLONA, Rodolfo. **Breves considerações sobre a Lei n. 14.151/2021.** 2021. Disponível em <http://trabalhoemdebate.com.br/colunista/detalhe/trabalho-em-debate>). Acesso em: 05 jun. 2021.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Los derechos fundamentales**, Tecnos, Madrid, 1994.

PETACCI, Diego. **A Lei 14.151/21 e o afastamento do trabalho da empregada gestante.** 2021. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2021-mai-19/petacci-lei-1415121-afastamento-empregada-gestante>>. Acesso em: 05 jun. 2021.

FUNDO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A INFÂNCIA - UNICEF. **Grávidas e bebês nascidos durante a pandemia estão ameaçados por sistemas de saúde sobrecarregados.** 2020. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/gravidas-e-bebes-nascidosdurante-a-pandemia-estao-ameacados-por-sistemas-de-saude-sobrecarregados/>>. Acesso em: 06 jun. 2021.

ZAVANELA, Fabiano; MIZIARA, Raphael. **A gestante, a pandemia e o INSS.** 2021. Disponível em <<https://politica.estadao.com.br>>. Acesso em: 05 jun. 2021.

POBREZA MENSTRUAL: COMO A POLÍTICA TRIBUTÁRIA PODE DIMINUIR AS DESIGUALDADES

Maiara Silva de Oliveira¹

Karen Beltrame Becker Fritz²

A pobreza menstrual é considerada a situação de precariedade e vulnerabilidade social e econômica que estão inseridas bilhões de pessoas menstruantes pelo mundo, devido ao fato de não terem acesso adequado à saneamento básico, itens básicos de higiene pessoal, banheiro, protetores e coletores menstruais, e esse problema está diretamente ligado a desigualdade social entre homens e mulheres. Meninas deixam de ir à escola por não terem condições de controlar a menstruação, assim acabam por prejudicar seu desempenho escolar, acarretando na manutenção dessa desigualdade (ASSAD, 2021). Conforme dados levantados pela ONG TRATA BRASIL (2018), 15,2 milhões de brasileiras declararam não receber água potável em suas residências. A mesma pesquisa demonstra que, em 2016, estima-se que havia 21,325 milhões de mulheres abaixo da pobreza. Além disso, segundo o IBGE, em 2018 o rendimento das mulheres era em média 20,5% menor que dos homens, nesse contexto, a diferença salarial entre os gêneros continua a ser um assunto atual e urgente. Nesse sentido, além da problemática em relação à diferença salarial, existe a questão da taxação dos produtos voltados ao público feminino, mesmo dentre os considerados essenciais. Ao tratar da questão desigualdade de gênero por um viés econômico, depara-se com a chamada “pink tax” ou taxa rosa, que consiste em produtos que possuem um preço elevado apenas por serem direcionados ao público feminino, por uma variação de cor e design, mesmo quando possuem a mesma finalidade (NERIS, 2020). Estima-se que as mulheres paguem em média 7% a mais do que os homens para ter acesso aos mesmos bens, levando em consideração que as mulheres ainda recebem menos. (OLIVEIRA, 2021). Para alcançar uma igualdade real é necessário tratar das particularidades dos indivíduos. Ignorar as questões relacionadas à dignidade menstrual é ignorar parte essencial do desenvolvimento saudável dos indivíduos já que a dignidade menstrual está diretamente relacionada à dignidade humana (BRITO, 2021). Desse modo, a tributação dos absorventes é uma pauta importante a ser levantada quando se trata da precariedade menstrual, tendo em vista que os absorventes higiênicos são

¹ Acadêmica do Curso de Direito da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo (UPF). 157754@upf.br

² Doutora em Desenvolvimento Rural pelo Programa de Pós-Graduação em Desenvolvimento Rural da Faculdade de Ciências Econômicas da UFRGS (2009). Professora da Universidade de Passo Fundo (UPF). karenfritz@upf.br

geralmente excessivamente tributados se comparados aos produtos da cesta básica (NERIS, 2020). No Brasil foi aprovado pelo Senado Federal em 14/09/2021 o PL 4.968/2019 que cria o Programa de Proteção e Promoção da Saúde Menstrual e o qualifica como estratégia para a promoção da saúde e da atenção à higiene, visando a distribuição de absorventes higiênicos para mulheres e meninas em situação de vulnerabilidade socioeconômica, todavia, os dispositivos que tratavam sobre a distribuição foram vetados pelo Presidente da República. Diante de tal cenário, há a necessidade de buscar pela igualdade entre homens e mulheres através de políticas tributárias.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CONSULTADAS

ASSAD, Beatriz Flügel. POLÍTICAS PÚBLICAS ACERCA DA POBREZA MENSTRUAL E SUA CONTRIBUIÇÃO PARA O COMBATE À DESIGUALDADE DE GÊNERO. **Revista Antinomias**, v. 2, n. 1, p. 140-160, 2021.

BRASIL. Projeto de Lei nº 4.968, de 11 de setembro de 2019. Institui o Programa de Fornecimento de Absorventes Higiênicos nas escolas públicas que ofertam anos finais de ensino fundamental e ensino médio. Brasília, 2 set. 2019a. Disponível em <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2219676>.

BRITO, Mariana Alves Peixoto da Rocha. Pobreza menstrual e políticas públicas para mulheres e meninas. 2021.

DOS SANTOS NERIS, Brenda Borba. POLÍTICAS FISCAIS E DESIGUALDADE DE GÊNERO: ANÁLISE DA TRIBUTAÇÃO INCIDENTE NOS ABSORVENTES FEMININOS. **Revista FIDES**, v. 11, n. 2, p. 743-759, 2020.
MARIMPIETRI, Flavia. Pink tax e o direito das consumidoras. **Direito UNIFACS-Debate Virtual**, n. 206, 2017.

OLIVEIRA, Nilmar. Pesquisa do IBGE mostra que mulher ganha menos em todas as ocupações. **Agência Brasil**. 2019. Disponível em: <<https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2019-03/pesquisa-do-ibge-mostra-que-mulher-ganha-menos-em-todas-ocupacoes>>. Acesso em: 08 de novembro de 2021.

OLIVEIRA, Rafaela Bastos. Pink Tax: o porquê de as mulheres pagarem mais do que os homens. 2021.

ONG Trata Brasil. **O saneamento e a vida da mulher brasileira**. 2018. Disponível em: <http://www.tratabrasil.org.br/images/estudos/itb/pesquisa-mulher/relatorio.pdf> Acesso em 06 de fevereiro de 2021.

FEDERALISMO EM CRISE? UMA ANÁLISE CRÍTICA DO SILENCIAMENTO DOS ESTUDOS DE GÊNERO NO PLANO DE EDUCAÇÃO DO MUNICÍPIO DE PASSO FUNDO

Natália Rosa Mozzatto¹

Josiane Petry Faria²

No ano de 2018 um debate político gerou enorme polêmica no âmbito da Câmara de Vereadores de Passo Fundo: foi discutida e votada a alteração da redação original do Plano Municipal de Educação, representado pela Lei Municipal nº 5.146/2015, a fim de alterar a definição da palavra "gênero" no documento, relacionando-a exclusivamente aos termos "masculino" e "feminino" a fim de inviabilizar debates concernentes aos estudos de gênero e diversidade no âmbito da educação.³ Até então a palavra "gênero" aparecia nove vezes no Plano Municipal de Educação (PME) de Passo Fundo, nas metas 7, 8 e 10 do documento, sendo que após a aprovação da Lei Municipal nº 5.387/2019 pela Câmara de Vereadores e devida sanção, o termo vem sempre como "gênero masculino" e "gênero feminino".⁴ A motivação de referida mudança legislativa é combate travado pelas alas conservadoras à chamada “ideologia de gênero” nas escolas. Nos debates ocorridos não somente no Município de Passo Fundo, mas em âmbito nacional, no Plano Nacional de Educação e nos Planos Municipais e Estaduais de Educação a "ideologia de gênero" foi um termo utilizado pelos defensores de posições tradicionais, reacionárias e fundamentalistas em relação aos papéis de gênero do homem e da mulher, em oposição a uma construção pedagógica que objetive a diversidade e a desconstrução dos papéis tradicionais de gênero.⁵ Assim, tais propostas legislativas como a ocorrida no âmbito da votação do

¹Advogada, Mestranda do curso de Mestrado em Direito do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGD da Universidade de Passo Fundo, vinculada à linha de pesquisa Relações Sociais e Dimensões do Poder, especialista em Direito Penal e Direito Processual Penal pela Universidade do Vale do Itajaí (2014). E-mail 96745@upf.br.

²Doutora em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul, com Bolsa Capes PDSE na Universidade de Sevilla/ES, com Pós-doutoramento em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande, Professora Permanente do PPGD Direito e professora Titular da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo, onde também coordena o Projeto de Extensão Projur Mulher e Diversidade e o projeto de pesquisa Dimensões do Poder, Gênero e Diversidade; Advogada. Email: jfaria@upf.br.

³ROHRIG, Daniel. Definição de "gênero" retoma polêmica sobre Plano Municipal de Educação. **Matéria do Diário da Manhã**. Publicada em 06/11/2018. Disponível em: <https://diariodamanha.com/noticias/definicao-de-genero-retoma-polemica-sobre-plano-municipal-de-educacao>. Acesso em 09/03/2021.

⁴PASSO FUNDO. **Lei Municipal nº 5.387, de 8 de janeiro de 2019**. Altera as metas 7.72, 8.7, 8.8, 8.16, 8.18, 8.19, 8.32, 10.16 e 15.14 do anexo único da lei nº 5146, de 21 de setembro de 2015, que aprova o plano municipal de educação PME e dá outras providências. Disponível em: <https://leismunicipais.com.br/a1/rs/p/passou-fundo/lei-ordinaria/2019/539/5387/lei-ordinaria-n-5387-2019-altera-as-metas-772-87-88-816-818-819-832-1016-e-1514-do-anexo-unico-da-lei-n-5146-de-21-de-setembro-de-2015-que-aprova-o-plano-municipal-de-educacao-pme-e-da-outras-providencias?q=plano+municipal+de+educacao%C3%A7%C3%A3o>. Acesso em 09/11/2021.

⁵REIS, Toni; EGGERT, Edla. Ideologia de gênero: uma falácia construída nos Planos Brasileiros de Educação. **Educ. Soc.** Campinas: 2017, vol. 38, p. 9-26. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/es/v38n138/1678-4626-es-38-138-00009.pdf>.

Plano Municipal de Educação de Passo Fundo/RS objetivam silenciar iniciativas destinadas aos debates sobre gênero e diversidade do âmbito escolar. Por outro lado, é cediço que a Constituição Federal, além de definir em seu art. 3º a promoção do bem de todos, sem preconceitos - dentre outros - de sexo e quaisquer outras formas de discriminação como objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, também alicerça ao patamar de direito fundamental em seu art. 5º, inciso I, a igualdade em direitos e obrigações de homens e mulheres. Ocorre que sendo o Município ente federativo autônomo, que possui competências à luz do pacto federativo, o ente está adstrito aos objetivos da República Federativa do Brasil e aos direitos e garantias fundamentais, assim como os Estados e a própria União. A concretização do pacto federativo pela municipalidade não se dissocia da justiça social e da concretização dos direitos sociais, repugnando-se diferenças sociais e pugnando-se pelos meios materiais a uma existência digna, objetivando uma boa governança que leve ao desenvolvimento local. Deste modo, busca-se promover uma análise crítica acerca deste silenciamento dos estudos de gênero e diversidade no âmbito do PME de Passo Fundo em paralelo às definições do pacto federativo, para demonstrar se de fato houve retrocesso social e violação ao pacto federativo pelo Município de Passo Fundo ao extirpar a diversidade de gênero de seu PME. O método de análise utilizado quanto à metodologia empregada foi utilizado o Método Dedutivo. Nas diversas fases da Pesquisa, foram acionadas as Técnicas, do Referente, da Categoria, do Conceito Operacional e da Pesquisa Bibliográfica.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CONSULTADAS

PASSO FUNDO. **Lei Municipal nº 5.387, de 8 de janeiro de 2019**. Altera as metas 7.72, 8.7, 8.8, 8.16, 8.18, 8.19, 8.32, 10.16 e 15.14 do anexo único da lei nº 5146, de 21 de setembro de 2015, que aprova o plano municipal de educação PME e dá outras providências. Disponível em: <https://leismunicipais.com.br/a1/rs/p/passofundo/lei-ordinaria/2019/539/5387/lei-ordinaria-n-5387-2019-altera-as-metas-772-87-88-816-818-819-832-1016-e-1514-do-anexo-unico-da-lei-n-5146-de-21-de-setembro-de-2015-que-aprova-o-plano-municipal-de-educacao-pme-e-da-outras-providencias?q=plano+municipal+de+educa%C3%A7%C3%A3o>. Acesso em 09/11/2021

REIS, Toni; EGGERT, Edla. Ideologia de gênero: uma falácia construída nos Planos Brasileiros de Educação. **Educ. Soc.** Campinas: 2017, vol. 38, p. 9-26. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/es/v38n138/1678-4626-es-38-138-00009.pdf>. Acesso em 10/11/2021. p. 17.

ROHRIG, Daniel. Definição de "gênero" retoma polêmica sobre Plano Municipal de Educação. **Matéria do Diário da Manhã**. Publicada em 06/11/2018. Disponível em: <https://diariodamanha.com/noticias/definicao-de-genero-retoma-polemica-sobre-plano-municipal-de-educacao>. Acesso em 09/11/2021.

A ATUAÇÃO DA CORTE INTERAMERICANA E OS DIREITOS HUMANOS RELACIONADOS A QUESTÕES DE GÊNERO.

Natalia Ferreira Lehmkuhl Cenci¹

Thaís Fernanda Silva²

A problemática da violência de gênero, por vezes, não possui resposta efetiva, e dentre os encalces podemos mencionar a estrutura falha Estatal, onde não conseguem vencer todas as demandas que são postas em discussão, e que por vezes chegam a Corte. Assim, o Sistema Interamericano busca proteger a dignidade da pessoa humana, independentemente de sua nacionalidade. De modo que os direitos intrínsecos à tutela dos direitos humanos devem ser constantemente protegidos, de vigência plena e sem justificativas para sua violação. As violações acabam por recair em questões socioculturais, que são influenciados por múltiplos e variados elementos e contextos. O olhar crítico acerca do tema, é necessário justamente devido ao preconceito e tabus que desencadeiam nas desigualdades e discriminação de gênero, e que, por consequência, ocasiona violações de direitos humanos. Nosso sistema jurídico interno foi pensado em um primeiro momento para o sexo masculino, após foram aos poucos sendo implementadas normas que visam a proteção das mulheres, e muito se fala em mulheres socialmente padronizadas. Quando se nega a humanidade das mulheres equiparando-as a objetos, torna-se aceitável a violação, inclusive, quando as vítimas são aquelas marginalizadas, como é o caso das mulheres, pobres, negras, refugiadas, transsexuais e lésbicas. No que se refere aos Direitos Humanos no plano internacional, estes foram consolidados após Segunda Guerra Mundial, omento a partir do qual sentiu-se a necessidade de criar mecanismos que garantissem a defesa e a proteção dos direitos humanos. Os direitos humanos “são práticas que se desenvolvem diariamente, em todo tempo e em todo lugar e não se reduzem a uma única dimensão normativa, filosófica ou institucional, tampouco a um único momento histórico que lhe dê origem”. Ainda ao que se refere aos direitos humanos no plano internacional estes podem ser trabalhados por meio de mecanicismos próprios, conhecidos por

¹ Mestranda em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Passo Fundo. Passo Fundo-RS. Extensionista no Balcão do Migrante pela Universidade de Passo Fundo. Passo Fundo-RS. Pós-Graduada em Direito Processual Penal e Legislação Penal pela Universidade Candido Mendes (2019). Bacharela em Direito pela Univesc, Lages/SC (2015); Advogada; e-mail: nataliaferreira.advo@gmail.com.

² Mestranda em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Passo Fundo. Pós-graduanda em Direito Civil e Processo Civil pela Universidade Legale. Bacharela em Direito pela Univesc, Lages/SC (2015); Advogada thaisfernandasilva.adv@gmail.com.

tratados e convenções. Na América Latina, o documento mais importante é a Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), instituída pelo Pacto de São José da Costa Rica, assinada em 1969 e ratificada pelo Brasil em 1992. O documento criou a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CoIDH) e a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), as duas no âmbito da Organização dos Estados Americanos (OEA). Há documentos que surgiram através da luta história das mulheres de reivindicação de seus direitos, ao longo dos anos diversas convenções foram realizadas a fim de promover garantias, como exemplo há a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher, a qual está fundada no dever de erradicar a discriminação a promover a igualdade entre os gêneros em todos os aspectos da vida política, econômica, social e cultural. E aí é que reside a problemática, pois tais documentos possuem o condão de incluir estes temas dentro do ordenamento interno de cada estado, contudo, as práticas para aplicação são de responsabilidade própria, como a própria norma. Dentro do plano interno, no Brasil, temos como exemplo prático o primeiro caso levado a Corte, sendo o da Maria da Penha, onde condenou o Brasil por omissão, negligência tolerância à violência em 2001. Foi considerado que o Estado brasileiro desrespeitou a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher de 1994. É notável o avanço que a Lei Maria trouxe para a legislação interna brasileira no tocante aos direitos de proteção às mulheres. Entretanto, a efetividade desses direitos ainda demanda políticas públicas concretas voltadas ao público feminino. Isto porque, o compromisso que o estado firmou com a convenção é obrigação de meio, e não de fim, ou seja, o ente estatal deve tomar medidas a fim de evitar os resultados de transgressões e não somente puni-los. O presente estudo foi realizado a partir de pesquisa bibliográfica e por meio do procedimento dedutivo.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CONSULTADAS

BRASIL. **Decreto nº 4.377, de 13 de setembro de 2002. Promulga a Convenção sobre a discriminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher – CEDAW, de 1979, e revoga o Decreto no 89.460, de 20 de março de 1984.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4377. Acesso em: 12 Nov 2021.

BRASIL. Presidência da República. **Cartilha nacional de Combate à Violência Contra a Mulher.** Brasília: Procuradoria Especial da Mulher do Senado Comissão Parlamentar Mista de Combate à Violência Contra a Mulher, 2015.

BRASIL. **Lei Maria da Penha – Lei no 11.340, de 7 de agosto de 2006**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei. Acesso em: 12 Nov 2021.

CoIDH. **Comissão Interamericana de Direitos Humanos: Relatório 54/01, Caso 12.051, Maria da Penha Maia Fernandes v. Brasil, 2001**. Disponível em: <<https://www.cidh.oas.org/annualrep/2000port/12051.htm>>. Acesso em: 12 Nov 2021.

GORCZEWSKI, Clovis; DIAS, Felipe da Veiga. **A imprescindível contribuição dos tratados e cortes internacionais para os direitos humanos e fundamentais**. Revista Seqüência, Florianópolis, n. 65, dez. 2012, p. 241-272.

SÁNCHEZ RUBIO, David. **Fazendo e desfazendo direitos humanos**. Tradução de Clovis Gorczewski. 1. ed. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2010.

SOIBET, Rachel. **Mulheres Pobres e violência no Brasil urbano**. In: PRIORE, Mary Del. História das mulheres no Brasil. São Paulo: Contexto, 1997

INEFICIÊNCIA E DIFICULDADES DA REDE DE ABORDO LEGAL NO BRASIL EM CASOS DE ESTUPRO

Vitória Piucco¹

Micheli Piucco²

Neste trabalho objetiva-se analisar as principais dificuldades enfrentadas pelas vítimas de violência sexual no acesso ao aborto legal no Brasil. Apesar de ser uma temática muito debatida atualmente, o desconhecimento sobre os aspectos legais é presente. Em nosso ordenamento jurídico pátrio três são as possibilidades em que o aborto é permitido no Brasil. Duas previsões estão dispostas no artigo 128, inciso I e II do Código Penal, sendo os casos de: gravidez decorrente do estupro e quando não há outro meio de salvar a vida da gestante. Além disso, é possível a realização em casos de feto anencéfalo, conforme decisão do Supremo Tribunal Federal na ADPF 54. Entretanto, muitas são as dificuldades em realizar um aborto seguro nas hipóteses que previstas em nosso ordenamento, devido à falta de informação, o preconceito, o despreparo dos profissionais da saúde, o acesso e infraestrutura do sistema de saúde, a recusa dos médicos em realizar o procedimento mediante alegação da necessidade de autorização judicial ou boletim de ocorrência, dentre outros inúmeros fatores que demonstram a ineficácia do Estado em garantir o acesso à saúde pelas mulheres. Nesse sentido, destaca-se que o sistema de saúde brasileiro já gastou 30 vezes mais com procedimentos incompletos, cerca de R\$14,29 milhões, em comparação com os gastos em decorrência de abortos legais, ou seja, cerca de R\$ 454 mil reais. Dados do DataSUS, no primeiro semestre de 2020, demonstram que o número de mulheres atendidas em todo o Brasil pelo Sistema Único de Saúde, em razão dos abortos mal sucedidos foi 79 vezes maior (80.948 curetagens e aspirações para limpeza do útero após aborto incompleto) que o de interrupções de gravidez previstas em lei (1.024 abortos legais). Apesar do SUS não possuir dados completos, os abortos espontâneos, clandestinos ou por complicações pós-parto fazem parte das 80.948 intervenções realizadas (ACAYABA; FIGUEIREDO, 2020). Segundo a legislação brasileira, através da Lei do Minuto Seguinte, não é necessária autorização judicial ou boletim de ocorrência para realizar aborto em caso de estupro, por exemplo, garantindo assim às

¹ Graduanda em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade de Passo Fundo - UPF. Bolsista PROBIC/FAPERGS. E-mail: viipiucco@gmail.com.

² Doutoranda pelo Programa de Mestrado e Doutorado em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC. Mestra e Graduada em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo. Professora na Universidade de Passo Fundo-RS. E-mail: micheli.piucco@hotmail.com.

vítimas atendimento emergencial e humanizado. Entretanto, em diversos hospitais é estabelecido um procedimento de justificação e autorização da interrupção da gravidez. Dentre delas, está a idade gestacional e a compatibilidade da data da violência sexual que a vítima relatar. Aparentemente, na teoria o aborto possui um protocolo perfeito, mas na prática a realidade é diversa. Dessa forma, a não implementação de estruturas e políticas para a realização do aborto seguro constitui um atentado à vida e à saúde das mulheres no Brasil e no mundo.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CONSULTADAS

ACAYABA, Cíntia; FIGUEIREDO, Patrícia. SUS fez 80,9 mil procedimentos após abortos malsucedidos e 1.024 interrupções de gravidez previstas em lei no 1º semestre de 2020. G1, São Paulo, 2020.

VIOLÊNCIA DOMÉSTICA EM TEMPOS DE PANDEMIA

Cristiane Terezinha Rodrigues

Josiane Petry Faria

A pandemia alterou a rotina da maior parte da população e todo esse cenário contribuiu para o aumento dos casos de violência no âmbito doméstico. Nesse sentido, o presente resumo tem por objetivo abordar o tema violência doméstica em tempos de pandemia da COVID-19, bem como, identificar as possíveis causas do aumento da violência nesse período de isolamento. Justifica-se o estudo, pois, a violência contra a mulher é um problema grave no Brasil, tendo causado muitos danos as mulheres e ceifado muitas vidas por conta do feminicídio. Nenhum tipo de violência deve ser admitido em nossa sociedade e, assim sendo, menos ainda a violência que ocorre no ambiente onde as pessoas deveriam estar mais protegidas. A violência no âmbito doméstico precisa ser enfrentada para que a família possa ser um ambiente saudável para seus integrantes. Para a elaboração desse trabalho utilizou-se o método dedutivo e como método de procedimento foi utilizado o bibliográfico. A Convenção do Pará, trata do tema da violência no âmbito doméstico e estabelece: “violência contra a mulher qualquer ato ou conduta baseada no gênero, que cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher, tanto na esfera pública como na esfera privada.” Nesse sentido, é considerada violência doméstica contra a mulher, não somente a violência física, mas também a violência sexual e psicológica. Uma das causas de aumento dos casos de violência refere-se às restrições de locomoção impostas pela situação de pandemia, as restrições, fizeram com que o tempo de convivência com a família aumentasse. Situação essa que para muitas famílias foi benéfica, porém, para outras com histórico de violência doméstica, causasse um aumento nas possibilidades de episódios violentos. Também, no ambiente familiar, principalmente nas famílias mais carentes, a tensão e o medo de não se conseguir prover o sustento da família provocados pelo isolamento forçado, acabaram por fomentar estresse em família. Embora a preocupação seja de ambos, homens e mulheres, são as mulheres as que mais sofrem com a agressividade masculina. Mesmo com legislação e políticas de proteção as mulheres, conforme (MADALENO, 2021, p. 53) “Prosseguem as desigualdades entre o homem e a mulher, numa sutil e silenciosa opressão, transitando impune, por todos os níveis sociais e econômicos.” Isso reforça a ideia de que quem detém o poder é quem possui as melhores condições financeiras, o que na

maioria dos casos das famílias brasileiras é o homem, visto que, as mulheres por muitas vezes acabam por tomar conta de todas as tarefas domésticas, bem como o cuidado com os filhos, restando menos tempo para conquistarem um trabalho mais bem remunerado. Sendo então as mulheres as que mais ficam submetidas aos mandos dos seus companheiros. Durante todo o período de restrições, muitas entidades e órgão, que trabalham com questões voltadas a violência doméstica, realizaram campanhas que facilitaram a denúncia das agressões por parte das mulheres. A campanha Sinal Vermelho contra a violência doméstica, foi desenvolvida pelo Conselho Nacional de Justiça em conjunto com a Associação dos Magistrados Brasileiros. O mecanismo da campanha consiste em a mulher que sofreu a violência apresentar o desenho de um “X” na mão ou em papel para atendentes de farmácias, para que esses possam comunicar a polícia através do número 190. Outra medida adotada pelo CNJ foi a emissão de Medidas Protetivas de Urgência durante plantões judiciais procedendo a notificação das vítimas via aplicativo de mensagens *Whatsapp*. Outras entidades de acolhimento, auxílio e orientação de mulheres, também, disponibilizaram atendimento via outros canais de comunicação para que a luta contra a violência doméstica pudesse continuar. As restrições e medidas de isolamento impostas pela pandemia do Covid-19 facilitaram o aumento dos casos de violência doméstica no Brasil. Porém, os episódios de violência contra mulher não podem ser tolerados e sendo assim, cabe ao poder público, órgão e entidades, criar políticas e campanhas para o enfrentamento da violência. E ainda, cabe também a sociedade em geral denunciar casos de violência de gênero dos quais tenham conhecimento. Dessa forma, faz se necessário o estabelecimento de uma rede de proteção organizada e sincronizada para que se tenha a possibilidade de salvar muitas mulheres da violência.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CONSULTADAS

MADALENO, Rolf. **Direito de família**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

MARQUES, Emanuele Souza et al. **A violência contra mulheres, crianças e adolescentes em tempos de pandemia pela COVID-19: panorama, motivações e formas de enfrentamento**. 2020. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/csp/a/SCYZFVKpRGpq6sxJsX6Sftx/?lang=pt>. Acesso em: 10 nov. 2021.

Sinal vermelho contra a violência doméstica. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/violencia-contra-a-mulher/campanha-sinal-vermelho/>. Acesso em: 09 nov. 2021.

MENDES, Amarilis Miosso Silva; SILVA, Emanuelle Gomes da. A VIOLÊNCIA DOMÉSTICA EM TEMPOS DE PANDEMIA. Disponível em:

<https://www.sejus.df.gov.br/wp-conteudo/uploads/2021/01/violencia-domestica-em-tempos-de-pandemia.pdf>. Acesso em: 07 nov. 2021.

VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E A LIBERTAÇÃO FEMININA ATRAVÉS DA INDEPENDÊNCIA FINANCEIRA

Rosane Alves da Luz¹

Josiane Petry Faria²

A presente pesquisa busca analisar a importância do trabalho feminino visando a diminuição da violência contra a mulher. Justifica-se a importância da pesquisa tendo em vista que a violência contra a mulher é um problema que ocorre em todas as classes sociais, que vem se arrastando por muitas décadas e amedrontando-as. Essa forma de violência é praticada pelo parceiro íntimo e traz inúmeros traumas para quem sofre, afetando principalmente a saúde emocional, física e sexual. Também tem impactado nos serviços de assistência em saúde e estendendo-se a inclusão no mercado de trabalho. Tem como objetivo trazer a inclusão da mulher no mercado de trabalho, buscando a independência financeira e principalmente a igualdade de gênero, visando a diminuição da violência. Antigamente a concepção de modelo familiar era entendido pela participação de um homem, uma mulher e seus respectivos filhos, diferenciando-se e hierarquizando-se a importância do ser masculino e do ser feminino no bojo familiar, sendo a mulher considerada como inferior ao homem. Por muitas décadas o conceito de mulher era associado a maternidade e a submissão aos seus maridos. Havia uma questão religiosa, cultural e patriarcal que moldava as famílias neste modelo de submissão das mulheres ao apresentarem na sociedade. Mas, lentas transformações vêm ocorrendo a fim de emancipar e empoderar o sexo feminino. A evolução se deu diante de manifestações feministas, que começaram a ganhar atenção nacional, e com estudos, que aos poucos trouxe um conceito universal e abstrato das mulheres. Porém, é possível ver o quão as mulheres ainda estão submissas, pois, muitas vezes se calam diante da violência doméstica para conservar seus relacionamentos, por vergonha e por medo de não conseguirem uma independência, principalmente financeira, fora dele. Ainda, fato que dificulta a entrada da mulher no ambiente laboral é a falta de oportunidades e a discriminação no mercado de trabalho. Como forma de proteção contra a violência doméstica e as demais discriminações, pode-se citar a Lei Maria da Penha, que trouxe mecanismos para prevenir e coibir a

¹Acadêmico da Faculdade de Direito-Universidade de Passo Fundo – UPF, Técnica em Enfermagem. COREM/RS 1190809 pelo Integrado da Universidade de Passo Fundo. Endereço eletrônico: 85700@upf.com.br.

² Doutora em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul, com Bolsa Capes Prosup e PDSE na Universidade de Sevilha/Espanha, professora adjunto e coordenadora do Projur Mulher da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo. Endereço Eletrônico: jfaria@upf.br.

violência doméstica e familiar contra a mulher em conformidade com a Constituição Federal de 1988, e somando-se aos tratados internacionais ratificados pelo Estado brasileiro. Também há políticas públicas para acalantar as mulheres como, central telefônica de atendimentos às vítimas, delegacias especiais de atendimento as mulheres, programas assistenciais, entre outros. Aos poucos o empoderamento da mulher vem ganhando ênfase e seu protagonismo se destacando cada vez mais nas ocupações empregatícias de forma a adquirir a autoconfiança, trazendo mais ânimo, lutando na busca por reconhecimento e igualdade de gênero, ao desempenhar as atividades no mercado de trabalho. Porém, ainda falta incentivo e tratamento igualitário no ambiente laboral. Nesse sentido há necessidade de políticas públicas de incentivo a fim de efetivar uma maior inclusão das mulheres no ambiente de trabalho, de modo a torna-las independentes, principalmente financeiramente, a fim de que não necessitem submeter-se a situações de violência para sobreviver. As mulheres devem ser tratadas com igualdade e respeitadas como seres humanos.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CONSULTADAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 5 nov. 2021.

BRASIL. Lei nº 11.340, de 7 de ago. de 2006. **Lei Maria da Penha**. Cria Mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm> Acesso em: 27 out. 2021.

A IMPORTÂNCIA DA CONSCIENTIZAÇÃO DA POBREZA MENSTRUAL E SEUS IMPACTOS

Camila Vitória Soares¹

Karen Beltrame Becker Fritz²

Este trabalho objetiva analisar a pobreza menstrual, seus desafios enfrentados dentro da sociedade principalmente pela falta de apoio e dignidade destacando a importância das políticas governamentais, a garantia de saneamento básico, de uma educação de qualidade e a revisão da tributação excessiva sobre os absorventes. Com uma grande dificuldade em falar sobre a temática e não havendo um debate significativo, ocorre que de certa forma acaba sendo encoberto. A partir da pesquisa bibliográfica, serão realizadas análises de artigos, projetos de leis, reportagens, trabalhos de conclusão de curso e leis, para compreender a relação entre a desigualdade de gênero e pobreza menstrual. Ao longo da história, o patriarcado buscou argumentos, religiosos ou científicos, para justificar a dominação dos corpos das mulheres. Para exercer o controle, o patriarcado desenvolveu e apegou-se a ideia de que os corpos femininos são inferiores, promovendo a desigualdade de gênero. Nesse sentido, uma das ferramentas de controle foi e é a ideia de que a menstruação é suja e prejudicial, para sustentar essa ideia, foram muitos os mitos e os tabus construídos em torno da menstruação. O silêncio estatal sobre a menstruação faz com que muitas mulheres e meninas não tenham condições suficientes para vivenciar o período menstrual com dignidade. As questões sociais e políticas referentes à menstruação são ignoradas, denominada “pobreza menstrual” ou precariedade menstrual a situação de precariedade e vulnerabilidade econômica e social à qual bilhões de pessoas menstruantes ao redor do mundo estão submetidas por não terem acesso adequado à saneamento básico, banheiros e itens de higiene pessoal, aí incluídos os protetores menstruais. Por conta de necessidades biológicas específicas, as mulheres tendem a ser mais afetadas pela falta de saneamento básico e de acesso à água tratada, tamanha precariedade impede as pessoas menstruantes de passarem por seus períodos de menstruação de maneira digna pelo elevado custo de absorventes descartáveis, por exemplo, leva mulheres, meninas, recorrerem a métodos inseguros para conter a menstruação. A utilização de papéis, jornais, trapos, sacolas plásticas,

¹ Acadêmica do Curso de Direito da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo (UPF). 188802@upf.br

² Doutora em Desenvolvimento Rural pelo Programa de Pós-graduação em Desenvolvimento Rural da Faculdade de Ciências Econômicas da UFRGS (2009). Professora da Universidade de Passo Fundo (UPF). karenfritz@upf.br

meias, miolos de pão ou a reutilização de absorventes descartáveis coloca a saúde física dessas pessoas em risco. Dentre as consequências físicas da pobreza menstrual, pode-se listar o surgimento de vulvovaginites (como a vaginose bacteriana e a candidíase) e de infecção do trato urinário, dentre outras complicações. O agravamento de alguns destes quadros pode, inclusive, levar à morte. Quando não se pode atravessar este período com dignidade, menstruar se torna um fardo que deve ser carregado mensalmente. As incertezas ligadas à precariedade menstrual quais sejam, a falta de absorventes e de banheiros, assim como a necessidade de investir dinheiro nesses produtos geram uma carga mental pesada e recorrente para as pessoas menstruantes. Mulheres e meninas vêm seus potenciais limitados diariamente, o que as impede de ocupar novos espaços na sociedade e se tornarem agentes combativos da desigualdade de gênero, alimentando o machismo estrutural. Conclui-se, portanto, que combater a precariedade menstrual é uma das formas de caminhar em direção à igualdade de gênero e que, desta forma, políticas públicas e sociais neste sentido são de extrema urgência e importância, devendo ser prioridade tanto na agenda de ações governamentais quanto não governamentais. Isto posto, cabe ao governo, estados e municípios através de seus respectivos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário decidir qual a forma mais adequada de combater os mais diversos problemas sociais que se fazem presentes em nosso país.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CONSULTADAS

BRITO, Mariana Alves Peixoto da Rocha. Pobreza menstrual e políticas públicas para mulheres e meninas. 2021. Disponível em: <http://repositorio.bc.ufg.br/handle/ri/19809>>. Acesso em: 12 nov. 2021.

ASSAD, Beatriz Flügel. POLÍTICAS PÚBLICAS ACERCA DA POBREZA MENSTRUAL E SUA CONTRIBUIÇÃO PARA O COMBATE À DESIGUALDADE DE GÊNERO. Revista Antinomias, v. 2, n. 1, p. 140-160, 2021.

GT 5 - DEMOCRACIA E RELAÇÕES SOCIAIS

Objetivos: Refletir sobre a democracia no paradigma do Estado Constitucional na contemporaneidade, bem como questões que envolvem o pacto federativo e o papel dos novos sujeitos e relações sociais nesta forma de Estado. Abordar os sistemas de justiça e suas funções essenciais. Examinar alternativas de confirmação do Estado Democrático de Direito.

A CRISE EXISTENCIAL DA DEMOCRACIA: OS EFEITOS DA RECESSÃO DEMOCRÁTICA COM A COLONIZAÇÃO DIGITAL NO BRASIL

Érico Antonio P. Santos¹

Júlia Francieli Neves de Oliveira²

A presente pesquisa insere-se no âmbito dos estudos da sociologia constitucional. E surge em decorrência da problemática observada na imbricação entre o recorte factual do advento da internet e a ascensão das redes sociais e a recessão da democracia, em específico no Brasil. Tendo como objetivo demonstrar que as novas ferramentas tecnológicas utilizadas na política contemporânea têm proporcionado uma transformação impactante na relação entre o Estado, a Sociedade e o sistema democrático. Para tanto, será necessário investigar o novo espaço público, a colonização digital, as transformações dos novos governos autocráticos e a influência do populismo para a democracia. Por conseguinte, verificar se as grades de proteção do Estado Democrático brasileiro vêm conseguindo exercer a sua função de freios e contrapesos em face do discurso e decisões fundamentalistas de extrema direita desempenhados pelo atual governo. Espera-se constatar que, haja vista o populismo possa surgir tanto do movimento ideológico político de esquerda como de direita, os governos em ascensão nos Estados Democráticos da Europa, dos Estados Unidos da América e, em especial, do Brasil, os autocratas demagogos em ascensão nos últimos

¹Mestrando em direito no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Passo Fundo. Advogado. E-mail: 185620@upf.br

²Doutora no Programa de Pós-Graduação em Direito Público da UNISINOS, bolsista taxa PROEX (2016/2019). Realizou doutorado Sanduíche no Exterior na École de Droit de la Sorbonne Université Paris 1 - Panthéon-Sorbonne (2018). Pós-Doutoranda em Direito da Universidade de Passo Fundo UPF (2019). Mestre no Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI), Campus Santo Ângelo. Advogada Trabalhista. Servidora da PGE/RS. E-mail: julianeves15@hotmail.com.

anos estão vinculados a ideologia fundamentalista da extrema direita. E, por fim, em conclusão, identificar os principais fatores que contribuíram para essa recessão da democracia que assola os Estados Democráticos, em especial, o Brasil, bem como apontar que as ferramentas para enfrentar este problema estão presentes no Texto Constitucional.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CONSULTADAS

BOBBIO, Norberto. **O Futuro da Democracia. Uma defesa das regras do jogo.** Tradução de Marco Aurélio. 15ª edição. Rio de Janeiro/São Paulo: Ed. Paz e Terra Ltda, 2018.

BYUNG , Chun Han. **Psicopolítica – O neoliberalismo e as novas técnicas de poder.** 1ª Edição, Belo Horizonte: Editora Ayine, 2018.

CASTELLS, Manuel. **Ruptura.** Rio de Janeiro: Ed. Jorge Zahar Editor Ltda., edição brasileira, 2018.

D'ANCONA, Matthew. **Pós-verdade.** Tradução Carlos Szlak. 1ª ed. Barueri: Faro Editorial, 2018.,

ECO, Umberto. **O fascismo eterno.** 8ª edição. Rio de Janeiro: Editora Record, 2020.

EMPOLI, Giuliano Da. **Os engenheiros do caos.** Tradução Arnaldo Bloch. 1ª ed.; 3ª reimp. São Paulo: Vertígio, 2020.

FERRAJOLI, Luigi. **Poderes Salvajes: las crisis de la democracia constitucional.** S.A. Madrid: Editora Trotta, 2011.

GARCIA, Marco Leite. **O debate inicial sobre os direitos fundamentais:** aspectos destacados na visão integral do conceito. Revista Instituto de Pesquisas e Estudos, Bauru, v. 43, n. 50, p. 129-152, jul./dez. 2008.

HABERMAS, Jünger. **Mudança Estrutural da Esfera Pública: investigações sobre uma categoria da sociedade burguesa.** Tradução Denilson Luís Werle. 1ª Edição. São Paulo: Ed. UNESP, 2014.

LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. **Como as Democracias Morrem.** Rio de Janeiro: Editora Zahar., 2018.

LÉVY, Pierre. **Ciberdemocracia.** Tradução Alexandre Emílio. Lisboa: Instituto Piaget, 2003.

O'NEIL, Cathy. **Algoritmos de Destruição em Massa:** como o big data aumenta a desigualdade e ameaça a democracia. Tradução Rafael Abraham. 1ª ed. Santo André: Editora Rua do Sabão, 2020.

KAKUTANI, Michiko. **A morte da verdade.** Tradução André Czarnobai, Marcela Duarte. 1ª ed. Rio de Janeiro: Editora Intrínseca, 2018.

KIFFER, Ana; GIORGI, Gabriel. **Ódios políticos e política do ódio. Lutas gestos e escritas do presente.** Coleção por que política? Rio de Janeiro: Bazar do Tempo Editora, 2019.

PIOVEZANI, Carlos; GENTILE, Emilio. **A Linguagem Fascista.** 1ª edição. São Paulo: Hedra, 2020.

RAIS, Diogo. **Desinformação no contexto democrático.** In: ABBOUD, Georges [et.all.] (org.) **Fake News e Regulação.** São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 146-174.

ROUSSEAU, Dominique. **Radicalizar a Democracia: proposições para uma refundação.** Tradução de Anderson Teixeira. São Leopoldo – RS: Editora da Universidade do Vale do Rio dos Sinos , 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional.** 13ª Edição, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

SCHWARCZ, Lilia Moritz. **Sobre o autoritarismo brasileiro.** 1ª. São Paulo: ed. Editora Companhia das Letras, 2019.

SCHWARCZ, Lilia Moritz; STARLING, Heloísa Murgel; BURTON, Victor. **Dicionário da república: 51 textos críticos.** 1ª ed. São Paulo: Editora Companhia das Letras, 2019.

SZABÓ, ILONA. **A defesa do Espaço cívico.** 1ª edição. Rio de Janeiro: Editora Objetiva, 2020.

ZANGREBELSKY, Gustavo. **A crucificação e a democracia.** 1ª edição, 3ª triagem. São Paulo: Editora Saraiva , 2011.

WEFFORT, Francisco Corrêa. **O populismo na política brasileira.** Rio de Janeiro: Ed. Paz e Terra, 2003.

GT 6 - DIREITO, CIDADANIA E DESENVOLVIMENTO TECNOLÓGICO

Objetivos: Refletir sobre o papel das novas tecnologias no mundo globalizado como subsídio do acesso à cidadania. Promover a discussão dos saberes relacionados ao desenvolvimento tecnológico em prol da evolução jurídico-social. Analisar o direito frente à informática, ao governo eletrônico, à segurança da informação e à inteligência artificial.

A ESCRAVIDÃO DIGITAL E A SUPEREXPLORAÇÃO DO TRABALHO

Vitória Piucco¹

Liton Lanes Pilau Sobrinho²

Atualmente, a forma de escravização do homem tem ocorrido também pela tecnologia. Como decorrência o presente trabalho objetiva estudar a escravidão atual, disfarçada de formas de trabalho atreladas as novas tecnologia. Nas últimas décadas houve uma revolução social causada pelo avanço tecnológico que alterou a forma de agir e pensar dos cidadãos e ainda influenciou o ambiente político e econômico, alterando a forma de viver e trabalhar. Entretanto, destaca-se a falta de evolução entre a globalização e o direito do trabalho, visto que a legislação brasileira carece e normativa sobre os direitos humanos e fundamentais dos novos tipos de trabalhos e trabalhadores. Assim, a Reforma Trabalhista trouxe a figura do teletrabalho, mas continua sem prever limites claros na legislação das novas formas de trabalho. Questiona-se, dessa forma, se o alcance da lei realmente protege os trabalhadores, levando em consideração a realidade do esgotamento do profissional, o qual cada dia é mais comum e sem qualquer forma de controle. Mesmo na ausência de regulamentação, inúmeras novas formas de trabalho surgem, com cada vez mais flexibilidade e autonomia. O trabalho invade o horário de descanso, de lazer, de saúde, exercendo altas jornadas de trabalhos, péssimas condições laborais, extrapolando a sua condição humana de

¹ Graduanda em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade de Passo Fundo - UPF. Bolsista PROBIC/FAPERGS. E-mail: viipiuco@gmail.com.

² 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). E-mail: liton@upf.br.

cidadão livre. Muito já se fala do direito à desconexão, o qual defende o afastamento do trabalhador nos períodos de descanso, no sentido de que não se ofenda o princípio da dignidade da pessoa humana e os direitos constitucionais. Dessa forma, a era da escravidão digital no mundo do trabalho expressa uma conexão com a superexploração do trabalhador e, conseqüentemente, a contraposição com a extrema valorização do capital.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CONSULTADAS

RAPOSO, Clarissa Tenório Maranhão. **A Escavidão Digital e a superexploração do trabalho: consequências para a classe trabalhadora**. V. 23 n. 3 (2020): Política, Ciência e Mundo das Redes. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/katalysis/article/view/1982-02592020v23n3p510>>. Acesso em: 13 nov. 2021.

GT 7 - CRIAÇÃO DO DIREITO PARA OS ESPAÇOS VIRTUAIS

Objetivos: Frente à evolução tecnológica, nas últimas décadas notou-se uma crescente incapacidade de direito, em sua vertente dogmática, em acompanhar as novas demandas surgidas em decorrência dos espaços virtuais socialmente produzidos. Tais espaços restam configurados, entre outros, no âmbito das relações interpessoais e interorganizados (redes sociais), na seara contratual, na esfera eleitoral e política, no âmbito econômico (criptoativos) e como impulsionador do processo de criação de estruturas jurídicas difusas. Tal fenômeno reclama observações capazes de possibilitar o desenvolvimento de um discurso jurídico voltado à complexidade, à multilateralidade e à globalidade de novos espaços virtuais.

GT 8 – CONSTITUCIONALISMO, DEMOCRACIA E NEONACIONALISMO

Objetivos: Em decorrência da fragilidade das instituições democráticas atuais e em decorrência dos novos espaços globalizados, que acabam por criar uma gama de indivíduos ressentidos contra o fenômeno da mundialização da economia, do Direito e da política, nos últimos anos assistiu-se o ressurgimento de um nacionalismo que acaba por ser contrário às conquistas constitucionais histórica com ideias extremistas xenófobas, racistas, misóginas, etc. Não cabe dúvida que dito fenômeno de retrocesso merece a devida atenção. Os valores do constitucionalismo e da democracia devem ser reforçados e estudados como contraponto dos retrocessos de Direitos que visam o advento de posturas reacionárias.

QUE PAÍS É ESSE? TOTALITARISMO VESTIDO DE DEMOCRACIA

Renato Vieira Ohlweiler¹

Existe, na modernidade, uma ascensão de governos de extrema-direita que estão sendo caracterizados como populistas. Nesse contexto, no Brasil, tem-se notado cada vez mais políticos e movimentos sociais com tal ideologia e um fortalecimento do discurso antidemocrático. Dessa forma, questiona-se qual o conceito de democracia para Claude Lefort e como ele ajuda a entender o populismo emergente no Brasil. Objetiva-

se, assim, investigar a teoria sobre a democracia de Claude Lefort e observar, a partir desta, o fenômeno do populismo no Brasil. Lefort caracteriza a democracia como uma transformação do lugar do poder, que é socialmente desincorporado (diferente das monarquias onde, incorporado no príncipe, o poder dava corpo a sociedade), passando a possuir um lugar vazio. Isso ocorre, pois, é necessária a inexistência de uma instância com referência em um polo incondicionado de poder para que haja o desaparecimento da determinação, viabilizando, assim, a sociedade emergir puramente do social, consentindo que todo indivíduo e todo grupo tenham a possibilidade de construir igualmente sua referência. O autor permite, portanto, afirmar que a democracia é mais do que uma forma de governo, é uma forma de sociedade. Especificando um pouco mais, seria uma sociedade histórica por excelência, ou seja, que acolhe e preserva a indeterminação como potencial de constante mudança. Assim, a democracia contrapõe-se ao totalitarismo. Este, por sua vez, caracteriza-se como uma sociedade sem história, pois se desenvolve através de uma referência (única) de certeza, agenciada contra a indeterminação social, e com o poder bem centralizado. (Lefort, 1991). O ponto é que, diferente de uma revolução totalitária, o populismo apresenta-se a partir da própria democracia, como uma reestruturação da mentalidade social advinda da introjeção de ideais que facilitam o discurso totalitário no coletivo. O vínculo de toda essa teoria com a atualidade é que a disseminação de questões oriundas de convicções populistas busca a apropriação do poder que se encontra em um estado “vazio” na democracia e a criação de uma referência de certeza a partir de um caráter excludente e absoluto. Uma mentalidade totalitária disseminada fornecerá o ambiente necessário para que líderes representantes das massas ideológicas desenvolvam uma lógica de identificação para ganharem apoio e “preencherem” o espaço do poder. O destaque à análise do Brasil é pela particularidade de seus sistemas políticos antidemocráticos, como a Ditadura Militar, quererem aparentar ser um regime democrático. (Rocha, 1998). Somando o caráter geral a esse caráter específico, desenvolve-se uma facilitação para a disseminação de juízos totalitários na população, dado o fato de que, por mais que não haja uma ascensão direta do totalitarismo, como em sua gênese, ocorre a fertilização do solo brasileiro com ideais característicos desse conceito. Põe-se em jogo a permanência da estrutura básica necessária para uma sociedade globalizada harmônica que respeite as diferenças: a democracia.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CONSULTADAS

ROCHA, Leonel Severo. Epistemologia do direito: revisitando as três matrizes jurídicas. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD), v. 5, n. 2, jul./dez. 2013, p. 141-149. Disponível em: <https://bit.ly/3kAehR6>. Acesso em: 12 nov. 2021.

LEFORT, Claude. **Pensando o político**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991.

ROCHA, Leonel Severo. **Epistemologia Jurídica e Democracia**. São Leopoldo: Editora Unisinos, 1998. 164 p.

A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E O EMPODERAMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Claudia de Oliveira Fonseca¹

Nos dias atuais, tem sido facilmente perceptível a proeminência alcançada pelo Poder Judiciário, em detrimento dos demais poderes do Estado, na arena de decisões políticas. O processo de redemocratização, nos países da América Latina, trouxe o Poder Judiciário para essa posição de destaque e a judicialização da política vem sendo apontada como uma característica das democracias modernas. A sensação é que, praticamente, nenhum tema escapa da análise pelo poder Judiciário. Essa situação é ainda mais curiosa quando se percebe que os agentes políticos buscam, cada vez mais, o Judiciário para resolver conflitos políticos, que poderiam ser solucionados na esfera da própria política. Qual seria a razão lógica de se recorrer aos tribunais quando se trata de agente que dispõe de outros instrumentos de se insurgir contra decisões proferidas no âmbito político? A pretensão da presente proposta consiste em investigar essa atuação dos partidos políticos que reflete, diretamente, sobre a crescente judicialização da política e o empoderamento, experimentado pelo Poder Judiciário brasileiro. No presente estudo buscou-se compreender como a judicialização da política vem conduzindo o Supremo Tribunal Federal (STF) à condição de proeminente ator político, detentor de tanta autonomia e, conseqüentemente, tornando-o tão poderoso. A partir do referencial teórico fornecido por Taylor e Da Ros, John Ferejohn e Vallinder e Tate foi possível compreender a razão para tanta judicialização pelos agentes políticos e como esse comportamento conduz ao fortalecimento do Poder Judiciário. O presente estudo adotou como estratégias de pesquisa: revisão bibliográfica, principalmente, as obras de Luís Roberto Barroso (2012), John Ferejohn (2002), Tom Ginsburg (2003), Taylor e Da Ros (2008), Vianna et all (2014), Vallinder e Tate (1995) com o propósito de buscar compreender as razões de os partidos políticos submeterem inúmeras demandas políticas ao STF e, conseqüentemente, refletir sobre as implicações dessa judicialização da política e o seu impacto sobre as instituições democráticas. Será que essa busca excessiva por solução de demandas políticas na esfera judicial interfere no funcionamento da democracia, enfraquecendo-a? A

¹ Doutoranda em Direito pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Mestra em Direito pela Universidade de Brasília (UnB). Professora Assistente de Direito Público na Universidade Estadual do Sudoeste da Bahia (UESB). Advogada. E-mail: claudiauesb@gmail.com.

pesquisa revelou que além da redemocratização, com a ampliação do rol de direitos fundamentais, a provocação pelos partidos políticos e o próprio desenho institucional são fatores importantes para a ampliação do poder do Supremo Tribunal Federal. Assim, no contexto atual, o estudo sinaliza para a necessária ponderação na submissão de demandas políticas perante o Poder Judiciário, face ao risco de interferência de um dos Poderes na esfera de atuação do outro, além do risco de se promover um enfraquecimento da democracia, ao se retirar a decisão de questões políticas das mãos dos representantes eleitos de forma democrática.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CONSULTADAS

BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. Revista da Faculdade de Direito da UERJ. 2012. DOI: <https://doi.org/10.12957/rfd.2012.1794>. Acesso em 06 de janeiro de 2018.

CAPPELLETTI, Mauro. Juízes legisladores? Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor.1993.

FEREJOHN, John. Judicializando a Política, Politizando o Direito. In: Judicialização da Política. MOREIRA, Luiz (Organizador). 1a ed. São Paulo: 22 Editorial, 2012. pp.63-97.

GINSBURG, Tom. Judicial Review in New Democracies. New York: Cambridge University Press, 2003.

MENDES, Conrado Hübner. Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação. São Paulo: Saraiva, 2011.

TAYLOR, Matthew M.; DA ROS, Luciano. Os partidos dentro e fora do poder: a judicialização como resultado contingente da estratégia política. Dados, 2008, v. 51, n.4, pp. 825-864.

VALLINDER, T.; TATE, C. N.. The Global Expansion of Judicial Power: The Judicialization of Politics. New York, New York University Press. 1995.

VIANNA, Luiz Werneck. [et al]. A judicialização da política e das relações sociais no Brasil. Rio de Janeiro: Revan. 2ª edição, 2014.

O FUTURO DA DEMOCRACIA: LUHMANN E FERRAJOLI

Bianca Neves de Oliveira¹

Fernanda Tarnowsky²

O objetivo deste texto é relatar o estado da arte, de uma pesquisa sobre a questão do futuro da democracia em Niklas Luhmann e Luigi Ferrajoli. Em um breve resumo pretende-se no item 1, resumir a concepção de Niklas Luhmann sobre a política em seu livro intitulado “A teoria política no Estado de bem-estar”³. Para Luhmann, o Estado de Bem-estar não é um novo tipo de instrumento de governo, nem uma nova concepção política- tecnológica, trata-se, para ele, da introdução sobre a reflexão sobre o sentido, as possibilidades, e os limites da política nas condições presentes e futuras. A sociedade em que vivemos está sujeita a transformações rápidas e profundas. Essas mudanças não afetam apenas as formas como a vida humana é organizada. Eles não cobrem apenas o Estado e a economia, comunidades religiosas, direito e educação. Também cobrem o ambiente natural e os motivos das pessoas e, assim, reverterem novamente para a sociedade. Não há um exemplo na sociedade capaz de guiar essas transformações na direção de algum resultado global desejado; mas há uma boa chance de influenciá-la, segundo Luhmann. Assim sendo, para ele, nada disso é realmente visível. Mas o anúncio da catástrofe faz parte do processo de auto reforço negativo de situações problemáticas. Se o colapso de nossa civilização política se provar inevitáveis, ocorreria mais cedo por razões que se entregassem à mesma política. Neste texto será comparada, no item 2, essa perspectiva de Luhmann, com a de Luigi Ferrajoli, onde o autor apresenta o objetivo de sua obra: rebater a dimensão política e representativa (governo eleito pelo voto popular) como a única forma de legitimidade do poder público/governo. Ferrajoli entende como fundamental a dimensão legal (respeito à Constituição e aos paradigmas do constitucionalismo).

REFERÊNCIAS DAS FONTES CONSULTADAS

LUHMAN, Niklas. *Teoría Política en el Estado de Bienestar*. Madrid: Alianza, 2007.

¹ Mestranda em Direito na UPF (2021), Bolsista na Universidade de Passo Fundo. Bacharel em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos- UNISINOS (2020). Possui graduação em Geografia pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões- URI (2005).

² Possui Graduação em Ciências Jurídicas e Sociais, pela Universidade de Passo Fundo. Trabalha na Universidade de Passo Fundo - Assistente da Faculdade de Direito/Programa de Pós-Graduação Mestrado em Direito - Projeto de Extensão Balcão do Consumido

³ LUHMAN, Niklas. *Teoría Política en el Estado de Bienestar*. Madrid: Alianza, 2007, p.30

ENTRINCHEIRAMENTOS E DECLÍNIOS CONSTITUCIONAIS NO SUL GLOBAL

Alexandre Nogueira Pereira Neto¹

As constituições das democracias liberais entrincheiraram em seus textos uma série de direitos e de garantias fundamentais, porque, nesses espaços, há forte desconfiança da sociedade e da própria classe política em si mesma. Essa desconfiança resultou em uma ampliação dos direitos políticos, das liberdades individuais, do pluralismo partidário, do direito fundamental à livre organização partidária, entre outros direitos. Isso significa que diferentes grupos da esfera social fizeram concessões recíprocas para que suas orientações, sobretudo de espectro ideológico, fossem constitucionalizadas. As constituições, por isso, podem funcionar como um seguro político (DIXON; GINSBURG, 2017). O constitucionalismo transformador se caracteriza por ser um instrumento de fortalecimento das liberdades políticas, econômicas e sociais. Isto é, houve, no Sul Global, um reconhecimento acentuado da diferença e da valorização do pluralismo em todas as formas (UPRIMNY, 2018, p. 115). Entretanto, tal arranjo institucional democrático e inclusivo vem sendo enfraquecido, sobretudo, na América Latina, por intermédio de uma forte onda conservadora e autoritária. O populismo de direita pode ser definido por meio de três fatores (GRABER, 2018). O primeiro fator diz respeito à sua concepção autoritária. Esse fenômeno é traduzido por meio de uma liderança política forte com apoio popular. É um líder que conduz de modo autoritário a gerência de um Estado e que, portanto, rompe com as diretrizes de uma democracia liberal. O segundo fator se dá no enfraquecimento do processo e dos direitos democráticos. Nessa ocasião, os populistas de direita diminuem a possibilidade de a oposição ganhar as eleições, praticam perseguições e mudam as regras eleitorais. Em tempos de insegurança econômica e de austeridade fiscal os atores sociais podem ser mais suscetíveis ao animus anti-imigrante ou antirrefugiado. O terceiro fator que compõe esse movimento populista de direita se traduz no aparelhamento e no controle do Poder Judiciário, que pode ser feito a partir da erosão constitucional. Nesse caso, o constitucionalismo transformador vai se erodindo paulatinamente. Hoje, o declínio democrático ocorre dentro da ótica constitucional (LEVITSKY; ZIBLATT, 2018), isto é, utiliza-se de mecanismos constitucionais para desvirtuar o sentido da Constituição. É

¹ Doutorando em Direito pela Universidade Federal do Pará (PPGD-UFPA). Mestre em Direito pela Universidade Federal de Pelotas (PPGD-UFPEL). Pós-Graduando em Direito Constitucional pela Academia Brasileira de Direito Constitucional (ABDCONST). E-mail: alexandrenpn@gmail.com

uma disputa do “sentido da legalidade” (AVRITZER, 2019, p.13). Dito isso, o que os governos populistas provocam nas democracias liberais em relação ao paradigma do constitucionalismo transformador? Alguns resultados: (a) enfraquecimento do processo e dos direitos democráticos; (b) controle do poder judiciário; (c) opressão às minorias; e (d) políticas econômicas de austeridade. Assim, o populismo desvirtua os sentidos das constituições transformadoras, que buscam: a promoção da justiça social; o acesso à participação da sociedade na tomada de decisões; e eleições livres e transparentes.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CONSULTADAS

AVRITZER, Leonardo. **O pêndulo da democracia**. São Paulo: Todavia, 2019.

DIXON, Rosalind; GINSBURG, Tom. The forms and limits of constitutions as political insurance. **International Journal of Constitutional Law**, v. 15, n. 4, p. 988-1012, 2017.

GINSBURG, Tom. **Judicial Review in New Democracies**. Constitutional Courts in Asian Cases: Cambridge University Press, 2003.

GRABER, Mark A. What’s in crisis? The postwar constitutional paradigm, transformative constitutionalism, and the fate of constitutional democracy. In: GRABER, Mark; LEVINSON, Sanford; TUSHNET, Mark (Eds.). **Constitutional democracy in crisis?** Oxford: Oxford University Press, 2018.

LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Danial. **Como as democracias morrem**. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.

UPRIMNY, Rodrigo. Las transformaciones constitucionales recientes en América Latina: tendencias y desafíos. **El derecho en América Latina: Un mapa para el pensamiento jurídico del Siglo XXI**. Buenos Aires: Grupo Editorial Siglo Veintiuno, p. 109-137, 2011.

A LINGUAGEM DA ESCRAVIDÃO E AS PRATICAS PATRIMONIALISTAS COMO ELEMENTOS MITIGADORES DA REPUBLICA BRASILEIRA

Érico Antonio P. Santos¹

Marcos Leite Garcia²

A presente pesquisa insere-se no âmbito dos estudos da sociologia e da filosofia do direito. E surge em decorrência da problemática observada na imbricação factual entre o déficit de cidadania e a desigualdade social no Brasil, em específico, em detrimento da população afrodescendente, com um recorte delimitado para o início da Primeira República até os dias atuais. Tendo como objetivo demonstrar que as consequências oriundas de um país escravocrata são responsáveis pelo relevante abismo social que assola a população afrodescendente e, que o conceito de República e de Estado-nação resume-se a um mero elemento formal na estrutura do Estado brasileiro. Para tanto, será necessário investigar cinco fatores essenciais para a compreensão do tema, a inexistência de direitos sociais, a concentração da riqueza e do poder para uma pequena parte da população, o problema do patrimonialismo e a inexistência dos pressupostos do Princípio Republicano. Por conseguinte, verificar como que esses cinco fatores descritos a cima são responsáveis para a falta de cidadania e para o déficit democrático no Estado brasileiro. Espera-se constatar que, os conceitos de República e Estado-nação no Brasil resultam em meros elementos formais, e, portanto, a falta de concretização desses dois elementos contribui para o caos democrático e social que assola o país, em especial, no que concerne a população afrodescendente. E, por fim, em conclusão, demonstrar que os pressupostos que estruturam um Estado Republicano devem passar pelo exercício da cidadania, dos direitos sociais, da garantia aos direitos fundamentais e ao paradigma democrático constitucional.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

BOBBIO, Norberto. **O Futuro da Democracia. Uma defesa das regras do jogo.** Tradução de Marco Aurélio. 15^a edição. Rio de Janeiro/São Paulo: Ed. Paz e Terra Ltda, 2018.

¹Mestrando em direito no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Passo Fundo. Advogado. E-mail: 185620@upf.br

² Doutor em Direito. Professor do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciências Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí-SC. Também professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Passo Fundo-RS (Brasil). E-mail: mleitegarcia@terra.com.br

BOURDIEU, Pierre. **Sobre o Estado: curso no Collège de France**. 1ª ed. Tradução Rosa Freire d'Aguilar. São Paulo: Companhia de Letras, 2014.

CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil: o longo caminho**. 26ª edição. Rio de Janeiro: Ed. Civilização Brasileira, 2020.

CARVALHO, José Murilo de **Pecado original da república: debates, personagens e eventos para compreender o Brasil**. Rio de Janeiro: Bazar do Tempo, 2017.

CARVALHO, Luiz Maklouf. **1988: segredos da Constituinte. Os vinte meses que agitaram e mudaram o Brasil**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Record, 2017.

GARCIA, Marco Leite. **O debate inicial sobre os direitos fundamentais**: aspectos destacados na visão integral do conceito. Revista Instituto de Pesquisas e Estudos, Bauru, v. 43, n. 50, p. 129-152, jul./dez. 2008.

GOMES, Laurentino. **Escravidão: do primeiro leilão de cativos em Portugal até a morte de Zumbi dos Palmares**. Volume 1. 1ª ed. Rio de Janeiro: Globo Livros.

GOMES, Laurentino. **Escravidão: do primeiro leilão de cativos em Portugal até a morte de Zumbi dos Palmares**. Volume 2. 1ª ed. Rio de Janeiro: Globo Livros.

MORAIS, José Luis Bolzan de; NASCIMENTO, Valéria Ribas do. **Constitucionalismo e Cidadania: por uma jurisdição constitucional democrática**. Livraria do Advogado Editora, Porto Alegre – RS, 2010, p. 14.

MOUNK, Yascha. **O povo contra a democracia: por que nossa liberdade corre perigo e como salvá-la**. Tradução Cássio de Arantes Leite, Débora Landsberg, 1ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2019.

NABUCO, Joaquim. **O abolicionismo**. Apresentação de Gilberto Freyre. Rio de Janeiro: BestBolso, 2010.

OLIVEIRA, Cleiton; OLIVEIRA, Paulo César de. **Os filhos de Cam: a legitimação caótica da escravidão do negro (recurso eletrônico)**. Porto Alegre: Editora Fi, 2021.

PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales: teoria general**. Madrid: Universidade Carlos III de Madrid, 1995.

PEREZ, Antonio Enrique. **Los Derechos Fundamentales**. 11ª edição. Madrid: Ed. Tecnos, 2013.

PIOVEZANI, Carlos; GENTILE, Emilio. **A Linguagem Fascista**. 1ª edição. São Paulo: Hedra, 2020.

ROEDEL, HIRAN. **Do mito de Cam ao racismo estrutural: uma pequena contribuição ao debate**. Afrodescendência em Portugal, sociabilidades, representações e dinâmicas sociopolíticas e culturais. Um estudo na área metropolitana de Lisboa. Lisboa: Afro.Port, 2017. Acesso em: 13 nov. 21. Disponível em: <https://cesa.rc.iseg.ulisboa.pt/afroport/wp-content/uploads/2020/07/ROEDEL-H-Do-Mito-de-Cam-ao-Racismo.pdf>.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional.** 13^a Edição, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

SCHWARCZ, Lilia Moritz. **Sobre o autoritarismo brasileiro.** 1^a. São Paulo: ed. Editora Companhia das Letras, 2019.

SCHWARCZ, Lilia Moritz; STARLING, Heloísa Murgel; BURTON, Victor. **Dicionário da república: 51 textos críticos.** 1^a ed. São Paulo: Editora Companhia das Letras, 2019.

SCHWARCZ, Lilia Moritz; STARLING, Heloísa Murgel. **Brasil: uma biografia.** 2^a edição. São Paulo: Editora Companhia das Letras, 2018.

SOUZA, Jesse. **A Classe Média no Espelho: sua história, seus sonhos e ilusões, sua realidade.** Rio de Janeiro: Ed. Estação Brasil, 2018.

SOUZA, Jesse. **A Elite do Atraso: da escravidão a Bolsonaro.** Edição revista e ampliada, 15^a edição. Rio de Janeiro: Estação Brasil, 2019.

REFUGIADOS, DIREITOS DO HOMEM, NACIONALIDADE E SOBERANIA ESTATAL: UMA RELEITURA SOB A ÓTICA DA HOSPITALIDADE EM JACQUES DERRIDA

Thainá Guimarães¹

João Paulo Salles Pinto²

Sem embargo, o tema refúgio é tão antigo quanto a humanidade. Por razões políticas, religiosas, sociais, culturais ou de gênero, milhares de pessoas já tiveram ou têm que deixar seus países e buscar proteção transnacional. No mesmo sentido, a história de afirmação e reconhecimento dos direitos do homem no âmbito transnacional já possui também uma longa e, não obstante, aporética caminhada. De fato, as discussões e propostas de soluções sobre tal problemática que, prossegue e ainda é contemporânea, como notoriamente se sabe, encontra-se, pelo menos na maioria das vezes, posta sob as paradoxais e contraditórias semânticas da soberania estatal, nacionalidade e eficácia da proteção dos direitos do homem. Neste sentido, o tema e as dificuldades que persistem convocam, não obstante, uma revisitação e um enfrentamento distinto da hipotética, até por conta da histórica insuficiência desses âmbitos de compreensão em relação ao real sentido que engloba as questões do refúgio e dos refugiados. Assim, na presente pesquisa procura-se revisar e reler o assunto sob as premissas, metodologia e ótica da hospitalidade que propõe, em especial, Jacques Derrida (2000; 2001; 2003). Procura-se, portanto, responder ao seguinte problema: faz-se possível uma releitura da questão do refúgio em um aspecto distinto das colocações calcadas nos direitos do homem, na soberania, ou ainda, na nacionalidade? Destarte, a sugestão que se coloca através de uma metodologia de pesquisa revisional bibliográfica, é que interpretar a questão do refúgio sob os pretextos tradicionais da nacionalidade, da soberania estatal e dos direitos humanos não permite compreender realmente o que se encontra em questão quando se fala em refugiado e refúgio. Neste sentido e, inclusive, o refúgio e o refugiado só podem ser compreendidos como

¹ Bacharela em Direito pelo Instituto Machadense de Ensino Superior (IMES) mantido pela Fundação Machadense de Ensino Superior e Comunicação (FUMESC)– Machado – MG. e-mail: thainah_guimaraes@hotmail.com.

² Doutorando em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), com bolsa de pósgraduação stricto sensu PROEX-CAPEs. Mestre em Direito pela Faculdade de Direito do Sul de Minas- FDSM (2017), tendo cursado o mestrado com bolsa de pós-graduação stricto sensu PROSUP- CAPES. Teoria, filosofia e sociologia do direito são suas principais áreas de interesse e pesquisa. Graduado em Direito pelo Instituto Machadense de Ensino Superior- IMES (2015). Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1869048059845984>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-7374-8736> E-mail: jpsalles9@gmail.com.

conceitos limite das instituições da humanidade, que expõem, sobretudo, o originário entendimento precário da potência política do homem.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CONSULTADAS

ACNUR. **Dados sobre Refúgio.** Acnur, 2020. Disponível em: <https://www.acnur.org/portugues/dados-sobre-refugio/> Acesso em: 29 de outubro. 2021.

GOODWIN, Georgina. **Refugiados.** Disponível em: <https://www.acnur.org/portugues/quem-ajudamos/refugiados/>. Acesso em: 29 de outubro. 2021.

PRICKETT, Ivor. **Histórico.** Disponível em: <https://www.acnur.org/portugues/historico/>. Acesso em: 29 out. 2021.

AGAMBEN, Giorgio. **Homo Sacer: O poder soberano e a vida una.** 2. ed. Belo Horizonte: UFMG, 2015.

ANTUNES, José Manuel Oliveira. **Refugiados: um pouco de história, para memórias curtas.** Público, 28 ago. 2015. Disponível em: <https://www.publico.pt/2015/08/28/mundo/opiniao/refugiados-um-pouco-de-historia-para-memorias-curtas-1706138>. Acesso em: 29 out. 2021.

ARENDT, Hannah. **Origens do totalitarismo: Antissemitismo, imperialismo, totalitarismo.** São Paulo: Companhia de bolso, 2012.

Nós: os refugiados. Covilhã: Lusofia, 2013.

BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. **Entenda as diferenças entre refúgio e asilo.**, 2020. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/news/entenda-as-diferencas-entre-refugio-e-asilo> . Acesso em: 29 out. 2021.

BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. **MJC esclarece principais dúvidas sobre refúgio, asilo político e visto humanitário.** Disponível em: <https://www.novo.justica.gov.br/news/mjc-esclarece-principais-duvidas-sobre-refugio-asilo-politico-e-visto-humanitario>. Acesso em: 29 out. 2021.

BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. **Refúgio e cooperação jurídica internacional são temas de debate.** Disponível em: <https://www.novo.justica.gov.br/news/o-refugio-e-os-instrumentos-da-cooperacao-juridica-internacional-sao-temas-de-debate>. Acesso em: 29 out. 2021.

DERRIDA, Jacques. Hospitality. Angelaki. **Journal of the Theoretical Humanities.**, vol. 5, n.3, p. 3-18, 2000. Disponível em: <https://eclass.uoa.gr/modules/document/file.php/PPP668/%CE%97%20%CF%86%CE%B9%CE%BB%CE%BF%CE%BE%CE%B5%CE%BD%CE%AF%CE%B1/Derrida%2C%20Hospitality.pdf> Acesso em: 02 nov 2021

DERRIDA, Jacques. **Cosmopolitas de todos os países mais um esforço!** . Coimbra:

Minerva, 2001.

DERRIDA, Jacques; DUFOURMANTELLE, Anne. **Da hospitalidade**. São Paulo: Escuta, 2003

JESUS, Diego Santos Vieira de. O baile do monstro: o mito da paz de vestfália na história das relações internacionais modernas. **História, Franca**, v. 29, n. 2, p. 221-232, Dec. 2010. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-90742010000200012&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 02 nov. 2021. <https://doi.org/10.1590/S0101-90742010000200012>.

LACERDA, Ana Luiza; GAMA, Carlos Frederico P. S.. O solicitante de refúgio e a soberania moderna: a identidade na diferença. **Lua Nova**, São Paulo, n. 97, p. 53- 80, Apr. 2016. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S010264452016000100053&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 02 nov. 2021. <https://doi.org/10.1590/0102-6445053-080/97>.

MOREIRA, Julia Bertino. **A problemática dos refugiados na América Latina e no Brasil**. Programa San Tiago Dantas. Universidade de São Paulo; Pontificia Universidade de São Paulo; Universidade Estadual de São Paulo. Disponível em: <file:///C:/Users/renomear/Downloads/81791-Texto%20do%20artigo-113242-1-10-20140622.pdf>. Acesso em: 29 out. 2021.

PEREIRA, Alexandre Branco. **Os usos e abusos políticos do refúgio**. Nexo, 15 fev. 2020. Disponível em: <https://www.nexojornal.com.br/ensaio/2020/Os-usos-e-abusos-pol%C3%ADticos-do-ref%C3%BAgio>. Acesso em: 29 out. 2021.

PIOVESAN, Flavia. Ações afirmativas da perspectiva dos direitos humanos. **Cad. Pesquisa**, São Paulo, v. 35, n. 124, p. 43-55, Apr. 2005. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S010015742005000100004&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 02 nov 2021 agosto de 2020. <http://dx.doi.org/10.1590/S0100-15742005000100004>.

REIS, Rossana Rocha; MENEZES, Thais Silva. **Direitos humanos e refúgio**: uma análise sobre o momento anterior à determinação do status de refugiado. *Rev. Sociol. Polit.*, Curitiba, v. 22, n. 49, p. 61-83, Mar. 2014. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-44782014000100004&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 02 nov agosto .2021. <https://doi.org/10.1590/S0104-44782014000100004>

RUPTURA DEMOCRÁTICA: A CRISE DA DEMOCRACIA REPRESENTATIVA BRASILEIRA E A ASCENSÃO DE AUTOCRATAS NA POLÍTICA

Hemilli Chiarentin da Silva¹

O presente resumo tem como escopo salientar as problemáticas acerca da crise na democracia representativa brasileira e a ascensão de demagogos ao poder, sob a ótica do atual cenário político brasileiro, onde torna-se explícito a forte correlação que a crise democrática tem com o aumento de pensamentos antidemocráticos e do crescimento da polarização na sociedade civil, tudo isso gerando uma descrença cada vez maior nas instituições democráticas e nos partidos políticos, causando então uma instabilidade nos processos democráticos. Não se pode olvidar que a ruptura vivenciada no Brasil encontra amparo, principalmente, do decaimento da popularidade dos Partidos Políticos, acabando por afastar a população dos temas ligados à política, por essa razão, torna-se crível salientar que os problemas decorridos pelo colapso na democracia representativa, significa muito mais que o mero declínio de crença nos partidos, mas acaba por atrair pensamentos antidemocráticos. Nessa seara, os partidos políticos são vistos como corpos intermediários, ou seja, instituições que se colocam entre o indivíduo isolado e o poder público. Todavia, o modelo representativo, vivenciado na democracia brasileira, mesmo sendo dotado de liberdade de atuação, não conseguiu evitar, através dos partidos políticos, a ascensão de autocratas ao poder. O exemplo mais notório de tamanho descaso com a democracia, foi a eleição do atual presidente Bolsonaro. O que ocorre agora é uma “corrida contra o tempo”, com a única finalidade de evitar um novo mandato do atual presidente, contudo, importa salientar que foi devido ao descaso dos partidos políticos, que não impediram a ascensão de pensamento antidemocráticos, que um aspirante a demagogo conseguiu se candidatar. Sob essa ótica, consegue-se traçar um paralelo entre a realidade atual e a singela motivação por trás da falha nas “grades de proteção”, sendo que muito disso ocorre por questões como infidelidade partidária, onde torna-se crível compreender a falta de efetividade dos partidos no combate às ameaças à democracia. Por essa razão, a democracia brasileira depara-se com uma verdadeira crise de representatividade política, pois existem inúmeros mandatos sendo exercidos por “celebridades emergentes” que não possuem qualquer compromisso com as questões ideológicas

¹ Acadêmica de Direito na Universidade de Passo Fundo, e-mail 178561@upf.br.

apregoadas por seus partidos políticos. Concebe-se então que somente a efetiva representatividade levará a superação da crise democrática instaurada no país. Logo, espaços que criem a conscientização política devem ser aprimorados a fim de melhor equalizar a organicidade e dinâmica própria do tecido social, uma vez que é através da cidadania efetiva e do pluralismo político que formam o Estado Democrático de Direito, apresentando não apenas uma democracia representativa, mas participativa, na qual a sociedade civil é o elemento central das decisões políticas estatais. Ademais, é fundamental que as demandas dos cidadãos de grupos marginalizados sejam incluídas em tais processos participativos, uma vez que a finalidade primordial de um sistema de participação é que a decisão tomada contemple todas as nuances sociais, sendo benéfica não somente a um determinado grupo. Destarte, evidencia-se que as verdadeiras soluções resultam, majoritariamente, de deliberações cívicas, capazes de incluir a manifestação de todos os atores envolvidos. Afinal, somente quando os interesses de todos forem ouvidos que a confiança e a crença na democracia encontrarão seu caminho de volta.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CONSULTADAS

BORBA, Daniel de Castro. O déficit da representação política e as novas tendências. Monografia (Bacharelado em Direito) – Centro Universitário de Brasília, UNICEUB. Brasília, 2014, p. 70. Disponível em: <<https://repositorio.uniceub.br/jspui/handle/235/5517>>. Acesso em: 25 out. 2021.

BRAUN, Douglas. Democracia representativa: (re)pensando os seus pressupostos através da fidelidade partidária. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito. Florianópolis, 2011, p. 119. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/106716>>. Acesso em: 25 out. 2021.

LEVITSKY, Steven. ZIBLATT, Daniel. Como as democracias morrem. Tradução Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 1ª ed., 2018.

STRECK; Lênio Luiz. MORAIS, José Luiz Bolzan. Ciência política e teoria geral do Estado. 8. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.

GT 9 - TEORIA DO RISCO E DESASTRES AMBIENTAIS

Objetivos: Teoria do Risco e Desastres ambientais têm como objetivo reunir trabalhos que examinem a Responsabilidade Civil decorrente de danos ambientais, contemplando os desastres ocorridos no Brasil e no mundo. Seja com a evolução histórica da responsabilidade civil ambiental ou no contexto da Teoria do Risco, as reivindicações sociais e o conhecimento de novas práticas são necessárias.

A TEORIA DO RISCO EM NIKLAS LUHMANN

Leonel Severo Rocha¹

Gabriel Dil²

O presente trabalho consiste em uma revisão bibliográfica, tendo como objetivo a reflexão da problemática do *risco* em Niklas Luhmann, a partir da matriz pragmático-sistêmica. Em um primeiro momento, verificar-se-á a definição Luhmaniana acerca do direito. Na sequência, buscar-se-á explicar a vinculação entre tomada de decisão e risco. Sendo assim, tendo por superadas as questões preliminares, passa-se agora a definição do direito na perspectiva de Niklas Luhmann. Assim sendo, o Direito é definido como “uma estrutura de generalização congruente em três dimensões: temporal (normativa), social (institucionalização) e prático ou objetivo (núcleo significativo)”³. O direito produz congruência seletiva sendo uma estrutura dos sistemas sociais, cumprindo uma importante função de generalização simbólica de expectativas sociais normativas. Na Teoria dos Sistemas, a comunicação é concebida como elemento de aumento de complexidade e contingência. Consequentemente, o direito tem a função de reduzir a complexidade e a contingência social por meio da tomada de decisões. Essas decisões são tomadas a partir de outras decisões já existentes. Logo, Niklas Luhmann avança em sua teoria e introduz a concepção do

¹ Doutor pela École des Hautes études en Sciences Sociales (Ehess), com estudos de pós-doutorado em Sociologia do Direito pela Università degli Studi di Lecce na Itália. Professor titular da Universidade do Vale do Rio dos Sinos (mestrado e doutorado) e do Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGD) da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai (URD). Bolsista de Produtividade em Pesquisa do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq) – Nível 1D. E-mail: leonel@unisinos.br

² Doutorando em Direito Público do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos). Mestre em Direito na Área Novos Paradigmas do Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Passo Fundo (UPF). Bolsista da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (Capes). E-mail: gabrieldil@icloud.com

³ ROCHA, Leonel Severo. Matrizes teórico-políticas da teoria jurídica contemporânea. In. **Epistemologia Jurídica e Democracia**. 2. ed. 204p. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 2003. p. 87.

risco, que consiste em “um evento generalizado da comunicação, sendo uma reflexão sobre as possibilidades da decisão”⁴. Embora se tenha conhecimento do binômio *risco* e *perigo*, por razões metodológicas, o estudo aqui realizado se aterá tão somente à categoria de *risco*. Sendo assim, o fato é que, no processo de tomada de decisão, o *risco* sempre está presente. E, por essa razão é que se impõe a necessidade de se trabalhar o *risco*, que, aliás, não é necessariamente algo ruim. Nesse sentido, Leonel Severo Rocha destaca que, “cada vez que se toma uma decisão com relação ao futuro – e se sabe que não é fácil toma-la, porque existe muita complexidade –, tem-se que pensar no problema do risco, a possibilidade de que ela não ocorra da maneira que se está pensando”⁵. Pois, de acordo com Raffaele De Giorgi, “na sociedade contemporânea, existem condições estruturais que permitem ver que o futuro depende cada vez mais das decisões tomadas no presente”⁶. Por essa razão, uma decisão quando tomada, deve “levar em consideração todas as consequências e toda a complexidade que está por trás da produção de uma decisão diferente”⁷. Ou seja, a decisão tomada no presente, deve considerar o risco para que, no futuro, não haja a necessidade de se concluir que, o dano verificado poderia ter sido evitado por outra decisão⁸.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CONSULTADAS

DE GIORGI, Raffaele. O risco na sociedade contemporânea. **Revista de Direito Sanitário**, v. 9, n. 1. p. 37-49 Mar./Jun. 2008

LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito I**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito II**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985.

LUHMANN, Niklas. **Sociologia del riesgo**. Guadalajara: Universidad Iberoamericana/Universidad de Guadalajara, 1992.

MATURANA, Humberto; VARELA, Francisco. **El arbor del conocimiento: las bases biológicas del conocimiento humano**. 3. ed. Madrid: Debate, 1999.

ROCHA, Leonel Severo. Direito, Complexidade e Risco. **Revista Sequência**. Florianópolis, Ed. UFSC e Curso de pós-graduação em direito, 1994

⁴ ROCHA, Leonel Severo. Direito, Complexidade e Risco. **Revista Sequência**. Florianópolis, Ed. UFSC e Curso de pós-graduação em direito, 1994, p. 02.

⁵ ROCHA, Leonel Severo. O Direito na forma de sociedade globalizada. **Epistemologia Jurídica e Democracia**. 2. ed. 204p. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 2003. p. 199.

⁶ DE GIORGI, Raffaele. O risco na sociedade contemporânea. **Revista de Direito Sanitário**, v. 9, n. 1. p. 37-49 Mar./Jun. 2008. p. 49.

⁷ ROCHA, Leonel Severo. O Direito na forma de sociedade globalizada. p. 199.

⁸ DE GIORGI, Raffaele. *O risco na sociedade contemporânea*. p. 49.

ROCHA, Leonel Severo; SCHWARTZ, Germano; CLAM, Jean (Org.).
Introdução à teoria do sistema autopoietico do direito. Porto Alegre:
Livreria do Advogado, 2005.

ROCHA, Leonel Severo. Matrizes teórico-políticas da teoria jurídica contemporânea.
Epistemologia Jurídica e Democracia. 2. ed. 204p. São Leopoldo: Ed. Unisinos,
2003.

ROCHA, Leonel Severo. O Direito na forma de sociedade globalizada. **Epistemologia
Jurídica e Democracia**. 2. ed. 204p. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 2003.

WEYERMULLER, André Rafael; ROCHA, Leonel Severo. O risco na sociedade complexa
e tecnológica: uma abordagem sistêmica luhmanniana. BERWIG, Juliane Altmann
(Org.). In. **Nanotecnologias e Meio Ambiente: Riscos e “PREVPREC”**. Novo
Hamburgo: Universidade Feevale, 2021.

O PASSAPORTE DE VACINAÇÃO E A COVID – 19: UMA ANÁLISE DA DECISÃO DO STF A LUZ DO DIREITO DOS DESASTRES

Gabriela Marchesan Antoniazzi¹

Francielle Benini Agne Tybusch²

A questão do passaporte de vacinação contra a COVID – 19, tem sido uma das temáticas mais debatidas da atualidade. Como todos os lados, tem aqueles que defendem o direito de ir e vir (ART. 5º, XV da Constituição Federal) e oprimem o fato de haver um passaporte de vacinação para a locomoção, e tem aqueles, que entendem o direito de ir e vir como uma norma constitucional também, mas acima de tudo, preservam o seu direito individual como uma garantia, no entanto, preservar o direito coletivo. No entendimento do Supremo Tribunal Federal (STF) sobre o tema em análise, não é o fato da população escolher em querer ou não se vacinar, mas sobre encarar algumas situações que inibem o exercício da liberdade. Como, a interpretação de que o direito individual estaria sendo “inválido” quando retratado ao direito coletivo. O problema maior é a falta de entendimento das pessoas quando entram neste tópico. O direito de ir e vir continuará sendo preservado e resguardado, com mínimas exceções caso necessário, como o caso da COVID – 19, ao olhar mais aprofundado da coletividade. Ou seja, como mencionado por Rogério Reis Devisate (2021): o livre exercício dessa opção traz consigo as consequências do exercício dessa liberdade individual, pois, do contrário, estaria sendo contrariada a lei antes citada, que tem por objetivo "a proteção da coletividade". Portanto, este resumo aborda as duas opções que devem ser entendidas e compreendidas para que a melhor escolha, entendendo também, as consequências da mesma. Com um olhar aprimorado da decisão do STF, em relação ao direito dos desastres. Com relação a problemática de pesquisa, o trabalho abordará o seguinte questionamento: O passaporte de vacinação pode ser considerado obrigatório e gerar restrições ao exercício de liberdade? Para responder ao problema em tela, se utilizará a Teoria do Direito dos Desastres. Será utilizado o recorte epistêmico de Daniel Farber e Délton Winter de Carvalho, autores cujo método de abordagem é pragmático-sistêmico, pois confere a fusão entre diversos sistemas como direito, política, cultura, ecologia e ciência em uma construção comunicativa entre

¹ Acadêmica do Curso de Direito da Universidade Franciscana - UFN. Bolsista PROBIC e Integrante do Grupo de Estudos em Direito dos Desastres e Covid-19. Email: gabriela.antoniazzi@ufn.edu.br

² Doutora em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Maria. Professora do Curso de Direito da Universidade Franciscana. Líder do Grupo de Estudos em Direito dos Desastres e Covid-19. Email: francielleagne@gmail.com

esses sistemas a partir de uma perspectiva dialógica para uma construção pragmática do discurso (ROCHA, 2004). Como método de procedimento, será utilizada a análise bibliográfica e documental. Como técnica de coleta de dados optou-se pela produção de fichamentos e resumos estendidos, tabelas para sistematização de dados obtidos em documentos e legislação correlata.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CONSULTADAS

BRASIL, **Constituição** (1988). **Constituição** da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/topicos/10730517/inciso-xv-do-artigo-5-da-constituicao-federal-de-1988> Acesso em: 13 nov. 2021.

CARVALHO, Délton Winter de; DAMACENA, Fernanda Dalla Libera. **Direito dos Desastres**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

CARVALHO, Délton Winter de. A natureza jurídica da pandemia da Covid-19 como um desastre biológico. **Conjur**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-abr-21/direito-pos-graduacao-natureza-juridica-pandemia-covid-19-desastre-biologico> Acesso em: 25 out. 2020.

CONJUR. **Barroso derruba portaria do governo e empresas podem exigir vacina contra Covid**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-nov-12/barroso-derruba-portaria-empresas-podem-exigir-vacina-covid> Acesso em: 13 nov. 2021.

DEVISATE, Rogério Reis. **O 'passaporte da vacinação' na visão do Supremo Tribunal Federal**. Revista Consultor Jurídico. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-out-05/devisate-passaporte-vacinacao-visao-stf> Acesso em: 13 nov. 2021.

ROCHA, Leonel Severo. Três Matrizes da Teoria Jurídica. In: **Epistemologia Jurídica e Democracia**. São Leopoldo: Unisinos, 2004.

GT 10 - Segurança Alimentar

Objetivos: Segurança Alimentar tem como escopo a pesquisa multidisciplinar no contexto da realização do direito humano à alimentação adequada, da garantia da segurança alimentar e nutricional, além da promoção à saúde. Esse campo aborda questões transdisciplinares com o objetivo de desenvolver o diálogo sobre o uso de abordagens e recursos adequados no sistema alimentar e as interações que compõem o comportamento alimentar.

SEGURANÇA ALIMENTAR E POLÍTICAS PÚBLICAS VOLTADAS AO FORTALECIMENTO DA AGRICULTURA FAMILIAR: PERSPECTIVAS DO PROGRAMA NACIONAL DE ALIMENTAÇÃO ESCOLAR

Isadora Raddatz Tonetto¹

Francieli Iung Izolani²

A segurança alimentar e nutricional ainda é um direito emergente da sociedade contemporânea e carecedor de efetividade ante ao paradigma de colonialidade do qual o Brasil faz parte. Várias são as mazelas que comprovam dito panorama, como a existência da fome, em que pese a dita Revolução Verde tivesse prometido resolver referido problema mundial (PORTO-GONÇALVES, 2012), pela introdução da tecnologia na agricultura, afirmando a produção monocultora de *commodities* (SHIVA, 2003) enquanto primeira e suposta única opção ao progresso (DUSSEL, 2009; PORTO-GONÇALVES, 2012). A seu turno, isso acarreta reflexividades negativas sobre a sustentabilidade multidimensional (SACHS, 2002; FREITAS, 2012) e faz com que haja relevância do papel do Estado no incentivo de formas de produção contra-hegemônicas, que deve se fazer presente na promoção de políticas públicas, dentre as quais, encontra-se o Programa Nacional de Alimentação Escolar (PNAE), reconhecido

¹Advogada. Especialista em Ciências Penais e Criminais pela Faculdade Palotina de Santa Maria (FAPAS). Integrante do Grupo de Pesquisa em Direitos da Sociobiodiversidade (GPDS/UFSM). E-mail: isadorarad@hotmail.com.

²Doutoranda em Direito pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – campus Santo Ângelo (URISAN). Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Maria (UFSM). Pós-Graduada em Direito Previdenciário com ênfase ao Magistério Superior pela Universidade Anhanguera-Uniderp. Especialista em Direito Constitucional e em Direito Civil pela Universidade Anhanguera-Uniderp. Graduada em Direito pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul (UNIJUÍ). Integrante do Grupo de Pesquisa em Direitos da Sociobiodiversidade (GPDS/UFSM). Membro da equipe técnica da Revista Direitos Emergentes na Sociedade Global (REDESG/UFSM). Coordenadora da Coleção Latinoamérica y Derecho en Exposición. Coordenadora da Coleção Derecho Civil en Foco. Organizadora da Coleção Mulheres e Meio Ambiente: Nosso Papel Fundamental. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9027530784430798>. E-mail: franizolani@hotmail.com.

mundialmente. O PNAE é uma das políticas públicas voltadas à promoção da segurança alimentar com o propósito de inserir gêneros alimentícios oriundos da agricultura familiar na merenda escolar. Nesse contexto, o presente artigo tem por objetivo central analisar as perspectivas do Programa Nacional de Alimentação Escolar na promoção e fortalecimento da agricultura familiar no Brasil. Para tanto, utiliza-se o trinômio metodológico, abordagem, procedimento e técnica. No tocante à abordagem, opta-se pela sistêmico-complexa, levando em conta que os problemas enfrentados pela sociedade atual são complexos (MORIN, 2003) e necessitam de uma análise transdisciplinar, entrelaçando diversos sistemas (CAPRA, 1996), para além do Direito. O procedimento dá-se pela coleta de informações e conteúdo tendo como prioridade a pesquisa bibliográfica em livros, artigos e periódicos especializados, através da técnica de resumos e fichamentos. Ao fim, verifica-se o alcance do PNAE enquanto promotor da segurança alimentar, inclusive no contexto pandêmico, exercendo importante papel na camada mais periférica da população, que fica à mercê da exclusão socioeconômica causada pelas *commodities*. Todavia, ainda há muitos desafios a serem enfrentados pelos órgãos públicos na melhoria e maior promoção de políticas públicas como a do PNAE, principalmente no tocante ao fortalecimento das ações e das diretrizes estabelecidas no próprio Programa.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CONSULTADAS

CAPRA, Fritjof. **A teia da vida**: uma nova compreensão científica dos sistemas vivos. Trad. Newton Roberval Eichmberg. São Paulo: Cultrix, 1996.

DUSSEL, Enrique. Meditações anti-cartesianas sobre a origem do anti-discurso filosófico da Modernidade. In: SANTOS, Boaventura de Sousa; MENESES, Maria Paula (org.). **Epistemologias do Sul**. Coimbra: Almedina, 2009.

FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade**: Direito ao futuro. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

MORIN, Edgar. **Introdução ao pensamento complexo**. Trad. Dulce Matos. 4. ed. Lisboa: Piaget, 2003.

PORTO-GONÇALVES, Carlos Walter. **A globalização da natureza e a natureza da globalização**. 3. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.

SACHS, Ignacy. **Caminhos para o desenvolvimento sustentável**. Rio de Janeiro: Garamond, 2002.

SHIVA, Vandana. **Monoculturas da mente**: perspectivas da biodiversidade e da biotecnologia. Trad. Dinah Azevedo. São Paulo: Gaia, 2003.

GT 11 – SOCIEDADE, CONFLITO E MOVIMENTOS SOCIAIS

Objetivos: Sociedade, conflito e movimentos sociais tem como escopo reunir trabalhos que examinem a relação entre o Direito e a Sociedade, contemplando uma pluralidade de enfoques e objetos de pesquisa. Seja na tradição dos estudos de criminologia e segurança pública, seja nos estudos voltados para as reivindicações dos movimentos sociais e (re)conhecimento de novas práticas políticas e direitos, ou ainda nos estudos centrados na análise de processos institucionais de administração de conflitos e no acesso à justiça.

O MOMENTO DA EFICÁCIA VINCULANTE DAS RAZÕES DE DECIDIR FIRMADAS EM ACÓRDÃO PROFERIDO EM INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS

Lucas Parizzi Bernardi¹

Com o implemento da nova ordem constitucional, em 1988, ampliou-se a busca pela garantia e efetividade dos direitos por parte dos cidadãos, de modo a massificar o acesso à justiça, intensificando-se o trabalho dos juízes e tribunais. Nesta sorte, por ocasião do elevado número de demandas, a prestação jurisdicional tornou-se morosa. A litigiosidade repetitiva tornou-se constante, exigindo do legislador processual uma resposta efetiva para garantir o tratamento igualitário àquelas partes cuja demanda fosse idêntica, ao mesmo tempo que fosse resguardada a razoável duração dos processos. Daí que se criou, dentre outros, o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, previsto nos artigos 976 a 987 do CPC/2015. Com efeito, o IRDR é um instrumento processual idealizado para garantir a razoável duração do processo, a isonomia e a segurança jurídica, mediante o julgamento de um incidente processual, pelo Tribunal de Justiça, com a fixação de tese jurídica, que será aplicável a todas as demais causas em que se discuta a mesma questão de direito. A aplicação das razões de decidir do acórdão proferido em IRDR é obrigatória aos juízes e ao Tribunal prolator da decisão, nos termos dos artigos 927, inciso II e 985 do CPC, sob pena de nulidade do pronunciamento judicial por carência de fundamentação e possibilidade do

¹ Acadêmico do VIII Nível do Curso de Direito da Universidade de Passo Fundo. Pesquisador voluntário. Estagiário no Juizado da 1º Vara Judicial da Comarca de Marau. E-mail: 170663@upf.br.

ajuizamento de reclamação. Além da necessidade de observância da *ratio decidendi* nos pronunciamentos do juiz, o julgamento de IRDR reflete na possibilidade de julgamento liminar de improcedência do pedido, na possibilidade de concessão de tutela da evidência, no julgamento monocrático do recurso pelo relator e na dispensabilidade de caução para execução provisória da sentença. Diante destes reflexos processuais e procedimentais, questiona-se se as razões de decidir do acórdão proferido em IRDR possui aplicação imediata, ou seja, logo que publicado, ou se é necessário aguardar o trânsito em julgado para que possa produzir os seus efeitos. Para realização da pesquisa, utilizou-se o método científico dedutivo, a partir da técnica de pesquisa bibliográfica e documentação indireta, bem como o método hermenêutico, através da pesquisa e interpretação de diversos julgados. A partir da presente pesquisa, verificou-se que, no caso dos recursos repetitivos, o CPC condiciona o prosseguimento dos processos pendentes, com a aplicação das razões de decidir, apenas à publicação do acórdão, ao passo que na hipótese do IRDR, a suspensão dos processos somente cessa se não for interposto recurso especial ou recurso extraordinário. Em outras palavras, se interposto recurso contra o julgamento do IRDR para os tribunais superiores, a suspensão dos processos é mantida, pois o art. 982, §5º do CPC confere efeito suspensivo automático ao RE e REsp no âmbito do incidente. Nesse sentido, para o efeito de se evitar decisões conflitantes e suplantar a almejada isonomia e segurança jurídica, é certo que não se aplica ao IRDR a orientação que vigora para os recursos repetitivos em geral, no sentido da imediata aplicabilidade das razões de decidir, após a publicação do acórdão. Assim, a força expansiva das razões de decidir do acórdão paradigma somente produzirá efeitos após o trânsito em julgado do acórdão, se não interposto os recursos extraordinários. Interposto recurso para as cortes superiores, a eficácia vinculante do IRDR somente produzirá seus efeitos após a publicação do acórdão no tribunal superior, o qual poderá, inclusive, estender os efeitos da decisão a nível nacional.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CONSULTADAS

CAVALCANTI, Marcos de Araújo. Incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Código de processo civil anotado. 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO EM AÇÃO: A JUSTIÇA RESTAURATIVA (JR) PELA FAMÍLIA

Manoel Pereira de Almeida Neto¹

Linara da Silva²

Vinícius Francisco Toazza³

A sociedade ocidental em seu escopo de valores e princípios foi formada pela filosofia grega, pelo Direito romano e a religião judaico-cristã, que em suas raízes reflete a amplitude da dignidade do ser humano, e o esteio da civilização do ocidente, a família, posto que no Livro do Gênesis já encontramos consignado que "deixará o homem seu pai e sua mãe e se unirá à sua mulher, e serão os dois uma só carne" (Gênesis 2,24). A comunhão plena de vida a que se refere nada mais é do que aquele "tornar-se uma só carne": espera-se que os cônjuges busquem idealmente uma verdadeira parceria e cumplicidade, construam a vida juntos, alegrem-se juntos, sofram juntos, apoiem-se mutuamente e criem seu(s) filho(s) em amor, para que cresçam bem estruturados, num ambiente restaurativo – pelo perdão e amor – não livre de crises, sendo oportunidade de dar um salto qualitativo nas relações (a Exortação *Amores laetitia* na parte dedicada às crises familiares, conforme n. 232-238), a(s) criança(s) ao atingir(em) a maturidade, possa(m) constituir nova família e manter a sociedade humana em desenvolvimento e multiplicação. Desta feita, a tradição do mundo ocidental não foi esquecida na Carta Magna de 1988, pelos princípios da fraternidade, da dignidade humana, e na proteção pelo Estado da instituição família, proposituras que esse artigo visa demonstrar, através da Justiça Restaurativa (JR). Com efeito, a Justiça Restaurativa restringe quem a escolhe? Com a questão-problema: O Núcleo Permanente de Incentivo à Autocomposição-MEDIAR, do Ministério Público do Rio Grande do Sul (MP/RS), pelos princípios constitucionais da dignidade humana e da fraternidade, família e criança/juventude (artigos 226 e 227/CF) solicitaria o arquivamento ⁴da denúncia de

¹ Aluno do curso de Direito da Universidade de Passo Fundo (UPF), Campus de Carazinho/RS, IV Semestre, e do curso superior de Bacharelado em Teologia, pelo Centro Universitário Internacional (UNINTER, Curitiba-PR). Estagiário do Núcleo de Mediação e Justiça Restaurativa (MEDIAJUR-UPF) e membro do Grupo de Pesquisa em Meios Adequados de Soluções de Conflitos (MASC). E-mail: 182117@upf.br.

² Doutoranda em Direito da Universidade de Coimbra, Portugal. Mestra em Direito da Universidade de Santa Cruz (UNISC) e Graduada em Direito pela Universidade de Passo Fundo (UPF). Professora da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo e orientadora da pesquisa. E-mail: linara@upf.br

³ Mestre e Graduado em Direito pela Universidade de Passo Fundo (UPF). Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo e orientador da pesquisa. E-mail: fscortegagna@upf.br.

⁴ <https://anuario.conjur.com.br/pt-BR/profiles/78592e4622f1/editions/667a83ab512da85e0170/pages/page/9> (Gráfico à página 17, “Atuação do Ministério Público – Entenda como trabalham promotores públicos e procuradores na área extrajudicial e judicial”). Acesso em: 10 mar. 2021.

ação penal pública incondicionada, violência sexual-estupro, pelo cônjuge? Através da instauração dos procedimentos da Justiça Restaurativa (JR), em casos de constituição de família e filho(s) em idade pueril. Perfazendo o método dialético, através de revisão bibliográfica. Esse estudo refere-se à pesquisa básica, que tem como base operacional o método dedutivo. Em consonância com um dos princípios basilares da JR, a voluntariedade, em especial, da vítima-cônjuge, que após verificado a sua autonomia, pela sua livre-vontade/arbítrio, exerceu o perdão e o firme propósito de restaurar as relações familiares. Assim sendo, é consubstanciado o protagonismo da vítima e o pleno exercício do Estado na proteção da família, do casamento, da criança e do adolescente, perfazendo o Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CONSULTADAS

ARLÊ, D.G.G. **A justiça restaurativa e o ministério público brasileiro**. 1ª Ed. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2020.

_____. **Mediação, negociação e práticas restaurativas no ministério público**. 2ª. Ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020.

BÍBLIA, Tradução Oficial da CNB. 3ª. Ed. Brasília: Edições CNBB, 2019.

BRASIL. [**Constituição (1988)**]. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm#art96adct . Acesso em: 12 jan. 2021.

BOONEN, P. M. **A Justiça Restaurativa, um desafio para a educação**. Tese (Doutorado em Educação) – Faculdade de Educação da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011, 260 p.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Resolução CNJ nº 225, de 31 de maio de 2016. Dispõe sobre a Política Nacional de Justiça Restaurativa no âmbito do Poder Judiciário e de outras providências**. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2289>>. Acesso em: 31 mai. 2021.

COSTA, M.A. **A consciência da pessoa humana na filosofia personalista de Karol Wojtyla**. Editora: Inspirativa, 2020.

OUDSHOORN, J., AMSTUTZ, L. S. and JACKETT, M. **The little book of Restorative Justice for Sexual Abuse – Hope Through Trauma**. Good Books: New York, 2015.

ONU, Assembleia Geral, Resolução 40/34, de 29 de novembro de 1985. Declaração dos princípios básicos de justiça relativos às vítimas da criminalidade e de abuso de poder. Disponível em: <http://www.un-documents.net/a40r34.htm> . Acesso em: 07 jun. 2021.

ONU, Assembleia Geral, Resolução 53/243, de 06 de outubro de 1999. **Declaração e programa de ação sobre uma cultura de paz**. Disponível em: <<https://documents->

dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N99/774/43/PDF/N9977443.pdf?OpenElement>. Acesso em: 07 jun. 2021.

ONU, Conselho Econômico e Social, Resolução 12/2002, de 24 de julho de 2002. **Princípios básicos para utilização de programas de justiça restaurativa em matéria criminal.** Disponível em: [https://juridica.mppr.mp.br/arquivos/File/MPRestaurativoEACulturadePaz/Material de Apoio/Resolucao ONU 2002.pdf](https://juridica.mppr.mp.br/arquivos/File/MPRestaurativoEACulturadePaz/Material%20de%20Apoio/Resolucao%20ONU%202002.pdf) . Acesso em: 07 jun. 2021.

ZEHR, H. **Trocando as lentes: justiça restaurativa para o nosso tempo**. 3ª Ed. São Paulo: Palas Athena, 2018.

GT 12 – DIREITO, GOVERNANÇA E NOVAS TECNOLOGIAS

Objetivos: Direito, governança e novas tecnologias têm como objetivo a pesquisa multidisciplinar visando interrelacionar as três grandes linhas de conhecimento com temas como: Direito da informática; Informática jurídica; Internet e redes sociais; Sociedade informacional; Democracia e Tecnologia; Mundo do Trabalho na Sociedade Informacional; Governo Eletrônico; Governança; Segurança da Informação; Crimes de Informática; Inteligência artificial e sistemas especialistas legais.

A UTILIZAÇÃO DO “JUIZ ROBÔ” COMO EFETIVAÇÃO DO CONCEITO DE “VÊU DA IGNORÂNCIA” EM “UMA TEORIA DA JUSTIÇA” DE JOHN RAWLS

Ana Isabel Mendes¹

Ivanio Formighieri Müller²

A Estônia é o país precursor na utilização do “juiz robô” para processos de baixa complexidade ou de pequeno valor econômico.³ Além disso, na China, o desenvolvimento de *smart courts* são indícios de uma mudança de estrutura jurídica, com inclusão tecnológica.⁴ No Brasil, a utilização da inteligência artificial nos tribunais já é uma realidade, embora pequena e sem força, já que dezessete, dos noventa e um tribunais brasileiros possuem projetos de inteligência artificial aplicadas às decisões judiciais, embora ainda dependentes de uma decisão judicial final.⁵ Entretanto, a discussão sobre a utilização do “juiz robô”, que é, em essência a substituição do julgador por uma máquina, é algo a ser abordado no contexto jurídico-filosófico, uma vez que a tecnologia vem avançando ao campo do Direito. Nesse contexto, cabe referir

¹ Mestranda na Universidade de Passo Fundo pelo Programa de Pós-graduação em Direito com auxílio da Instituição. Graduada em Direito pela Universidade de Passo Fundo (UPF). Advogada. Passo Fundo, Rio Grande do Sul, Brasil. E-mail: aisabelmendes@hotmail.com.

² Mestrando na Universidade de Passo Fundo pelo Programa de Pós-graduação em Direito com auxílio CAPES. Especialista em Direito Processual Civil pela Damásio Educacional. Graduado em Direito pela Faculdade Meridional (IMED). Advogado. Passo Fundo, Rio Grande do Sul, Brasil. E-mail: ivanioformighieri.adv@gmail.com.

³ FERRO, S. **Permissibilidade do juiz robô no sistema jurídico brasileiro**. Revista Eletrônica da PGE-RJ, [S. l.], v. 4, n. 1, 2021. DOI: 10.46818/pge.v4i1.208. Disponível em: <http://revistaelectronica.pge.rj.gov.br/index.php/pge/article/view/208>. Acesso em: 13 nov. 2021.

⁴ Ibid.

⁵ FERREIRA E SILVA, Ricardo Augusto. SILVA FILHO, Antonio Isidro. **Juiz robô ou mera máquina de consulta? Inteligência artificial aplicada a decisões judiciais**. In: Encontro da Associação Nacional de Pós-Graduação e Pesquisa em Administração, 44., 2020, on-line. *Anais eletrônicos* [...]. Maringá: Associação Nacional de Pós-Graduação e Pesquisa em Administração, 2020. Disponível em: <http://www.anpad.org.br>. Acesso em: 13 nov. 2021.

o que John Rawls, em sua obra “uma teoria da justiça” chama de “posição original”, que é o esforço mental no qual as pessoas escolhem o que seria melhor para todos, desconhecendo o seu lugar na sociedade.⁶ Assim, o que se indaga é se, ao considerar a hipótese da utilização do “juiz robô” para a elaboração da atividade jurisdicional final, se estaria diante de uma variação do chamado “véu da ignorância”, já que o juiz-robô não teria ciência de qual posição o jurisdicionado se encontra na sociedade, aplicando a lei de modo indistinto, impessoalizando totalmente a relação jurisdicional e descartando aspectos subjetivos da racionalidade inerente à decisão judicial. O estudo se demonstra necessário, uma vez que o tema é de relevância jurídico-filosófica e a inserção da tecnologia no sistema de justiça vem crescendo, motivo pelo qual deve-se atentar para as possibilidades que ela traz, tanto no auxílio da prestação jurisdicional, quanto na efetivação da justiça. Para realização do trabalho utilizou-se o método dedutivo e, como instrumento procedimental, o de investigação bibliográfica.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CONSULTADAS

DUTRA, Delamar J. V. ROHLING, Marcos. **O direito em Uma Teoria da Justiça**. Dissertatio, Pelotas, v.34, 2011.

FERRO, S. **Permissibilidade do juiz robô no sistema jurídico brasileiro**. Revista Eletrônica da PGE-RJ, /S. l./, v. 4, n. 1, 2021. DOI: 10.46818/pge.v4i1.208. Disponível em: <http://revistaeletronica.pge.rj.gov.br/index.php/pge/article/view/208>. Acesso em: 13 nov. 2021.

FERREIRA E SILVA, Ricardo Augusto. SILVA FILHO, Antonio Isidro. **Juiz robô ou mera máquina de consulta? Inteligência artificial aplicada a decisões judiciais**. In: Encontro da Associação Nacional de Pós-Graduação e Pesquisa em Administração, 44., 2020, on-line. *Anais eletrônicos* [...]. Maringá: Associação Nacional de Pós-Graduação e Pesquisa em Administração, 2020. Disponível em: <http://www.anpad.org.br>. Acesso em: 13 nov. 2021.

RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. Tradução de Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2000. Capítulos I e II. (Biblioteca)

RAWLS, John. **Uma concepção kantiana de igualdade**. Veritas, Porto Alegre, v.52, n°.1, 2007.

SANDEL, Michael J. **Justiça – o que é fazer a coisa certa**. Trad. Heloisa Matias e Maria Alice Máximo. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011.

⁶ SANDEL, Michael J. **Justiça – o que é fazer a coisa certa**. Trad. Heloisa Matias e Maria Alice Máximo. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011.

GOVERNANÇA DA JUSTIÇA DIGITAL CONTEMPORÂNEA E O DESAFIO DO ACESSO A JUSTIÇA

Francine Cansi¹

Carlos Cini Marchionatti²

João Luís Severo da Cunha Lopes³

A reflexão ora proposta tem por objetivo analisar a transformação digital em curso no Poder Judiciário, o enfoque vai além da igualdade de oportunidades para litigantes desprivilegiados, visando o alcance de isonomia de resultados. Nesse sentido, os entraves enfrentados por todos os usuários do sistema judicial ainda ineficiente e inseguro em termos de inteligência artificial, em detrimento daqueles que não possuem o acesso à justiça ante a desigualdade social posta no cenário atual, é o grande desafio. A fim de promover uma sociedade justa, pacífica e inclusiva, capaz de promover o Estado de Direito e garantir acesso igualitário à justiça para todos, é o ideário que urge o sistema judicial. Nesse sentido, por se tratar de um sistema complexo, com uma comunidade jurídica diversa e um judiciário independente de outros setores que forma a base do sistema nacional, o setor judiciário, está empenhado em promover a inovação e a tecnologia para apoiar o acesso e a excelência na prestação da justiça. Isso significa abraçar soluções digitais para transformar a prestação de serviços a fim de reduzir o tempo de espera nos tribunais, aumentar o acesso e criar um sistema de justiça eficiente e sustentável. Com essa finalidade, o “Programa Justiça 4.0 Inovação e efetividade na realização da Justiça para todos”⁴, tem o compromisso aos serviços

¹ Doutora no Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI em Dupla Titulação com o Doctorado (IUACA), Alicante/ Espanha. Mestre em Desenvolvimento Regional: Estado Instituições e Democracia-(Unisc/RS). Advogada. Graduada em Ciências Jurídicas e Sociais Universidade de Passo Fundo-UPF/RS. (francine@ctmadvocacia.com)

² Doutorando no Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. Mestre em Direito Privado. Especialista em Ciências Penais. Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais (1976), pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul Presidente do Tribunal Regional Eleitoral do Rio Grande do Sul (2017-2018), Diretor da Escola Judiciária Eleitoral do TRE-RS (2017-2018), Vice-diretor da Escola Judiciária Eleitoral (2016-2017), Corregedor Regional Eleitoral e Vice-Presidente do Tribunal Regional Eleitoral - RS (2016-2017). (ccinimarchionatti@gmail.com)

³ Doutorando no Programa de Pós Graduação em Direito da Universidade de Caxias do Sul – UCS. Mestre em Direito Universidade de Passo Fundo-RS(UPF/RS). Advogado. Graduado em Ciências Jurídicas e Sociais (Direito) Universidade de Cruz Alta/RS. (jlscl@hotmail.com)

⁴ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA – CNJ. **Inteligência artificial no poder judiciário brasileiro**. Brasília: CNJ, 2019. 40 p.

judiciais reprojando de maneira totalmente nova e conectada, os arquivos, registros e serviços judiciais. Além disso, a Inteligência Artificial permite serviços personalizados ou análise de dados aprimorada para melhorar os serviços aos usuários. Ser 'digital' não significa perder o toque humano ou as interações face a face necessárias. É mais sobre automatizar quando apropriado de uma forma que enriqueça a experiência dos cidadãos ou residentes no sistema judiciário⁵ A maioria dos judiciários é voltada para serem organizações de produção, ou seja, processar casos. Para se tornar digital, essa configuração de governança precisa mudar. Este é um desafio para o Judiciário e, principalmente, para seus sistemas de governança. Com a Pandemia da Covid 19, por meio da tecnologia e inovação, possibilitou-se que os serviços de forma parcial fossem mantidos em escalas diferentes nos níveis do judiciário nacional existente. Contudo, ainda existem muitos obstáculos que precisam ser superados para que o judiciário possa funcionar em seu verdadeiro potencial por meio da implementação de Inteligência Artificial. Uma vez que para o sistema judicial se torne totalmente bem-sucedido na implementação do uso de tecnologia moderna, a justiça pode ser servida adequadamente a todos de maneira rápida e eficiente e principalmente igualitária. Desta forma, ressalta-se que a Inteligência Artificial é uma ferramenta essencial para a modernização de um sistema judiciário. Mas é apenas uma ferramenta e, se não for tratada com habilidade e comprometimento, pode frustrar os esforços de modernização, não se trata apenas da compra e instalação de hardware e software em si. Se o processo apresentar falhas, é improvável que alcance os benefícios esperados. Por outro lado, o olhar oposto deve ser notado, eis que não é crível que retrocedamos a níveis de desigualdade de acesso à justiça de uns em detrimento de outros, e considerando as mazelas nacionais, estamos distantes de contemplar um Brasil justo e igualitário em oportunidades e condições.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CONSULTADAS

BAUMAN, Zygmunt. Modernidade líquida. Rio de Janeiro: Editora Zahar, 2001.

BORDONI, Jovina d'Ávila; TONET, Luciano. **Inovação e tecnologia no judiciário**. Revista Themis, Fortaleza, v. 18, n. 2, p.149-168, jul./dez., 2020.

BRAGANÇA, Fernanda; BRAGANÇA, Laurinda Fátima da F. P. G. **Revolução 4.0 no poder judiciário: levantamento do uso de inteligência artificial nos tribunais**

⁵ BRAGANÇA, Fernanda; BRAGANÇA, Laurinda Fátima da F. P. G. **Revolução 4.0 no poder judiciário: levantamento do uso de inteligência artificial nos tribunais brasileiros**. Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro, [S.l.], v. 23, n. 46, p. 65-76, nov. 2019.

brasileiros. Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro, [S.l.], v. 23, n. 46, p. 65-76, nov. 2019.

BRASIL. **Projeto de Lei do Senado Federal nº 5051, de 2019**. 2019. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=8009064&ts=15701264007&disposition=inline>>. Acesso em: 12 nov. 2021.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA – CNJ. **Inteligência artificial no poder judiciário brasileiro**. Brasília: CNJ, 2019. 40 p.

CHELIGA, Vinícios; TEIXEIRA, Tarcísio. **Inteligência artificial: aspectos jurídicos**. Salvador: Juspodivm, 2019.

DI PIETRO, Josilene Hernandes Ortolan; MACHADO, Edinilson Donizete; ALVES, Fernando de Brito. **Inteligência artificial e direito: Estabelecendo diálogos no universo jurisdicional tecnológico**. Revista de Direito do UNIVEM, v.18, p. 15-32, 2019.

FERRARI, Isabela; BECKER, Daniel; WOLKART, Erik Navarro. **Arbitrium ex machina: panorama, riscos e a necessidade de regulação das decisões informadas por algoritmos**. Revista dos Tribunais, v. 995, set., 2018. p. 3. Disponível em: <<http://governance40.com/wp-content/uploads/2018/11/ARBITRIUM-EX-MACHINA-PANORAMA-RISCOS-E-A-NECESSIDADE.pdf>>. Acesso em: 12 jun. 2021.

FERREIRA, Valdinéia Barreto. **E-science e políticas públicas: ciência, tecnologia e informação no Brasil**. Salvador: EDUFBA, 2018.

GUTIERREZ, Andriei. É possível confiar em um sistema de inteligência artificial?: práticas em torno da melhoria da sua confiança, segurança e evidências de accountability. In: FRAZÃO, Ana; MULHOLLAND, Caitlin (coord.). **Inteligência artificial e direito: ética, regulação e responsabilidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p. 83-97.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA – IBGE. **Pesquisa nacional por amostra de domicílio continua**. 2021. Disponível em <https://www.ibge.gov.br/estatisticas/sociais/populacao/17270%20-pnadcontinua.html?edicao=27138&t=downloads>. Acesso em: 13 jun. 2021.

LÉVY, PIERRE, **Cibercultura**. Tradução de Carlos Irineu da Costa. São Paulo: Ed. 34, 1999. 264 p.

MAIA FILHO, Mamede Said. JUNQUILHO, Tainá Aguiar. **Projeto Victor: perspectivas de aplicação da inteligência artificial ao direito**. Revista Direitos e Garantias Fundamentais, v.19. n. 3, p. 219-238, 2018.

MIWA, Marcela; VENTURA, Carla. **O (des)engajamento social na modernidade líquida: sobre participação social em saúde**. Ensaio - Saúde Debate, v. 44, n. 127, oct./dec., 2020.

MONTEIRO, Nuno Líbano. Inteligência artificial e contencioso civil. In: ROCHA, Manuel Lopes; PEREIRA, Rui Soares. **Inteligência artificial & Direito**. Coimbra: Almedina, 2020, p. 107-113.

MULHOLLAND, Caitlin. Apresentação. In: FRAZÃO, Ana; MULHOLLAND, Caitlin (coord.). **Inteligência Artificial e Direito: ética, regulação e responsabilidade**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 5-8.

MUNHOZ, Lucas Francisco Camargo; PIO JÚNIOR, Rafael Luiz Santos. **Introdução à aplicação da inteligência artificial no judiciário: conflitos da IA e o ordenamento jurídico brasileiro**. JOTA: Opinião & Análise, 2019. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/introducao-a-aplicacao-da-inteligencia-artificial-no-judiciario-14062019>. Acesso em: 12 jul. 2021.

NAÇÕES UNIDAS – UN. **Estudo da ONU revela que mundo tem abismo digital de gênero**. 2019. s/p. Disponível em: <https://news.un.org/pt/story/2019/11/1693711>. Acesso em: 13 jun. 2021.

NUNES, Dierle; MARQUES, Ana Luiza Pinto. **Inteligência artificial e direito processual: vieses algoritmos e os riscos de atribuição de função decisória às máquinas**. Revista de Processo, v. 285/2018, p. 421-477, 2018.

NUNES, Letícia Gonçalves Nunes. **A tecnologia como entidade transformadora da gestão jurídica: do papel à inteligência artificial**. Revista de Direito e as Novas Tecnologias, São Paulo, v. 2, jan./mar. 2019.

OLIVEIRA, Samuel Rodrigues de; COSTA, Ramon Silva. **Pode a máquina julgar? Considerações sobre o uso de inteligência artificial no processo de decisão judicial**. Revista de Argumentação e Hermenêutica Jurídica, v. 4, n. 2, p. 21-39, jul./dez., 2018.

PAIVA GABRIEL, Anderson de; PINTO, Esdras Silva; SHUENQUENER, Valter. **A plataforma digital do Judiciário brasileiro e o Mandamus**. Jota, Brasília, 23 fev., 2021. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/juiz-hermes/inteligencia-artificial--poder-judiciario-23022021>. Acesso em: 12 jul. 2021.

PINTO, Henrique Alves. **A utilização da inteligência artificial no processo de tomada de decisões: por uma necessária accountability**. Revista de Informação Legislativa: RIL, Brasília, DF, v. 57, n. 225, p. 43-60, jan./mar., 2020.

PLATAFORMA DA AGENDA 2030. **Objetivo 16**. Disponível em: <http://www.agenda2030.org.br/ods/16/>. Acesso em: 12 jun. 2021.

SANTOS, Fábio Marques Pereira. **O uso da inteligência artificial como um “meio” de melhoria e eficiência dos direitos e das garantias fundamentais no Estado Constitucional**. Revista dos Tribunais Direito Constitucional e Internacional, v. 105, p. 29-53, 2018.

SARLET, Ingo. **Os direitos sociais como direitos fundamentais: contributo para um balanço aos vinte anos da Constituição Federal de 1988**. Revista Diálogo Jurídico. Salvador, n. 10, jan., 2002. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/artigo_

Ingo_DF_sociais_PETROPOLIS_final_01_09_08.pdf. Acesso em: 13 jun. 2021.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como Liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

SILVA, Nilton Correia da. Notas iniciais sobre a evolução dos algoritmos do Victor: o primeiro projeto de inteligência artificial em supremas cortes do mundo. 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. Cap. 3, p. 89-94. ISBN 978-85-450-0584-1. *E-book*.

SILVEIRA, Sergio Amadeu da. A noção de exclusão digital diante das exigências de uma cibercidadania. In: HETKOWSKI, Tânia Maria. (org.). **Políticas públicas & inclusão digital**. Salvador: EDUFBA, 2008. 338 p. p. 43-66.

SORJ, Bernardo; GUEDES, Luís Eduardo. **Exclusão digital**: problemas conceituais, evidências empíricas e políticas públicas. Novos estudos CEBRAP [online], n. 72, p. 101-117, 200. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/S0101-33002005000200006>>. Acesso em: 12 jul. 2021.

TACCA, Adriano. ROCHA, Leonel Severo. **Inteligência artificial**: reflexos no sistema do direito. Nomos, v. 38.2, p. 53-68, 2018.

TEIXEIRA, Matheus. **STF investe em inteligência artificial para dar celeridade a processos**. Jota, Tecnologia, [S.l.], 11 dez. 2018. Disponível: <https://www.jota.info/coberturas-especiais/ inova-e-acao/stf-aposta-inteligencia-artificial-celeridade-processos-11122018>. Acesso em: 12 jun. 2021.

UCHÔAS, Bruno Ribeiro. Inovações tecnológicas aplicadas ao direito: hiperracionalidade ou irracionalidade? In: REIS, Isaac (Org.). **Diálogos sobre retórica e argumentação**, vol. 4. Curitiba: Alteridade Editora, 2018. Cap. IX, p. 163.

UNESCO. **Artificial Intelligence (AI) and the rule of law**: capacity building for judicial systems. 2021. Disponível em: < <https://en.unesco.org/artificial-intelligence2021/mooc-judges>>. Acesso em: 12 jun. 2021.

VALE, Luís Manoel Borges do. A tomada de decisão por máquinas: a proibição, no direito, de utilização de algoritmos não supervisionados. In: NUNES, Dierle;

LUCON, Paulo Henrique dos Santos; WOLKART, Erik Navarro (org.). **Inteligência artificial e direito processual**: os impactos da virada tecnológica no direito processual. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 629-640.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Inteligência artificial e sistema multiportas**: uma nova perspectiva do acesso à justiça. Revista dos Tribunais, São Paulo, n.1000, fev. 2019. Disponível em: <https://dspace.almg.gov.br/handle/11037/32478>. Acesso em: 12 jun. 2021.

ROBÔS E NOTÍCIAS FALSAS: UMA ANÁLISE DO CONFRONTO ENTRE A LIBERDADE DE EXPRESSÃO E A PROTEÇÃO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Agnes Paola Baldo

Otávio Augusto Baldo

A internet ampliou o exercício da liberdade de expressão ao possibilitar a transmissão de informações para grandes massas em poucos segundos. Entretanto, de acordo com Gomes (2018), não há um controle da veracidade e origem das informações que são divulgadas, criando o ambiente perfeito para o bombardeamento de notícias falsas em período eleitoral, como ocorreu nas eleições de 2016 dos Estados Unidos da América e nas brasileiras de 2018, como aponta Lousa (2021). Nesse sentido, é interessante a lição de Neves e Sutil (2020), que chamam de “algocracia” a maneira como a manipulação do saber algorítmico se torna uma ferramenta de conduzir massas, utilizada para governar. O presente trabalho revela a outra face da moeda das tecnologias de comunicação, o calcanhar de Aquiles do Estado Democrático de Direito: a utilização das redes sociais para propagar *fake news* e influenciar os resultados eleitorais a partir da criação de falsos embasamentos para opiniões políticas, que elevam suposições mal fundadas ao patamar de certezas. A partir de pesquisa bibliográfica e da análise da Constituição Federal, do histórico de diplomas e tentativas do Estado brasileiro em legislar sobre o tema (como a sanção da Lei 14.197/21, que revoga a Lei de Segurança nacional, com vetos à criminalização da comunicação enganosa em massa) e do método hipotético-dedutivo, demonstra-se a falta de vontade política para resolver de forma competente o assunto, tão urgente e relevante. O choque entre a liberdade de expressão e o dever do Estado de coibir práticas antidemocráticas existe por herança do cenário em que foi elaborada a Constituição Federal de 1988, cujo legislador, com ânimo inflado pelo contexto sociopolítico de saída da ditadura militar, não previu a necessidade de estabelecer limites claros à direitos como a liberdade de expressão. Décadas depois, revela-se a dificuldade em proteger a democracia brasileira dos ataques por meio da manipulação e distorção de fatos. O Supremo Tribunal Federal (STF), que em 2009, na ADPF 130, julgou a Lei de Imprensa como incompatível com a Constituição Federal (Lousa, 2021), hoje corre atrás do prejuízo, de uma forma quase manual, de caso em caso para, através de

contorcionismos jurídicos, enquadrar a conduta do agente em um ou outro tipo penal e, assim, coibir, um a um, os conspiradores. Como não há diploma legislativo específico para punir esse tipo de conduta, as tentativas de sanção por parte do judiciário acabam contrariando o princípio da reserva legal (Lousa, 2021) e o princípio da *nulla poena sine lege*, pois é vedada, no Direito Penal, a aplicação da analogia *in malam partem*. A inércia frente ao problema põe em xeque a soberania do Estado, que deveria ser protegida por meio do *jus puniendi*. Consequência disso é o cenário de insegurança jurídica e social instaurado, que acaba agravando a instabilidade causada pela incerteza da realidade, obra das *fake news*. Dessa maneira, deixar de legislar sobre a utilização da desinformação como ataque à confiabilidade da Administração Pública, ao processo eleitoral brasileiro e à defesa da ordem democrática afronta violentamente os valores constitucionais, como a defesa do pluralismo político, com a qual muito se preocupa a CF/88, conforme dispõe Lousa (2021).

REFERÊNCIAS DAS FONTES CONSULTADAS

NEVES, IANAIRA, E SUTIL, BRUNO. **Algocracia e a racionalidade Neoliberal: Uma reflexão a partir da greve dos entregadores de aplicativos**. 13º Congresso Latino-Americano de Varejo e Consumo: "After COVID-19: Building Purpose through Stakeholders in Retailing" (2020): n. pág. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ocs/index.php/clav/clav2020/paper/viewPaper/7557>>. Acesso em: 29 out. 2021

GOMES, Nicolly Luana Carneiro. **Uma análise acerca do fenômeno das fake news no processo eleitoral e suas interfaces com o direito fundamental à liberdade de expressão**. Disponível em: <<https://repositorio.ufpb.br/jspui/handle/123456789/12855>>. Acesso em: 09 nov. 2021.

LOUSA, Marcos Eduardo Pires Tavares de Magalhães. **FAKE NEWS: disseminação como crime contra a Ordem Democrática e o Estado de Direito**. Disponível em: <<http://repositorio.aee.edu.br/jspui/bitstream/aee/18258/1/Marcos%20Eduardo%20Pires%20Tavares.pdf>>. Acesso em: 12 nov. 2021.

GT 13 – RELAÇÕES DE CONSUMO

Objetivos: O GT Relações de Consumo tem como objetivo refletir sobre o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor, as políticas públicas de defesa do consumidor e as formas extrajudiciais de solução de conflitos de consumo; a qualidade dos produtos e serviços, a prevenção e a reparação dos danos; as novas formas de consumo no século XXI, superendividamento, comércio eletrônico e a econômica compartilhada; ações de educação para o consumo como forma de garantia dos direitos dos consumidores.

A VULNERABILIDADE AGRAVADA DOS IDOSOS E A LIBERAÇÃO DE EMPRÉSTIMOS CONSIGNADOS SEM AUTORIZAÇÃO: UMA ANÁLISE A PARTIR DOS ATENDIMENTOS DO BALCÃO DO CONSUMIDOR DA UPF CAMPUS CASCA

Erica Balbinot¹

Jovana Decezaro²

Nadya Regina Gusella Tonial³

O presente trabalho versa sobre a vulnerabilidade agravada dos idosos e a liberação de empréstimos consignados sem autorização. Ainda, traz um levantamento acerca dos atendimentos realizados, junto ao Balcão do Consumidor da UPF, Campus Casca, com idosos em relação a empréstimos consignados, com o objetivo principal de analisar o número de idosos que são atendidos e a proliferação de casos que estão ocorrendo em grande escala. Busca-se analisar se o público idoso possui formas de proteção diante das aparentes imposições que estão ocorrendo perante ao consumidor vulnerável sem autorização prévia. Justifica-se a importância do estudo, tendo em

¹ Acadêmica da Faculdade de Direito, nível IV, da Universidade de Passo Fundo. Estagiária do Balcão do Consumidor de Casca. Membro do Grupo de Pesquisa “Balcão do Consumidor: Instrumento de transformação da realidade social com base na análise das dimensões de poder na sociedade de consumo” da Faculdade de Direito da UPF – Campus Casca. Endereço eletrônico: ericabalbinot58@gmail.com

² Mestranda do Programa de Pós Graduação em Direito da Universidade de Passo Fundo - UPF. Pós-Graduada em Direito do Trabalho. Pós-Graduada em Advocacia Cível. Graduada em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade de Passo Fundo - UPF. Advogada. Membro do Grupo de Pesquisa “Balcão do Consumidor: Instrumento de transformação da realidade social com base na análise das dimensões de poder na sociedade de consumo” da Faculdade de Direito da UPF – Campus Casca. Endereço eletrônico: jovanadc@hotmail.com.

³ 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. Coordenadora do Balcão do Consumidor de Casca. Coordenadora do Grupo de Pesquisa “Balcão do Consumidor: Instrumento de transformação da realidade social com base na análise das dimensões de poder na sociedade de consumo” da Faculdade de Direito da UPF – Campus Casca. Advogada. Endereço eletrônico: nadyatonial@gmail.com.

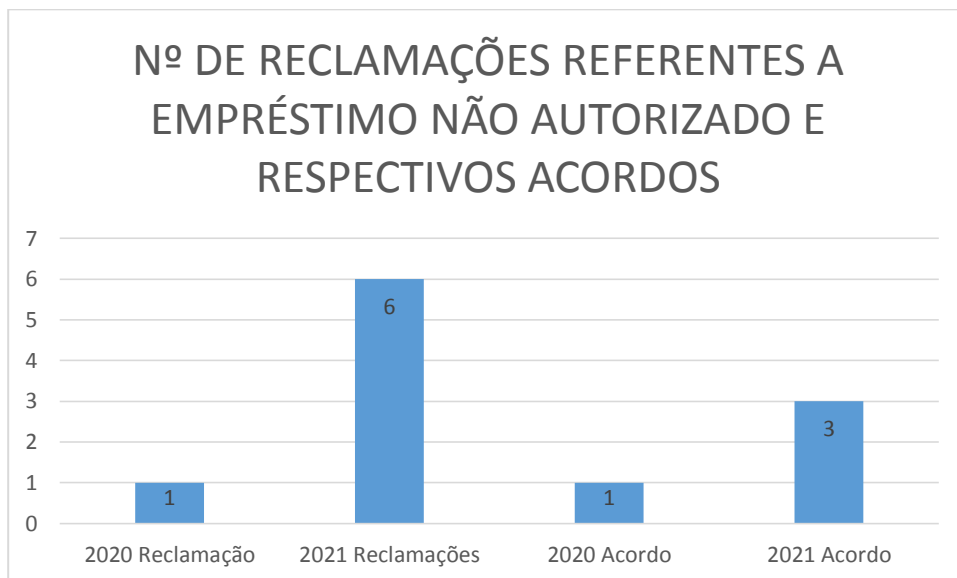
vista que se percebeu um aumento nas reclamações de empréstimos não solicitados no ano de 2021 em comparação com o ano de 2020. A lei trata todo e qualquer consumidor como vulnerável. No caso do idoso, este é denominado hipervulnerável, entendendo-se que necessita de uma proteção maior do que os demais consumidores. A doutrina manifesta que “a vulnerabilidade do consumidor idoso é demonstrada a partir de dois aspectos principais: a) a diminuição ou perda de determinadas aptidões físicas ou intelectuais que o torna mais suscetível e débil em relação à atuação negocial dos fornecedores; b) a necessidade e catividade em relação a determinados produtos ou serviços no mercado de consumo, que o coloca numa relação de dependência em relação aos seus fornecedores” (MIRAGEM, 2008). Nesse ínterim, devido ao aumento exponencial de empréstimos não solicitados sendo inseridos nas contas bancárias dos consumidores, foi realizada uma análise junto ao Balcão do Consumidor de Casca. A pesquisa teve foco nas relações de consumo realizadas no ano de 2020 e 2021. No ano de 2020 foi efetuada uma (1) reclamação de idoso referente a empréstimo não requisitado, já no ano de 2021 foram realizadas seis (6) reclamações de empréstimos não solicitados que entraram na conta bancária do consumidor. O levantamento abordou, ainda, o índice de acordos realizados pelo Balcão do Consumidor. De acordo com o Gráfico 1 – Anexo A, no ano de 2020 obteve-se acordo em 100% da problemática apresentada. Já no ano de 2021, conseguiu-se acordo em apenas 50% das reclamações atendidas referentes a empréstimos não solicitados pelas pessoas mais vulneráveis. Por fim, conclui-se com base na experiência dos atendimentos e nos dados levantados a necessidade de maior proteção do consumidor idoso, visto a sua vulnerabilidade e fragilidade, situações que acabam por favorecer as práticas abusivas. Nesse sentido, na realização dos atendimentos no Balcão do Consumidor pode-se observar que tais práticas abusivas causam estresse e incômodo ao consumidor idoso, chegando a afetar a sua saúde mental e física, visto que, além de todas as situações advindas do envelhecimento ainda precisam lidar com as práticas abusivas aplicadas ao consumidor idoso.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CONSULTADAS

MIRAGEM, Bruno. **Direito do consumidor**. São Paulo: Ed. RT, 2008.

ANEXOS

GRÁFICO 1 – ANEXO A NÚMERO DE RECLAMAÇÕES REFERENTES A EMPRÉSTIMO NÃO AUTORIZADO E RESPECTIVOS ACORDOS



A RESPONSABILIDADE CIVIL DOS *MARKETPLACES* FACE AS RELAÇÕES CONSUMERISTAS

Letícia Spagnollo¹

Louis Balbinote Girelli²

Nadya Regina GusellaTonial³

A presente pesquisa trata acerca da responsabilidade civil dos *marketplaces* face as relações de consumo. Nota-se a importância desse estudo, tendo em vista que no atual contexto social, os meios digitais têm sido o principal canal de compra e venda utilizado pelos consumidores. Nesse contexto, a necessidade de adequação, interpretação e aplicação da legislação com o propósito de garantir a real e efetiva tutela ao consumidor torna-se ainda mais desafiadora. Nos últimos anos, os *marketplaces*⁴ vieram se tornando um dos principais meios de efetuação de compras *on-line*. Surgido em 2012, o *marketplace* define-se como uma espécie de *shopping center* virtual. Considerado vantajoso para o consumidor, possibilita reunir uma diversidade de marcas e lojas em um único lugar, facilitando, assim, a procura e a comparação pelo melhor produto e pelo melhor preço. Contudo, essa facilidade no momento da compra pode resultar em problemas com relação ao Direito do Consumidor, no tocante à figura da responsabilização civil. O Poder Judiciário já tomou posicionamento perante esses casos tanto para a atribuição da responsabilidade conjunta do *marketplace*, quanto para a exclusão da responsabilização do site. Entretanto, questiona-se: qual seria a melhor (ou justa) opção de imputação da responsabilidade civil nas relações de consumo realizadas através das plataformas de *marketplace*? Tanto o grau de responsabilidade quanto de exclusão, define-se de maneira proporcional a situação concreta, ou seja, a partir da materialização de um caso real, principalmente tomando como base a conduta do administrador do *marketplace*. Todavia, segundo o art. 7º, parágrafo único e o art. 14, do Código de Defesa do Consumidor (CDC), compreende-

¹ Mestranda em Direito pela Universidade de Passo Fundo/RS. Pós-graduanda em Direito Eletrônico. Graduada em Ciências jurídicas e Sociais pela Universidade de Passo Fundo – Campus Casca/RS. Formada em Magistério pelo Instituto Estadual de Educação Assis Brasil. Extensionista voluntária do programa de extensão Balcão do Consumidor de Casca. Membro do projeto de pesquisa da Faculdade de Direito denominado “Balcão do Consumidor: Instrumento de transformação da realidade social”. Endereço eletrônico: leticiaspagnollo.s@gmail.com.

² Acadêmico do 4º nível do Curso de Direito da UPF, estagiário no Balcão do Consumidor de Casca. E-mail: 182742@upf.br

³ 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. Coordenadora do Balcão do Consumidor de Casca. Advogada. Endereço eletrônico: nadyatonial@gmail.com.

⁴ São exemplos de *marketplace*: MercadoLivre (que divulga múltiplos fornecedores), Uber (dispõe de diversos motoristas), Airbnb (que atrai hóspedes), Booking.com (facilita reservas de hospedagens), Doctoralia (aproxima profissionais de saúde a pacientes) e Apple Store (conecta desenvolvedores e usuários de iPhone) entre outros.

se como solidária a responsabilidade entre o fornecedor e o *marketplace*, uma vez que a relação de consumo só existiu porque o consumidor e o fornecedor utilizaram deste *site*. Ainda, nos arts. 18 e 19, o CDC considera a atividade do *marketplace* equiparada a da empresa vendedora por fazer parte do vínculo de fornecedores. Sob esses fundamentos, compreende-se que caso haja algum conflito referente a produtos falsificados, lojas falsas ou até mesmo irregulares, poderá ser responsabilizado, também, o *marketplace*, tendo em vista que é ele quem deve prestar uma estrita fiscalização, minimizando as chances de que tais atos façam parte de seu espaço de vendas. Conclui-se, preliminarmente, que a empresa, dona do *marketplace*, deve estar munida e certa de todo o necessário planejamento prévio, bem como precavida dos possíveis efeitos que possam se originar perante dada relação jurídica de consumo, com o fito de minimizar a sua responsabilização.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CONSULTADAS

BRASIL, Lei Nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. **Dispõe sobre a proteção do consumidor.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078compilado.htm. Acesso em 12 NOV 2021.

FILOMENO, José Geraldo Brito. **Direitos do consumidor.** – 15. ed.– São Paulo: Atlas, 2018.

MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do consumidor.** Bruno Miragem. 5º ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Responsabilidade Civil.** 9ºed. Rio de Janeiro. Editora Forense, 2002.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito do Consumidor** - Direito Material e Processual - Vol. Único. [Digite o Local da Editora]: Grupo GEN, 2020. 9788530989712. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530989712/>. Acesso em: 11 NOV 2021.

ZACHO, Ricardo. **O QUE É MARKETPLACE?** – veja as vantagens e desvantagens. **Ecommercebrasil**, 2017. Disponível em: <https://www.ecommercebrasil.com.br/artigos/marketplace-vantagens-e-desvantagens/>. Acesso em: 10 NOV 2021.

A GLOBALIZAÇÃO E A ERA DO HIPERCONSUMISMO¹

Sabrina Carla Kowalski²

Bruna Gonçalves do Prado³

Franco Scortegagna⁴

O termo globalização foi elaborado na década de 1980 para descrever o processo de intensificação da integração econômica e política internacional, marcado principalmente pelo avanço nos sistemas de comunicação e transporte. David Harvey, geógrafo e economista, em sua obra “A condição pós-moderna”, utiliza-se de um conceito específico: a compressão espaço-tempo, para se referir ao aumento da velocidade nas trocas comerciais e de informações. Isso porque, com os avanços nos meios de transporte, as grandes distâncias deixaram de ser um obstáculo. Com o advento da globalização a sociedade passou a fazer parte da chamada sociedade de consumo, em que é marcada por pelo menos 5 características: produção em série, publicidade em grande escala, contratação de serviços através de um contrato de adesão, distribuição em massa de produtos e oferecimento de crédito direto ao consumidor. A sociedade de consumo do século 21 é marcada pelo hiperconsumismo, ou seja, passou de uma sociedade disciplinar, onde consumia de forma moderada de acordo com suas necessidades, para uma sociedade “da moda”, onde há a busca por consumir produtos que lhe trazem satisfação imediata, de forma em que as necessidades individuais estão intimamente ligadas a busca por uma alegria em abundância para que as pessoas possam desfrutar da felicidade plena. Segundo Gilles Lipovetsky (2007 p 291) “ [...] o hiperconsumismo se desenvolve à medida que se propagam as consciências infelizes e que o curso do mundo parece escapar ao controle dos homens. Quando os laços sociais se afrouxam, quando as capacidades de influir nas tendências fortes do mundo já não são dignas de crédito, o consumo representa um domínio escolhido e controlado pelos sujeitos, um universo seu em que se buscam incessantemente elementos de felicidade.” Essa vontade de consumir é marcada principalmente pelas mensagens publicitárias, que garantem ao consumidor que

¹ Resumo produzido na Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo/RS, no ano de 2021

² Autora principal. Aluna do Curso de Direito da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo/RS.189126@upf.br
<http://lattes.cnpq.br/9341931162307324>

³ Coautora. Aluna do Curso de Direito da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo/RS. 188590@upf.br
<http://lattes.cnpq.br/5091648389165797>

⁴ Coautor e orientador. Mestre em Direito pela Universidade de Passo Fundo. Especialista em Direito do Consumidor pela UNIASSELVI. Especialista em Direito Processual pela Universidade de Passo Fundo. Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo. Orientador do Balcão do Consumidor de Passo Fundo. fscortegagna@upf.br
<http://lattes.cnpq.br/2733496190270371>.

encontrará a felicidade, realização pessoal e prazer adquirindo os produtos, na grande maioria das vezes essa publicidade é enganosa e abusiva, como revelou o publicitário David Ogilvy (2011 p 17), conhecido como Pai da propaganda “A chave do sucesso é prometer um benefício direto ao consumidor”. Essa prática é tipificada como crime e está disposta no Código de proteção e defesa do consumidor, no art. 37 §2º, “ é abusiva, dentre outras a publicidade discriminatória de qualquer natureza, a que incite à violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança, desrespeita valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança.” Nessa nova era do consumismo o sucesso passou a ser visto pela quantidade de bens que uma pessoa possui, como explica Alexandre Volpi (2007 p 92) “As pessoas são ensinadas a acreditar que a vida se resume ao ato de consumir, e o sucesso de um indivíduo está no acúmulo de mercadorias ou nas experiências de consumo amealhados por ele ao longo dos anos”. Assim como o sucesso foi associado à riqueza, o fracasso por oposição foi associado à pobreza material. Desse modo a sociedade criou uma distinção em que os vencedores são aqueles que consomem e gastam muito, e os perdedores são vistos como aqueles que consomem o necessário e guardam suas economias para eventos futuros.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

HARVEY, David. **Condição pós-moderna:** Uma Pesquisa sobre as Origens da Mudança Cultural. Edições Loyola, 1992

LIPOVETSKY, Gilles. **A Felicidade Paradoxal:** Ensaio sobre a sociedade de hiperconsumo. Lisboa: Edições 70, 2007.

OGILVY, David. **Confissões de um publicitário.** 18 ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2011.

Código de proteção e defesa do consumidor. 30 ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

VOLPI, Alexandre. **A história do consumo no Brasil:** do mercantilismo à era do foco no cliente. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

BAUDELAIRE, O PROGRESSO E A PUBLICIDADE: A FIGURA DO CONSUMIDOR DIANTE DA EXPERIÊNCIA DO CHOQUE

Arthur Mosna¹

Franco Scortegagna²

O objetivo do presente trabalho é buscar possíveis correlações entre a literatura de Baudelaire, a publicidade e a defesa do consumidor diante da “experiência do choque”. Através de fragmentos de ideias e textos do autor, pode-se conjecturar que o mesmo foi uma grande testemunha de seu tempo. Com a vigência das ideias iluministas na Paris do século XIX, Baudelaire desenvolve em suas obras um olhar pessimista acerca da sociedade e do progresso, dado que seria acompanhado de fantasmagorias modernas do desenvolvimento do capitalismo. O progresso, advindo de inovações e avanços técnicos, passa a ser considerado como crença inquestionável pelos ideais da sociedade francesa. Diante disso, Walter Benjamin analisa o indivíduo da época contido nos escritos de Baudelaire, evidenciando que o homem estaria cotidianamente face a face com a “experiência do choque”, provocada por estímulos do sistema capitalista. Dessa maneira, busca-se transportar a “experiência do choque” ao indivíduo contemporâneo para analisar o escopo de sua relação com a publicidade, posto que o cidadão comum, consumidor, está sujeito constante e violentamente ao choque social e econômico incitado pelo objeto. Ao final, é apontado possíveis correlações históricas, sociais e econômicas que justificam a importância da criação de dispositivos legais que regulam a prática publicitária, visando a garantia de direitos e a manutenção da defesa do consumidor.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CONSULTADAS

BENJAMIN, Walter. Passagens. Tradução de Irene Aron e Cleonice Paes Barreto Mourão. Belo Horizonte: Ed. UFMG; São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2009.

BAUDELAIRE, Charles. As Flores do Mal. Tradução, introdução e notas de Jamil Almansur Haddad. São Paulo: Ed. Círculo do Livro, 1995.

GRINOVER, Ada Pellegrini. et al. Código de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto. 12. ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2019.

¹ Graduando em Direito pela Universidade de Passo Fundo. E-mail: 190291@upf.br

² Bacharel em Direito pela Universidade de Passo Fundo, Especialista em Direito Processo Civil pela Universidade de Passo Fundo, Especialista em Direito do Consumidor e Mestrando em Direito pela Universidade de Passo Fundo, atualmente orientador do Programa Balcão do Consumidor – UPF. E-mail: fscortegagna@upf.br

CHEGOU AO SUPERENDIVIDAMENTO? NA MESA DE CONCILIAÇÃO A RESPONSABILIZAÇÃO É PROPORCIONALMENTE MAIOR AO CREDOR

Manoel Pereira de Almeida Neto¹

Franco Scortegagna²

Esse artigo tem por objetivo analisar, descrever, sintetizar a validade do princípio da honestidade, que está expresso enfaticamente na Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, como essencial no desenvolvimento de uma sociedade livre, justa e solidária, sendo expresso desde o Preâmbulo, nos artigos 1º, 3º, 5º, constituindo direito fundamental, ou ainda, consubstanciado na lei natural (*lex naturalis*) - o Direito a serviço do bem de todos - é a voz da consciência moral e leva-se a colaborar com o Criador e a conviver com os outros em igualdade, dignidade, liberdade e reciprocidade. O pressuposto restaurativo perfaz os laços comuns que unem a pessoa do superendividado³ e o credor. Vale dizer que a sociedade compartilha a responsabilidade por seus membros, e pela existência do problema social do endividamento do brasileiro, recentemente levantado pela Secretaria Nacional do Consumidor (SENACON), 75% das famílias brasileiras estão endividadas, destarte, pelo testemunho desse superendividado, evidencia-se o imperativo de reintegrá-los à sociedade. O caráter social dessa lei faz dos órgãos administrativos de defesa do consumidor (Balcão do Consumidor, Procon, entre outros) um operador comunitário - o cenário ideal para tratar as consequências (e as causas) do superendividamento - e traçar um caminho restaurativo para o futuro. Com efeito, versado pelo artigo 54-A da 14.181/2021, sobre o crédito responsável e a educação financeira do consumidor, esse estudo defende a hipótese, pelo diálogo das fontes do Direito⁴, que como o credor é o

¹ Aluno do curso de Direito da Universidade de Passo Fundo (UPF), Campus de Carazinho/RS, IV Semestre, e do curso superior de Bacharelado em Teologia, pelo Centro Universitário Internacional (UNINTER, Curitiba-PR). Estagiário do Núcleo de Mediação e Justiça Restaurativa (MEDIAJUR-UPF). E-mail: 182117@upf.br. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4612678943292188>.

² Mestre e Graduado em Direito pela Universidade de Passo Fundo (UPF). Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo e orientador da pesquisa. E-mail: fscortegagna@upf.br. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2733496190270371>

³ CEJUSC Santa Rosa-RS. João (nome fictício, agricultor familiar), “eu ia no banco e o gerente me dizia que eu era um bom cliente e tinha crédito disponível, porque pagava as contas em dia, ia lá, ofereciam e eu pagava, troquei a geladeira, o sofá, a motocicleta do meu piá, até o dia que deu uma seca e não consegui mais pagar, aquela dívida tão grande, que nem sei quanto, me senti tão mal, depressão, pensei até em me matar, e hoje vocês me escutaram com tanta atenção, que eu senti que voltei a ser gente de novo (sic), e estou tão feliz, que poderei agora, voltar a pagar o que eu devo...” Expressão oral pela mediadora do Cejusc, de Santa Rosa, durante o webinar de soluções autocompositivas do TJRS, em 29 out. 2021.

⁴ Doutrina sumamente aduzida pela Professora Cláudia Lima Marques, no livro *Diálogo das Fontes*, Editora: Revista dos Tribunais, 2020.

responsável pelo limite de crédito concedido ao consumidor honesto e de boa-fé, quando superendividado, o concedente deve receber o valor do principal, sem mais nenhuma correção, sendo os que os juros⁵ recebidos até a incapacitação do devedor, já compadem a sua responsabilização pelo crédito responsável e a educação financeira do superendividado, ademais, responderá pelo pagamento do conciliador (tabela de honorários da OAB/RS). O estudo proposto refere-se à pesquisa básica, utilizando-se da técnica bibliográfica, com suporte em instrumentos normativos, além de fontes bibliográficas e jurisprudenciais. A pesquisa básica tem como base operacional o método dedutivo.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CONSULTADAS

AQUINO, Tomás de. **Suma Teológica**. v. I, parte I, 2ª Ed. São Paulo: Edições Loyola, 2001.

ARLÊ, D.G.G. **A justiça restaurativa e o ministério público brasileiro**. 1ª Ed. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2020.

_____. **Mediação, negociação e práticas restaurativas no ministério público**. 2ª. Ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020.

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm#art96adct . Acesso em: 12 jan. 2021.

BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Código de Defesa do Consumidor. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078compilado.htm . Acesso em: 26 jul. 2021.

BRASIL. Lei 14.181, de 01 de julho de 2021. Altera a Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor), e a Lei 10.741, de 1º de outubro de 2003 (Estatuto do Idoso), para aperfeiçoar a disciplina do crédito ao consumidor e dispor sobre a prevenção e o tratamento do superendividamento. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14181.htm . Acesso em: 26 jul. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 747.768/PR. Relator: Ministro João Otávio de Noronha. Disponível em: <

⁵ BANCO CENTRAL DO BRASIL (BCB). Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/estatisticas/reporttxjuros> . Acesso em: 07 nov. 2021, em contraste com um grande banco, o banco X, divulgado em seu site oficial, de uma linha de **crédito não consignado**: “Taxas atrativas: A taxa de juros pode variar entre 2,81% a.m. (39,41% a.a.) e 5,89% a.m.(98,72% a.a.). Prazo: Pague de 2 até 72 meses.”

<https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=6614214&nu>. Acesso em: 07 nov. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI n. 2591/DF. Relator: Ministro Eros Grau. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266855>. Acesso em: 11 nov. 2021.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Resolução CNJ nº 225, de 31 de maio de 2016. Dispõe sobre a Política Nacional de Justiça Restaurativa no âmbito do Poder Judiciário e de outras providências.** Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2289>>. Acesso em: 31 mai. 2021.

COSTA, M.A. **A consciência da pessoa humana na filosofia personalista de Karol Wojtyla.** Editora: Inspirativa, 2020.

MARQUES, C.M. **Diálogo das Fontes: Novos estudos sobre a coordenação e aplicação das normas no direito brasileiro.** Editora: Revista dos Tribunais, 2020.

A PREVENÇÃO E O TRATAMENTO DO SUPERENDIVIDAMENTO, POR MEIO DE LEI, COMO ESPERANÇA PARA A GARANTIA AO MÍNIMO EXISTENCIAL DAS PESSOAS

Andre Luiz Aparecido dos Santos¹

Trata-se de trabalho com proposito de investigar as alterações no Código de Defesa do Consumidor (CDC) e o Estatuto do Idoso, promovida pela LEI Nº 14.181, DE 1º DE JULHO DE 2021, **a investigação se dará por meio de** pesquisas exploratórias, cuja a finalidade é demonstrar o impacto da inserção no ordenamento Jurídico brasileiro do instituto que ficou conhecido como *superendividamento*, bem como a sua relação com direito fundamental da dignidade da pessoa humana, do inciso III e do inciso XXXII, do artigo 1º, da Constituição da República Federativa do Brasil. O modelo econômico brasileiro está intimamente ligado ao mercado livre, onde a procura fixa a demanda e vice versa, assim o preço de qualquer produto ou serviço é fixado levando em conta seus custos de produção, mas sobretudo a maior influência no preço é a procura pelo item, dessa forma o consumidor torna-se um alvo a ser perseguido nessa sociedade de consumo, não basta que esse tenha a necessidade, os meios publicitários geram a vontade de consumir a sua marca, gerando na maioria das pessoas o consumo despreparado, o que poderá provocar o seu endividamento e em alguns casos esse não conseguira pagar as suas dívidas sem comprometer o mínimo necessário para sua existência. A pesquisa tem objetivo eminentemente exploratório, o método empregado é o dedutivo, aplicado por meio de pesquisas da referida lei e da doutrina. Os direitos fundamentais do consumidor, expostos na CF/88, ao menos discursivamente, constituem garantia da efetiva proteção aos consumidores, levando em consideração outros grupos de consumidores, os hiper vulneráveis, como os idosos, a lei trata da prevenção e o tratamento do superendividamento, fenômeno antigo no cotidiano dos consumidores, fato que mereceu atenção, como da professora, doutora e pesquisadora, Dr^a Claudia Lima Marques², que desenvolveu por décadas pesquisas acerca do tema, sendo suas pesquisas influencia para atual lei que regulamenta o tema.

¹ Mestrando no Programa de Pós-Graduação em Direito da UNOESC - PPGD, Mestrado Interinstitucional - Minter Unoesc - FAIPE, 2020-2022, Especialista em direito civil e penal, Servidor Público do Estado de Mato Grosso, e-mail: andreisud@gmail.com

² Advogada com experiência profissional de mais de trinta anos, é Professora Titular e Diretora da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, onde também foi Coordenadora do Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGD/UFRGS) até maio de 2019. Pós-Doutora pela Universidade de Heidelberg, Alemanha (2003), Doutora em Direito "summa cum laude" pela Universidade de Heidelberg, Alemanha (1996), Mestre em Direito Civil e em Direito Internacional Privado pela Universidade de Tübingen, Alemanha (1987) e Especialista em Direito Comunitário Europeu

REFERÊNCIAS DAS FONTES CONSULTADAS

MARQUES, Claudia Lima; LIMA, Clarissa Costa de; VIAL, Sophia. Superendividamento dos consumidores no pós-pandemia e a necessária atualização do Código de Defesa do Consumidor. Disponível em: <<https://www.tjsp.jus.br/download/EPM/Publicacoes/ObrasJuridicas/105-dc.pdf?d=637581604679873754>>. Acesso em: 10 nov. 2021.

BRASIL. Lei nº 14.181, de 1º de julho de 2021. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2021/Lei/L14181.htm>. Acesso em 11 nov. 2021.

MARQUES, Claudia Lima. A atualização do CDC em matéria de crédito e superendividamento. Consultor Jurídico, 3 de julho de 2021. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-jul-03/lima-marques-atualizacao-cdc-materia-credito-superendividamento>>. Acesso em: 12 nov. 2021

MARQUES, Claudia Lima. A atualização do CDC em matéria de crédito e superendividamento. Consultor Jurídico, 3 de julho de 2021. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-jul-03/lima-marques-atualizacao-cdc-materia-credito-superendividamento>>. Acesso em: 12 nov. 2021.

AS RELAÇÕES DE CONSUMO ATRAVÉS DA HISTÓRIA FRENTE AO CONSUMISMO DA GLOBALIZAÇÃO

Bruna Gonçalves do Prado¹

Sabrina Carla Kowalski²

Franco Scortegagna³

As relações de consumo sempre permearam a vida do homem desde os primórdios da humanidade, quando o homem trocava sua produção de alimentos por objetos feitos pelos artesãos, tudo em prol de sua necessidade. No final do século XVIII início do século XIX tivemos um processo importantíssimo denominado Revolução Industrial, que fez com que o modo de produção mudasse e consequentemente as relações do ser humano com os objetos. Com uma maior circulação de objetos, há igualmente um maior consumo, esse consumo se intensificou principalmente a partir da globalização. A globalização trouxe com ela uma sociedade de consumo que não compra mais por necessidade e sim por influência demasiada da mídia. A obsolescência programada tem grande papel em toda essa sociedade de consumo, pois ninguém conserta mais aquilo que logo estará obsoleto. Segundo Maria Beatriz Oliveira da Silva (SILVA, 2012) a obsolescência programada “é uma estratégia da indústria para ‘encurtar’ o ciclo de vida dos produtos, visando a sua substituição por novos e, assim, fazendo girar a roda da sociedade de consumo”. Esse consumismo excessivo, traz consequências inimagináveis a natureza já que graças ao alto consumo, anualmente, jogamos fora uma abundante quantidade de lixo eletrônico, cerca de 50 milhões de toneladas, pelas estimativas da ONU. É a categoria de resíduo que mais cresce no mundo, em torno de 5% ao ano. Em todo o planeta, somente 20% de todo esse material é reciclado, em países como o Brasil menos de 2%, o que significa que somente em nosso país, mais de 1,4 milhões de toneladas de eletrônicos não são reciclados e não recebem o devido tratamento. Um dos itens de maior consumo e que mais são trocados no mundo todo, são os aparelhos celulares, os smarthphones. Dados da GSMA (organização internacional de empresas que atuam com redes móveis), estimam que no mundo temos mais de 5 bilhões de aparelhos, ou seja, 67% da população mundial tem um celular na mão. Isso se deve a influência demasiada da mídia, já que a todo instante vemos novos lançamentos de celulares, além de propagandas muito bem elaboradas, sugerindo ao consumidor que comprando itens novos sua vida pode ser mais feliz, desse modo influenciando um consumo desequilibrado, que acaba por afetar não só o

bolso do consumidor, mas de certo modo até mesmo o equilíbrio da própria natureza. Segundo uma pesquisa feita pela Agência Brasil o Número de endividados no país chega a maior patamar em 11 anos as famílias inadimplentes chegaram a 25,5% no ano passado, esse endividamento pode ser correlacionado com o alto número de compras online feitas em 2020, pois faturamento de lojas on-line cresceu 41% em 2020, em comparação com o mesmo período de 2019. É a maior alta do setor em 13 anos. Segundo Zygmunt Bauman (BAUMAN 2008, p.38) assinala que consumo não é o mesmo que consumismo; este último seria o resultado de uma revolução ocorrida durante a passagem da modernidade-sólida para a modernidade-líquida. Essa modernidade líquida se concatena com nossa insatisfação que frequentemente nos influencia a buscar a satisfação em novos produtos, desse modo faz se presente a ideia da modernidade de Bauman, pois na modernidade líquida a sociedade acompanha a moda e segue a lógica do consumo demasiado. Desse modo vê se que é imprescritível que se tenham políticas públicas sobre o consumo consciente dos produtos, pois todo esse consumo desequilibrado traz inúmeros problemas ao meio ambiente, já que a quantidade de dejetos eletrônicos produzindo aumentam a cada ano, e sem a reciclagem correta os dados só continuaram a subir, além de que os consumidores, não ficaram endividados desmedidamente, se aprendessem a ter um consumo consciente dos produtos.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CONSULTADAS

AGÊNCIA BRASIL. **Número de endividados no País chega maior patamar em 11 anos.** Disponível em: <http://genciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2021-01/numero-de-endividados-no-pais-chega-maior-patamar-em-11-anos>. Acesso em: 30 out. 2021.

ECORESPONSE. **Obsolescência programada de eletrônicos: por quanto tempo você usa o mesmo telefone celular?.** Disponível em: <https://www.ecoresponse.com.br/blog/noticia-interna/obsolescencia-programada-de-eletronicos-e-o-meio-ambiente-159#:~:text=A%20obsolesc%C3%Aancia%20programada%20e%20o,Brasil%20em%202018%20e%202019..> Acesso em: 30 out. 2021.

G1 ECONOMIA. **Venda on-line ganha 13 milhões de novos clientes em 2020, e faturamento aumenta 41%.** Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/tecnologia/noticia/2021/03/29/faturamento-de-lojas-on-line-cresce-41percent-em-2020-maior-alta-em-13-anos.ghtml>. Acesso em: 30 out. 2021.

GUTEMBERG, R. J. F. D. B. E. A. Sociedade de Consumo em Zygmunt Bauman e Gilles Lipovet. **Cadernos de Zygmunt Bauman**, Online, v. 8, n. 17, p. 1-15, nov./2018.

Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/233157181.pdf>. Acesso em: 30 out. 2021.

NASCIMENTO, D. C. V. A. ;. F. D. S. D. Consumo, consumismo e seus aspectos transversais: uma revisão de literatura. **Revista de Ciências Humanas**, Florianópolis, v. 52, n. 54740, p. 1-27, nov./2018. Disponível em: <https://dx.doi.org/10.5007/2178-4582.2018.54740>. Acesso em: 30 out. 2021.

OLIVEIRA, B. F. B. Obsolescência programada e a proteção do consumidor: uma perspectiva jurídica nacional e comparada. **Repositório UFU**, Minas Gerais , v. 11, n. 1, p. 1-24, out./2019. Disponível em: repositorio.ufu.br/bitstream/123456789/28233/5/ObsolescênciaProgramadaProteção.pdf. Acesso em: 30 out. 2021.

SILVA, M. B. B. O. D. Obsolescência programada e teoria do decrescimento versus direito ao desenvolvimento e ao consumo. **Veredas do Direito**, Rio de Janeiro, v. 9, n. 17, p. 1-196, set./2012. Disponível em: <http://revista.domhelder.edu.br/index.php/veredas/article/view/252>. Acesso em: 30 out. 2021.

O SUPERENDIVIDAMENTO E O DIREITO DE RECOMEÇAR

Franciele Engelmann²

Franco Scortegagna⁴

O Brasil é conhecido como um dos países mais endividados do mundo, sendo também popular pelas desigualdades sociais e pelos juros bancários abusivos. Embora essa situação não se consolida apenas no Brasil, a conexão entre o uso de crédito, o “analfabetismo bancário” e o adoecimento mental tem sido regularmente citado na doutrina. O consumidor superendividado não produz para a sociedade e a lei trás para a pessoa endividada o direito de recomeçar. (**Confederação Nacional do Comércio de Bens, Serviço e Turismo, 2017; Iglesias & Pimenta, 2012; Lopes & Siqueira, 2015**). Sendo o superendividamento um problema social, desencadeando no consumidor endividado vários transtornos psicológicos, baixa autoestima, depressão e até suicídio. A Lei federal n. 14.181/2021, conhecida como Lei do Superendividamento, entrou em vigor em julho e oferece um recurso para os consumidores que não conseguem mais pagar as suas dívidas. O consumidor que está em situação de superendividamento, segundo a nova lei, se por algum motivo, seja ele de boa-fé, não consegue mais realizar o pagamento de suas contas, inclusive as que ainda vão vencer, sem utilizar “seu mínimo existencial, nos termos da regulamentação”. Isso significa que as dívidas são maiores do que os gastos necessários para a pessoa garantir direitos fundamentais, como moradia e alimentação. Com o início da pandemia tornou-se “normal” acumular uma dívida aqui outra ali, a situação começou a agravar quando essas dívidas começaram a se acumular. Para utilizar desta lei o consumidor deve procurar o órgão de proteção ao consumidor da sua cidade ou então uma orientação jurídica para ingressar com uma ação. O consumidor deve verificar quais as dívidas estão em aberto e quais estão a vencer, somando o valor total das suas dívidas. Deve calcular o mínimo existencial para sua sobrevivência que é aquele dinheiro mensal que assegura a sua sobrevivência e de sua família, após toda a organização dos valores, deve ser realizado um plano de pagamento que deve abranger todas as pessoas e empresas com quem o consumidor esteja em débito, com parcelas que não comprometam aquela quantia mínima necessária a manter a sua sobrevivência.(CNJ 2021) Segundo o Jornal correio Braziliense, o total de brasileiros **endividados** chegou a 74% da população em setembro, 1,1 ponto percentual (p.p.) acima do verificado em agosto, conforme a

Pesquisa de Endividamento e Inadimplência do **Consumidor** (Peic), divulgada pela Confederação Nacional do Comércio de Bens, Serviços e Turismo (CNC), ou seja 1 a cada três brasileiros está endividado atualmente. Diante deste cenário verificamos a importância de termos uma lei que não só solucione o problema, mas como cita Cláudia Lima Marques “trate” este problema através da prevenção e da pacificação social proporcionada pela conciliação judicial ou extrajudicial. A forma desenfreada de consumir favorece o superendividamento dos consumidores, este é um dos assuntos citados no resumo, a partir da prevenção e tratamento dos consumidores que se encontram superendividados, e essa vontade de consumir é marcada principalmente pelo marketing e publicidade, que garantem ao consumidor que encontrará a felicidade, realização pessoal e prazer adquirindo os produtos, na grande maioria das vezes essa publicidade é enganosa e abusiva, como revelou o publicitário David Ogilvy (2011 p 17). A lei do superendividamento veio, com o objetivo de assegurar a dignidade e cidadania desses consumidores, além de buscar fortalecer políticas públicas que sejam capazes de aumentar a educação financeira e os comportamentos nas relações de consumo. A boa-fé objetiva nas relações de consumo deve estabelecer atos de lealdade e cooperação com o hipossuficiente e o vulnerável, visto que a vulnerabilidade pela falta de conhecimento do consumidor e o comportamento abusivo do fornecedor nessa relação, é uma das causas do superendividamento.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CONSULTADAS

MARQUES, Cláudia Lima. **Consumo como igualdade e inclusão social: a necessidade de uma lei especial para prevenir e tratar o “superendividamento” dos consumidores pessoas físicas**. Revista Jurídica da Presidência. Brasília. Outubro 2012.

Código de proteção e defesa do consumidor. 30 ed. São Paulo: Saraiva, 2021

MONTENEGRO, Manuel Carlos. CNJ Serviço: **o que muda com a Lei do Superendividamento**. CNJ, 2021. Disponível em: < <https://www.cnj.jus.br/cnj-servico-o-que-muda-com-a-lei-do-superendividamento>>. Acesso em 11 de novembro de 2021.

PILAU SOBRINHO, Liton Lanes; SILVA, Rogerio da. (Org.). **Balcão do Consumidor: 20 anos do Código de Defesa do Consumidor**. Passo Fundo, RS: Editora Universidade de Passo Fundo, 2011.

IGLESIAS, F., & PIMENTA, M. A. S. **Crédito ao consumidor, endividamento e desemprego: Uma agenda de pesquisa no cenário econômico brasileiro**. In *Anais do V Congresso Brasileiro de Psicologia Organizacional e do Trabalho* (p. 128).

Rio de Janeiro, RJ: Associação Brasileira de Psicologia Organizacional e do Trabalho. (2012)

Lopes, W. L. C. Jr., & Siqueira, A. O. (2015). **Superendividamento do consumidor: Prevenção e tratamento do fenômeno no âmbito do TJDF**. *Revista de Doutrina e Jurisprudência*, 107(1), 10-31.

Confederação Nacional do Comércio de Bens, Serviço e Turismo. (2017). **Pesquisa de endividamento e inadimplência do consumidor** Brasília, DF.
http://cnc.org.br/sites/default/files/arquivos/seriehistorica_peic.xls
» http://cnc.org.br/sites/default/files/arquivos/seriehistorica_peic.xls